

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**VERGİLENDİRME DEN KAYNAKLANAN
UYUŞMAZLIKLARDA YATIRIM TAHKİMİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Aleyna KALENDER

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener

AĞUSTOS 2024

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**VERGİLENDİRMEYEN KAYNAKLANAN
UYUŞMAZLIKLARDA YATIRIM TAHKİMİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Aleyna KALENDER

**Tez savunma jürisi: Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener (Tez Danışmanı)
Prof. Dr. Ziya Akıncı
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk**

AĞUSTOS 2024

ÖNSÖZ

“Vergilendirmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Yatırım Tahkimi” başlıklı bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans programı kapsamında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve jüri üyesi olan değerli hocalarıma takdir ve görüşlerine sunulmuştur. Çalışmanın ortaya çıkmasında saygıdeğer hocalarım ve kıymetli arkadaşlarıma katkı ve özverileri büyük rol oynamıştır. Bu vesileyle, kendilerine şükran duygularımı ifade etmek isterim.

Hukuk eğitimimde bana Vergi Hukuku’nu sevdiren, iyi bir akademisyen olma yolunda bana örnek olan, bu çalışma boyunca kıymetli görüşleriyle bana yol gösteren, fikirlerimi cesaretle savunmam için beni teşvik eden ve bana her zaman desteğini hissettiren danışmanım ve anabilim dalı başkanım değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener’e içtenlikle teşekkürlerimi sunarım.

Vergi Hukuku’na ve yatırım tahkimine olan ilgimi birleştirerek bu konuyu yazmamı teşvik eden, lisans eğitimimin en önemli döneminde aldığım Vergi Hukuku dersi ile bu alanı bana sevdiren, her zaman desteğini hissettiğim ve örnek aldığım, jüride bulunmayı kabul ederek beni onurlandıran saygıdeğer hocam Prof. Dr. Hakan Üzeltürk’e teşekkürü borç bilirim.

Tahkim ve yatırım tahkimi konusunda kendisinden çok şey öğrendiğim, yanında avukatlık stajını yapma şansına eriştiğim, tecrübesiyle tez konumun temellerinin şekillenmesine katkı sunan ve jürimde bulunmayı kabul ederek beni onurlandıran çok kıymetli hocam Prof. Dr. Ziya Akıncı’ya çok teşekkür ederim.

Hukuk eğitimim boyunca derslerini alma şansına sahip olduğum, gerek derslerde gerek katıldığımız yarışmalarda bizi her zaman destekleyen, bana yatırım tahkimini sevdiren ve sorularımı her zaman içtenlikle yanıtlayan, değerli fikirlerini benden hiçbir

zaman esirgemeyen ve her zaman desteğini hissettiğim değerli hocam Doç. Dr. Berk Demirkol'a teşekkürlerimi sunarım.

Bu süreçte desteklerini sunan kıymetli çalışma arkadaşlarım Arş. Gör. Gizem Nur Özkaya Yıldırım'a, Arş. Gör. Mehmet Ali Tanrıkulu'ya, Arş. Gör. Doğan Kara'ya, Arş. Gör. İsmail Dede'ye, Arş. Gör. Eylem Işık'a, Arş. Gör. Ömer Mert Yılmaz'a, Arş. Gör. Baki Köse'ye, Arş. Gör. Yunus Emre Erdölen'e, Arş. Gör. Hüsniye Asena Çolak'a, Arş. Gör. Betül Karagedik'e ve yüksek lisans sınıf arkadaşım ve meslektaşım Arş. Gör. Eren Başeren'e teşekkür etmek isterim. Ayrıca Galatasaray Üniversitesi ve onun kıymetli mensuplarına teşekkürü borç bilirim.

2210-A Yurt İçi Genel Yüksek Lisans Burs Programı çerçevesinde desteklerini sunan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırmalar Kurumu'na (TÜBİTAK) katkıları için teşekkür ederim.

Hayatımın her döneminde yanımda olan, bana iyi bir akademisyen olma hayalini aşıl原因 ve kendisini her zaman örnek aldığım sevgili annem Deniz Kalender'e ve ileri görüşlülüğü sayesinde eğitim hayatıma yaptığı dokunuşları ile bugün de yanımda olduğunu hissettiğim rahmetli babam Hakan İhsan Kalender'e, bana her zaman destek olan canım babaannem ve dedeme, sevgili dönem arkadaşım Av. Melis Uslu'ya sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER LİSTESİ

ÖNSÖZ	iii
İÇİNDEKİLER LİSTESİ	v
KISALTMALAR LİSTESİ	vii
RÉSUMÉ	ix
ABSTRACT	xiv
ÖZET	xix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	15
VERGİLENDİRME DEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA YATIRIM TAHKİMİNİN KAPSAMI	15
I. Yatırım Tahkiminde Yargı Yetkisine Genel Bakış	15
A. Yatırım Tahkiminde Yargı Yetkisi ve Kabul Edilebilirlik	16
B. Tahkime Rıza	18
C. Yargılama Yetkisinin Kapsamı	22
1. Kişi bakımından (<i>Ratione Personae</i>) Yargılama Yetkisi	22
2. Konu bakımından Yetki (<i>Ratione Materiae</i>) Yargılama Yetkisi	25
3. Zaman bakımından (<i>Ratione Temporis</i>) Yargılama Yetkisi	28
4. Yer bakımından (<i>Ratione Loci</i>) Yargılama Yetkisi	29
II. Vergilendirmeye İlişkin Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkime Elverişlilik	29
III. Vergi Uyuşmazlıkları ve Vergilendirmeye İlişkili Yatırım Uyuşmazlıkları Arasındaki Ayrım	37
IV. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarının Vergilendirmeye Uygulanmasına İlişkin Sınırlamalar	42
A. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan Vergi İstisna Hükümleri	43
1. Genel Olarak İstisna Hükümleri	43
2. Vergi İstisna Hükümlerinin Amacı	49
3. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Görülen Vergi İstisna Hükümleri	50
4. Vergi İstisna Hükümlerinin Yorumu	54
B. Vergi Veto Hükümleri	81
İKİNCİ BÖLÜM	84
ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA VERGİLENDİRMEYE YÖNELİK SAĞLANAN KORUMALAR	84
I. Vergilendirme Yoluyla Kamulaştırmaya Karşı Sağlanan Korumalar	84
A. Vergilendirme Yoluyla Doğrudan Kamulaştırma	86
B. Vergilendirme Yoluyla Dolaylı Kamulaştırma	90
1. Dolaylı Kamulaştırmanın Tespitinde Tasarrufun Etkisi	95
2. Dolaylı Kamulaştırmanın Tespitinde Tasarrufun Amacı	104
C. Yukos Davası ve Vergilendirme Yoluyla Kamulaştırma	109
D. Uluslararası Vergi Hukukundaki Gelişmelerin Kamulaştırmaya İlişkin Korumalar Karşısındaki Durumu	114
II. Vergilendirme Bağlamında Adil ve Hakkaniyetli Muamele Yükümlülüğü	120

A.	Adil ve Hakkaniyetli Muamele Yükümlülüğünün Uluslararası Vergi Anlaşmalarında Yer Alan Ayrımcılık Yasağı ile Karşılaştırılması	123
B.	Vergilendirmeye İlişkin Konularda Yatırımcıların Meşru Beklentileri	126
1.	Devlet ve Yatırımcı Arasındaki Sözleşmeden Kaynaklanan Meşru Beklentiler	127
2.	Devletin Tek Taraflı Eylemlerinden Kaynaklanan Meşru Beklentiler	130
3.	Yasal ve Düzenleyici Çerçeveye İlişkin Meşru Beklentiler	134
C.	Vergilendirmeye İlişkin Konularda Adil Yargılama Hakkı ve Hukukun Üstünlüğü İlkesi	140
D.	Vergilendirmeye İlişkin Konularda Şeffaflık Yükümlülüğü	143
E.	Uluslararası Vergi Hukukundaki Gelişmelerin Adil ve Hakkaniyetli Muamele Yükümlülüğü Karşısındaki Durumu	146
SONUÇ		149
KAYNAKÇA		153
	<i>KİTAPLAR VE MAKALELER</i>	<i>153</i>
	<i>KARARLAR</i>	<i>178</i>
	<i>ULUSLARARASI ANLAŞMALAR VE MODEL ANLAŞMALAR</i>	<i>188</i>
	<i>RAPORLAR</i>	<i>194</i>
	<i>İNTERNET SAYFALARI</i>	<i>198</i>
ÖZGEÇMİŞ		200

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
BEPS	: Base Erosion and Profit Shifting (Matrah Aşındırılması ve Kâr Aktarımlarına)
bkz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
Ed.	: Editör
GATS	: General Agreement on Trade in Services (Hizmet Ticareti Genel Anlaşması)
GATT	: The General Agreement on Tariffs and Trade, (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması)
GloBE	: Global Anti-Base Erosion
HD	: Hukuk Dairesi
ICC	: International Chamber of Commerce
ICJ	: International Court of Justice (Uluslararası Adalet Divanı)
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi)
IIR	: Income Inclusion Rule (Gelire Dahil Etme Kuralı)
IUSCT	: Iran-United States Claims Tribunal (İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi)
LCIA	: London Court of International Arbitration
NAFTA	: North American Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması)
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development (İktisadi İşbirliği ve Geliştirme Teşkilatı)
para.	: paragraf

PCA	: Permanent Court of Arbitration
QDMTT	: Nitelikli Yurtiçi Ek Vergi (Qualified Domestic Minimum Top-up Tax)
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SCC	: The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
STTR	: Subject to Tax Rule (Vergiye Tabi Olma Kuralı)
UNCITRAL	: United Nations Commission On International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNCTAD	: United Nations Conference on International Trade and Development (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı)
USD	: Amerikan Doları
UTPR	: Undertaxed Payment Rule (Düşük Vergilendirilen Ödeme Kuralı)
v.	: Versus
vd.	: ve devamı

RÉSUMÉ

La compétence fiscale est un aspect fondamental de la souveraineté fiscale d'un État. Traditionnellement, l'arbitrage et la fiscalité étaient considérés comme des domaines distincts. Cependant, au cours des deux dernières décennies, les litiges liés à la fiscalité dans le cadre de l'arbitrage d'investissement ont connu une forte augmentation, avec près d'une centaine d'affaires impliquant des mesures fiscales. Certaines des décisions récentes les plus importantes en matière d'arbitrage d'investissement ont porté sur des questions fiscales, soulignant l'interaction croissante entre la fiscalité et le droit de l'investissement. À première vue, le droit fiscal international et le droit de l'investissement international peuvent sembler être deux domaines distincts, mais ils sont en interaction constante. Cette étude examine les différends fiscaux en arbitrage d'investissement en se concentrant sur cette interaction.

Les tendances en matière de litiges internationaux révèlent le chevauchement entre le droit fiscal international et le droit de l'investissement international. De nombreux investisseurs étrangers optent pour l'arbitrage d'investissement afin de résoudre les litiges fiscaux au lieu de s'appuyer sur les conventions fiscales internationales. Cette préférence s'explique par le fait que les contribuables n'ont qu'un rôle limité dans le règlement des différends dans le cadre des conventions fiscales internationales. S'ils peuvent engager la procédure amiable (PA), ils ne peuvent pas y participer une fois que le différend est porté au niveau international, car la procédure est menée par les autorités compétentes des deux États contractants. Contrairement à la procédure amiable et à l'arbitrage fiscal prévu par les conventions fiscales, l'arbitrage en matière d'investissement offre aux contribuables une méthode directe et indépendante de résolution des litiges.

Les traités internationaux d'investissement permettent aux investisseurs de porter plainte directement contre les États hôtes, ce qui fait de l'arbitrage d'investissement un mécanisme dépolitisé et efficace de résolution des litiges. L'exécution des sentences arbitrales dans le cadre de l'arbitrage d'investissement est également simplifiée, ce qui favorise les investisseurs. Par conséquent, l'arbitrage d'investissement est considéré comme une option plus avantageuse que la procédure amiable et l'arbitrage fiscal prévus par les conventions fiscales. L'introduction de cette étude met en évidence la relation entre la fiscalité et l'investissement, en se concentrant sur les raisons pour lesquelles l'arbitrage d'investissement est devenu si important dans la résolution des litiges fiscaux pour les contribuables dans le contexte des litiges fiscaux internationaux.

L'étude se compose de deux sections principales. La première section porte sur le champ d'application de l'arbitrage d'investissement en matière fiscale. La première section explore le champ d'application de l'arbitrage d'investissement en matière fiscale.

Pour déterminer le champ d'application de l'arbitrage d'investissement en matière fiscale, l'étude donne d'abord un aperçu de la compétence et de la recevabilité, jetant ainsi les bases de la compréhension de l'arbitrage d'investissement. Cette section

devrait permettre d'identifier la nature juridique des différents aspects déterminant le champ d'application, en commençant par une discussion de la compétence et de la recevabilité en termes généraux. Elle examine ensuite comment le consentement à l'arbitrage, qui constitue la base de la compétence, peut être accordé. L'étendue de la compétence, fondée sur le consentement donné, est examinée sous quatre rubriques principales : la compétence personnelle, la compétence matérielle, la compétence temporelle et la compétence territoriale, en se concentrant sur la convention CIRDI.

Le deuxième aspect porte sur l'arbitrabilité des différends en matière d'investissement liés à la fiscalité. L'arbitrabilité définit les litiges qui peuvent être résolus par l'arbitrage et constitue un obstacle à la reconnaissance et à l'exécution. Bien que les sentences de la convention CIRDI ne soient pas soumises au processus de reconnaissance et d'exécution, l'arbitrabilité reste pertinente pour certains litiges en dehors de la CIRDI. L'arbitrabilité des litiges fiscaux dans le cadre de l'arbitrage est expliquée au moyen de trois scénarios, compte tenu de la nature sensible des litiges fiscaux et de la perception qu'ils peuvent ne pas être arbitrables.

Le troisième aspect clarifie la différence entre les litiges fiscaux et les litiges d'investissement liés à la fiscalité. Cette distinction est cruciale car les conventions internationales d'investissement et les conventions fiscales ont des objectifs et des effets différents, ce qui donne lieu à des types de litiges distincts. Les litiges fiscaux proprement dits concernent l'assujettissement à l'impôt d'une transaction spécifique, tandis que les tribunaux d'investissement ont pour mission de déterminer si l'État défendeur a enfreint les normes de traitement substantielles prévues par le traité d'investissement en exerçant son autorité dans le domaine de la fiscalité, et si une responsabilité en découle. Ainsi, l'arbitrage d'investissement résout les litiges d'investissement liés à la fiscalité, et non les litiges fiscaux. Des décisions récentes soulignent cette distinction, reflétant l'interaction entre les traités internationaux d'investissement et les traités fiscaux.

Les États incluent souvent des dispositions dans les traités afin de préserver leurs pouvoirs d'imposition. Il existe deux types de limitations dans les traités internationaux d'investissement : les exclusions de la fiscalité et les dispositions de « tax veto ». Le dernier aspect de cette section examine ces limitations. Les traités internationaux d'investissement prévoient souvent des exceptions pour des intérêts importants, tels que la protection de la vie ou de la santé et la conservation des ressources naturelles, afin de préserver le pouvoir législatif et réglementaire. Pour protéger la souveraineté fiscale, les États incluent des dispositions d'exclusion de la fiscalité dans les traités d'investissement internationaux. L'équilibre entre ces intérêts est fondé ou tenté d'être trouvé dans les dispositions d'exclusion de la fiscalité des traités d'investissement. Ce dilemme difficile a donné lieu à des dispositions compliquées qui ressemblent à une poupée russe, une "matryoshka".

La première possibilité d'exclusion de la fiscalité est l'exclusion générale. Une telle disposition exclut les questions fiscales du champ d'application de la convention sans aucune réserve. Il est également possible que le traité d'investissement ne s'applique aux questions fiscales que de manière limitée. Une autre exclusion possible est l'exclusion spécifique et explicite basée sur la distinction entre les types d'impôts (impôts directs et indirects). On peut également trouver une clause de conflit en faveur de l'application des conventions fiscales. Un examen des traités existants montre que les clauses d'exclusion de la fiscalité sont relativement nouvelles et que la plupart

d'entre elles n'excluent pas totalement les questions fiscales. Toutefois, certaines protections, telles que la protection contre l'expropriation et le traitement juste et équitable, continuent généralement de s'appliquer aux mesures fiscales.

Les clauses d'exclusion de la fiscalité ne sont généralement pas définies dans les traités internationaux d'investissement, ce qui oblige les tribunaux d'arbitrage à les interpréter. Cette section analyse la signification des termes utilisés dans les dispositions d'exclusion, en examinant le champ d'application des notions de « fiscalité » et « mesure fiscale ». Tout d'abord, le champ d'application des questions fiscales est examiné, en évaluant si quatre scénarios de base entrent dans le champ d'application des dispositions d'exclusion de la fiscalité. Les matières fiscales comprennent généralement les droits de douane et les impôts directs-indirects, sauf indication contraire. Deuxièmement, le champ d'application des mesures fiscales dans le cadre des clauses d'exclusion est examiné, en déterminant si les actes administratifs d'application individuelles et réglementaires et les décisions juridiques sont couvertes sur la base du texte et du contexte de la convention. Enfin, s'il existe un contrat entre l'investisseur et l'État d'accueil, la nature des réclamations fiscales de l'investisseur et le statut des clauses d'exclusion concernant ces réclamations sont examinés.

Une autre disposition limitant l'application des traités d'investissement aux questions fiscales est celle de « tax veto ». Certains traités prévoient une consultation conjointe des autorités fiscales compétentes sur les mesures fiscales. Un investisseur ne peut soumettre une plainte à l'arbitrage que si les autorités compétentes de l'État d'accueil et de l'État d'origine ne décident pas conjointement que la mesure n'est pas une expropriation. « Tax veto » conjoint permet aux autorités fiscales compétentes de jouer un rôle plus important dans l'interprétation des exceptions dans les litiges fiscaux dans le cadre des traités d'investissement, tout en fournissant un filtre pour les réclamations non fondées.

En suivant ce cadre, la deuxième section explique l'application encadrée des principes garanties matérielles dans les litiges d'investissement liés à la fiscalité. Les investisseurs invoquent souvent des violations des garanties contre l'expropriation et de traitement juste et équitable. Cette section examine ces protections, explique comment elles s'appliquent dans le contexte fiscal et comment les tribunaux arbitraux abordent l'autorité fiscale souveraine.

L'imposition implique de prendre l'argent du contribuable, mais cela ne constitue pas en soi une expropriation. En règle générale, l'imposition n'est pas considérée comme une expropriation. Toutefois, des pratiques fiscales excessives et répétées peuvent être considérées comme expropriatrices. Les mesures fiscales peuvent être qualifiées d'expropriation directe ou indirecte, en fonction de leur mise en œuvre, de leur fonctionnement, de leur impact et de la manière dont l'investisseur formule sa demande dans le cadre du traité.

Il y a expropriation directe lorsque l'État prend explicitement possession d'un bien ou le transfère à lui-même ou à un tiers. Les mesures fiscales nationales peuvent constituer une expropriation directe lorsqu'elles impliquent la prise directe d'argent ou d'autres actifs. Cela est notamment évident dans le contexte des remboursements d'impôts, car l'argent (la propriété) est déjà entre les mains de l'État. Ceci est particulièrement pertinent dans le contexte des remboursements d'impôts refusés rétroactivement, qui peuvent équivaloir à une privation substantielle de l'argent dû.

L'expropriation indirecte concerne les situations où le propriétaire reste propriétaire, mais où l'investissement est privé de son usage économique. Deux approches sont utilisées pour déterminer l'expropriation indirecte : l'une basée sur l'effet sur l'investissement étranger et l'autre sur l'objectif de la mesure. Les deux approches sont examinées en ce qui concerne les mesures fiscales. Il est conclu que les critères quantitatifs ne suffisent pas à eux seuls à déterminer l'expropriation ; des facteurs tels que les attentes légitimes et la nature discriminatoire de la taxe doivent être pris en compte. La détermination de l'expropriation indirecte, en particulier dans les contextes fiscaux, nécessite de mettre en balance les mesures prises par l'État et les risques encourus par l'investisseur. Les tribunaux d'arbitrage abordent avec scepticisme les allégations d'expropriation pour cause de mesures fiscales.

Si l'expropriation indirecte est établie, les conditions d'une expropriation légale doivent être examinées. Ces conditions sont l'expropriation pour cause d'utilité publique, la non-discrimination, la régularité de la procédure et l'indemnisation. Une distinction est faite entre les expropriations légales avec indemnisation et celles qui violent des conditions autres que l'indemnisation. Il est peu probable que les États accordent une compensation pour les mesures fiscales expropriatrices une fois qu'elles ont été identifiées. Des conclusions différentes peuvent être tirées pour les mesures fiscales discriminatoires en fonction de la méthode d'identification de l'expropriation.

Si l'expropriation indirecte est établie, les conditions d'une expropriation légale doivent être examinées. Ces conditions, brièvement expliquées dans la présente section, exigent que l'expropriation soit effectuée pour un but ou un intérêt public, de manière non discriminatoire et contre le versement d'une indemnité prompte, adéquate et effective. Une distinction est faite entre les expropriations qui peuvent être rendues légales moyennant une indemnisation et celles qui violent des conditions autres que l'indemnisation. Il est peu probable que les États accordent une compensation pour des mesures fiscales expropriatrices une fois que ces mesures sont identifiées. Différentes conclusions peuvent être tirées pour les mesures fiscales discriminatoires en fonction de la méthode utilisée pour identifier l'expropriation.

Les affaires Yukos, rares exemples de responsabilité de l'État en matière d'expropriation fiscale, sont examinées. Ces affaires illustrent la disjonction entre le droit international des investissements et le droit fiscal international, ainsi que le rôle essentiel des tribunaux d'arbitrage dans la protection des droits des contribuables.

Après avoir expliqué les protections contre l'expropriation en relation avec les mesures fiscales, l'étude examine les développements du Pilier 2. Elle examine brièvement les évolutions du Pilier 2 et les règles que les États peuvent adopter, et conclut qu'il est peu probable que ces évolutions entraînent la responsabilité de l'État en matière d'expropriation dans le cadre du droit des investissements.

La deuxième protection examinée dans cette section est la norme de traitement juste et équitable. Le concept de traitement juste et équitable, qui est devenu l'un des principes fondamentaux du droit des investissements, renvoie à un certain nombre de concepts juridiques. Le principe de non-discrimination fiscale imprègne plusieurs branches du droit international, notamment le droit de l'Organisation mondiale du commerce, le droit du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, le droit des conventions fiscales internationales et le droit de l'investissement. Par conséquent,

cette section évalue tout d'abord la relation entre le principe de non-discrimination dans les conventions fiscales internationales et le concept de traitement juste et équitable. Étant donné que la norme de traitement juste et équitable imposerait une obligation plus large à l'État d'accueil ou à l'État source que l'interdiction de non-discrimination prévue par une convention fiscale, il est conclu qu'il n'y a pas d'incompatibilité.

La jurisprudence des tribunaux indique que l'obligation de traitement juste et équitable comprend l'obligation de s'abstenir de traiter les investisseurs et les investissements de manière arbitraire ou discriminatoire, de traiter les investisseurs et les investissements de manière transparente et cohérente, d'éviter de modifier radicalement le cadre juridique et commercial dans lequel l'investissement a été réalisé, de s'abstenir d'agir d'une manière qui contrarie les attentes légitimes d'un investisseur et de ne pas violer le droit à un procès équitable et le droit d'accès à la justice. Ces obligations sont analysées sous des rubriques distinctes, avec un accent particulier sur les attentes légitimes, le droit à un procès équitable et la transparence.

Le statut de l'obligation de traitement juste et équitable par rapport aux règles du Pilier 2 est enfin évalué. Même en l'absence d'engagement spécifique de la part des États, l'impôt minimum mondial peut, dans la pratique, conduire les gouvernements à supprimer les incitations fiscales pour les entreprises. La compatibilité de ces mesures avec l'obligation de traitement juste et équitable dépend essentiellement de la situation spécifique de l'investisseur étranger. Bien qu'il soit peu probable que les lois fiscales elles-mêmes donnent lieu à une attente légitime, il existe des cas où les tribunaux ont reconnu l'existence d'attentes légitimes fondées sur une loi. L'impôt minimum mondial doit également être considéré séparément en termes de stabilité réglementaire. L'impôt minimum étant le résultat d'un long débat international, il est difficile pour les investisseurs étrangers de faire valoir que ces changements n'étaient pas prévisibles. Cela signifie que les règles GloBE devraient bénéficier d'une forte présomption de conformité avec les traités d'investissement.

En conclusion, ce document démontre que la fiscalité et l'arbitrage ne sont pas des concepts qui s'excluent mutuellement. Bien que les États aient tenté, par le biais de diverses dispositions, d'empêcher que la fiscalité soit abordée dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, ces dispositions sont soit minoritaires dans l'ensemble des traités, soit inefficaces pour empêcher que des affaires de fiscalité soient entendues dans le cadre de l'arbitrage. Les décisions récentes en matière d'arbitrage d'investissement et les préoccupations des décideurs politiques indiquent que des règles et des politiques internationales mieux conçues sont nécessaires dans ce domaine où le droit fiscal et le droit de l'investissement se croisent, et que ces deux domaines devraient coopérer.

ABSTRACT

The jurisdiction to tax is a fundamental aspect of a state's fiscal sovereignty. Traditionally, arbitration and taxation were viewed as separate fields. However, in the past two decades, tax-related disputes in investment arbitration have surged, with nearly a hundred cases involving taxation measures. Some of the most significant recent decisions in investment arbitration have centered on tax issues, highlighting the growing interaction between taxation and investment law. At first glance, international tax law and international investment law may appear to be two separate fields, but they are in constant interaction. This study examines tax-related investment disputes by focusing on this interaction.

Trends in international disputes reveal the overlap between international tax law and international investment law. Many foreign investors opt for investment arbitration to resolve tax-related disputes instead of relying on international tax treaties. This preference arises because taxpayers have a limited role in dispute resolution under international tax treaties. While they can initiate the Mutual Agreement Procedure (MAP), they cannot participate once the dispute reaches the international level, as the process is conducted by the competent authorities of the two contracting states. Unlike MAP and tax arbitration under tax treaties, investment arbitration offers taxpayers a direct and independent dispute resolution method.

International investment treaties allow investors to bring claims directly against host states, making investment arbitration a depoliticized and efficient dispute resolution mechanism. The enforcement of arbitral awards in investment arbitration is also simplified, favoring investors. Consequently, investment arbitration is seen as a more advantageous option compared to MAP and tax arbitration provided in tax treaties. The introduction of this study highlights the relationship between taxation and investment, focusing on why investment arbitration has become so crucial in resolving tax-related disputes for taxpayers in the context of international tax disputes.

The study consists of two main sections. The first section explores the scope of investment arbitration in tax-related matters. The second section examines the investment protection standards afforded to foreign investors concerning taxation.

To determine the scope of investment arbitration in tax-related matters, the study first provides an overview of jurisdiction and admissibility, establishing the foundation for understanding investment arbitration. This section would help to identify the legal nature of various aspects determining the scope, beginning with a discussion of jurisdiction and admissibility in general terms. It then examines how consent to arbitration, which forms the basis of jurisdiction, can be granted. The scope of jurisdiction, based on given consent, is discussed under four main headings: personal jurisdiction, subject matter jurisdiction, temporal jurisdiction, and territorial jurisdiction, focusing on the ICSID Convention.

The second aspect addresses the arbitrability of tax-related investment disputes. Arbitrability defines which disputes can be resolved through arbitration and acts as a recognition-enforcement barrier. Although ICSID awards are not subject to the recognition and enforcement process, arbitrability is still relevant for some disputes outside ICSID. The arbitrability of tax disputes in arbitration is explained through three scenarios, given the sensitive nature and perception that tax disputes may not be arbitrable.

The third aspect clarifies the difference between tax disputes and tax-related investment disputes. This distinction is crucial as international investment treaties and tax treaties have different purposes and effects, leading to distinct types of disputes. The proper tax disputes concern the taxability of a specific transaction, while investment tribunals are tasked with determining whether the respondent State has breached substantive standards of treatment under the investment treaty through the exercise of its authority in the field of taxation, and whether liability arises as a result. Thus, investment arbitration resolves tax-related investment disputes, not tax disputes. Recent decisions highlight this distinction, reflecting the interaction between international investment treaties and tax treaties.

States often include provisions in treaties to preserve their taxing powers. Two types of limitations in international investment treaties are taxation carve-outs and tax veto provisions. The final aspect of this section examines these limitations. International investment treaties often include exceptions for important interests, such as protecting life or health and conserving natural resources, to safeguard legislative and regulatory authority. To protect fiscal sovereignty, states include tax carve-out provisions in international investment treaties. The balance between these interests is founded or tried to be found in taxation carve-out provisions in investment treaties. This hard dilemma caused complicated provisions that seem like a Russian doll, “matryoshka”.

The first possibility of tax carve-out is general exclusion. Such a provision excludes tax matters from the treaty scope of application without any reservation. It is also possible that the investment treaty applies to taxation matters only in limited ways. Another possible carve-out is specific and explicit exclusion based on the distinction between the type of taxes (direct and indirect taxes). Another type that can be found is a conflict clause in favour of tax treaty application. Many treaties distinguish between direct and indirect taxes. A review of existing treaties shows that tax carve-out clauses are relatively new, and most do not fully carve-out tax matters. However, some protections, such as against expropriation and fair and equitable treatment, generally still apply to taxation measures.

Tax carve-out provisions are typically undefined in international investment treaties, requiring arbitral tribunals to interpret them. This section analyzes the meaning of terms within carve-out provisions, examining the scope of “tax matters” and “taxation measures”. First, the scope of tax matters is examined, evaluating whether four basic scenarios fall within the scope of tax carve-out provisions. Tax matters generally include customs duties and direct-indirect taxes unless otherwise specified. Second, the scope of tax measures within carve-out clauses is addressed, determining whether individual and regulatory measures and court decisions are covered based on the text and context of the treaty. Finally, if a contract exists between

the investor and the host state, the nature of the investor's tax-related claims and the status of carve-outs regarding these claims are examined.

Another provision limiting the application of investment treaties to tax matters is the tax veto provisions. Some treaties foresee joint consultation on tax measures of the relevant tax authorities. An investor can only submit a claim to arbitration if the competent authorities of both the host and home state do not jointly determine that the measure is not an expropriation. The joint taxation veto allows competent tax authorities to play a larger role in the interpretation of exceptions in tax-related disputes under investment treaties, while also providing a filter for unmeritorious claims.

Following this framework, the second section explains the investment protection standards afforded to investors in tax-related investment disputes. Investors often claim violations of protections against expropriation and requirements for fair and equitable treatment in taxation. This section examines these protections, explaining how they apply in the tax context and how arbitral tribunals approach sovereign tax authority.

By its nature, taxation involves the taking of the taxpayer's money, but this alone does not constitute taxation compensable. Generally, taxation is not considered expropriation. However, in certain cases, such as excessive and repeated tax practices, tax measures may be deemed expropriatory. A taxation measure can be characterized as either direct or indirect expropriation, largely depending on how the measure is implemented, its operation, its impact, and how the investor frames the claim within the treaty.

Direct expropriation occurs when the state explicitly takes ownership or transfers it to itself or a third party. Domestic tax measures may amount to direct expropriation where they involve the direct taking of money or other assets. This is especially discernible in the context of tax refunds because the money (property) is already in the hands of the state. This is particularly relevant in the context of retroactively denied tax refunds, which can amount to substantial deprivation of the owed money.

Indirect expropriation involves situations where ownership remains with the owner, but the investment will be deprived of its economic use. Two approaches are used to determine indirect expropriation: one based on the effect on the foreign investment and the other on the measure's purpose. Both approaches are discussed regarding tax measures. It is concluded that quantitative criteria alone are insufficient to determine expropriation; factors like legitimate expectations and discriminatory nature of the tax should be considered. Determining indirect expropriation, especially in tax contexts, requires balancing state measures and investor risks. Arbitral tribunals approach claims of tax measure expropriation with skepticism.

If indirect expropriation is established, the conditions for lawful expropriation must be examined. These conditions, briefly explained in this section, require expropriation to be conducted for a public purpose or interest, in a non-discriminatory manner and against the payment of compensation that is prompt, adequate and effective. A distinction is made between expropriations that can be rendered lawful with compensation and those violating conditions other than compensation. It is unlikely that states will provide compensation for expropriatory tax measures once

such measures are identified. Different conclusions may be reached for discriminatory tax measures depending on the method used to identify expropriation.

The Yukos cases, rare examples of state responsibility for tax expropriation, are discussed. These cases illustrate the disjunction between international investment law and international tax law and the critical role of arbitral tribunals in protecting taxpayer rights.

After explaining protections against expropriation in relation to tax measures, the study considers Pillar 2 developments. It briefly discusses Pillar 2 developments, and the rules states may adopt, concluding that these developments are unlikely to result in state liability in investment law for expropriation.

The second protection discussed in this section is the fair and equitable treatment (FET) standard. The concept of fair and equitable treatment, which has become one of the fundamental principles of investment law, refers to a number of legal concepts. The principle of non-discrimination in taxation permeates various branches of international law, including World Trade Organization law, Council of Europe and European Union law, international tax treaty law and investment law. Accordingly, this section first assesses the relationship between the principle of non-discrimination in international tax treaties and the concept of fair and equitable treatment. Since the fair and equitable treatment standard would impose a broader obligation on the host or source state than the prohibition of non-discrimination under a tax treaty, it is concluded that no incompatibility arises.

The jurisprudence of the tribunals indicates that the fair and equitable treatment obligation includes the obligation to refrain from treating investors and investments in an arbitrary or discriminatory, treat investors and investments in a transparent and consistent manner, avoid radical alteration of the legal and business framework under which the investment was made, refrain from acting in a manner that frustrates the legitimate expectations of an investor and not violating the right to a fair trial and the right to access to justice. These obligations are analyzed under separate headings, with particular emphasis on legitimate expectations, the right to a fair trial and transparency.

The status of the fair and equitable treatment obligation vis-à-vis Pillar 2 rules is finally assessed. Even in the absence of a specific commitment by states, the global minimum tax may in practice lead governments to withdraw corporate tax incentives. The compatibility of such measures with the fair and equitable treatment standard depends crucially on the specific situation of the foreign investor. While the tax laws themselves are unlikely to give rise to a legitimate expectation, there are some cases where tribunals have recognized legitimate expectations based on the law. The global minimum tax should also be considered separately in terms of regulatory stability. As the minimum tax is the result of a protracted international debate, it is difficult for foreign investors to argue that these changes were not foreseeable. This means that the GloBE Rules should benefit from a strong presumption of compliance with investment treaties.

In conclusion, this study demonstrates that taxation and arbitration are not mutually exclusive concepts. Although states, through various provisions, have attempted to prevent taxation from being addressed in investment arbitration; these provisions are either a minority in the overall body of treaties or are ineffective at

preventing taxation claims from being heard in arbitration. Recent investment arbitration decisions and policymakers' concerns indicate that better-designed international rules and policies are needed in this area where tax law and investment law intersect, and that these two areas should cooperate.



ÖZET

Vergilendirme yetkisi, devletlerin mali egemenliğinin içerdiği en önemli yetkilerden biridir. Bu nedenle, tahkim ve vergilendirme, geleneksel olarak birbirinden farklı ve birbirini dışlayan alanlar olarak görülmüştür. Ancak, özellikle son yirmi yılda, yatırım tahkimine götürülen vergilendirmeye ilişkili uyuşmazlıkların sayısı giderek artmıştır. Doğrudan veya dolaylı olarak vergilendirme tedbirlerine dayanan yüze yakın yatırım uyuşmazlığı bulunmaktadır. Yakın zamanda yatırım tahkiminde verilen en büyük kararlar, vergilendirme ile ilgili konuları ele almıştır. Vergilendirme ve yatırım hukuku arasındaki etkileşim, birçok çalışmaya konu olmuş ve önemli bir tartışma alanı haline gelmiştir. Uluslararası vergi hukuku ve uluslararası yatırım hukuku ilk bakışta iki farklı alan gibi gözüксе de birbiri ile sürekli etkileşim halindedir. Bu çalışma, bu iki alanın etkileşimini ön planda tutarak vergilendirmeye ilişkili yatırım uyuşmazlıklarını konu almaktadır.

Uluslararası uyuşmazlıklardaki eğilimler, uluslararası vergi hukuku ve uluslararası yatırım hukuku arasındaki örtüşmenin iyi bir göstergesidir. Birçok yabancı yatırımcı, vergilendirmeye ilişkili uyuşmazlıklarını çözmek için, uluslararası vergi anlaşmalarını kullanmak yerine, yatırım anlaşmalarına dayanarak yatırım tahkimine başvurmaktadır. Bunun nedeni, uluslararası vergi anlaşmaları kapsamındaki uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde vergi mükelleflerinin pasif rolüdür. Vergi mükellefi, Karşılıklı Anlaşma Usulünü başlatma hakkına sahip olsa da uyuşmazlık uluslararası alana taşındığında uyuşmazlığın bir tarafı olamamakta ve süreç iki akit devletin yetkili makamları tarafından yürütülmektedir. Zorunlu ve bağlayıcı Vergi Tahkimi de uluslararası yatırım anlaşmalarıyla yabancı yatırımcılara tanınan haklara kıyasla, vergi mükelleflerine alternatif ve bağımsız bir uyuşmazlık çözüm yöntemi sunmamaktadır.

Uluslararası yatırım anlaşmalarında, yatırımcılara ev sahibi devlete karşı doğrudan dava açma imkânı verilmiştir. Yatırım tahkimi, politik unsurlardan arınarak uyuşmazlığın gerçek tarafları arasında bir uyuşmazlık çözüm yöntemine dönüşmüştür. Ek olarak, yatırım tahkiminde hakem kararlarının icrası yatırımcılar lehine oldukça kolaylaştırılmıştır. Tüm bu nedenlerle şu an için yatırım tahkiminin, vergi anlaşmalarında yer alan Karşılıklı Anlaşma Usulü ve Vergi Tahkimine kıyasla çok daha avantajlı bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, çalışmanın giriş bölümü, vergi ve yatırım arasındaki ilişkiye değinerek mükelleflerin uluslararası vergi uyuşmazlıklarının çözümündeki yeri odaklı olarak, yatırım tahkiminin neden vergilendirmeye ilişkili uyuşmazlıklarda bu kadar önemli bir noktaya geldiğini ortaya koymaktadır.

Çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, vergilendirmeye ilişkin konularda yatırım tahkiminin kapsamı ele alınmıştır. İkinci bölümde ise, uluslararası yatırım hukukunda vergilendirmeye yönelik sağlanan korumalar incelenmiştir.

Vergilendirmeye ilişkin konularda yatırım tahkiminin kapsamını belirlemek için ilk olarak yetki ve kabul edilebilirlik konularına dair genel bilgiler verilerek, yatırım tahkimine giriş niteliğinde bir başlık oluşturulmuştur. Aynı zamanda bu bölümün amacı, kapsamın belirlenmesinde yararlanılacak bazı düzenlemelerin hukuki niteliğini saptayabilmek için ön bilgiler vermektir. Bu amaçla, ilk olarak yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik hakkında genel bilgiler verilmiş, daha sonrasında yatırım tahkiminde yetkinin belkemiği olan tahkime rızanın nasıl verilebileceği incelenmiştir. Akabinde, verilen rıza bağlamında yargılama yetkisinin kapsamı, ICSID Konvansiyonu odağında, kişi, konu, zaman ve yer bakımından olmak üzere dört ana başlık altında incelenmiştir.

Kapsamın belirlenmesinde ikinci olarak, vergilendirmeye ilişkin yatırım uyuşmazlıklarında tahkime elverişlilik konusuna değinilmiştir. Tahkime elverişlilik, hangi uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenebileceğine ilişkin bir tanıma-tenfiz engelidir. Her ne kadar ICSID Konvansiyonu uyarınca verilmiş hakem kararları tanıma ve tenfiz sürecinden geçmese de ICSID dışında görülen bazı yatırım uyuşmazlıkları bakımından tahkime elverişliliğe ilişkin bir bölümün çalışmaya eklenmesine gerek görülmüştür. Ayrıca, vergilendirmeye ilişkin uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesi, hassaslıkla yaklaşılmalı ve tahkime elverişli olmadığı gözüyle bakılan bir konu olduğundan bazı hususların açıklığa kavuşturulabilmesi için vergi uyuşmazlıkları bakımından tahkime elverişlilik, vergilendirmeye tahkimde karşılaşılan üç durum üzerinden açıklanmıştır.

Kapsamın tayininde üçüncü olarak, vergi uyuşmazlıkları ve vergilendirmeye ilişkili yatırım uyuşmazlıkları arasındaki fark açıklanmaya çalışılmıştır. Bu mesele, çalışmanın kritik noktalarından birini oluşturmaktadır. Uluslararası yatırım anlaşmaları ve vergi anlaşmalarının farklı maddi amaçları ve etkileri bulunmakta, bunlardan doğan uyuşmazlıklar da birbirinden ayrılmaktadır. Vergi uyuşmazlıkları ve vergilendirmeye ilişkili yatırım uyuşmazlıkları da esasında bu anlaşmalar arasındaki ayrımla paralel olarak farklılık göstermektedir. Vergi uyuşmazlıkları belirli bir işlemin vergilendirilebilir olup olmadığına ilişkindir. Oysa yatırım tahkiminde, bir vergilendirme tedbirinin yatırım anlaşmalarında sağlanan korumaları ihlal edip etmediğine dair uyuşmazlıklar değerlendirilmektedir. Bu nedenle, yatırım tahkiminde vergi uyuşmazlıkları değil, vergilendirmeye ilişkili yatırım uyuşmazlıkları çözümlenebilecektir. Bu konuda son yıllarda verilen kararlar da uluslararası yatırım anlaşmaları ve vergi anlaşmaları arasındaki etkileşimin bir sonucu olan bu ayrımı vurgulamaktadır.

Devletler, vergilendirme yetkilerinin sınırlandırılabilmesiyle, yatırım anlaşmalarının vergi konularına uygulanmasını engellemek için anlaşmalara çeşitli hükümler ekleme eğilimindedirler. Uluslararası yatırım anlaşmalarında vergilendirmeye yönelik vergi istisna hükümleri ve vergi veto hükümleri olmak üzere iki tip sınırlama gözlenmiştir. Vergilendirmeye ilişkin yatırım uyuşmazlıklarının kapsamının belirlenmesinde son olarak yatırım anlaşmalarında vergilendirmeye ilişkin getirilen sınırlamalar incelenmiştir. Uluslararası yatırım anlaşmaları, taraf devletlerin yasama ve düzenleme yapma yetkisini korumak için insan, hayvan, bitki yaşamının veya sağlığının korunması, doğal kaynakların korunması gibi bazı önemli menfaatlere ilişkin genellikle bir veya daha fazla istisna içerebilmektedir.

Mali egemenliklerini korumak için devletler, özellikle yeni yaptıkları anlaşmalara vergi istisna hükümlerini eklemektedirler. Adeta bir matruşka bebeği gibi

istisnalar içerisinde istisnalar içeren bu hükümler, çoğunlukla oldukça karmaşıktır. Anlaşmaların vergi konularını herhangi bir çekince olmaksızın anlaşmanın uygulama alanı dışına bırakmaları mümkündür. Sadece bazı korumaların istisna kapsamında bırakıldığı hükümler de bulunmaktadır. Ayrıca devletler, vergi anlaşmalarının yatırım anlaşmasına göre öncelikli olduğunu belirten vergi anlaşmalarının uygulanması lehine bir çatışma hükmünü anlaşmalarına eklemeyi tercih etmektedir. Bazı anlaşmalar ise doğrudan ve dolaylı vergiler arasında ayırım yapmaktadır. Yürürlükteki yatırım anlaşmaları incelendiğinde, vergi istisna hükümleri nispeten yeni düzenlemeler olduğundan, vergi konularının birçok anlaşmada istisna edilmediği saptanmıştır. Uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan istisna hükümleri değerlendirildiğindeyse çoğu yatırım anlaşması, vergilendirmeye ilişkin konuları tamamen istisna etmemekte, bazı koruma standartlarının, özellikle ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus muamelesi standartlarının, vergilendirmeye ilişkin konulara uygulanmayacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla, çoğu durumda, kamulaştırmaya karşı korumalar ve adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülükleri, vergilendirme tedbirleri bakımından da uygulanacaktır.

Vergi istisna hükümleri genellikle “vergi konuları” veya “vergi tedbirleri” ifadeleriyle kaleme alınmıştır. Bu ifadeler, uluslararası yatırım anlaşmalarında genellikle tanımlanmamakta ve hakem heyetlerinin istisna hükümlerini yorumlaması gerekmektedir. Bu nedenle, istisna hükümlerinin kapsamı ve yorumu için bu hükümlerin içinde yer alan terimlerin anlamı ayrı ayrı irdelenmiştir. İlk olarak vergi konularının kapsamı incelenerek temel olarak dört durumun vergi konularına ilişkin istisna hükümleri kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilmiştir. Vergi konuları aksi anlaşmada belirtilmedikçe sigorta primleri ve karşılığı olan mali yükümlülükleri kapsamamakta, gümrük vergileri ve doğrudan-dolaylı vergileri kapsamaktadır. İkinci olarak istisna hükümlerinde yer alan vergilendirme tedbirleri ifadesinin kapsamına değinilmiştir. Vergilendirme tedbirlerinin bireysel ve düzenleyici tedbirlerden ve mahkeme kararlarından hangilerini kapsadığı anlaşmanın lafzı ve bağlamına göre belirlenmektedir. Son olarak, yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında bir sözleşmenin bulunması halinde yatırımcının vergilendirmeye ilişkin taleplerinin niteliği ve istisna hükümlerinin bu talepler bakımından durumu incelenmiştir.

Yatırım anlaşmalarına vergi konularının uygulanmasını sınırlandıran bir diğer hüküm vergi veto hükümleridir. Vergi veto hükümleri olan anlaşmalarda bir yatırımcının talebini tahkime sunabilmesi için ev sahibi devletin ve yatırımcının kendi devletin yetkili makamlarının tedbirin kamulaştırma olmadığı konusunda ortaklaşa karara varmamaları gerekir. Bu hükümler, vergiyle ilgili uyuşmazlıklarda yetkili vergi makamlarının anlaşma hükümlerini yorumlamasında daha büyük bir rol oynamasına olanak tanırken, aynı zamanda haksız iddialar için de bir filtre sağlamaktadır.

Vergilendirmeye ilişkin uyuşmazlıkların yatırım tahkiminde kapsamına ilişkin sunulan bu çerçeveden sonra, bu kapsam içerisine giren uyuşmazlıklarda yatırımcılara nasıl korumalar sağlandığı ikinci bölümde açıklanmıştır. Yatırımcılar, vergilendirmeye ilişkin konularda sıklıkla kamulaştırmaya ilişkin getirilen korumaların ve adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlali iddiasıyla yatırım tahkimine başvurmaktadır. Bu nedenle, bu bölüm altında vergilendirmeye ilişkin korumalar iki başlık altında incelenmiştir. Bu standartların vergi alanında ne ölçüde uygulanabilir olduğu ve hakem heyetlerinin vergi konularına ilişkin egemenlik yetkileri üzerinde karar verirken bu standartları nasıl ele aldıkları açıklanmıştır.

Doğası gereği vergilendirme, mükellefin parasının alınması etkisini doğurmaktadır. Ancak sadece bu nedenle vergilendirme tazmin edilebilir hale gelmemektedir. Vergilendirme, kural olarak kamulaştırma sayılmamaktadır. Bununla birlikte, özellikle aşırı ve mükerrer vergi uygulamaları gibi bazı durumlarda vergi uygulamalarının kamulaştırma boyutuna ulaştığı kabul edilebilir. Bir vergilendirme tedbiri doğrudan veya dolaylı kamulaştırma olarak nitelendirilebilir. Bu nitelendirme büyük ölçüde tedbirin yapılma şekline, işleyişine, etkisine ve yatırımcının anlaşma kapsamındaki talebini nasıl çerçevelediğine bağlı olmaktadır.

Uluslararası yatırım hukukunda doğrudan kamulaştırma, devletin açıkça ve kasıtlı olarak mülkiyete el koyduğu ve/veya mülkiyeti kendisine veya devlet tarafından yetkilendirilmiş bir üçüncü tarafa devrettiği durumlarda gerçekleşmektedir. Vergilendirme tedbirlerinin para veya diğer varlıkların doğrudan alınması sonucunu doğurduğu durumların doğrudan kamulaştırma teşkil edebileceği kabul edilmektedir. Bu durum özellikle, paranın doğrudan devletin eline geçtiği vergi iadeleri bağlamında önemlidir. Vergi iadelerinin geriye dönük olarak reddedilmesi, ödenmesi gereken para alacağından esaslı bir mahrumiyet teşkil edebilecektir.

Dolaylı kamulaştırma ise mülkiyetin hukuki veya fiziki olarak sahibinde kaldığı ancak devletin bazı düzenlemeleri nedeniyle ekonomik değerinin ortadan kaldırıldığı ya da yatırımcının mülkiyetinden kaynaklanan haklarının kısıtlandığı durumlarda ortaya çıkar. Dolaylı kamulaştırmanın tespitinde iki yaklaşım öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki ev sahibi devlet tasarrufunun yabancı yatırım üzerinde oluşturduğu etkiyi esas almaktadır. İkinci görüş ise tasarrufun uygulanma amacını esas almaktadır. Bu başlık altında her iki görüşe ilişkin vergilendirme tedbirleri ekseninde açıklamalarda bulunulmuştur. Bu bağlamda, sadece nicel kriterlerin kamulaştırmayı belirlemek için yeterli olmadığı ve yatırımcının meşru beklentileri, verginin ayrımcı niteliği gibi faktörlerin normal ve el koyucu vergilendirme tedbirlerini birbirinden ayırmak için dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolaylı kamulaştırmanın tespiti, özellikle vergi tedbirleri bağlamında karmaşık ve hassas bir dengeyi gerektirir. Devletlerin aldığı tedbirlerin yatırımcıların aldığı riskler kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesi gerekir. Hakem heyetleri, vergi tedbirlerinden kaynaklanan kayıpların kamulaştırma anlamına geldiği sonucuna şüpheyle yaklaşmaktadır.

Dolaylı kamulaştırmanın oluştuğunun tespit edilmesi durumunda meşru bir kamulaştırma için şartların oluşup oluşmadığı incelenmelidir. Bu şartlar bir sonraki bölümde kısaca açıklanmıştır. Buna göre hukuka uygun bir kamulaştırma kamu yararı amacıyla, ayırım yapmadan, usul kurallarına uygun olarak ve karşılığında tazminat ödenmesi suretiyle yapılmalıdır. Tazminat ödenmesi ile hukuka uygun hale gelebilecek kamulaştırmalar ile tazminat dışındaki şartlara aykırı olan kamulaştırmalar arasında bir ayırım yapılmaktadır. Bir vergilendirme tedbirinin kamulaştırıcı olduğu tespit edildikten sonra, devletlerin kamulaştırıcı nitelikteki vergilendirme tedbirleri için bir tazminat vermesi çok olası değildir. Kamulaştırmanın tespitinde esas alınacak yöntemle göre ayrımcı vergilendirme tedbirleri bakımından farklı sonuçlara ulaşılabileceği bu bölümde değerlendirilmiştir.

Öğretinin ve kamuoyunun çokça ilgisini çeken ve vergi kamulaştırmasında devletin sorumluluğunun kabul edildiği nadir davalardan olan *Yukos* davaları ayrıca ele alınmıştır. Bu davalardaki vakıaların ve verilen kararların, uluslararası yatırım hukuku ve uluslararası vergi hukuku arasındaki belli noktalardaki kopukluğa dair

sembolik bir önemi vardır. Bu doğrultuda hakem heyetlerinin yürürlükteki vergi anlaşmaları ve ulusal vergi kuralları perspektifinde yatırım anlaşmalarını değerlendirerek vergi mükelleflerinin haklarını etkin bir şekilde koruma konusunda önemli bir rolü bulunmaktadır.

Kamulaştırmaya ilişkin korumalar vergilendirme tedbirleri bakımından açıklandıktan sonra Sütun 2 gelişmeleri bu korumalar bakımından ele alınmıştır. İlk olarak kısaca Sütun 2 gelişmelerinden ve bu amaçla devletlerin benimseyebileceği yöntemlerden bahsedilmiştir. Daha sonrasında bu gelişmelerin kamulaştırma bakımından devletlerin yatırım hukukunda bir sorumluluğunu doğurmayacağı kanaatine varılmıştır.

Vergilendirmeye ilişkin sağlanan korumalarda kamulaştırmaya ilişkin garantilerden sonra ikinci olarak adil ve hakkaniyetli muamele standardına değinilmiştir. Yatırım hukukunun temel prensiplerinden biri haline gelen adil ve hakkaniyetli muamele kavramı, çok sayıda hukuki kavrama atıfta bulunmaktadır. Vergilendirmede ayrımcılık yapmama ilkesi Dünya Ticaret Örgütü hukuku, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği hukuku, uluslararası vergi anlaşmaları hukuku ve yatırım hukuku da dahil olmak üzere uluslararası hukukun çeşitli dallarına nüfuz etmektedir. Bu doğrultuda bu bölümde ilk olarak uluslararası vergi anlaşmalarında yer alan ayrımcılık yapmama ilkesi ile adil ve hakkaniyetli muamele kavramının ilişkisi değerlendirilmiştir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, ev sahibi ya da kaynak devlete bir vergi anlaşması kapsamındaki ayrımcılık yapmama yasağından daha geniş bir yükümlülük yükleyeceği için herhangi bir uyumsuzluk ortaya çıkmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Hakem heyetlerinin içtihatları incelendiğinde adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü, yatırımcılara ve yatırımlara keyfi veya ayrımcı şekilde muamele etmekten kaçınmayı, adil yargılanma hakkının ve adalete erişim hakkının ihlaline yol açmamayı, yatırımcılara ve yatırımlara şeffaf ve tutarlı bir şekilde muamele etmeyi, yatırımın yapıldığı hukuki ve ticari çerçevenin kökten değiştirilmesinden kaçınmayı ve bir yatırımcının meşru beklentilerini boşa çıkaracak şekilde hareket etmekten kaçınmayı kapsamaktadır. Bu yükümlülüklerden özellikle meşru beklentiler, adil yargılanma hakkı ve şeffaflık üzerinde durularak ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

Adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün de Sütun 2 kuralları karşısındaki durumu son olarak değerlendirilmiştir. Küresel asgari vergi, uygulamada hükümetlerin kurumlar vergisi teşviklerini geri çekmesine neden olabilir. Bu tür tedbirlerin adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile uyumluluğu önemli ölçüde yabancı yatırımcının özel durumuna bağlıdır. Vergi kanunlarının kendisinin meşru bir beklentiye yol açması oldukça zor gözükmeyle beraber hakem heyetlerinin kanunlara dayanan meşru beklentileri kabul ettiği bazı davalar bulunmaktadır. Düzenleyici kararlılık açısından da küresel asgari verginin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Asgari vergi, uluslararası düzeyde uzun süren bir tartışmanın sonucu olduğundan yabancı yatırımcıların bu değişikliklerin öngörülebilir olmadığını ileri sürmeleri zor gözükmektedir. Bu da GloBE Kurallarının yatırım anlaşmalarına uyumu konusunda güçlü bir karineden faydalandığı anlamına gelmektedir.

Bu çalışma ilk olarak vergi ve tahkimin birbirlerini dışlayan kavramlar olmadığını göstermektedir. Devletler, vergilendirmeye ilişkin konuların yatırım tahkiminde görülmesini çeşitli hükümlerle engellemeye çalışsalar da bu hükümler ya

anlaşmaların geneline bakıldığında azınlıkta kalmakta ya da efektif bir şekilde vergilendirmeye ilişkin davaların tahkimde görölmesini engelleyememektedir. Son yıllarda yatırım tahkiminde verilen kararlar ve politika yapıcılarının endişeleri, vergi hukuku ve yatırım hukukunun örtüştüğü bu alanda daha iyi tasarlanmış uluslararası kurallar ve politikalara ihtiyaç duyulduğunu ve bu iki alanın iş birliği içerisinde hareket etmeleri gerektiğini göstermektedir.



GİRİŞ

Doğrudan yabancı yatırımlar için oldukça rekabetçi bir küresel pazar bulunmaktadır ve devletlerin bu pazardaki konumu, istikrar ve öngörülebilirlik gibi birçok farklı faktöre bağlıdır¹. Bir ülkenin yatırım ortamı ne kadar cazip olursa olsun, yeterli hukuki koruma sağlanmadığı sürece yabancı yatırımcılar o ülkeye yatırım yapmaktan kaçınırlar. Bu güveni sağlamak, gelişmekte olan ülkeler için genellikle çok daha zordur. Yabancı yatırımların teşviki ve korunması için devletler, ulusal ve uluslararası birçok düzenleme yaparlar². Bu düzenlemelerin başında uluslararası yatırım anlaşmaları gelir. Uluslararası yatırım anlaşmaları, iki taraflı yatırım anlaşmaları (*bilateral investment treaties*) ya da bölgesel veya sektörel anlaşmalar gibi yatırım unsurlarını içeren anlaşmalar olarak karşımıza çıkar.

Modern yatırım anlaşmalarında yer alan yatırımcılara uygulanacak muamele standartları, binlerce yıllık gelenekler ve deneyimlere dayanır. Yüzyıllardır var olan yabancı tüccarlara ayrıcalık tanıyarak ekonomik değişimleri teşvik etme arzusu ve kendi vatandaşlarını ev sahibi devletlerin istismarcı ve ayrımcı eylemlerinden koruma amacı, uluslararası yatırım hukukunun gelişiminde önemli bir rol oynamıştır. Modern anlaşmalarda yer alan standartlar, genellikle sözleşme ve teamül hukukundan daha yüksek bir koruma sunarak sınır ötesi ticari ilişkilerin derinleşmesine yardımcı olmuştur.

¹ Zachary Douglas, **The International Law of Investment Claims**, Cambridge University Press, 2009 (Investment Claims), s. 1; R. Doak Bishop/James Crawford/W. Michael Reisman, **Foreign Investment Disputes: Cases Materials and Commentary**, Kluwer Law International, 2014, s. 9; Ursula Kriebaum/Christoph Schreuer/Rudolf Dolzer, **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, 3rd ed., 2022, s. 27; Zachary Elkins/Andrew T. Guzman/Beth A. Simmons, “Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960–2000”, **International Organization**, C. 60, S. 04 s. 811-846, 2006, s. 811.

² Campbell McLachlan/Laurence Shore/Matthew Weiniger, **International Investment Arbitration: Substantive Principles**, Oxford University Press, 2nd ed., 2017, s.26; Zachary Douglas, **Investment Claims** s. 1; Andrew Newcombe/Lluís Paradell Trius, **Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment**, 2009, s. 41; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul: 2021 (Tahkim), s. 57.

Vergiler ve yatırımlar arasında sıkı bir bağlantı vardır. Zira, vergiler, yatırımcıların karar verme sürecinde hayati bir yere sahiptir³. Uluslararası yatırım anlaşmaları ile vergi politikaları arasında da yakın bir ilişki bulunmaktadır⁴. Yabancı yatırımların vergilendirilmesi, devletlerin yabancı yatırımcılarla ilişkisinde önemli bir rol oynamaktadır. Daha cazip vergi rejimi sunan ev sahibi devletler, yabancı yatırımcılar tarafından daha çok tercih edilmektedir⁵. Bunun yanında, vergi rejimi ve uygulamalarının öngörülebilir olması da yatırım tercihlerinde bir o kadar önemlidir.

Hükümetler vergilendirmeyi sadece gelir elde etme amacıyla değil, aynı zamanda yabancı yatırımları düzenleme aracı olarak da kullanmaktadır⁶. Vergilendirme yoluyla yabancı yatırımları dolaylı olarak azaltmak ve onları arka kapıdan sıkıştırmak, bu yatırımlara açık bir ayrımcılık yapmak kadar ciddi sonuçlar doğurabilmesine rağmen, bazı durumlarda yaptırımsız kalabilmektedir. Buna karşın, vergilendirmeye ilişkin konular uluslararası yatırım hukukunda uzun bir süre ihmal edilmiştir.

Vergilendirme yetkisi, doğası gereği devletlerin egemenlik yetkisine bağlıdır⁷ ve egemenliğin mali alandaki görünümü olan mali egemenlikten doğmaktadır⁸. İç hukukta mali egemenlik, devletin ülke sınırları içerisinde vergilendirme, harcama,

³ Markus Burgstaller, Agnieszka Zarowna, "The Growing Importance of Investment Arbitration in Relation to Tax Measures in the Energy and Natural Resources Sectors," **Turkish Commercial Law Review**, C. 4, S. 1, s. 81-95, 2018, s. 81.

⁴ Pasquale Pistone, "Chapter 1 General Report", **The Impact of Bilateral Investment Treaties on Taxation**, (Ed. Michael Lang/Jeffrey Owens/Pasquale Pistone/Alexander Rust/Josef Schuch/Claus Staringer), IBFD, s. 1-44, 2017, s.1; Michael Lennard, "Some Key Elements of International Investment Agreements with Potential Tax Impacts for Developing Countries", **Thinker, Teacher, Traveler Reimagining International Tax Essays In Honor of H. David Rosenbloom**, (Ed. Georg Kofler/Ruth Mason/Alexander Rust), IBFD, s. 325-337, 2021 (Investment Agreements with Potential Tax Impacts), s. 325.

⁵ Julien Chaisse, **International Investment Law and Taxation: From Coexistence to Cooperation - E15Initiative**, Cenevre: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2016 (E15Initiative).

⁶ Christian Tietje/Karoline Kapermann, "Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context", **International Investment Law and Comparative Public Law**, (Ed. Stephan W. Schill), Oxford University Press, s. 569-598, 2010, s. 570; Cornel Marian, **The State's Power to Tax in the Investment Arbitration of Energy Disputes: Outer Limits and the Energy Charter Treaty**, Kluwer Law International, 2020, s. 39.

⁷ James Crawford/Ian Brownlie, **Brownlie's Principles of Public International Law**, Oxford University Press, 7th ed., 2012, s. 456-457; A. R. Albrecht, "The Taxation of Aliens under International Law", **British Year Book of International Law**, C. 29, s. 145-185, 1952, s. 145; Andréas Kallergis, **La Compétence Fiscale**, Dalloz, 2018, s. 13.

⁸ Bumin Doğrusöz, "Vergilendirme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organları Arasında Bölüşümü", **Vergi Dünyası Dergisi**, C.43, s. 65-76, İstanbul, Mart 1985, s. 66.

bütçe yapma, borçlanma, kamu mallarını yönetme yetkilerine sahip olmasıdır⁹. Uluslararası alanda ise mali egemenlik, devletin diğer devletlere karşı bağımsız ulusal mali politika belirleme ve sürdürme yetkisidir¹⁰. Bu yetkiler sınırsız değildir ve devlet egemenliğinin tabi olduğu sınırlamalarla bağlıdır¹¹. Mali egemenliğin içerdiği yetkiler arasında vergilendirme yetkisinin, kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmesi nedeniyle, özel bir önemi vardır¹².

Devletlerin vergilendirme yetkisinin kaynağı uluslararası hukuka dayanır¹³. Uluslararası hukukun vergi hukukunda çeşitli fonksiyonları bulunmakla beraber bu çalışma kapsamında vergilendirmeyi hukuki hale getirdiğinden söz edilebilir. Uluslararası hukukta vergilendirme yetkisinin yabancıların vergilendirilmesini de kapsadığı prensip olarak kabul edilmektedir¹⁴.

Devletler, vergi düzenlemelerini uluslararası hukuk organlarının denetimine tabi tutmak konusunda geleneksel olarak isteksizdir. Diğer devlet düzenlemelerinden hiçbiri, vergilendirme yetkisi ve mali egemenliğin korunduğu kadar, dış müdahalelere karşı korunmamıştır¹⁵. Bununla birlikte, uluslararası yatırım hukuku ve uluslararası ekonomi hukukundaki son gelişmeler ve bunların vergi hukukuna etkisi, devletlerin bu konudaki geleneksel düşüncelerini yeniden değerlendirmek zorunda olduğunu göstermiştir. Uluslararası yatırım hukukuna dayanılarak mali egemenliğe

⁹ Nami Çağan, **Vergilendirme Yetkisi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s. 3.

¹⁰ Çağan, s. 3; Jean Combacau, “Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l’Etat”, **La Souveraineté**, C. 67, s. 47- 58, 1993, s. 50.

¹¹ Rutzel Silvestre J. Martha, **The Jurisdiction to Tax in International Law: Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction**, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, s. 7; Ramon J. Jeffery, **The impact of state sovereignty on global trade and international taxation**, Kluwer Law International, 1999, s. 27; Frederick Alexander Mann, “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, C. 1, (Ed. Leyden: A.W. Sijthoff), 1964, s. 109-119. Vergilendirme yetkisinin sınırsız olduğu yönünde bkz. Arnold A. Knechtle, **Basic Problems in International Fiscal Law**, Çev. W.E. Weisflog, HFL Publishers Ltd., 1979, s. 34; Asif H. Qureshi, “The freedom of a State to legislate in fiscal matters under general international law”, **Bulletin for International Fiscal Documentation**, C. 41, s. 4-21, 1987, s. 16-21.

¹² Çağan, s. 3.

¹³ Albrecht, s. 145; Martha, s. 15, s. 31-32; ; Marian, s. 45; Asif Qureshi/Ajay Kumar, **The Public International Law of Taxation: Text, Cases and Materials**, Kluwer Law International BV, 2nd ed., 2019, s. 34; Harold Wurzel, “Foreign Investment and Extraterritorial Taxation”, **Columbia Law Review**, C. 38 S. 5, s. 809-857, 1938, s. 812; Reuven S. Avi-Yonah, **Advanced Introduction to International Tax Law**, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 8.

¹⁴ Albrecht, s. 145.

¹⁵ Tietje/Kapermann, s. 570; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 04.05.2017 (*Eiser v. Spain*), para. 270: “Vergilendirme yetkisi, kolayca sorgulanmaması gereken temel bir egemenlik yetkisidir. (The power to tax is a core sovereign power that should not be questioned lightly.)”.

getirilebilecek sınırlamalar henüz net olmasa da bu konuda akademik çalışmalar yapılması ev sahibi devletler ve yabancı yatırımcılar için önem arz etmektedir.

Yatırımcıları ve yatırımlarını etkileyen vergi tedbirleri, bir devletin parlamentosu tarafından yasalaştırılabilir, vergi idareleri tarafından uygulanabilir ve mahkemeler tarafından incelenip onaylanabilir veya iptal edilebilir. Vergi idareleri ve mahkemeler tarafından alınan tedbirlerin ve kararların, uluslararası hukuk kapsamında bir devlete atfedilebilir olduğu kabul edilmektedir¹⁶.

Son yirmi yılda, vergilendirmeye ilişkin yatırım tahkimi sayısında ciddi bir artış görülmüştür. Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (*United Nations Conference on International Trade and Development* (“UNCTAD”)) tarafından yayınlanan veri tabanında, yaklaşık olarak doğrudan veya dolaylı olarak vergilendirme tedbirlerine dayanan yüze yakın yatırım tahkimi bulunmaktadır¹⁷.

Vergilendirmeye ilgili uyuşmazlıkların çözümünde yatırım tahkiminin önemi, 2020 yılında Hindistan’a karşı verilen *Vodafone v. Hindistan*¹⁸ ve *Cairn v. Hindistan*¹⁹ kararları ile daha da artmıştır. Vergilendirmeye ilişkin olmasının yanında miktarlarıyla da medyada ses getiren davalarda, Hindistan’ın 3 milyar Amerikan dolarından fazla tazminat ödemesine hükmedilmiştir²⁰. Bu davalarda hakem heyetleri, Hindistan’ın geriye dönük olarak koyduğu sermaye kazancı vergisinin Hindistan-Birleşik Krallık İki Taraflı Yatırım Anlaşması’nda²¹ yer alan adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Adil ve hakkaniyetli muamele

¹⁶ Burgstaller/Zarowna, s. 92; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, Final Award*, 23.04.2012 (*Oostergetel v. Slovakia*), para. 152.

¹⁷ UNCTAD Investment Dispute Navigator <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

¹⁸ *Vodafone International Holdings BV v. India (I), PCA Case No. 2016-35, Final Award*, 25.09.2020 (*Vodafone v. India*).

¹⁹ *Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited v. The Republic of India, PCA Case No. 2016-07, Final Award*, 21.12.2020 (*Cairn v. India*).

²⁰ Shruti Srivastava, “Cairn, Vodafone Wins Make India Scrap ‘Nightmare’ Tax”, **Bloomberg**, 05.08.2023, https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-08-05/india-seeks-to-scrap-retrospective-taxes-after-firms-fight-back?utm_source=website&utm_medium=share&utm_campaign=copy (Erişim Tarihi: 02.12.2023); Aditi Shah, “Vodafone wins international arbitration against India in \$2 bln tax dispute case – sources”, **Reuters**, 25.09.2020, <https://www.reuters.com/article/uk-india-vodafone-group-arbitration-idUKKCN26G1CL/> (Erişim Tarihi: 02.12.2023).

²¹ *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, adopted on 14 March 1994* <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1613/download> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

yükümlülüğünün ihlali, yatırım tahkiminde en çok öne sürülen ihlallerden biridir ve vergilendirmeye ilişkin yatırım tahkimlerinde de bu durum değişmemektedir²².

Cairn v. Hindistan ve *Vodafone v. Hindistan* kararları önemli politik tartışmaları beraberinde getirmiştir. Hindistan, Hindistan-Birleşik Krallık İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nı feshetmiştir²³. Bu kararlar küresel düzeyde de önemli politik tartışmalara yol açmış, hakem heyetlerinin devletlerin vergilendirme yetkilerine aşırı müdahale edebileceği endişelerini artırmıştır²⁴. Birleşmiş Milletler Vergi Konularında Uluslararası İşbirliği Uzmanlar Komitesi ("**BM Vergi Komitesi**") 23. toplantısında, "Vergi, Ticaret ve Yatırım Anlaşmaları Arasındaki İlişki" konulu bir alt komite kurulmasına²⁵ ve vergilerin yatırım ve ticaret anlaşmaları üzerindeki etkisi üzerine çalışmalar yapılmasına karar verilmiştir. BM Vergi Komitesi bu konuda çalışmalar yapmaya devam etmekte, konuyu toplantılarının gündem maddesi olarak tutmakta, Vergi ve Yatırım Anlaşmalarına İlişkin BM Kılavuzu taslağı hazırlamaktadır²⁶. Ayrıca UNCTAD, 2021 yılında "Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ve Vergi Tedbirlerine Olan Etkileri: Vergi Politika Yapıcıları Neler Bilmeli" başlıklı bir rehber hazırlamıştır²⁷.

Bu endişeler, hali hazırda artmakta olan uluslararası yatırım anlaşmalarına vergi istisna hükümleri (*tax carve-out provisions*) ekleme eğilimini daha da artırmıştır²⁸.

²² Robert J. Danon/Sebastian Wuschka, "International Investment Agreements and the International Tax System: The Potential of Complementarity and Harmonious Interpretation", **Bulletin for International Taxation**, C. 75, S. 11/12, s. 687-703, 2021, s. 687.

²³ Hindistan 22 Mart 2017'de tek taraflı olarak 14 Mart 1994 tarihli Hindistan-Birleşik Krallık İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nı feshetmiştir. Anlaşma'nın 15. maddesi gereği anlaşma sona ermesinden itibaren on beş yıl daha anlaşma yürürlükteyken yapılan yatırımlar için uygulanmaya devam edecektir.

²⁴ Danon/Wuschka, s. 687.

²⁵ **Birleşmiş Milletler Vergi Konularında Uluslararası İşbirliği Uzmanlar Komitesi 23. Toplantı Raporu**, 16.12.2021, E/2022/45-E/C.18/2021/4, para. 115, <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2022-02/N2140002E.pdf> (Erişim Tarihi: 04.01.2023).

²⁶ **Birleşmiş Milletler Vergi Konularında Uluslararası İşbirliği Uzmanlar Komitesi 24. Toplantı Raporu**, 18.03.2022, E/C.18/2022/CRP.5, <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/202203/CRP.5%20Tax%20Trade%20and%20Investment.pdf> (Erişim Tarihi: 04.01.2023); **Birleşmiş Milletler Vergi Konularında Uluslararası İşbirliği Uzmanlar Komitesi 26. Toplantı Raporu**, 12.03.2023, E/C.18/2023/CRP .2, https://financing.desa.un.org/sites/default/files/202304/CRP.2%20Tax%20Trade%20and%20Investment%2026%20CITC%2012%20March%202023_Final.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2023).

²⁷ UNCTAD, **International Investment Agreements and Their Implications for Tax Measures: What Tax Policymakers Need to Know**, 2021 (IIAs and Tax Measures), https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d3_en.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2023).

²⁸ Modern uluslararası yatırım anlaşması modellerinde genellikle vergi istisna hükümleri yer almaktadır.

İlerleyen bölümlerde bahsedeceğimiz üzere bu eğilime rağmen, şu anda yürürlükte bulunan yatırım anlaşmalarının çoğu genel bir vergi istisna hükmü içermemekte²⁹, bazı koruma tedbirlerinin vergilendirme tedbirlerine uygulanmasını sınırlandırmaktadır.

Uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan vergilendirmeye ilişkin düzenlemeler genellikle çok katmanlı ve karmaşık bir yapıdan oluşmakta, istisnaların içinde istisnalar içermektedir. Adeta Rus matruşka bebeklerine benzeyen³⁰ bu düzenlemelerin yorumu da bir o kadar karmaşıktır. Örneğin Türkiye'nin de tarafı olduğu Enerji Şartı Anlaşması'nın³¹ 21. maddesine göre anlaşma, vergilendirme tedbirlerine ilişkin haklar veya yükümlülükler getirmeyecektir. Ancak devamında en çok gözetilen ulus hükümlerine bir istisna yapılarak, bu hükümlerin vergilendirme tedbirlerine uygulanacağı belirtilmiştir. Bu uygulama sadece Katma Değer Vergisi, Özel Tüketim Vergisi, Damga Vergisi ile ithalat ve ihracat vergileri gibi dolaylı vergilerle sınırlı olacak, gelir ve sermaye üzerinden alınan vergileri kapsamayacaktır.

Bazı uluslararası yatırım anlaşmaları dolaylı ve dolaysız vergiler arasında bir ayırım yapmakta ve genellikle anlaşmanın dolaylı vergilere uygulanacağı yönünde sınırlamalar getirmektedir. Bazı yatırım anlaşmaları ise vergilendirme tedbirlerine uygulanacak koruma tedbirlerini sınırlandırmaktadır. En çok gözetilen ulus muamelesi, milli muamele, adil ve hakkaniyetli muamele veya bunların birkaçının vergilendirme tedbirleri bakımından uygulanmayacağı yönünde düzenlemeler sıkça

Örneğin Hollanda'nın ve Kanada'nın yeni model anlaşmalarında vergi istisnaları yer almaktadır. Model anlaşmaların tam metni için bkz. Canada Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA) Model, 2021, www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?lang=eng (Erişim Tarihi: 21.05.2024); Netherlands Model BIT, 2019, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download> (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

²⁹ UNCTAD Yatırım Politikası Merkezi (*Investment Policy Hub*) tarafından haritalandırılan 2584 uluslararası yatırım anlaşması içerisinde sadece 271 tanesinde vergi istisna hükmü bulunmaktadır. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping> (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

³⁰ William W Park, "Tax and Arbitration", *Arbitration International*, C. 36, S. 2, s. 157–220, 2020 (Tax and Arbitration), s. 167; Uğur Erman Özgür, *Taxation of Foreign Investments under International Law: Article 21 of the Energy Charter Treaty in Context*, Energy Charter Secretariat Publications, 2015, s. 52; Daniel Uribe/Manuel F. Montes, "Building a Mirage: The Effectiveness of Tax Carve-out Provisions in International Investment Agreements", *Investment Policy Brief*, S. 14, The South Centre, 2019, s. 2.

³¹ 17 Aralık 1994 tarihinde imzalanarak 16 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe giren Enerji Şartı Anlaşması (*Energy Charter Treaty*) 4519 Sayılı Kanun ile 06.02.2000 tarihinde uygun bulunmuştur. Anlaşma'nın Türkçe metni için bkz. RG: 06.02.2000-23956 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>. (Erişim Tarihi: 21.05.2024). Anlaşma'nın İngilizce metni için bkz. <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

görülmektedir. Bu düzenlemelerin dışında kalan ve anlaşmanın uygulama alanı içerisinde kalan vergi uyuşmazlıkları yatırım tahkiminde çözümlenebilecektir.

Modern anlaşmalarda yer alan standartlar iki kategoriye ayrılabilir. İlk olarak, ev sahibi devletin vatandaşlarına (milli muamele) ve üçüncü ülke vatandaşlarına (en çok gözetilen ulus muamelesi) uygulanan muameleye göre belirlenen “göreceli” standartlar yer alır³². Bu standartların sağladığı koruma seviyesi, üçüncü kişilere uygulanan muameleye bağlı olduğu için görecelidir. İkinci olarak, ev sahibi devlete özgü koşullardan bağımsız olan ve böylece belirli bir temel koruma seviyesi sağlayan “mutlak” standartlar bulunur³³. Bu ikinci kategoriye, adil ve hakkaniyetli muamele standardı dahildir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, meşru beklentilerin korunması, devlet eylemlerinin şeffaflığı ve tutarlılığı, adil yargılama ilkesi ve iyi niyet gibi çeşitli hukuki kavramları kapsamaktadır. Bunlara ek olarak yatırım anlaşmaları, kamulaştırmaya karşı da belirli garantiler sunmaktadır.

Yatırımcılar, vergilendirmeye ilişkin konularda sıklıkla adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ve kamulaştırmaya ilişkin getirilen korumaların ihlali iddiasıyla yatırım tahkimine başvurmaktadır³⁴. Zira, vergi tedbirlerine uygulanacak koruma standartları genellikle bu ikisi olmaktadır. Çoğu yatırım anlaşması, vergilendirmeye ilişkin konuları tamamen istisna etmemekte; bazı koruma standartlarının, özellikle ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus muamelesi standartlarının, vergilendirmeye ilişkin konulara uygulanmayacağını düzenlemektedir. Bu nedenle, bu çalışmada, vergi tedbirlerine sıklıkla uygulanan iki korumanın vergi hukuku alanında ne ölçüde uygulanabilir olduğunu ve hakem heyetlerinin vergi konularında devletlerin egemenlik yetkileri üzerinde karar verirken bu korumaları nasıl ele aldıklarını öncelikle belirlemek gerekir.

Uluslararası vergi hukuku ve uluslararası yatırım hukuku, ilk bakışta iki farklı alan ve hukuki rejim gibi görünse de büyük ölçüde örtüşmektedir. Birçok yabancı yatırımcı, uyuşmazlıklarını çözmek için uluslararası vergi anlaşmalarını kullanmak yerine yatırım anlaşmalarına dayanarak yatırım tahkimine başvurmaktadır. Bu eğilim,

³² Todd J. Grierson-Weiler/Ian A. Laird, “Standard of Treatment”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, (Ed. Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer), Oxford University Press, s. 259-304, 2008, s. 262.

³³ Grierson-Weiler/Laird, s. 262.

³⁴ Kolo/Wälde, **Investment Protection and Sovereignty** s. 441.

uluslararası vergi hukuku ve yatırım hukukunun etkileşim içerisinde olduğunun bir göstergesidir. Ancak, uluslararası yatırım anlaşmalarının çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarından oldukça farklı olduğunu belirtmek gerekir. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları, vergilendirme yetkisini kaynak ve ikametgâh ülkeleri arasında bölüştürürken; uluslararası yatırım anlaşmaları vergilendirmeye ilişkin özel düzenlemeler içermemektedir.

Vergi mükelleflerinin uluslararası vergi uyumsuzluklarının çözümündeki belirsiz durumu, öğretide birçok yazar tarafından tartışılmıştır³⁵. Uluslararası hukuk bağlamında çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları, devletler arası ilişkileri düzenlemektedir. Hem İktisadi İşbirliği ve Geliştirme Teşkilatı (*Organisation for Economic Co-operation and Development*) (“**OECD**”) Model Vergi Anlaşması’nın³⁶ 1. maddesi hem de Birleşmiş Milletler Model Vergi Anlaşması’nın³⁷ 1. maddesinde, anlaşmanın akit devletlerden birinde veya her ikisinde yerleşik olan kişilere uygulanacağı belirtilmiştir. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının esas amacı, devletlerin vergilendirme yetkilerini sınırlandırarak çifte vergilendirmenin önlenmesidir³⁸. Bazı durumlarda, yatırım anlaşmalarına benzer olarak, ayrımcılık yasağına karşı da koruma sağlamaktadır³⁹.

³⁵ William W. Park, “Finality and Fairness in Tax Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, C. 11, S. 2, s. 19-31, 1994 (Finality and Fairness); John F. Avery Jones/Charles J. Berg/ Henri-Robert Depret/Maarten J. Ellis/Pierre Fontaneau/Raoul Lenz/Toshio Miyatake/Sidney I. Roberts/Claes Sandels/Jakob Strobl/David A. Ward, “The Legal Nature of the Mutual Agreement Procedure under the OECD Model Convention-I”, **British Tax Review**, C. 6, s. 333-353, 1979; Limor Riza, “Taxpayers’ Lack of Standing in International Tax Dispute Resolutions: An Analysis Based on the Hybrid Norms of International Taxation”, **Pace Law Review**, C. 34, S. 3, s. 1064-1092, 2014; Katerina Perrou, **Taxpayer Participation in Tax Treaty Dispute Resolution**, IBFD (Taxpayer Participation), 2014; Jasmin Kollmann/Laura Turcan, “Overview of the Existing Mechanisms to Resolve Disputes and Their Challenges”, **International Arbitration in Tax Matters**, IBFD, s. 15-76, 2015; Philip Baker/Pasquale Pistone, “Improving Taxpayers’ Rights in the Settlement of Cross-Border Tax Disputes”, **Dispute Resolution under Tax Treaties and Beyond**, (Ed. Guglielmo Maisto), IBFD, s.403-434, 2023.

³⁶ OECD, **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017**, OECD Publishing, Paris: 2017 (OECD Model Vergi Anlaşması 2017), https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.OECD (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

³⁷ United Nations Department of Economic & Social Affairs, **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017 Update**, New York: 2017 (BM Model Vergi Anlaşması), https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

³⁸ Danon/Wuschka, s. 688; Billur Yaltı Soydan, **Uluslararası Vergi Anlaşmaları**, İstanbul: Beta, 1995 (Uluslararası Vergi Anlaşmaları), s. 31. Uluslararası Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının ismine rağmen esas amacının çifte vergilendirmeyi önlemek olmadığı ve bunun devletler tarafından tek taraflı istisna veya mahsup yöntemi ile yapıldığı, anlaşmaların esas amacının fayda ilkesini dayatmak olduğu yönünde bkz. Avi-Yonah, **Advanced Introduction to International Tax Law**, s. 46.

³⁹ OECD Model Vergi Anlaşması’nın 24. maddesi ayrımcılık yasağına ilişkin bir düzenleme getirmektedir.

Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları uluslararası hukuk bağlamında mükelleflere herhangi bir hak veya yükümlülük doğurmamakla beraber, bu anlaşmaların vergi mükelleflerine avantajlar sağladığı yönünde bir şüphe bulunmamaktadır⁴⁰. Birçok hukuk sisteminde mükelleflerin vergi sorumluluğunu azaltmak için vergi planlaması yapması yasaklanmamıştır⁴¹. Ancak vergi mükelleflerinin anlaşmayı kötüye kullanmayacak şekilde anlaşmadan faydalanması gerekir⁴². Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin⁴³ 26. maddesine göre tarafların anlaşmayı iyiniyetle icra etmeleri, 31. maddesinin 1. fıkrasına göre anlaşmayı konu ve amacının ışığında iyiniyetle yorumlamaları gerekmektedir. Bunun sonucu olarak bir işlem anlaşma hükmünün kapsamına girse bile, anlaşmanın kötüye kullanılması gibi bazı durumlarda vergi mükelleflerinin bu faydadan yararlanmasının önüne geçilebilecektir⁴⁴. Bir başka deyişle, hakkın kötüye kullanımı yasağı, uluslararası vergi anlaşmalarında sadece devletler için değil, vergi mükellefleri için de geçerli olacaktır⁴⁵. Bununla beraber vergi mükellefleri de anlaşmanın tarafı olan devletler

⁴⁰ Perrou, **Taxpayer Participation**, s. 71; Gerrit Groen, "Arbitration in Bilateral Tax Treaties." **Intertax**, C. 30, S. 1, s. 3-27, Ocak 2002, s. 4.

⁴¹ ABD Yüksek Mahkemesi (*US Supreme Court*) *Gregory v. Helvering* 293 U.S. 465 (1935) kararında vergi mükellefinin kanunun izin verdiği yolları kullanarak vergi borcunu azaltmasının hatta tümünden ortadan kaldırmasının yasal bir hakkı olduğundan şüphe edilemeyeceğine karar vermiştir. Bundan birkaç ay sonra Birleşik Krallık Lortlar Kamarası (*UK House of Lords*) *Duke of Westminster* kararında (*Duke of Westminster v. Comm. of Inland Revenue*, 19 TC 490, 52 (1935)) da mükelleflerin vergi planlaması yaparak vergiden kaçınmasına yasal olarak izin verildiğine karar vermiştir. Alman Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*) ve Alman Federal Vergi Mahkemesinin (*Bundesfinanzhof*) de aynı yönde kararları bulunmaktadır. (*Bundesverfassungsgericht* 14.04.1959, 1 BvL 23/57 ve 34/57 (1959); *Bundesfinanzhof*, 29.11.1982, GrS 1/81, (1983)). Fransız Danıştay'ı da 1958 tarihinde 35977 tarihli kararında "Le contribuable (...) n'est jamais tenu de tirer des affaires qu'il traite, le maximum de profit que les circonstances lui auraient permises de réaliser (...)" diyerek vergi mükelleflerinin en az vergilendirileceği şekilde bir yol çizmesinin hukuki olduğuna değinmiştir.

⁴² Alexander Rust, "Article 1. Persons Covered", **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**, (Ed. Ekkehart Reimer/Alexander Rust), Wolters Kluwer, 5th ed., 2022, s. 143.

⁴³ Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, 23.05.1969, https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

⁴⁴ Rust, s. 143; OECD, "Commentary on Article 1", **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017**, OECD Publishing, Paris: 2017, para. 61. Avrupa Adalet Divanı'nın (*European Court of Justice*) verdiği kararların ışığında uluslararası vergi anlaşmalarında hakkın kötüye kullanılması hakkında yapılan detaylı bir inceleme için bkz. Robert Danon/Daniel Gutmann/Margriet Lukkien/Guglielmo Maisto/Adolfo Martín Jiménez/Benjamin Malek, "The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases", **Intertax**, C. 49, S. 6, s. 482-516, 2021.

⁴⁵ Türkiye'nin de imzaladığı Matrah Aşındırma ve Kâr Aktarımından Korunmak İçin Vergi Anlaşmalarıyla Bağlantılı Tedbirlerin Uygulanması Hakkındaki Çok Taraflı Anlaşma (*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*) ile birlikte anlaşmanın kötüye kullanılmasına yönelik yeni önlemler sunulmuştur. Anlaşma Haziran 2017'de Paris'te imzalanmıştır. Türkiye 7. maddeye ilişkin sunulan üç alternatiften "Esas Amacın Tespitine İlişkin Test (*Principle Purpose Test*)" hükmünü mevcut anlaşmalara dahil edeceğini beyan etmiştir. Bu testin ana amacı yapılan işlemin ya da kurulan yapının sadece vergi anlaşmalarının uygulanması amacıyla olup olmadığını tespit ederek böyle bir durumda vergi anlaşmalarının uygulanmasının önüne geçmektir. Anlaşma'nın metni için bkz.

gibi, diğer devletin anlaşmayı iyi niyetle uygulamasını bekleyebilecektir. Bu yönüyle çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları Dünya Ticaret Örgütü rejimi gibi diğer uluslararası ekonomik rejimlerden farklılık göstermekte⁴⁶ ve yapısal olarak yatırımcıların uluslararası yatırım anlaşmalarındaki durumuna benzerlik göstermektedir⁴⁷.

Usul hukuku açısından bakıldığında ise uluslararası yatırım anlaşmaları ve çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları, vergi anlaşmalarında vergi mükelleflerine iç hukukta icra edilebilir haklar verildiğinden farklılık göstermektedir⁴⁸. Uluslararası vergi anlaşmalarında uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak Karşılıklı Anlaşma Usulü (*Mutual Agreement Procedure*)⁴⁹ benimsenmiştir. Vergi mükellefi, Karşılıklı Anlaşma Usulünü başlatma hakkına sahip olsa da⁵⁰ uyuşmazlık uluslararası alana taşındığında uyuşmazlığın bir tarafı olamayacak ve süreç iki akit devletin yetkili makamları arasında yürütülecektir⁵¹. Ayrıca, uyuşmazlığı çözümlmek üzere karşı karşıya gelen yetkili makamlar, bu uyuşmazlığı mutlaka çözümlmek ve bir anlaşmaya varmak yükümlülüğünde değildir; sadece anlaşmaya varılması için iyiniyetle çaba sarf etmek zorundadırlar⁵².

Karşılıklı Anlaşma Usulü, uluslararası hukukta diplomatik koruma rejimi temel alınarak oluşturulmuştur⁵³. Uluslararası kamu hukukunda bir devletin kendi vatandaşlarını korumak amacıyla diplomatik korumayı devreye sokabileceği kabul edilmektedir⁵⁴. Diplomatik korumanın politik belirsizlikler içerdiği, güvensizlik

<https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

⁴⁶ Perrou, **Taxpayer Participation**, s. 104

⁴⁷ Perrou, **Taxpayer Participation**, s. 67, 83. Ancak değinileceği üzere uluslararası vergi anlaşmalarının konusu uluslararası yatırım anlaşmalarından farklılık göstermektedir

⁴⁸ Danon/Wuschka, s.689.

⁴⁹ OECD Model Vergi Anlaşması 2017, madde 25; BM Model Vergi Anlaşması maddde 25.

⁵⁰ OECD, "Commentary on Article 25", **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017**, OECD Publishing, Paris: 2017 (Commentary on Article 25), para.31.

⁵¹ Yaltı Soydan, **Uluslararası Vergi Anlaşmaları**, s. 333; Katerina Pantazatou, "What disputes does a MAP resolve?", **Alternative Dispute Resolution and Tax Disputes**, (Ed. Werner Haslechner/ Timothy Lyons/Katerina Pantazatou/Georg Kofler/Alexander Rust), Edward Elgar Publishing, s. 17-40, 2023, s. 18.

⁵² OECD, **Commentary on Article 25**, para. 36, 37.

⁵³ Jones/Berg/Depret/Ellis/Fontaneau/Lenz/Miyatake/Roberts/Sandels/Strobl/Ward, s. 337; Perrou, **Taxpayer Participation**, s. 43 vd.; Groen, s. 3. Uluslararası hukukta diplomatik koruma vatandaşlık bağına bağlanmış olmakla beraber çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında bu bağ yerini ikamet ilkesine bırakmıştır.

⁵⁴ *Permanent Court of International Justice (PCIJ), The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)*, 30.08.1924, Series. A, No. 2, s. 12. Uluslararası Daimî Adalet Divanı bir devletin

oluşturduğu ve ayrımcı olduğu yapılan çalışmalarda vurgulanmıştır⁵⁵. Uluslararası yatırımların korunmasında da bu nedenlerle anlaşmalara dayanan bir yapı ve uyuşmazlık çözümü usulüne geçilmiştir⁵⁶.

Karşılıklı Anlaşma Usulünü daha etkili hale getirmek amacıyla OECD, Matrah Aşındırılması (*Base Erosion*) ve Kâr Aktarımlarına (*Profit Shifting*) (“BEPS”) ilişkin 14. Eylem Planını yayınlamıştır⁵⁷. BEPS asgari standardını içeren 14. Eylem Planına göre devletlerin Karşılıklı Anlaşma Usulünü iyiniyetle ve zamanında uygulamaları gerekmektedir⁵⁸. Planda, mükellef tarafından sunulan itirazın meşru olduğu anlaşılır anlaşılmaz, Karşılıklı Anlaşma Usulüne erişimin mümkün olabildiğince geniş bir şekilde sağlanması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁹. Anlaşmada açık bir düzenleme olmadıkça, bir işlemin kötüye kullanılması nedeniyle Karşılıklı Anlaşma Usulünün reddedilemeyeceği belirtilmiştir⁶⁰. BEPS 14. Eylem Planıyla birlikte Karşılıklı Anlaşma Usulünde devletlerin sahip olduğu takdir yetkisinin, geleneksel diplomatik koruma usulüne kıyasla çok daha sınırlı olması gerekmektedir⁶¹. Tüm bu yeniliklere rağmen Karşılıklı Anlaşma Usulünün hâlâ geliştirilmesi gerekmektedir⁶². Bu haliyle

bir başka devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminden zarar görüp olağan yollardan giderim sağlayamayan vatandaşını koruma hakkına sahip olmasının uluslararası hukukun temel bir ilkesi olduğunu kararda belirtmiştir.

⁵⁵ Juliane Kokott, “Interim Report on “The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment”, **Report of the Seventh Conference held in New Delhi**, International Law Association, s. 21-31, 2002, s. 31; R. Doak Bishop/James Crawford/W. Michael Reisman, **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary**, Kluwer Law International, 2nd ed., 2014, s. 3, 4; Martins Paparinskis, “Analogies and Other Regimes of International Law”, **The Foundations of International Investment Law**, (Ed. Zachary Douglas/ Joost Pauwelyn/Jorge E. Viñuales), Oxford University Press, s. 73-107, 2014, s. 84; Christoph Schreuer, “Investment Arbitration”, **The Oxford Handbook of International Adjudication**, (Ed. Cesare P. R. Romano/Karen J. Alter/Yuval Shany), s. 295-315, 2014 (Investment Arbitration), s. 296.

⁵⁶ Zachary Douglas, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, **British Yearbook of International Law**, C. 74, S. 1, s. 151-289, 2003, s. 181, 182; Schreuer, **Investment Arbitration**, s. 297; Susan Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, **Fordham Law Review**, C. 73, S. 4, s. 1521–1625, 2005, s. 1525.

⁵⁷ OECD, **Action 14 Final Report 2015 – Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris: 2015 (Action 14 Final Report).

⁵⁸ OECD, Action 14 Final Report, s. 13.

⁵⁹ OECD, Action 14 Final Report, s. 23.

⁶⁰ OECD, Action 14 Final Report, s. 14, 15.

⁶¹ Danon/Wuschka, s. 690.

⁶² Robert Finley, “OECD’s Latest MAP Peer Reviews Report Uneven Progress”, **Tax Notes International**, 16.04.2021, <https://www.taxnotes.com/tax-notes-today-international/competent-authority-matters/oecd-latest-map-peer-reviews-report-uneven-progress/2021/04/16/4v9p8> (Erişim Tarihi: 06.12.2023); Robert Finley, “OECD’s New Round of Action 14 Peer Reviews Reports Mixed Progress”, **Tax Notes International**, 02.10.2021, <https://www.taxnotes.com/tax-notes-international/competent-authority-matters/oecd-new-round-action-14-peer-reviews-reports-mixed->

Karşılıklı Anlaşma Usulü, bağımsız hakemlerin yer aldığı, bir tarafın yabancı yatırımcı olduğu ve uyuşmazlıkların kesin ve icra edilebilir şekilde sonuçlandığı yatırım tahkimine kıyasla, oldukça yetersiz kalmaktadır.

Uluslararası vergi anlaşmalarına zorunlu ve bağlayıcı bir tahkim yolu ekleme önerileri, özellikle gelişmekte olan ülkelerin egemenlik yetkilerinin sınırlandırılabilirliği endişeleri nedeniyle genel bir kabul görmemiştir⁶³. Vergi Tahkimine hazır olmayan bu ülkeler, aynı zamanda vergilendirme tedbirlerine ilişkin yatırım tahkimlerindeki olumsuz tecrübelerini ileri sürmüşlerdir⁶⁴. Sonuç olarak, zorunlu ve bağlayıcı tahkim, BEPS 14. Eylem Planı'nda küresel asgari standarda yükselememiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, OECD ve BM Model Vergi Anlaşmaları'nda tasarlandığı şekliyle zorunlu ve bağlayıcı Vergi Tahkimi, uluslararası yatırım anlaşmalarıyla yabancı yatırımcılara tanınan haklara kıyasla, vergi mükelleflerine alternatif ve bağımsız bir uyuşmazlık çözüm yöntemi sunma amacını taşımamaktadır⁶⁵. Bu haliyle zorunlu ve bağlayıcı Vergi Tahkimi, Karşılıklı Anlaşma Usulünün içine yerleştirilmiş durumdadır. Dolayısıyla, vergi anlaşmalarındaki uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde vergi mükellefleri lehine yapısal değişikliklere ihtiyaç vardır; vergi mükelleflerinin uyuşmazlık çözümünde daha aktif bir rolünün

progress/2021/08/02/76y0j (Erişim Tarihi: 06.12.2023); Adolfo Martín Jiménez, "Chapter 5: Acceptance and Denial of MAP Requests and Related Remedies", **Dispute Resolution under Tax Treaties and Beyond**, (Ed. Guglielmo Maisto), IBFD, s. 81-122, 2023, s. 112 vd.

⁶³ Türkiye'nin de aralarında bulunduğu birçok gelişmekte olan ülke 2017 OECD Model Vergi Anlaşması'nın 25. madde şerhinde 25. maddenin 5. paragrafını anlaşma metnine dahil etmeme hakkını saklı tuttuğunu bildirmiştir. Çekinceler için bkz. OECD, **Commentary on Article 25**, para. 97) Türkiye aynı zamanda BEPS Eylem Planı 14'ün akran değerlendirmesine ilişkin raporunda Türk Anayasası'nın 36 ve 125. maddelerinin vergi anlaşmalarına Karşılıklı Anlaşma Usulüne tahkimi dahil etmek için sınırlamalar içerdiğini ve Türkiye'nin politikasının vergi anlaşmalarında tahkime yer vermemek olduğunu bildirmiştir. İlgili bölüm için bkz. OECD, **Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Turkey (Stage 2): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**, OECD Publishing, Paris: 2021, s. 63.

⁶⁴ Subcommittee on Dispute Avoidance and Resolution, "**Chapter 5 on MAP Arbitration of the Handbook on Avoidance and Resolution of Tax Disputes**", Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters Twentieth Session (Birleşmiş Milletler Vergi Konularında Uluslararası İşbirliği Uzmanlar Komitesi Yirminci Toplantı), E/C.18/2020/CRP.2, 2020, s.5 <https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-03/CRP2%20Chapter%205%20%28MAP%20Arbitration%29.pdf> (Erişim Tarihi: 06.12.2023); Hugh J. Ault, "Chapter 3 Tax Treaty Arbitration: A reassessment", **Thinker, Teacher, Traveler Reimagining International Tax Essays In Honor of H. David Rosenbloom**, (Ed. Georg Kofler/Ruth Mason/Alexander Rust), IBFD, s. 25-38, 2021, s. 36.

⁶⁵ Thomas Wälde/Abba Kolo, "Investor-State Disputes: The Interface Between Treat-Based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty", **Intertax**, C. 35, S. 8/9, s. 424-449, 2007 (Investment Protection and Sovereignty), s. 427.

olması gerekmektedir. Doktrinde Karşılıklı Anlaşma Usulü bir kara kutu, zorunlu ve bağlayıcı tahkim ise yerine getirilememiş bir vaat olarak nitelendirilmiştir⁶⁶.

Belirtmek gerekir ki, vergi anlaşmalarında sağlanan uyuşmazlık çözüm yöntemleri, vergilendirmenin anlaşma hükümlerine uygun olmadığı durumlarda gündeme gelecektir⁶⁷. Buna göre, iç hukukun yanlış uygulandığı bir uyuşmazlıkta eğer bu işlem ve vergi anlaşması arasında doğrudan bir bağlantı yoksa, Karşılıklı Anlaşma Usulüne başvurulamayacaktır.

Tüm bu nedenlerle yatırım tahkimi, vergilendirmeye ilişkin uluslararası uyuşmazlıkların çözümlenmesinde bir seçenek olarak son yıllarda giderek daha da önemli hale gelmiştir. Uluslararası yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcıların konumu, yukarıda bahsedildiği üzere, vergi mükelleflerinin çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarındaki durumundan farklıdır. İlk olarak uluslararası yatırım anlaşmalarında yatırımcılara ev sahibi devlete karşı doğrudan uyuşmazlığı başlatma imkânı verilmiştir. Uluslararası yatırım anlaşmaları ile yatırımcıların hakları uluslararası arenada kayda değer şekilde arttırılmış⁶⁸; bir başka deyişle devletlerarası ilişkilerdeki politik unsurlardan arınarak⁶⁹, uyuşmazlığın gerçek tarafları arasında bir uyuşmazlık çözüm yöntemine dönüştürülmüştür. Hatta Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon'un (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*) ("**ICSID Konvansiyonu**")⁷⁰ 27. maddesi ICSID tahkimlerinde diplomatik korumanın uygulanmasını yasaklamıştır. Ek olarak yatırım

⁶⁶ Stef van Weeghel, "Have the OECD Model and the UN Model Served Their Purpose? Are They Still Fit for Purpose?", **Bulletin for International Taxation**, C. 75, S. 11/12, s. 588-593, 2021, s. 592.

⁶⁷ OECD, **Commentary on Article 25**, para. 8, 9.

⁶⁸ Richard Happ/Sebastian Wuschka, "From the Jay Treaty Commissions towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma", **Indian Journal of Arbitration Law**, C. 6, S. 1, s. 113-132, 2018, s. 113.

⁶⁹ Ibrahim F.I. Shihata, "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA", **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, C. 1, S. 1, s. 1-25, 1986, s. 4; Newcombe/Trius, s. 27, 28.

⁷⁰ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon) (ICSID Konvansiyonu). İngilizce tam metni için bkz. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>; 02.06.1988 tarihli 19830 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Uygun Bulma Kanunu için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf (Erişim Tarihi: 06.12.2023).

tahkiminde hakem kararlarının icrası yatırımcılar lehine oldukça kolaylaştırılmıştır⁷¹. ICSID Konvansiyonu'nun 54. maddesi uyarınca her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi devletinin mahkemesinin nihaî bir kararı gibi yerine getirecektir.

Başta yabancı yatırımcının tek başına bağımsız uluslararası mahkemelere başvurabilmesi olmak üzere tüm bu nedenler, şu an için yatırım tahkiminin, vergi anlaşmalarında yer alan Karşılıklı Anlaşma Usulü ve Vergi Tahkimine kıyasla, çok daha avantajlı bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu göstermektedir⁷². Fakat belirtmek gerekir ki, uluslararası yatırım tahkimi, yabancı yatırımcılar ve ev sahibi devletlerin ilişkisi için oldukça yıkıcı bir sonuç doğurmaktadır. Çoğunlukla bir yatırım tahkimi başlatmaya karar veren yabancı yatırımcılar, o ülkede bir daha yatırım yapmamayı göze alarak ve büyük masraflara katlanarak bu yönteme başvurmayı seçmektedir. Bu nedenle, vergilendirmeye ilişkin uyuşmazlıklarını uluslararası arenada çözmek isteyen yabancı yatırımcılar için yatırım tahkimi, adeta bir son çare olarak yer almaktadır ve alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak nitelendirilmemesi gerekir.

⁷¹ Yatırım tahkiminde hakem kararlarının icrası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. August Reinisch, "Enforcement of Investment Treaty Awards", **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**, (Ed: Katia Yannaca-Small), Oxford University Press, 2nd ed., 2018.

⁷² Burada *Cairn* davasında hakem heyetinin belirttiği gibi yatırım tahkiminin amacının vergi anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkları çözmek olmadığını da hatırlatmakta yarar vardır. *Cairn v. India*, para. 797.

BİRİNCİ BÖLÜM

VERGİLENDİRMEYEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA YATIRIM TAHKİMİNİN KAPSAMI

I. Yatırım Tahkiminde Yargı Yetkisine Genel Bakış

Devletlerin rızası, uluslararası mahkemelerin yargı yetkisinin temelini oluşturur⁷³. Hem ticari tahkim ham de yatırım tahkimi tarafların rızasına dayanır⁷⁴ ve hakem heyetinin uyuşmazlığın çözümü için yetkilendirilmesi gerekir. Bu irade, ticari tahkimde tarafların esas sözleşmelerine bir tahkim şartı eklemeleri veya sözleşmelerinden bağımsız olarak yaptıkları tahkim anlaşması ile ifade edilebilir⁷⁵. Yatırım tahkiminde ise devletler rızalarını uluslararası yatırım anlaşmaları, yatırımcılarla yaptıkları sözleşmeler veya yabancı yatırıma ilişkin mevzuatları ile verebilirler. *Kompetenz-Kompetenz* prensibi gereğince, hakem heyetlerinin kendi yargı yetkileri hakkında karar verme yetkisi bulunmaktadır⁷⁶. Nitekim ICSID Konvansiyonu’nun 41. maddesinin 1. fıkrasında, heyetin yetkili olup olmadığını kendisinin kararlaştıracığı belirtilmiştir.

⁷³ Michael Waibel, “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, **International Investment Law**, (Ed. Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch/Yun-i Kim), C.H. BECK Hart Nomos, s. 1212-1287, 2015 (Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility), s. 1213; Christoph Schreuer, “Consent to Arbitration”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, (Ed. Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer), Oxford University Press, s. 830-867, 2012 (Consent), s. 831.

⁷⁴ Gary B. Born, **International Arbitration: Law and Practice**, Kluwer Law International, 3rd ed., 2021 (International Arbitration), s. 3; Cemal Şanslı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, İstanbul, 2020, s.674; Akıncı, s. 62, 145.

⁷⁵ Ticari tahkimde tahkim anlaşması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Born, **International Arbitration**, s. 81 vd.; Akıncı, s. 62 vd.; Julian D.M. Lew/Loukas A. Mistelis/Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, s. 99 vd.; Philippe Fouchard/Emmanuel Gaillard/Berthold Goldman, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, (Ed. Emmanuel Gaillard/John F Savage), Kluwer Law International, 1999, s. 193 vd.

⁷⁶ Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1231; Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S. 1, s. 355-380, 2011, s. 358; Nigel Blackaby/Constantine Partasides/Alan Redfern/Martin Hunter, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 7th ed., Oxford University Press, 2023, para. 5.110; *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Judgment - Preliminary Objection, ICJ, 18.11.1953, s. 119.

Vergilendirmeye ilişkin konularda yatırım tahkiminin kapsamı hem yatırım tahkiminde yargı yetkisinin temel yapı taşlarıyla hem de varsa vergilendirmeye ilişkin özel hükümlerle belirlenebilecektir. Vergilendirmeye ilişkin bu özel hükümlerse, çoğunlukla kendini vergi istisna hükümleri ve vergi veto hükümleri olarak göstermektedir. Bu hükümlerin yargılama yetkisine mi kabul edilebilirliğe mi ilişkin olduğunu belirlemek, kapsamı nasıl ve ne düzeyde sınırladığını anlamamızı sağlayacaktır. Bu nedenle yargı yetkisine ilişkin temel açıklamalarda bulunmadan önce yargı yetkisi ve kabul edilebilirliğe genel bir bakış sunulacaktır. Daha sonrasında, yatırım tahkiminde yargı yetkisine genel bir bakış sunularak vergilendirmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yatırım tahkiminin kapsamı genel hatlarıyla belirlenecektir.

A. Yatırım Tahkiminde Yargı Yetkisi ve Kabul Edilebilirlik

Yargı yetkisi (*jurisdiction*), uyuşmazlığın bütünüyle ve devletlerin rızası ile ilgiliyken⁷⁷; kabul edilebilirlik (*admissibility*), mahkemenin öne sürülen iddiaları geçici veya sürekli bazı durumları gön önünde bulundurarak belirli bir zamanda karara bağlama yetkisini ifade eder⁷⁸. Bazı yazarlar, bu ayrımın özellikle yatırım tahkiminde çok net olmadığını ve iki kavramın sıklıkla birbirleri yerine kullanıldığını ifade etmektedir⁷⁹. ICSID Konvansiyonu’nda, ICSID Tahkim Kuralları içerisinde ve diğer kurumsal tahkim kurallarında, tahkime ilişkin ulusal mevzuatlarda ya da Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (“**UNCITRAL**”) Tahkim Kuralları’nda kabul edilebilirlik ve yetki arasında bir ayrıma yer verilmemiştir. Bununla birlikte, *Hochtief v. Argentina*⁸⁰ davasında hakem heyeti, yargılama

⁷⁷ Veijo Aulis Heiskanen, “Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, C. 29, S. 1, (Ed. Meg Kinneer/Campbell McLachlan), Oxford University Press, s. 231-246, 2014, 237.

⁷⁸ Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1213.

⁷⁹ Jan Paulsson, “Jurisdiction and Admissibility”, **Global reflections on international law, commerce and dispute resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner**, (Ed. Gerald Aksen/Karl-Heinz Böckstiegel/Michael J. Mustill/Paolo Michele Patocchi/Anne Marie Whitesell), ICC Publishing, s. 601-617, 2005 (Jurisdiction and Admissibility), s. 609; Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1214; Douglas, **Investment Claims**, s. 134. Kabul edilebilirlik kavramının yatırım tahkimine uygun olmadığına dair bkz. Christer Söderlund/Elena Sergeevna Burova, “Is There Such a Thing as Admissibility in Investment Arbitration?”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, C. 33, S. 2, (Ed. Meg Kinneer/Campbell McLachlan), Oxford University Press, s. 525-559, 2018.

⁸⁰ *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, *Decision on Jurisdiction*, 24.10.2011, para. 90.

yetkisinin bir iddiaya değil, hakem heyetine ilişkin olduğunu; kabul edilebilirliğin ise tersine hakem heyetine değil, belirli bir iddiaya ilişkin olduğunu vurgulamıştır⁸¹.

Bir vergi istisna hükmünün yargı yetkisine veya kabul edilebilirliğe ilişkin olmasının önemli sonuçları olabilir. Bu çalışma kapsamında değineceğimiz ilk sonuç itiraz hakkına ilişkindir. Tarafların, hakem heyetinin yargılama yetkisine ilişkin konular bakımından milli mahkemeler önünde veya ICSID Konvansiyonu’nun 52. maddesi uyarınca ICISD Ad Hoc Komitesi önünde itiraz hakkı bulunurken; kabul edilebilirlik bakımından tekrar inceleme yapılması mümkün değildir⁸². Çünkü hakem heyetinin kabul edilebilirliğe ilişkin verdiği karar, mahkemenin yargılama yetkisi içinde kalmaktadır⁸³. Bu nitelendirmenin bir diğer sonucuysa kabul edilebilirliğe ilişkin kararların *res judicata* olmamasından kaynaklanır⁸⁴. Bir iddianın kabul edilemez olduğuna karar verilmişse bu genelde geçici bir durum oluşturur ve daha sonrasında düzeltilebilir; böyle bir karar aynı taleple yeni bir yatırım tahkimi başlatılmasına engel olmaz.

Fikrimizce, birçok yatırım anlaşmasında yer alan vergi istisna hükümleri çoğu durumda yargı yetkisine ilişkindir⁸⁵. Zira, istisna hükümleri içerisinde yer alan sınırlamalar devletlerin rızalarına ilişkindir ve bu konuda yatırım tahkimine gitme iradelerinin olmadığını göstermektedir. Vergi istisna hükümlerinin konu bakımından yargılama yetkisine ilişkin olduğu söylenebilir. Vergi veto hükümleri ise bazı durumlarda kabul edilebilirlik itirazına bazı durumlarda ise yetki itirazına neden olabilecektir.

Bilindiği üzere, yatırım tahkiminin temeli, devletlerin rıza vermesi ile oluşmaktadır. Fakat yargı yetkisi sadece bu rıza ile şekillenmemektedir. Tahkim yargılamasına ilişkin kurallar, hakem heyetinin yetkisini belirleyen en önemli

⁸¹ *Waste Management Inc v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2 davasında da hakem Highet karşı oy yazısında yargılama yetkisi ve kabul edilebilirlik ayırımına değinmiş ve hakem heyetinin davaya bakma yetkisi olsa dahi kabul edilebilirliğin davanın kendisinin sakat olup olmadığı ile ilgili olduğunu belirtmiştir.

⁸² Paulsson, **Jurisdiction and Admissibility**, s. 601.

⁸³ Paulsson, **Jurisdiction and Admissibility**, s. 603; Douglas, **Investment Claims**, s. 146.

⁸⁴ Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1277.

⁸⁵ Vergi istisna hükümlerinin hem talebin kabul edilebilirliğe hem de yargı yetkisine ilişkin olabileceği hakkında bkz. Matthew Davie, “Taxation-Based Investment Treaty Claims”, **Journal of International Dispute Settlement**, C.6, S.1, (Ed. Thomas Schultz), Oxford University Press, s. 202-227, 2015, s. 210.

hususlardan biridir⁸⁶. Yetkiye uygulanacak kurallar, uyuşmazlığın ICISD kapsamında yürütülüp yürütülmediğine göre incelenmelidir. Çünkü ICSID tahkimi, merkezin bir uluslararası konvansiyon ile kurulması ve uyuşmazlıkların bu konvansiyona göre yürütülmesi nedeniyle özel bir öneme sahiptir⁸⁷. Kapsamın belirlenmesinde ilk olarak tahkime rızanın nasıl verileceğini, akabinde, verilen rıza bağlamında yargılama yetkisinin kapsamını, ICSID Konvansiyonu’nu merkeze alarak, kişi bakımından (*ratione personae*), konu bakımından (*ratione materiae*), zaman bakımından (*ratione temporis*) ve yer bakımından (*ratione loci*) olmak üzere dört başlık altında inceleyeceğiz.

B. Tahkime Rıza

Yatırım tahkimi, diğer uluslararası uyuşmazlık çözüm yollarında olduğu gibi tarafların rızasına dayanmaktadır⁸⁸. Hakem heyetinin yargılama yetkisi, tarafların, yani ev sahibi devletin ve yabancı yatırımcının rızası ile oluşmaktadır. Bu irade, ticari tahkimde olduğu gibi, yatırımcı ve ev sahibi devletin aralarında yaptıkları yatırım sözleşmesine bir tahkim anlaşması eklemesi ile verilebilir. İkinci olarak ev sahibi devletler iç hukuklarında tahkime yönelik iradelerine yer verebilirler. Üçüncü olarak da devletlerin tahkime iradesi, iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında ortaya konabilir.

İkinci ve üçüncü yöntem öğretide “*arbitration without privity*”⁸⁹ olarak adlandırılmakta; zira, her iki yöntemde de yatırımcı, tarafı olduğu bir tahkim sözleşmesi olmadan tahkime başvurabilmektedir⁹⁰. Bu durumda devletler, yatırım

⁸⁶ Berk Demirkol, “Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 28, S. 3, s. 301-357, 2012 (Paravan Şirketler), s. 306.

⁸⁷ Demirkol, **Paravan Şirketler**, s. 306.

⁸⁸ Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1213; Douglas, **Investment Claims**, s. 151; Sungjin Kang, “Jurisdictional Objections and Defenses (Ratione Personae, Ratione Materiae, and Ratione Temporis)”, **Handbook of International Investment Law and Policy** (Ed. Julien Chaisse/Leila Choukroune/Sufian Jusoh), Springer, s. 983-1012, 2021, s. 984.

⁸⁹ Jan Paulsson, “Arbitration Without Privity”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, C. 10, S 2, s. 232–257, 1995 (Arbitration Without Privity). “*Arbitration without privity*” terimi ilk kez Jan Paulsson tarafından kullanılmıştır. Türkçe’de tam bir karşılığı bulunmamakla beraber “*privity of a contract*” terimi sözleşmenin nispiğini ifade etmektedir. “*Arbitration without privity*” teriminin “gayri şahsi tahkim rızası ile başlatılan tahkim” şeklinde Türkçe’ye çevirisi için bkz. Hande Ünsal, **Enerji Yatırım Uyuşmazlıklarında Yetki Sorunu ve Esasa Uygulanacak Hukuk**, İktisadi Araştırmalar Vakfı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2015, s. 280. Çal, kavramın “tarafı olmayan sözleşmesel ilişkiden doğan tahkim” olarak çevrilmesini önermiştir: Sedat Çal, **Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi**, Seçkin Yayınları, 2009, s. 24, dn. 16.

⁹⁰ Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1224.

mevzuatında veya yatırım anlaşmalarında tahkime gitme konusunda açık ve sürekli bir icapta bulunmakta (*standing offer*) ve yatırımcı da bu icabı tahkim sürecini başlatarak kabul etmektedir⁹¹.

ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, merkezin yargılama yetkisinin oluşması için taraflar arasında yazılı olarak hazırlanmış ve merkeze sunulmuş tahkime gitme hususunda rıza beyanlarının olması aranmıştır. ICSID Konvansiyonu'nda bu rızanın verilme şekliyle ilgili bir kısıtlamaya gidilmemiş, sadece yazılı olması konusunda bir şart konulmuştur⁹².

Modern uluslararası yatırım anlaşmalarının ortaya çıkmasından önce, yatırım tahkimine rıza verilebilecek en eski ve geleneksel yöntem, devletler ve yabancı yatırımcılar arasında yapılan sözleşmelere bir tahkim anlaşması eklemektir⁹³. Bu sayede devletler, mevcut yatırımcılara veya zaten böyle bir teşvik olmasa da yatırım yapmaya karar vermiş yabancılara potansiyel maliyetli ve yüksek hukuki korumalar sağlamadan belirli yabancı şirketlerin ülkelerine sermaye getirmesini sağlarken, *know-how* gerektiren bazı faaliyet alanların ülkelerinde geliştirmesine imkân tanır⁹⁴.

Bir yatırımcı, yatırım sözleşmesinde yer alan tahkim hükmüne dayanarak bir yatırım tahkimi başlattığında hakem heyeti, çoğunlukla ticari tahkimde karşılaşılan yetki ve kapsam itirazlarıyla karşı karşıya kalacaktır. Diğer yöntemlere dayanılarak başlatılan yatırım tahkimlerinin aksine, sözleşmeye dayanılarak başlatılan yatırım tahkimlerinde sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının geçerliliği veya tahkime

⁹¹ *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, Award, 24.01.2003, para. 342; *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.09.2003, para. 12.2, 12.3; Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1124. Yatırımcının rızasını tahkim sürecini başlatmadan da vermesinin mümkün olduğu hakkında bkz. Borzu Sabahi/Noah Rubins/Don Wallace, **Investor-State Arbitration**, Oxford University Press, 2nd ed., 2019, s. 311-312; Christoph Schreuer/Loratta Malintoppi/August Reinisch/Anthony Sinclair, **The ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States**, Cambridge University Press, 2009, s. 203.

⁹² Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair s. 191.

⁹³ İnci Ataman-Figanmeşe, "Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of Arbitration Without Privity", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, C. 43, S. 60, s 187-201, 2011, s. 190; Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1224; Piero Bernandini, "Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITSs", **Global reflections on international law, commerce and dispute resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner**, (Ed. Gerald Aksen/Karl-Heinz Böckstiegel/Michael J. Mustill/Paolo Michele Patocchi/Anne Marie Whitesell), ICC Publishing, s. 89-108, 2005, s. 93.

⁹⁴ Sabahi/Rubins/Wallace, s. 321.

elverişlilik gibi konularda itirazlar gündeme gelmektedir⁹⁵. Böyle bir durumda hakem heyeti, sözleşmeye uygulanacak hukuk uyarınca tarafların tahkim anlaşmasına tabi olup olmadığını inceleyecektir⁹⁶.

İki taraflı yatırım anlaşmalarının 1980 ve 1990’larda yaygınlaşmasından önce birçok gelişmekte olan ülke yabancı yatırımların teşviki için koruma standartlarını ve bu korumaların ihlali halinde tahkime gitme imkânı veren irade beyanlarını iç hukuklarında düzenlemiştir⁹⁷. Bununla beraber, uluslararası yatırım anlaşmalarının yaygınlaşmasıyla beraber bu kanunlarını birçoğu mülga etmiştir⁹⁸. Hem yürürlükteki yatırım kanunlarının sayısının azalması hem de yürürlükte olan kanunlarda getirilen korumaların genelde daha az avantajlı olması nedeniyle, bu hükümlere dayanılarak son yıllarda başlatılan yatırım tahkimi sayısının oldukça az olduğunu söylemek gerekir⁹⁹.

Yatırım kanunlarına dikkatle yaklaşmak gerekir; yatırım kanunlarında yer alan yatırım tahkimine ilişkin her düzenleme devletlerin yatırım tahkimine rıza verdiği anlamına gelmez. Bazı ülkeler, iç hukuklarında uluslararası tahkimin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanınmasını kabul etmekte veya uluslararası tahkimi onaylamaktadır¹⁰⁰. Örneğin Türkiye, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun¹⁰¹ 3. maddesinin e bendinde yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi için tarafların anlaşması kaydıyla milli veya milletlerarası tahkime başvurulabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir¹⁰². Bu

⁹⁵ Ayrılabilirlik prensibi davalıların sözleşmenin tamamının geçersiz olduğu gerekçesiyle tahkime gitme yükümlülüğünden kaçmasını engellemektedir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Born, **International Arbitration**, s. 60 vd.

⁹⁶ Sabahi/Rubins/Wallace, s. 322.

⁹⁷ Markus Burgstaller/Michael Waibel, “Investment Codes”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Ed. Rüdiger Wolfrum), Oxford University Press, 2011, para. 5 vd.

⁹⁸ Sabahi/Rubins/Wallace, s. 326.

⁹⁹ ICSID 2023 Yıllık Raporu’nda 2023 yılında başlatılan yatırım tahkimlerinin yalnızca %6’sının ev sahibi devletlerin yatırım hukuklarına dayandığı belirtilmiştir. ICSID, **Annual Report**, 2023, s. 26, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR2023_ENGLISH_web_spread.pdf (Erişim Tarihi: 20.12.2023).

¹⁰⁰ Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1225; Sabahi/Rubins/Wallace, s. 327; Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 201.

¹⁰¹ 17.06.2003 tarih ve 25141 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4875.pdf> (Erişim Tarihi: 20.12.2023).

¹⁰² T.C. Anayasa’sının 125. maddesinin birinci fıkrasında da yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar için milletlerarası tahkime gidilebileceği belirtilmiştir: “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve

gibi hükümler yatırım tahkimine rıza verildiği anlamına gelmemekte, ev sahibi devlet ve yatırımcı arasında tahkime gidilmesi yönünde ayrıca bir anlaşma yapılmasını gerektirmektedir¹⁰³. Bunun yanında, yatırım kanunlarıyla doğrudan ICISD'e veya diğer tahkim merkezlerinde yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesine rıza veren devletlerle karşılaşmak da mümkündür¹⁰⁴. Ancak devletlerin iç hukuklarında yaptıkları düzenlemelerin tek taraflı olarak mülga edilme ihtimalinin her zaman bulunduğunu vurgulamak gerekir¹⁰⁵.

Sonuç olarak, iki devletin karşılıklı olarak yatırımların korunma standartları ve uyuşmazlığın çözüm yöntemi üzerinde anlaştığı yatırım anlaşmaları, günümüzde devletlerin yatırım tahkimine rıza verdiği en önemli yöntemdir¹⁰⁶. Çoğu modern yatırım anlaşmasında devletler, belirli yatırım uyuşmazlıklarının zorunlu olarak tahkime sunulmasına açıkça rıza vermektedir. Böylece ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesindeki yazılı rıza verilmesi şartı da sağlanmaktadır¹⁰⁷. Örneğin Türkiye-Özbekistan İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın¹⁰⁸ 10. maddesinde yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların yatırımcının kararına göre ev sahibi devletin yetkili mahkemelerine, ICSID'e veya UNCITRAL Kuralları uyarınca kurulacak ad hoc bir hakem mahkemesine sunulabileceği belirtilmiştir. Yabancı yatırımcılar, ev sahibi devletin uyuşmazlıkların yatırım tahkiminde çözülmesine yönelik bu icabını, çoğunlukla yatırım tahkimini başlatarak kabul etmektedir¹⁰⁹.

sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.”.

¹⁰³ Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 201.

¹⁰⁴ Örneğin Arnavut Yabancı Yatırım Kanunu'nun 15. maddesinde uyuşmazlıkların UNCITRAL kuralları çerçevesinde uluslararası tahkim ile çözümleneceği belirtilmiştir. Albanian Foreign Investment Act, Law No. 7496, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/3/print/3> (Erişim Tarihi: 21.12.2023).

¹⁰⁵ Schreuer, **Consent**, s. 836.

¹⁰⁶ Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1226; Sabahi/Rubins/Wallace, s. 315; Schreuer, **Consent**, s. 835, 836.

¹⁰⁷ Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 191.

¹⁰⁸ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma 25.10.2017 tarihinde imzalanmış ve 7214 sayılı 15.02.2020 tarihli Uygun Bulma Kanunu ile onaylanarak 21.01.2020 tarih ve 31025 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200402-1.pdf> (Erişim Tarihi: 21.12.2023).

¹⁰⁹ *Generation v. Ukraine*, para. 12.2, 12.3.

C. Yargılama Yetkisinin Kapsamı

Yatırım tahkiminde uyuşmazlık hangi konuda olursa olsun, hakem heyetlerinin yargılama yetkisinin kapsamı genel olarak kişi, konu, zaman ve yer bakımından olmak üzere dört ana başlık altında incelenmektedir. Uluslararası yargı yetkisi tüm unsurları bakımından rızaya bağlı olduğundan ve bu dört unsurdan herhangi birinin yerine getirilmemesi belirli bir mahkemenin yargı yetkisinin oluşmaması sonucunu doğuracağından¹¹⁰ vergilendirmeyeyle ilişkili yatırım uyuşmazlıklarının yatırım tahkiminde kapsamını belirlemek için bu unsurları kısaca özetlemek çalışmanın bütünlüğü açısından gereklidir.

ICSID'in yatırım tahkimindeki özel yeri nedeniyle yargılama yetkisinin kapsamını belirlerken ICSID Konvansiyonu'nu merkeze almak gerekir. ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasında, ICSID mahkemelerinin yargı yetkisinin oluşması için dört unsur gerekli görülmüştür. Buna göre, hukuki bir uyuşmazlık olması, uyuşmazlığın doğrudan yatırımlardan kaynaklanması, uyuşmazlığın akit ülkeler ile diğer akit devletlerin vatandaşları arasında olması ve son olarak da tarafların rızasını yazılı olarak sunmuş olmaları gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, ICSID dışındaki tahkimlerde tahkim yargılamasına uygulanacak kurallarla ilgili kimi özellikler bulunsa da bunlar ICSID Konvansiyonu'ndaki gibi yatırımcının yabancı olmasını ya da uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanmasını gerektirmez.

1. Kişi bakımından (*Ratione Personae*) Yargılama

Yetkisi

Vergilendirmeyeyle ilişkili uyuşmazlıklarda yatırım tahkiminin kapsamın belirlenmesinde akla gelecek ilk soru kimlerin, hangi şartlarda bu yola başvurabileceğidir. Bu soru cevabını kişi bakımından yargılama yetkisinin belirlenmesi ile bulur. ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesine göre Merkez'in kişi bakımından yargılama yetkisi akit bir devletle bir başka akit devlet vatandaşı arasında doğan uyuşmazlıkları kapsar. Bu düzenlemeye göre ilk şart hem ev sahibi devletin hem de kaynak devletin ICSID Konvansiyonu'na taraf olmasıdır. İkinci olarak,

¹¹⁰ Waibel, *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, s. 1241.

tahkime sunulan uyuşmazlığın, ev sahibi devlet ve yatırımcı arasında ortaya çıkması gerekmektedir.

Akla gelebilecek ilk soru iktisadi kamu kuruluşları gibi kurumların yatırım tahkimine taraf olup olamayacağıdır. Zira devletler her zaman yatırımcılarla doğrudan sözleşme yapmamakta, iktisadi kamu kuruluşları veya alt birimleri aracılığıyla da sözleşmeler yapmaktadır¹¹¹. ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi bu soruyu cevaplamakta ve akit devletler ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler şeklinde belirterek kapsamı içerisine almaktadır. Böylece belediyeler gibi yatırımcılarla doğrudan ilişki kuran kurum ve kuruluşlar da ICSID tahkimine taraf olabilecek veya ev sahibi devletin kendisinin yanında yer alabilecektir¹¹².

Yatırım tahkiminde ister gerçek kişi olsun ister tüzel kişi olsun davacının bir başka akit devletinin vatandaşı olması kesin bir kuraldır¹¹³. Taraflar bu kuralı tersine bir anlaşma yaparak esnetemezler¹¹⁴. Aynı zamanda kural olarak yatırımcının ev sahibi devletin vatandaşı olmaması gerekir. ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasında bir başka akit devletin vatandaşı olmanın ne anlama geldiği açıklanmıştır. Burada vatandaşlığa yönelik bir tanım yapılmamış, hangi durumlarda vatandaşlık şartının sağlandığına yönelik bazı açıklamalarda bulunulmuştur. Hükümde gerçek ve tüzel kişiler açısından bir ayırım yapılmıştır. Vurgulamak gerekir ki yatırım tahkiminde çoğunlukla tüzel kişiler davacı olmaktadır¹¹⁵.

Gerçek kişilerin yabancı olarak tanımlanması için bakılacak tek kriter yatırımcının uyruğudur. Yabancı bir kişinin sahip olduğu veya yabancı biri tarafından kontrol edilen yatırımlar, yabancı yatırım sayılmaktadır. Gerçek kişilerde vatandaşlığa ilişkin şartın hem yatırımcı ve ev sahibi devletin tahkime rıza gösterdiği anda hem de tahkim başvurusunun kaydedildiği anda sağlanması gerekmektedir.

¹¹¹ Waibel, *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, s. 1242.

¹¹² Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 149.

¹¹³ Waibel, *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, s. 1244; Katia Yannaca-Small, "Who is Entitled to Claim? Nationality Challenges", *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, (Ed: Katia Yannaca-Small), Oxford University Press, 2nd ed., s. 223-265, 2018 (Nationality), s. 223.

¹¹⁴ Waibel, *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, s. 1244.

¹¹⁵ Weijia Rao, "Large Corporations and Investor-State Arbitration" *George Mason Law & Economics Research Paper No. 23-07*, 2023, s. 16.

Tüzel kişilerde ise 25. maddenin 2. fıkrasının b bendindeki şartların taraflar ICSID’e rıza gösterdiğinde sağlanmış olması yeterlidir. Tüzel kişilerin iki durumda bir başka akit devletin vatandaşı sayılacakları belirtilmiştir. Tüzel kişi, ilk ihtimalde tarafların tahkim iradelerinin olduğu tarihte uyuşmazlığa taraf devletten başka bir akit devletin vatandaşlığına sahip olmalıdır. İkinci ihtimalse söz konusu tarihte uyuşmazlığa taraf akit devletin vatandaşlığına sahip tüzel kişinin üzerindeki yabancı kontrol sebebiyle tarafların bu tüzel kişiyi ICSID Konvansiyonu kapsamında bir başka akit devletin vatandaşı olarak kabul edecekleri yönünde anlaşmış olmalarıdır¹¹⁶.

Yatırımcının çifte vatandaşlığının olması merkezin yargılama yetkisini kural olarak engellemektedir¹¹⁷. ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde Konvansiyona taraf devlet vatandaşı olma şartı ileri sürüldükten hemen sonra ev sahibi devlet vatandaşı olmama gerekliliği belirtilmiştir.

Yatırım anlaşmalarında da yatırımcı kavramı tanımlanarak kimlerin anlaşmada yer alan korumalardan faydalanacağını tespit edilmesi mümkündür. Genelde gerçek kişi yatırımcılar için anlaşmalarda bir tanım yapılmakta veya taraf devletin hukukuna bırakılmaktadır. Tüzel kişilerde ise kuruluş yeri, idare merkezi, kontrol veya ekonomik menfaatler gibi çeşitli kriterler anlaşmalara eklenmektedir. Örneğin Enerji Şartı Anlaşması’na göre gerçek kişi yatırımcı kaynak devletin vatandaşı olmalı veya kaynak devlette ikamet etmelidir. Tüzel kişiler bakımından ise kuruluş yeri ilkesi getirilmiştir.

¹¹⁶ Tarafların bir şirketin yabancı şirket sayılacağı yönünde ne zaman anlaşmış oldukları öğretide ve mahkeme kararlarında tartışmalı bir konudur. Ayrıca kontrol şartının nasıl olacağına ilişkin bir hüküm de Konvansiyon’da yer almamaktadır. *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1* davasında hakem heyeti yüzde 20 hisse sahipliğini kontrol olarak değerlendirmemiştir. Kaynak devlette yerleşik olan şirketin hissedarlarının ev sahibi devlet vatandaşları olması *Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18* davasında davacı olmaya engel olarak kabul edilmemiştir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi birçok unsuru bir arada bulunduran ve oldukça tartışmalı olan bu konuda birçok dava ve çalışma bulunmaktadır. Tüzel kişinin kuruluş yerinde herhangi bir faaliyet göstermeyen ve başka tüzel kişiler tarafından kontrol edilen ve kontrol edenlerin uyruğunun ev sahibi devlette bulunduğu paravan şirketler ise hakem heyetlerince yetkisiz kabul edilmektedir. Paravan şirketlerin durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demirkol, **Paravan Şirketler**.

¹¹⁷ Çifte vatandaşlığın yatırım tahkimindeki durumuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Javier Garcia Olmedo, “Claims by Dual Nationals Under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue Their Own States?”, **Journal of International Dispute Settlement**, C. 8, S. 4, s. 695-727, 2017; Aysun Bolaca, Uluslararası Yatırım Tahkiminde Vatandaşlık Meselesine (Yeniden) Bakış: Serafin Garcia Armas v Venezuela. **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 1, s. 223-241, 2023.

2. Konu Bakımından Yetki (*Ratione Materiae*)

Yargılama Yetkisi

Yatırım tahkiminde hakem heyetinin hangi konulardaki uyuşmazlıklar üzerinde yargı yetkisi olduğu kapsam bakımından cevaplanacak ikinci sorudur. ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesine göre Merkez’in yargı yetkisi “*doğrudan yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları*” kapsamaktadır. Yatırım, Konvansiyon’da kesin ve sınırlayıcı bir şekilde tanımlanmamıştır¹¹⁸. Hakem kararları ve öğreti yatırım kavramına nasıl yaklaşılması gerektiği konusunda fikir birliğinde değildir¹¹⁹. Bir görüşe göre yatırım tanımı yapılırken yatırım anlaşmaları tek başına belirleyici olmalıken¹²⁰ diğer bir görüşe göre ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesi kendi başına objektif bir belirleme yaptığından objektif kriterler belirleyici olmalıdır¹²¹.

Objektif bir yatırım tanımı getiren ICSID kararlarından doktrinde ve uygulamada en çok benimsenen *Salini v. Morocco* olmuştur¹²². Bu kararda *Salini* testi olarak da nitelendirilen dört kriter ortaya konmuştur. Buna göre bir ticari muamelenin yatırım olarak kabulü için bunun ekonomik değerde katkı sağlaması, risk unsuru

¹¹⁸ Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 114.

¹¹⁹ Yatırım tahkiminde “yatırım” kavramı hakkında detaylı tartışmalar için bkz. Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1258 vd.; Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 114 vd.; Emmanuel Gaillard, “Identify Or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice”, **International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer**, (Ed. Christina Binder/Ursula Kriebaum/August Reinisch/Stephan Wittich), Oxford University Press, s. 403-416, 2009; Laurens J.E. Timmer, “The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre”, **Journal Of International Arbitration**, C 29, S. 4, s. 363-374, 2012; Joseph M. Boddicker, “Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term ‘Investment’ in ICSID Arbitration”, **American University International Law Review**, C. 25 S. 5, s. 1031-1071, 2010; Berk Demirkol, “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Law”, **Turkish Commercial Law Review**, C. 1, S. 1, s. 41-50, 2015; Melis Avşar, “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 37, S.2, s. 118-120, 2017.

¹²⁰ ICSID Konvansiyonu’nda herhangi bir yatırım tanımı yapılmamasından hareketle, bunun kasti bir seçim olduğu ve bu yüzden hakemlerin doktrin ve uygulama tarafından geliştirilen bir tanımla sıkı sıkıya bağlı olmamaları gerektiği ifade edilmektedir.

¹²¹ Objektif yaklaşım olarak da adlandırılan bu görüşe göre merkezin yargı yetkisinin doğması için yatırımın özerk ve bir çerçeve sunacak şekilde tanımlanması gerekmektedir. Bu görüş *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, *Decision on Objections to Jurisdiction*, 11.07.1997; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, ICSID Case No. ARB/00/4, *Decision on Jurisdiction*, 23.07.2001 (*Salini*) ve *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, *Award*, 15.04.2009 kararlarıyla geliştirilmiştir. Aynı zamanda *Salini* kriterleri veya *Salini* testi olarak adlandırılmaktadır. *Salini* davasında bir ekonomik değer yatırım sayılabilmesi için dört kriter getirilmiştir.

¹²² *Salini* davasında mahkemenin amacının aslında açıklayıcı bir liste yapmak olduğunu, ancak uygulamada bunun zorunlu kriterlere dönüştürülmesinin talihsiz olduğu konusunda bkz. Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 133.

barındırması, belirli bir süre yapılması ve ev sahibi devletin ekonomisine katkı sağlaması gerekir¹²³.

Bazı yazarlarca ve birçok kararda ikili bir yaklaşımın uygulanması gerektiği kabul edilmiştir¹²⁴. Buna göre bir faaliyetin yatırım olarak nitelendirilebilmesi için hem objektif olarak belirlenen birtakım kriterleri taşıyor olması hem de sübjektif olarak taraf iradelerinin de bunu yatırım olarak kabul etmiş olması gerekmektedir¹²⁵. Objektif kriterler, *Salini* testinde sayılan kriterlerdir. Sübjektif kriterler ise yatırım anlaşmalarında veya ulusal yasalarda yer alan yatırım tanımlarından çıkmaktadır. Bu metinlerde yatırım çoğunlukla yatırımcının ev sahibi devlette sahip olduğu veya kontrol ettiği değerler şeklinde tanımlanmaktadır. Örneğin Enerji Şartı Anlaşması'nın 1. maddesinin 2. fıkrasında yatırım şu şekilde tanımlanmıştır:

“Yatırım, bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlığı ifade etmektedir ve aşağıdaki hususları kapsamaktadır:

a. aynı ve aynı olmayan, taşınır ve taşınmaz servetler ve ipotek, haciz ve teminatlar gibi her türlü mülkiyet hakkı;

b. bir firma veya teşebbüs, ya da bir firma veya teşebbüsteki hisse senetleri, tahviller veya diğer iştirak şekilleri ve bonolar ve bir firma veya teşebbüsün borçları;

c. bir ekonomik değere sahip olan ve bir Yatırıma ilişkin olarak yapılan kontrat ile ilgili olan para ve hizmet performansı talepleri;

d. Fikri mülkiyet;

e. Kazanç;

f. Yasalarla, kontratlarla veya enerji sektöründeki herhangi bir ekonomik aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar.”

¹²³ *Salini*, para. 52.

¹²⁴ Yabancı doktrinde ikili yaklaşım “*double keyhole*”, “*double review*” veya “*dual test*” şeklinde adlandırılmıştır. Terminoloji için bkz. Waibel, **Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility**, s. 1259; Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 117.

¹²⁵ Laurens J.E. Timmer, “The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre”, **Journal of International Arbitration**, C. 29, S. 4, s. 363 – 373, 2012, s. 365; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17.05.2007, para. 43; *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004, para. 43, 48.

Malvarlığına dayanarak bu şekilde yapılan bir tanımlama, farklı türdeki yatırımların olabildiğince geniş bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla yapılmaktadır¹²⁶. Devletler yeni yaptıkları yatırım anlaşmalarına *Salini* davasından esinlenerek genellikle daha detaylı yatırım tanımları eklemektedir¹²⁷. Bu yeni anlaşmalar çoğunlukla *Salini* kriterlerini tekrar etmekte, davalarda yer alan kriter ve tanımlamaları genişletmektedir.

Konu bakımından yargılama yetkisinin belirlenmesinde son olarak, yatırımcının hukuka aykırı davranması halinde hakem heyetinin yargı yetkisinin hala mevcut olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekir¹²⁸. Bazı yatırım anlaşmaları yatırımların hukuka uygun olması gerektiğini özellikle belirtmektedir. Yatırım anlaşmalarında yer alabilen hukuka uygunluk şartı, hakem heyetlerince çoğunlukla konu bakımından yargılama yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir¹²⁹. Yatırım tahkiminde hukuka aykırılıklar genelde yolsuzluk, dolandırıcılık ve gerçeğe aykırı beyan nedeniyle oluşmaktadır¹³⁰. Hakem heyetlerinin ekonomik suçlar nedeniyle yargı yetkilerini reddetmesi mümkündür¹³¹. Ekonomik suçların içerisinde yolsuzluk, vergi kaçakçılığı, banka dolandırıcılığı, muhasebe hileleri bulunmaktadır¹³². Dolayısıyla hakem heyeti, yatırımcının vergi kaçırdığı durumlarda yatırımın hukuka aykırı olması nedeniyle yargı yetkisinin olmadığına karar verebilecektir.

¹²⁶ Zeynep Çalışkan, “Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 29, S. 1-2, s. 85-118 2009, s. 88.

¹²⁷ Perry S. Bechky, “Part V - Chapter 10 - Consent, Nature of Investment and Nationality”, **Business Guide to Trade and Investment - Volume 2: International Investment**, (Ed. Marat Umerov/Borzu Sabahi/Ian Laird) ICC, 2018, s. 88.

¹²⁸ Yatırımın hukuka aykırılığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Caline Mouawad/Jessica Beess und Chrostin, “The illegality objection in investor–state arbitration”, **Arbitration International**, C. 37, S. 1, s. 57–95, 2021; Burak Terzi, **Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı**, On İki Levha Yayıncılık, 2019; Stephan W. Schill, “Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration”, **The Law & Practice of International Courts and Tribunals**, C. 11, S. 2 s. 281-323, 2012;

¹²⁹ Terzi, s. 102.

¹³⁰ Terzi, s. 55.

¹³¹ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4.10.2013; *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4.10.2006; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (I)*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16.08.2007; *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Decision on Provisional Measures, 6.04.2007.

¹³² Yarik Kryvoi, “Economic Crimes in International Investment Law”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 67, S. 3, s. 577–605, 2018, s. 578.

3. Zaman Bakımından (*Ratione Temporis*) Yargılama

Yetkisi

Zaman bakımından hakem heyetlerinin yargılama yetkisinin kapsamı, bazı şartların hangi zamanda sağlanması gerektiği ile ilgilidir. ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesinin 2. fıkrası uyarınca uyuşmazlığın merkeze sunulduğu anda ev sahibi devletin ICSID Konvansiyonu’na üye olması gerekmektedir. Ancak ev sahibi devlet, ICSID Konvansiyonu’na üye olmadan önce yatırımcı ile bir anlaşma yaparsa, sonrasında üye olması durumunda merkeze başvurulması mümkündür. Kaynak devletin de ev sahibi devletin de ICSID Konvansiyonu’na üye olmadan merkezin yargılama yetkisine rıza göstermeleri mümkündür. Böyle bir durumda bu devletler ICSID Konvansiyonu’na üye olduklarında merkezin yargılama yetkisi oluşmuş olacaktır.

Buna ek olarak ICSID Konvansiyonu yatırımcının vatandaşlığının ne zaman sağlanması gerektiği konusunda bir düzenleme getirmektedir. Buna göre gerçek kişilerde hem yatırımcı ve ev sahibi devletin tahkime rıza gösterdiği anda hem de tahkim başvurusunun kaydedildiği anda vatandaşlığa ilişkin şartın sağlanması gerekmektedir. Tüzel kişilerde 25. maddenin 2. fıkrasının b bendindeki şartların taraflar ICSID’e rıza gösterdiğinde sağlanmış olması yeterlidir.

Zaman bakımından hakem heyetlerinin yetkisi üzerine esas belirleyici unsur tahkime rıza olacaktır¹³³. Ancak rızanın zaman bakımından yetkiye ilişkin bir düzenleme içermemesi durumunda, uluslararası kamu hukuku da belirleyici olabilir¹³⁴. Ev sahibi devletlerin tahkime rıza vermesinden önce oluşan yatırım uyuşmazlıkları genellikle yargı yetkisinin dışında bırakılmaktadır¹³⁵. Tahkim rızasında buna ilişkin bir düzenleme olmadığı durumlarda hakem heyetinin yetkisinin sadece rızanın verilmesinden sonraki uyuşmazlıkları kapsadığı kabul edilmektedir¹³⁶.

¹³³ Zaman bakımından hakem heyetlerinin yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sadie Blanchard, “State Consent, Temporal Jurisdiction, and the Importation of Continuing Circumstances Analysis into International Investment Arbitration”, *Washington University Global Studies Law Review*, C. 10, S. 3, s. 419-476, 2011.

¹³⁴ Waibel, *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, s. 1251.

¹³⁵ Douglas, *Investment Claims*, s. 145; Waibel, *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, s. 1255; Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 95.

¹³⁶ Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 96.

4. Yer Bakımından (*Ratione Loci*) Yargılama Yetkisi

Son olarak yargılama yetkisinin yer bakımından kapsamı hakem heyetlerinin yargı yetkisi açısından incelenmelidir. Bu belirleme aslında yatırım kavramının içerisinde yer almaktadır¹³⁷. Yatırımın ev sahibi devletin topraklarında yapılması karakteristik bir özelliğidir. Zira, devlet kural olarak yasama, yürütme ve yargı yetkisini yatırımlar üzerinde kullanabilecek ve ICSID Konvansiyonu'nun koruması altına girebilecektir¹³⁸. ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi yer bakımından yetki konusunda açık bir düzenleme içermemektedir. Fakat yatırım anlaşmalarında da yer bakımından yetki konusunda ayrı bir şart bulunabilir. Örneğin Enerji Şartı Anlaşması'nın 1. maddesinin 10. fıkrası açıkça yer bakımından bir bağlantı bulunması gerektiğini düzenlemektedir. Yer bakımından yetki konusunda da ikili bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir¹³⁹.

II. Vergilendirmeye İlişkin Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkime Elverişlilik

Hakem heyetlerinin yargılama yetkisini belirledikten sonra kapsamın belirlenmesinde ikinci olarak, vergilendirmeye ilişkin yatırım uyuşmazlıklarında tahkime elverişlilik konusuna değinilmelidir. Vergilendirmeye ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi hassaslıkla yaklaşılmalı ve tahkime elverişli olmadığı gözüyle bakılan bir konu olmuştur. Tahkime elverişlilik, esasında hangi uyuşmazlıkların hakem heyetlerince çözümlenebileceğine ilişkin çoğunlukla ticari tahkimde karşılaşılan bir kurumdur ve bir tanıma ve tenfiz engeli olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴⁰.

Yatırım tahkiminde görülen davaların birçoğu ICSID Konvansiyonu uyarınca ICSID'de görülmektedir. ICSID Konvansiyonu'nun 52. maddesi kararlara itiraz için ayrı bir yol öngörmekte ve devletlerin kararları tanıma veya tenfiz incelemesinden

¹³⁷ Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2011 (Sovereign Defaults), s. 238.

¹³⁸ *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, *Dissenting Opinion of Makhdoom Ali Khan (Award)*, para. 37.

¹³⁹ Waibel, *Sovereign Defaults*, s. 238.

¹⁴⁰ Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, para. 2.125.

geçirmesini engellemektedir. Yine Konvansiyon'un 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca her âkit devletin ICSID Sözleşmesi'ne uygun olarak verilmiş her hakem kararını bağlayıcı kabul etmesi ve hakem kararının parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi devlet mahkemelerinin nihaî bir kararı gibi yerine getirmesi gerekmektedir. Bu nedenle tahkime elverişlilik yatırım tahkiminde nadiren gündeme gelmektedir. Vergi uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığı yönündeki yaygın kanı ve ICSID'de görülmeyen diğer yatırım uyuşmazlıklarının varlığı nedeniyle kısaca tahkime elverişlilik meselesine değinme gereği doğmuştur.

Tahkime elverişlilik kendi içinde objektif ve sübjektif tahkime elverişlilik olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁴¹. Sübjektif anlamda tahkime elverişlilik tarafların tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve tahkim anlaşması yapma yetkisine ilişkindir¹⁴². Objektif anlamda tahkime elverişlilik ise uyuşmazlığın kendisiyle ilgilidir¹⁴³. Uyuşmazlığın kamu düzenine dair hassas konulara ilişkin olması durumunda uyuşmazlık devlet mahkemelerinde çözümlenecektir¹⁴⁴. Belirtmek gerekir ki devletlerin bazı konuları yatırım anlaşmalarından istisna ederek yatırım tahkimi dışında bırakmaları mümkündür. Bu durumda konunun tahkime elverişli olmamasından değil, hakem heyetlerinin yargılama yetkilerinin olmadığından bahsedilecektir¹⁴⁵.

Hangi konuların tahkime elverişli olduğu konusunda bir uluslararası anlaşma bulunmamaktadır ve devletler hangi konuların tahkimde görülebileceğine dair karar vermekte özgürdür. Bazı devletler hangi konuların tahkime elverişli olduğunu açıkça düzenlemişken bazıları tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıkları belirtmişlerdir. Bazı devletler ise hiçbir düzenleme yapmayarak bu konuyu yargıya bırakmışlardır. Fikri

¹⁴¹ Bernard Hanotiau, "L'arbitrabilité", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, C. 25, 2002 (L'arbitrabilité), s. 43.

¹⁴² Hanotiau, *L'arbitrabilité*, s. 46; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 313; Hakan Pekcanitez/Hülya Taş Korkmaz/Muhammet Özekes/Mine Akkan, *Pekcanitez Usul - Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2636.

¹⁴³ Hanotiau, *L'arbitrabilité*, s. 43, 62; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 313; Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 3rd ed., 2021 (International Commercial Arbitration), s. 1028; Pekcanitez/Korkmaz/Özekes/Akkan, s. 2636.

¹⁴⁴ Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, para. 2.127.

¹⁴⁵ David A. R. Williams, "Jurisdiction and Admissibility", *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (Ed. Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer), Oxford University Press, s. 868-931, 2008, s. 927.

mülkiyet¹⁴⁶, iflas hukuku¹⁴⁷, tüketici hukuku¹⁴⁸, teminat hukuku, rüşvet ve yolsuzluğa ilişkin davalar¹⁴⁹, şirketlerin iç işleyişinden doğan uyuşmazlıklar¹⁵⁰, ambargo ve ihracat sınırlamalarına ilişkin davalar, rekabet hukuku uyuşmazlıkları¹⁵¹ ve vergi uyuşmazlıkları genel olarak tahkime elverişlilik konusunda tartışılan alanlardır. Bu konular bakımından ayrıca kamu düzenine aykırılık itirazları da yapılmaktadır. New York Sözleşmesi'nin¹⁵² 5. maddesinin 2. fıkrasının a bendi uyarınca bir hakem kararının tenfiz talep edilen ülkenin kamu düzenine aykırı olması kararın tenfizini engelleyebilecektir. Pek tabii ki tarafların arasındaki anlaşma veya hakem kararının sonuçları itibarıyla vergi kaçırmayı, naylon fatura kesmeyi öngörmesi durumunda hakem kararlarının kamu düzenine aykırılığından bahsedilebilecektir¹⁵³. Uzun yıllar doktrinde ve içtihatlarında vergi uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığı yönünde yaygın bir kanı oluşmuş olsa da tüm vergi uyuşmazlığının tahkime elverişli olmadığını söylemek hatalı olacaktır¹⁵⁴.

¹⁴⁶ Fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği hakkında bkz. Bernard Hanotiau, "L'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle", **La résolution des litiges de propriété intellectuelle / Resolution of Intellectual Property Disputes**, (Ed. Jacques de Werra), Schulthess, s. 156-174, 2010; Jacques de Werra, "Arbitrating International Intellectual Property Disputes: Time to Think Beyond the Issue of (Non-)Arbitrability", **International Business Law Journal**, C. 3, s. 299-317, 2012; Akıncı, s. 125 vd.

¹⁴⁷ İflas hukuku uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi hakkında bkz. Vesna Lazic, **International Arbitration Law Library: Insolvency Proceedings & Commercial Arbitration**, Kluwer Law Arbitration, 1998; Fernando Mantilla-Serrano, "International Arbitration and Insolvency Proceedings", **Arbitration International**, C. 11, S. 1, s. 51-74, 1995; Fabian van de Ven, **Insolvency in Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2023.

¹⁴⁸ Tüketici uyuşmazlıklarında tahkime elverişlilik için bkz. Akıncı, s. 137 vd.

¹⁴⁹ Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, para. 2.149-2.159; Abdulhay Sayed, **Corruption in International Trade and Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2004;

¹⁵⁰ Pay sahipleri arasındaki ve şirket ile pay sahipleri arasındaki uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği hakkında bkz. H. Ercüment Erdem, "Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği", **Tahkim Anlaşması**, (Ed. Hatice Özdemir Kocasakal/Süheyla Balkar), On İki Levha Yayıncılık, s. 1-24, 2020. Ayrıca bkz. Akıncı, s. 115 vd.

¹⁵¹ Rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği hakkında bkz. Zeynep Feyza Eker Ayhan, **Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü: Karşılaştırmalı Bir Analiz**, On İki Levha Yayıncılık, s. 82 vd; H. Akif Karaca, "Tahkime Elverişlilik: Rekabet, İflas ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları", **Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt - 1**, (Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş), On İki Levha Yayıncılık, s. 393-411, 2020, s. 399 vd.; Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, para. 2. 135 vd; Akıncı, 123 vd.

¹⁵² United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi), New York, 10.06.1958. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>. Türkçe metni için bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141817Newyork%20Konvansiyonu%20Türkçe.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

¹⁵³ Akıncı, s. 621.

¹⁵⁴ İlias Bantekas, "The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration", **Australian Year Book of International Law**, C. 27, s. 193-222, 2008, s. 201.

Türk hukukunda tahkime elverişliliğe ilişkin iki ayrı düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklar bakımından uygulanan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinin 4. fıkrasıdır. Buna göre bu kanun Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmayacaktır. Bir diğer düzenleme iç tahkim bakımından uygulanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almakta ve benzer bir düzenleme içermektedir.

Türk hukukunda milletlerarası ticari tahkimde tahkime elverişlilik ayrıca hakem kararlarının iptal ve tenfizine ilişkin düzenlemelerde yer almaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde uyuşmazlığın konusunun Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması bir iptal sebebi olarak sayılmıştır. Ayrıca 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 62. maddesinde uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir.

Yargıtay'ın tahkime elverişlilik konusunda birçok kararı bulunmaktadır. Bunlardan konu bakımından dikkate değer olan, tahkim yargılaması sırasında hakem heyetinin Katma Değer Vergisi'ne ilişkin verdiği bir kararın tenfizine ilişkindir. Hakem heyeti, davacı tarafından ödenen Katma Değer Vergisi'nin davalıya rücu edilmesine karar vermiştir. Bu hakem kararının Türkiye'de tenfizi için açılan davada ilk derece mahkemesi tenfiz talebini kabul etmiştir. Yargıtay 2007 yılında verdiği kararda Katma Değer Vergisi'nin geri ödenmesine ilişkin uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını incelemiş ve vergi ile ilgili konuların idari yargıya tabi olduğunu ve bu nedenle kamu düzenini ilgilendirdiğini belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁵⁵. Her ne kadar vergilendirme yetkisi devletin egemenlik yetkisinin en önemli görüşlerinden biri olsa da hakem heyetinin verdiği karar esasında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuya ilişkindir. Nitekim, Vergi Usul Kanunu'nun 8. maddesinin 3. fıkrasında mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna ilişkin yapılan anlaşmaların vergi dairelerini bağlamadığı belirtilmiş, böyle bir sözleşmenin geçersiz olduğuna yönelik bir düzenleme yapılmamıştır.

¹⁵⁵ Yargıtay 11. HD, E. 2006/7396, K. 2007/6672, T. 01.05.2007.

Dolayısıyla bu sözleşmeler vergi idaresini bağlamayacak ancak borçlar hukuku anlamında bir sözleşmesel borç oluşturacaktır¹⁵⁶.

Vergilendirmeye ilişkin konularda tahkimle karşılaşılan ilk durum Yargıtay'ın da incelemesine konu olan, uyuşmazlığın içerisinde vergilere ilişkin unsurlar bulunan ticari uyuşmazlıklardır¹⁵⁷. Örneğin bazı sözleşmeler vergi maliyetlerinin artmasına karşın satın alma bedelinin yeniden belirlenmesini öngörebilir. Ya da sözleşmede Katma Değer Vergisi'nin alıcı tarafından ödeneceği kararlaştırılmış olabilir. Yasal olarak bu vergiyi ödemekle yükümlü olan satıcı, idareye karşı yükümlülüklerini yerine getirdikten sonra, borcunu ifa etmeyen alıcıya rücu edebilecektir. Tarafların sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkimle çözümleneceğini kararlaştırmaları durumunda bu sözleşmesel borçlar da tahkimle çözümlenecektir. Karşılaştırmalı hukukta bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilse¹⁵⁸ de Yargıtay bu durumlarda uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı kanaatindedir¹⁵⁹. Fikrimizce, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri ve vergi alacağını idarenin tahsil etmesine herhangi bir etkisi olmayan bu sözleşmesel yükümlülüklerin tahkime elverişli kabul edilmesi gerekir.

Vergilendirmeye ilişkin konularda tahkim ikinci olarak uluslararası vergi anlaşmaları kapsamında devletler arasında görülmektedir¹⁶⁰. Uluslararası vergi anlaşmalarının en önemli işlevlerinden biri çifte vergilendirmenin önlenmesi ve ortadan kaldırılmasıdır¹⁶¹. Bu anlaşmaların uygulanmasından kaynaklanan

¹⁵⁶ Bu husus kamu düzenine ilişkin tenfiz incelemesi yapılan bir kararda karşı oy olarak belirtilmiştir: *“Tenfize konu olan olay Devlete ödenecek olan verginin kendisi ile ilgili değildir, yani hakem kararında verginin ne şekilde hesaplanması gerektiği veya ödenmesi gereken bir verginin Devlete ödenip ödenmeyeceği gibi konularda karar verilmemiştir. Karar, Türk vergi mevzuatına uygun olarak tahakkuk etmiş bir verginin taraflardan hangisi tarafından ödeneceği hususu ile ilgili olup, bunun kamu düzeni ile uzaktan yakından bir ilgisi bulunmamaktadır. Verginin kimin tarafından ödeneceği hususu taraflarca her zaman kararlaştırılabilir. Kaldı ki eldeki davada kimin tarafından ödeneceği tartışmalı olan vergi de Devlete ödenmiş olup bir vergi kaybı da söz konusu değildir.”* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/568 K. 2012/47 T. 8.2.2012.

¹⁵⁷ Park, **Tax and Arbitration**, s. 158; Luca CM Melchionna, “Tax Disputes and International Commercial Arbitration” **Diritto e Pratica Tributaria Internazionale**, C. 74, s. 769-796, 2003, s. 774-786.

¹⁵⁸ Hanotiau, **L'arbitrabilité**, s. 174.

¹⁵⁹ Yargıtay 11. HD, E. 2006/7396, K. 2007/6672, T. 01.05.2007.

¹⁶⁰ William W. Park, “Chapter 10 - Arbitrability and Tax”, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**, (Ed. Loukas A. Mistelis/Stavros Brekoulakis), International Arbitration Law Library, C. 19, Kluwer Law International, s. 179-206, 2009 (Arbitrability and Tax), s. 181-182; Wälde/Kolo, **Investment Protection and Sovereignty**, s. 427; Park, **Tax and Arbitration**, s. 160.

¹⁶¹ Yaltı, **Uluslararası Vergi Anlaşmaları**, s. 31.

uyuşmazlıkların çözümünde Vergi Tahkimi son yıllarda teşvik edilmektedir¹⁶². OECD de Model Vergi Anlaşması'na tahkim hükmü eklemiştir¹⁶³. Birçok gelişmekte olan ülke egemenlik yetkilerinin sınırlandırılabilceği endişesi ile zorunlu ve bağlayıcı tahkime itiraz etmekte ve vergilendirmeye ilişkin konuların tahkime elverişli olmadığını ileri sürmektedir¹⁶⁴. Bu devletlerin vergi anlaşmalarına zorunlu ve bağlayıcı Vergi Tahkimini eklemeleri durumunda ise elverişlilik itirazlarının kabul görmemesi gerekir. Zira, devletler iç hukuk hükümlerine uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmek için başvuramayacaklardır¹⁶⁵.

Vergilendirmeye ilişkin konularda tahkim ile karşılaşılın son durum ise yabancı yatırımcılar ve ev sahibi devletler arasında görülen tahkimdir. Yatırım anlaşmalarından doğan vergi uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğu konusunda artık neredeyse bir tartışma bulunmamaktadır¹⁶⁶. Bunun dışında yatırımcılar ve ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıklar sözleşmesel bir ilişkiye de dayanabilir¹⁶⁷. Bu tür sözleşmelere verilebilecek en yaygın örnek imtiyaz sözleşmeleridir. İmtiyaz sözleşmeleri, devlet tarafından belirli bir süre için bir tür işletmenin kurulması ve/veya yürütülmesine ilişkin imtiyazın bir özel kişiye verilmesine ilişkin anlaşmayı içerir¹⁶⁸. Devletler ve yabancı yatırımcılar arasındaki bu tip sözleşmelerin hem kamu hukuku hem de özel hukuk yönü bulunmaktadır¹⁶⁹ ve bu sözleşmeler uyarınca görülen uyuşmazlıklar hibrit bir yapıdadır¹⁷⁰. Zira, bu davalarda hem imtiyazdan kaynaklanan

¹⁶² Çok Taraflı Vergi Anlaşması, madde 19.

¹⁶³ OECD Model Vergi Anlaşması 2017, madde 25.

¹⁶⁴ Türkiye'nin de aralarında bulunduğu birçok gelişmekte olan ülke 2017 OECD Model Vergi Anlaşması'nın 25. maddenin 5. paragrafını anlaşma metnine dahil etmeme hakkını saklı tuttuğunu bildirmiştir. Çekinceler için bkz. OECD, **Commentary on Article 25**, para. 97) Türkiye aynı zamanda BEPS Eylem Planı 14'ün akran değerlendirmesine ilişkin raporunda Türk Anayasası'nın 36 ve 125. Maddelerinin vergi anlaşmalarına Karşılıklı Anlaşma Usulüne tahkimi dahil etmek için sınırlamalar içerdiğini ve Türkiye'nin politikasının vergi anlaşmalarında tahkime yer vermemek olduğunu bildirmiştir. İlgili bölüm için bkz. OECD, **Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Turkey (Stage 2): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**, OECD Publishing, Paris: 2021, s. 63.

¹⁶⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 325.

¹⁶⁶ Maxence Chambon, "L'arbitrabilité des litiges à tonalité fiscal", **Revue européenne et internationale de droit fiscal**, C. 4, s. 351-363, 2017, s.359-360; Emmanuel Gaillard, "L'arbitrabilité des litiges fiscaux dans les investissements internationaux", **Décideurs Juridiques et Financiers**, C. 12, s. 42-43, 1999, s.43.

¹⁶⁷ Park, **Tax and Arbitration**, s. 160.

¹⁶⁸ Kenneth S. Carlston, "International Role of Concession Agreements", **Northwestern University Law Review**, C. 52, S. 5, s. 618-643, 1957-1958, s. 621.

¹⁶⁹ Lord McNair, "The General Principle of Law Recognized by Civilized Nations", **British Year Book of International Law**, C. 33, s. 1-19, 1957, s. 3; Homayoun Mafi, "Iran's Concession Agreements and the Role of the National Iranian Oil Company: Economic Development and Sovereign Immunity", **Natural Resources Journal**, C. 48, S. 2, s. 407-430, 2008, s. 412; Carlston, s. 621.

¹⁷⁰ Park, **Tax and Arbitration**, s. 160.

sözleşmesel haklar ve yükümlülükler hem de yatırım anlaşmalarından kaynaklanan adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü gibi korumalar gündeme gelebilmektedir.

İmtiyaz sözleşmelerinde vergilendirmeye ilişkin hükümler genellikle üç şekilde ortaya çıkmaktadır: İlk olarak, yabancı yatırımcının ev sahibi devletin vergi yükümlülüklerini yerine getireceğine dair sözleşmeye hüküm eklenebilir. İkinci olarak, belirli bir süre için yabancı yatırımcı vergiden muaf tutabilir veya yatırımlara indirim ve istisna tanınabilir. Üçüncü olarak da sözleşmeye istikrar kaydı (*stabilisation clause*)¹⁷¹ eklenebilir. Bu hükümlere dayanan taleplerin tahkime elverişliliği meselesi henüz tam anlamıyla çözümlenmiş değildir¹⁷². Prensip olarak, bu tür bir uyuşmazlıkta vergilendirmeye ilişkin taleplerin olması, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı anlamına gelmemelidir¹⁷³.

İmtiyaz sözleşmelerinde katkı payları gibi bazı mali yükümlülüklerle de yer verilebilir¹⁷⁴. Karşılığı olan mali yükümlülüklerle ilişkin değerlendirme ileriki bölümlerde vergi istisna hükümleri bakımından yapılacak olmakla birlikte bu noktada Yargıtay'ın da incelemesine konu olan ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından alınan kurum masraflarına katkı payından ve Hazine payından kısaca bahsetmek gerekir; zira, bu konuda Yargıtay'ın kararları büyük önem taşımaktadır.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Türkiye'de telekomünikasyon sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesinden sorumlu bir düzenleyici kurumdur. 04.02.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun ek 37. maddesinde imtiyaz sözleşmeleri kapsamında yetkilendirilen işletmecilerin aylık brüt satışlarının on binde 35'ini Hazine payı olarak, yıllık net satışlarının on binde 35'ini kamu masraflarına katkı payı olarak ödemeleri gerektiği düzenlenmiştir.

¹⁷¹ İstikrar kayıtlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için “Devlet ve Yatırımcı Arasındaki Sözleşmeden Kaynaklanan Meşru Beklentiler” bölümüne bakılabilir.

¹⁷² Devletler ve yatırımcılar arasındaki vergi uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği hakkında bkz. Lauren Brazier, “The Arbitrability of Investor-State Taxation Disputes in International Commercial Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, C. 32, S. 1, s. 1-36, 2015. Genel olarak vergi uyuşmazlıkları ve tahkime elverişlilik konusunda bkz. Pascal Ancel, “Arbitrage et ordre public fiscal”, *Revue de l'arbitrage*, C. 2001 S. 2, s. 269-288, 2001.

¹⁷³ Brazier, s. 35.

¹⁷⁴ Katkı paylarının ve karşılığı olan mali yükümlülüklerin değerlendirilmesi için çalışmanın “Vergi İstisna Hükümlerinin Yorumu” bölümüne bakılabilir.

Bir GSM işletmesiyle ilgili imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan ve ICC’de görülen tahkim sonrası Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca iptal davası başlatılmıştır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Hazine payı ve kamu masraflarına katkı payını azaltıcı şekilde karar verilmiş olması nedeniyle hakem kararının devletin sürekli gelir elde etme amacına, emredici kanun hükümlerine ve kamu menfaatine dolayısıyla kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle kararın iptaline karar vermiştir¹⁷⁵. Bu karar, uluslararası arenada da yankı uyandırmıştır.

Yargıtay’ın incelediği hakem kararında davacı, 1998 yılında imzalanan GSM İmtiyaz Sözleşmesi uyarınca Hazine’ye kamu masraflarına katı payı ödenmesi gerektiğini ancak davalı şirketin distribütörlerine yapılan toptan satışlar için bu payı ödemediğini iddia etmiş ve tahkime başvurmuştur. Hakem heyeti, toptan satışlarda yapılmış iskontolar üzerinden katkı payı ödenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Yargıtay, hakem kararının esasını da inceleyerek bu kararın Hazine’ye ödenmesi gereken katkı payını azalttığı gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Yargıtay, imtiyaz sözleşmesinde ödenmesi kararlaştırılan hazine payı ve kamu hizmetlerine katılma payının bir vergi olmadığını kabul etmişse de bunların devletin kamu hizmetini devretmesinden kaynaklanan önemli ve süreklilik arz eden bir gelir unsuru olduğunu vurgulamıştır. Hakem kararının imtiyaz sözleşmesine ve onun dayandığı kanuna karşı hile, mali hukuk yönünden örtülü kazanç transferi teşkil etmekte olduğunu belirtmiştir.

Sonuç olarak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 409 sayılı Kanun’un ek 36. maddesine dayanılarak değiştirilen imtiyaz sözleşmesinde matrahtan hariç tutulan kalemler arasında distribütörlere yapılan iskontoların sayılmadığını ve buna aykırı olan hakem kararının emredici kanun hükümlerine ve kamu menfaatine aykırı olduğunu değerlendirmiştir.

Devletin egemenlik yetkisi kapsamında yaptığı işlemlerin geçerliliği, örneğin vergi mükellefiyeti veya vergi matrahının belirlenmesi gibi hususlar, kural olarak hakem heyetlerinin yetki alanı dışında tutulmalıdır. Yargıtay’ın incelemesine konu olan hakem kararında matrah tespiti yapılmış olmasına rağmen, uyuşmazlığın temelinde devlet ve yatırımcı arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesi yer almaktadır.

¹⁷⁵ *Yargıtay 13. HD, E. 2012/8426 K. 2012/10349 T. 17.4.2012.* Aynı yönde bkz. *Yargıtay 13. HD, E. 2013/16287, K. 2016/5292, T. 23.2.2016; Yargıtay 13. HD, E. 2011/19737, K. 2012/25406, T. 13.11.2012.*

Bu bağlamda, uyuşmazlığın sözleşmesel niteliği belirleyici bir faktör olarak öne çıkmalıdır. Vergilendirme veya mali yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar doğrudan sözleşme hükümlerine dayanıyorsa ve devlet bu sözleşmenin tarafı ise kamu düzenine aykırılık itirazının reddedilmesi gerekir. Nitekim bu karar, yabancı yatırımcıların Türkiye’ye yönelik yatırım kararlarını olumsuz yönde etiketleyebilecek ve Türkiye’nin tahkim konusunda stratejik bir merkez olma konumunu zayıflatabilecek bir nitelik arz etmektedir.

Sonuç olarak, tahkime elverişliliğin ticari tahkimlerde önemli bir rolü olsa da vergilendirmeden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarında konunun tahkime elverişsiz olduğu itirazı kural olarak kabul görmeyecektir. Bu uyuşmazlıklarda hakem heyetlerinin incelemesi gereken husus yargılama yetkisine sahip olup olmadığı ve taleplerin kabul edilebilir olup olmadığıdır. Kamu düzeni veya tahkime elverişlilik itirazlarının özellikle de ICSID tahkiminde yeri bulunmamaktadır.

III. Vergi Uyuşmazlıkları ve Vergilendirmeye İlişkili Yatırım Uyuşmazlıkları Arasındaki Ayrım

Vergilendirmeden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının kapsamını yargı yetkisi bakımından inceledikten sonra tahkime elverişlilik itirazlarının özellikle ICSID tahkiminde yeri olmadığını ve kapsamı sınırlamadığını önceki iki bölümde tespit ettik. Bu bölümde vergi uyuşmazlıkları ve vergilendirmeye ilişkili yatırım uyuşmazlıkları arasındaki temel ayrıma değinerek hangi uyuşmazlıkların yatırım tahkiminde çözümlenebileceği sorusuna daha somut bir yanıt vermeye çalışılacaktır. *Cairn v. Hindistan* davası bu anlamda uluslararası yatırım hukuku ve uluslararası vergi hukukunun etkileşimine önemli katkılarda bulunmuştur. Bu etkileşimde dikkate alınması gereken esas nokta, uluslararası yatırım anlaşmaları ve çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları arasındaki ilişkidir¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ve uluslararası yatırım anlaşmaları arasındaki ilişkiye ilişkin bkz. Robert J. Danon, “Relation Between Dispute Resolution under Double Taxation Conventions and Investment Treaties”, *Alternative Dispute Resolution and Tax Disputes*, (Ed. Werner Haslechner/Timothy Lyons/Katerina Pantazatou/Georg Kofler/Alexander Rust), Edward Elgar Publishing, s. 214-239, 2023 (Taxation Conventions and Investment Treaties).

Cairn v. Hindistan davasında hakem heyeti, önündeki uyuşmazlığı bir vergi uyuşmazlığı olarak değil, vergilendirmeye ilişkin bir yatırım uyuşmazlığı olarak nitelendirmiştir¹⁷⁷. Bir başka deyişle, uyuşmazlık, ev sahibi devlet tarafından vergilendirme alanında alınan tedbirlerin bir yatırım anlaşmasını ihlal ettiği iddiasıyla ilgilidir¹⁷⁸. Bu tür bir uyuşmazlık, belirli bir işlemin vergilendirilebilirliği ile ilgili olan vergi uyuşmazlıklarından ayırt edilmelidir. Bir vergi uyuşmazlığında soru, belirli bir işlemin yürürlükteki kanunlar veya uluslararası bir işlemse birden fazla ülkenin kanunları kapsamında vergilendirilebilir olup olmadığı veya nasıl vergilendirileceğidir¹⁷⁹. Öte yandan vergilendirmeye ilişkin yatırım uyuşmazlıklarında hakem heyeti, devletin vergilendirme alanındaki yetkisini kullanarak yatırım anlaşmasında yer alan korumaları ihlal edip etmediğini ve bunun sonucunda sorumluluğun olup olmayacağını belirlemekle görevlidir¹⁸⁰. Dolayısıyla söz konusu mesele bir iç vergi hukuku meselesinden ziyade, devlet tarafından alınan mali tedbirlerin kendi vergi kanunlarına uygun olup olmadığından bağımsız olarak uluslararası hukuku ihlal edip etmediğidir¹⁸¹. Hakem heyeti, görevinin Hindistan'ın 2006 yılında yapılan işlemleri 2012 değişikliklerine göre vergilendirmesinin Hindistan-Birleşik Krallık İkili Yatırım Anlaşması'nda sağlanan korumalara uygun olup olmadığını belirlemek olduğu sonucuna varmıştır¹⁸².

*Spyridon Roussalis v. Romanya*¹⁸³ davasında hakem heyeti benzer bir değerlendirmede bulunmuştur. Kararda, bir devletin kamu gücünü kullanarak yürürlüğe koyduğu veya uyguladığı tedbirlerin yatırımları etkilemesi ve ilgili yatırım anlaşmasını ihlal etmesi halinde hakem heyetinin yargı yetkisine gireceği belirtilmiştir¹⁸⁴. Her iki karar da yargı yetkisinin vergi kanununun kendisini değil, neden olduğu etkiyi kapsadığına vurgu yapmaktadır. Bu bağlamda, tekrar belirtmekte yarar vardır ki yatırım tahkiminde hakem heyeti vergi uyuşmazlıkları bakımından bir temyiz mercii değildir.

¹⁷⁷ *Cairn v. India*, para. 793.

¹⁷⁸ *Cairn v. India*, para. 793.

¹⁷⁹ *Cairn v. India*, para. 793.

¹⁸⁰ *Cairn v. India*, para. 793.

¹⁸¹ *Cairn v. India*, para. 793.

¹⁸² *Cairn v. India*, para. 791.

¹⁸³ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 07.12.2011 (*Spyridon Roussalis v. Romania*).

¹⁸⁴ *Spyridon Roussalis v. Romania*, para. 493.

Cairn v. Hindistan davasında Hindistan, vergi uyuşmazlıklarının yatırım anlaşmaları kapsamında tahkime konu olamayacağını iddia etmiştir. Hindistan bu iddiasını, vergi konularının zorunlu ve bağlayıcı tahkim hükmü içermeyen bir başka anlaşma olan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında düzenlenmiş olmasına dayandırmıştır. Bu konuya hakem heyetinin yaklaşımının temelini, doktrin tarafından da kabul edilen¹⁸⁵ vergi uyuşmazlıkları ve vergilendirmeye ilişkili yatırım uyuşmazlıkları ayrımı oluşturmuştur. Hindistan'ın itirazını uluslararası hukukta yorum kuralları çerçevesinde değerlendiren hakem heyeti, bu itirazın Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 30. maddesi bağlamında 1993 tarihli Hindistan-Birleşik Krallık Gelir Vergisi Antlaşması'nın 1994 tarihli Hindistan-Birleşik Krallık İki Taraflı Yatırım Anlaşması ile çatışması anlamına geleceğini değerlendirmiştir¹⁸⁶. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 30. maddesi, aynı konu hakkında birbirini takip eden ve birbirleri arasındaki ilişkiye ilişkin hüküm içermeyen anlaşmalara uygulanmaktadır¹⁸⁷.

Hakem heyetine göre, gerçek bir vergi uyuşmazlığı ile vergilendirmeye ilişkili bir yatırım uyuşmazlığı arasında yapılan ayrım göz önünde bulundurulduğunda 1993 tarihli Hindistan-Birleşik Krallık Gelir Vergisi Anlaşması ile 1994 tarihli Hindistan-Birleşik Krallık İki Taraflı Yatırım Anlaşması farklı konuları düzenlemektedir¹⁸⁸. İlkinde gelir üzerinden alınan vergilere ilişkin çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla her bir akit devletin mukimlerine uygulanacak kurallar öngörülmektedir¹⁸⁹. İkincisinde ise her bir akit devlet, diğer akit devlet vatandaşları tarafından yapılan yatırımlara belirli standartlara uygun olarak davranmayı kabul etmektedir¹⁹⁰.

Hakem heyeti, 1993 tarihli Hindistan-Birleşik Krallık Gelir Vergisi Anlaşması ile 1994 tarihli Hindistan-Birleşik Krallık İki Taraflı Yatırım Anlaşması arasında Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 30. maddesinde öngörüldüğü şekliyle bir

¹⁸⁵ Wälde/Kolo, *Investment Protection and Sovereignty*, s. 427, 432; Arno E. Gildemeister, *L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements*, LGDJ, Paris: 2013 (L'arbitrage des differends fiscaux), s. 170; Pistone, s. 13 vd.

¹⁸⁶ *Cairn v. India*, para. 801.

¹⁸⁷ Kerstin von der Decken, "Article 30", *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, (Ed. Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach), Springer, s. 539-555, 2018, 544, 546; Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill | Nijhoff, 2009, s. 402.

¹⁸⁸ *Cairn v. India*, para. 803

¹⁸⁹ *Cairn v. India*, para. 803.

¹⁹⁰ *Cairn v. India*, para. 803.

çatışma olmadığını belirtmiştir¹⁹¹. Özellikle vergi anlaşmasında yer alan uyuşmazlık çözüm maddesinin, bir akit devlet mukiminin, akit devletlerden birinin veya her ikisinin işlemlerinin kendisi için bu anlaşmaya uygun olmayan vergilendirme ile sonuçlandığını düşündüğü durumlar için düzenlendiğini; buna karşılık akit devletlerden birinin yatırımcısının ev sahibi devletin yatırım anlaşmasını ihlal ettiğini düşündüğü durumlar için bir uyuşmazlık çözüm mekanizması getirmediğini vurgulamıştır¹⁹².

Cairn v. Hindistan kararı, vergi anlaşmaları ve uluslararası yatırım anlaşmalarının farklı konuları düzenlediğine dair doktrinde savunulan görüşleri teyit etmiştir. Açık bir vergi istisna hükmünün bulunmaması halinde vergilendirmeyle ilişkili bir yatırım uyuşmazlığı yatırım tahkimine konu olabilecektir. Ayrıca, ev sahibi devletin yabancı yatırımcılara adil ve eşit davranma yükümlülüğünün vergi anlaşmasının uygulanmasını da kapsadığı kabul edilmektedir¹⁹³. Bu nedenle yatırımcının, ev sahibi devlet tarafından akdedilen bir vergi anlaşmasındaki Karşılıklı Anlaşma Usulünden bağımsız veya eş zamanlı olarak yatırım tahkimi başlatabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁹⁴.

Bilindiği üzere, Karşılıklı Anlaşma Usulü ve varsa bağlayıcı tahkim şartı, akit devletlerden birinin veya her ikisinin söz konusu vergi anlaşmasının hükümlerine aykırı eylemlerinden doğan uyuşmazlıkları çözmek için tasarlanmıştır¹⁹⁵. Buna karşılık, uluslararası yatırım anlaşmalarında ev sahibi devlet, diğer akit devletin

¹⁹¹ *Cairn v. India*, para. 803.

¹⁹² *Cairn v. India*, para. 806.

¹⁹³ UNCTAD, *IIAs and Tax Measures*, s. 27; Pistone, s. 15; Arno E. Gildemeister, "Chapter 12 Germany", *The Impacts of Bilateral Investment Treaties on Taxation*, (Ed. Michael Lang/Jeffrey Owens/Pasquale Pistone/Alexander Rust/Josef Schuch/Claus Staringer), IBFD, s. 309-326, 2017 (Germany), s. 312 vd.; Lennard, *Investment Agreements with Potential Tax Impacts*, s. 330.

¹⁹⁴ Wälde/Kolo, *Investment Protection and Sovereignty*, s. 427; Pistone, s. 15; Gildemeister, *L'arbitrage des differends fiscaux*, s. 170. UNCTAD da bir vergi mükellefinin yetkili makamlardan karşılıklı anlaşma usulünü talep etmekle eş zamanlı olarak veya sonrasında aynı konuyla ilgili bir uluslararası yatırım anlaşması kapsamında bir yatırımcı olarak taleplerde bulunabilir. Ayrıca bir karşılıklı anlaşma usulü, vergi tahkimi veya vergi davasının sonucu da uluslararası yatırım tahkimine yol açabileceğini belirtmiştir.. UNCTAD, *IIAs and Tax Measures*, s. 16: "Potentially, a taxpayer could request the relevant competent authority for a mutual agreement procedure (MAP) and, concurrently or afterwards, pursue ISDS claims as an investor under an IIA concerning the same matter. A MAP between the competent authorities of the contracting parties or a State-State tax arbitration could be ongoing when an ISDS proceeding is initiated. The outcome of a MAP, tax arbitration or tax litigation could also give rise to ISDS cases."

¹⁹⁵ OECD Model Vergi Anlaşması 2017, madde 25; BM Model Vergi Anlaşması, madde 25.

yatırımcılarına bazı korumalar sağlamayı taahhüt etmektedir¹⁹⁶. Yatırım tahkimi, vergi anlaşmasına aykırı bir vergilendirmeyi ortadan kaldırmayı amaçlamamaktadır; daha ziyade ister iç hukuka ister vergi anlaşmasına dayanan vergilendirme tedbirlerinin yatırım anlaşmasında yer alan korumaları ihlal edip etmediğine odaklanır¹⁹⁷.

2022 yılında karara bağlanan *Lone Star v. Kore*¹⁹⁸ davası, uluslararası yatırım anlaşmaları ve çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları arasındaki ilişkiye ilişkindir. Uyuşmazlık, esas itibarıyla Kore'nin, Belçika'da kurulmuş ve daimî iş merkezi Belçika'da bulunan şirketlerin sermaye kazançlarına “özün önceliği ilkesini” uygulayarak vergi anlaşmasındaki avantajları uygulamayı reddetmesiyle ilgilidir. Hakem heyeti kararda özün önceliği ilkesi uyarınca talepleri reddedilen Belçikalı yatırım şirketlerinin üzerinde yargı yetkisi olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmaktan kaçınmıştır¹⁹⁹. Bir başka deyişle, böyle bir değerlendirmede bulunarak davalının doğru bir vergi uygulaması yaptığını varsaymış olacağını belirtmiştir²⁰⁰. Açıkça Kore-Belçika Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi Anlaşması kapsamında yargı yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir²⁰¹. Yine de bu sonuç, Kore'nin vergi anlaşmasından doğan yükümlülükleri ve özün önceliği ilkesi arasındaki etkileşime ilişkin tartışmayı tahkimin kapsamı dışına çıkarmamıştır. Model vergi anlaşmalarının serhlerine kapsamlı bir şekilde dayanan hakem heyeti, Kore vergi idaresi ve mahkemeleri tarafından özün önceliği ilkesinin uygulanmasının uluslararası yatırım anlaşmasının maddi korumalarına uygun olup olmadığını değerlendirmiştir²⁰².

Sonuç olarak, vergilendirmeye ilişkin yatırım uyuşmazlıklarının yatırım tahkiminde kapsamının belirlenmesi, uluslararası yatırım hukuku ve uluslararası vergi hukukunun karmaşık etkileşimine dayanır. Uluslararası yatırım anlaşmaları ve vergi anlaşmalarının farklı maddi amaçları ve etkileri olmasının yanında, bunlardan doğan uyuşmazlıklar da birbirinden ayrılmaktadır. Vergi uyuşmazlıkları ve vergilendirmeye

¹⁹⁶ Yatırım anlaşmalarının genel olarak yapısı, içeriği ve amacı hakkında bkz. McLachlan/Shore/Weinige, s. 26 vd.; Kriebaum/Schreuer/Dolzer, s. 35 vd.

¹⁹⁷ Danon/Wuschka, s. 694.

¹⁹⁸ *LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/12/37, Award, 30.08.2022 (*Lone Star v. Korea*).

¹⁹⁹ *Lone Star v. Korea*, para. 366.

²⁰⁰ *Lone Star v. Korea*, para. 366.

²⁰¹ *Lone Star v. Korea*, para. 296, 372.

²⁰² *Lone Star v. Korea*, para. 141, 390. Özün önceliği ilkesinin yatırım tahkiminde uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bir dava incelemesi için bkz. Błazej Kuzniack, “The Compatibility of the Substance over Form Doctrine with Tax and Investment Treaties: A Case Study of *Lone Star v. the Republic of Korea*”, **ICSID Review**, s. 1-23, 2024.

ilişkili yatırım uyuşmazlıkları da esasında bu anlaşmalar arasındaki ayrımla paralel olarak farklılık göstermektedir. *Cairn v. Hindistan* ve *Lone Star v. Korea* davaları, bu ayrımın nasıl uygulanacağını ve hangi durumlarda yatırım tahkiminin devreye gireceğini açıklamaya çalışmıştır. Yatırım tahkiminde hakem heyetleri, bir vergilendirme tedbirinin yatırım anlaşmalarında sağlanan korumaları ihlal edip etmediğini değerlendirecek ancak belirli bir işlemin vergilendirilebilirliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunamayacaktır. Bu nedenle yatırım tahkiminde vergi uyuşmazlıkları değil, vergilendirmeyle ilişkili yatırım uyuşmazlıkları çözümlenebilecektir.

IV. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarının Vergilendirmeye Uygulanmasına İlişkin Sınırlamalar

Vergilendirme yetkisi devletlerin mali alanda sürdürdüğü egemenliğin içerdiği en önemli yetkilerinden biridir²⁰³; ancak devletler bu yetkilerini yabancı yatırımcıların yatırımlarına el koyacak şekilde kullanabilmektedirler²⁰⁴. Devletler, uluslararası yatırım anlaşmaları yoluyla vergilendirme yetkileri ve yabancı yatırımcıların korunması arasında bir denge bulmaya çalışmışlardır²⁰⁵. Bir yanda yabancı yatırımcılar, ev sahibi devletlerin vergilendirme tedbirlerini bir politika aracı olarak kullanmaları riskiyle karşılaşmakta²⁰⁶ ve yeterli korumanın sağlanmaması yatırım tercihlerini etkilemekteyken²⁰⁷; diğer yandan devletler, vergilendirme yetkilerini

²⁰³ Çağan, s. 3.

²⁰⁴ Thomas Wälde, “National Tax Measures Affecting Foreign Investors Under the Discipline of International Investment Treaties.” **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, C. 102, s. 55–59, 2008 (National Tax Measures), s. 56; Luke Eric Peterson, **The Global Governance of Foreign Direct Investment: Madly Off in All Directions**, Friedrich Ebert Stiftung, Geneva: 2005, s. 18 <https://library.fes.de/pdf-files/iez/global/50084.pdf> (Erişim Tarihi: 16.01.2024).

²⁰⁵ Vatsal Vasudev, “Interactions between Taxation Measures and International Investment Agreements”. **Handbook of International Investment Law and Policy**, (Ed. Julien Chaisse/ Leïla Choukroune/Sufian Jusoh), Springer, s. 2035-2053, 2021, s. 2037; Lars Markert, “The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors’ Rights and Regulatory Interests of Host States”, **International Investment Law and EU Law**, (Ed. Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Steffen Hindeland), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, s. 145-171, 2011, s. 146.

²⁰⁶ Vasudev, s. 2037.

²⁰⁷ Julia Godolphin, “Resolution of Tax Disputes in International Arbitration”, **McGill Journal of Dispute Resolution**, C. 4, s. 86-104, 2017-2018, s. 90. Vergi rejimindeki değişikliklerin mevcut yatırımları daha az karlı hale getirebileceği ve özellikle bunun hukuk devleti ilkesine aykırı olarak yapılmasının bir devletin istikrarına ilişkin endişeleri artırarak gelecekteki yatırımları azaltabileceği ve mali istikrarın yabancı yatırımları çekmek ve elde tutmak için önemi hakkında bkz. Lisa Sachs/Perrine Toledano/Jacky Mandelbaum/James Otto, “Impacts of Fiscal Reforms on Country Attractiveness: Learning from the Facts”, **Yearbook on International Investment Law and Policy 2011–2012**, s. 345-386, 2013.

tamamen uluslararası mahkemelerin denetimine bırakmak istememekte ve bunun için vergilendirmeye ilişkin konuları uluslararası yatırım anlaşmalarının dışında tutmaya çalışmaktadırlar. Bu dengenin sağlanması için uluslararası yatırım anlaşmalarında vergilendirmeye ilişkin çok farklı şekillerde istisna hükümleri (*tax carve-out provisions*) veya vergi veto (*tax veto*) hükümlerine yer verilmektedir²⁰⁸.

Birçok modern yatırım anlaşmasında vergi istisna hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümlerin ortak özelliği genel olarak çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarına dayanan taleplerin istisna edilmiş olmasıdır. Ancak bunun dışında vergi istisna hükümleri çok farklı şekillerde ve sistematikte uluslararası yatırım anlaşmalarında görülmektedir. Vergi istisna hükümleri hem istisna içinde istisnalar içermesi hem de oldukça karmaşık olması nedeniyle bazı yazarlarca Rus matruşka bebeklerine benzetilmiştir²⁰⁹. Bu başlıkta ilk olarak yatırım anlaşmalarında yer alan istisna hükümlerine değinilerek vergi istisna hükümlerinin anlamı, amacı, yorumu ve yatırım anlaşmalarında görülen çeşitli istisna hükümleri incelenecek; bu hükümlerin varlığı halinde vergilendirmeden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının hangi ölçüde yatırım tahkiminde çözümlenebileceği sorusuna yanıt aranacaktır. Daha sonrasında uluslararası yatırım anlaşmalarının vergilendirmeye ilişkin tedbirlere uygulanmasını sınırlandıran vergi veto hükümleri incelenecektir.

A. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan Vergi İstisna Hükümleri

1. Genel Olarak İstisna Hükümleri

Devletlerin düzenleme yapma hakkı (*right to regulate*) devlet egemenliğinin temellerinden biri olarak kabul edilmektedir²¹⁰. Uluslararası yatırım anlaşmaları, taraf devletlerin yasama ve düzenleme yapma yetkisini korumak amacıyla genellikle belirli istisnalar içermektedir²¹¹. Bu istisnalar, insan, hayvan ve bitki yaşamının veya sağlığının korunması, doğal kaynakların korunması gibi bazı önemli menfaatlerin

²⁰⁸ Tietje/Kapermann, s. 571.

²⁰⁹ Park, **Tax and Arbitration**, s. 167; Özgür, s. 52; Uribe/Montes, s. 2.

²¹⁰ Vera Korzun, "The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, C. 50, S. 2, s. 355-414, 2017, s. 363.

²¹¹ Jeswald W. Salacuse, **The Law of Investment Treaties**, Oxford University Press, 3rd ed., 2021, s. 469; Robert Brew: "Exception clauses in international investment agreements as a tool for appropriately balancing the right to regulate with investment protection", **Canterbury Law Review**, C. 25, s. 205–242, 2019, s. 205-206.

korunmasına yönelik olabilmektedir. Vergi istisna hükümleri ise devletlerin vergilendirme konusunda düzenleme yapma hakkını korumak amacıyla yatırım anlaşmalarına eklenmektedir. Vergi istisna hükümlerini daha iyi kavrayabilmek için diğer istisna hükümleriyle birlikte genel bir değerlendirme yapmak gerekir.

Bazı istisnalar dar bir şekilde kaleme alınmış olup yalnızca belirli bir anlaşma hükmünün belirli bir işlem bakımından uygulanmasını kısıtlar. Örneğin, bazı antlaşmalar yatırımcılara para transferi yapma özgürlüğü tanırken, bu tür taahhütlerin, ev sahibi devletin iflas, ödeme aczi ve alacaklıların haklarının korunmasına ilişkin yasalarını iyiniyetle ve ayrımcı olmayan bir şekilde uygulayarak bir transferi engellemesini yasaklamadığını açıklığa kavuşturur²¹².

Diğer bazı istisnalar ise belirli kişileri, işlemleri veya durumları yatırım anlaşması hükümlerinin uygulanmasından muaf tutar. Hak mahkumiyeti hükmü (*denial of benefits clause*) bu tür istisnaların örneklerinden biridir. Hak mahrumiyeti hükümleri, vatandaşlığına başvurulmuş ülkeyle anlamlı bir bağlantısı olmayan belirli posta kutusu şirketlerin (*mailbox companies*) veya paravan şirketlerin (*shell companies*)²¹³ anlaşma hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla uluslararası yatırım anlaşmalarına eklenir²¹⁴.

Uluslararası yatırım anlaşmaları, bir ülkenin önemli ulusal menfaatlerinin tehlikede olduğu istisnai durumlarda antlaşmanın temel yükümlülüklerinden taraf devletleri muaf tutan hükümler içerebilir²¹⁵. Örneğin Enerji Şartı Anlaşması'nın 24. maddesi, anlaşma hükümlerinin "*temel güvenlik çıkarlarının korunmasına*" ve "*kamu düzeninin korunmasına*" "*ilişkin önlemleri almaktan alıkoymak şeklinde*" yorumlanamayacağını düzenler.

Devletler, son yıllarda yaptıkları yatırım anlaşmalarına insan hakları, çevre ve kamu sağlığına ilişkin hükümler eklemeye başlamışlardır²¹⁶. Örneğin, 2015 yılında

²¹² Salacuse, s. 470.

²¹³ Paravan şirketlerin yatırım tahkiminde yarattığı yetki sorunları için bkz. Demirkol, **Paravan Şirketler**.

²¹⁴ *Big Sky Energy v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/17/22, Award, 24.11.2021, para.275.

²¹⁵ Ulusal güvenlik, kamu düzeni, barışın sağlanması gibi konular önemli menfaatler arasında sayılabilir.

²¹⁶ Freya Baetens, "Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and

yayınlanan Norveç Model İkili Yatırım Anlaşması taslağında, anlaşma hükümlerinin sağlık, güvenlik, insan hakları, işçi hakları ve çevresel kaygılara duyarlı bir şekilde yürütülmesini sağlamak için uygun gördüğü bir tedbiri kabul etmesini, sürdürmesini veya uygulamasını engelleyecek şekilde yorumlanmayacağı düzenlenmiştir²¹⁷. Ancak anlaşmalara bu tür istisna hükümlerinin eklenmesi, düzeleme yapma hakkı ile yatırım anlaşmaları arasında bir çelişki yaratabilir ve yatırım anlaşmalarının öncelikli olduğunu teyit edebilir²¹⁸.

Uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan istisna hükümlerini genel istisnalar ve güvenlik istisnaları (*general and security exceptions*), özel istisnalar (*carve-out provisions*) ve çekinceler (*reservations*) olmak üzere üç grupta sınıflandırmak mümkündür²¹⁹. Özel istisnalar ve çekinceler, kültür endüstrisi gibi belirli sektörleri ya da vergilendirme gibi politika alanlarını *ex ante* anlaşma kapsamından çıkarmayı amaçlarken, genel istisnalar ve güvenlik istisnaları gelecekteki acil durumlar için tüm sektörlerde geniş bir politika alanını korumayı hedefler.

Yatırım anlaşmalarında bulunan genel istisnalar ve güvenlik istisna hükümleri Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nın ("GATT") 20. maddesi²²⁰ ile

Treaty Design", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 71, S.1, s. 139–182, Ocak 2022, s. 158.

²¹⁷ Draft Norway Model BIT, 2015, madde 12, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3350/download> (Erişim Tarihi: 18.01.2023):

"Right to Regulate"

Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety, human rights, labour rights, resource management or environmental concerns."

²¹⁸ Baetens, s. 160; Lise Johnson/Lisa Sachs/Nathan Lobel, "Aligning International Investment Agreements with the Sustainable Development Goals" *Columbia Journal of Transnational Law*, C. 58, s. 58-120, 2019, s. 101.

²¹⁹ Caroline Henckels, "Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?", *Boston College Law Review Symposium Edition, Reforming International Investment Law: Opportunities, Challenges, Paradigms*, 2018, s. 2827.

²²⁰ The General Agreement on Tariffs and Trade, 1947 (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması). 20. maddenin ilk metni 31 Aralık 1953 tarih ve 8597 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. İlgili maddenin, 7 Ekim 1957 yılında yapılan değişiklikleri içeren Türkçe metni aşağıdaki gibidir. Maddenin orijinal İngilizce metni için bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm#articleXX (Erişim Tarihi: 18.01.2024).

Madde — XX

Genel İstisnalar

İşbu Anlaşmanın hiçbir hükmü, herhangi bir Âkid tarafı, gerek aynı şartlar içinde bulunan memleketler arasında keyfî veya sebepsiz bir fark gözetme vasıtası, gerekse milletlerarası ticareti gizli şekilde tahdit vasıtası kılacak surette uygulamamak kaydıyla, aşağıdaki tedbirleri ittihaz veya tatbikten menedecek şekilde tefsir edilmeyecektir:

a) Âdabı umumiyenin korunması bakımından gerekli tedbirler;

Hizmet Ticareti Genel Anlaşması'nın ("GATS") 14. maddesinden²²¹ almakta²²² ve bazı yatırım anlaşmaları doğrudan bu hükümlere atıf yapmaktadır.

- b) İnsan veya hayvanların hayat ve sağlıklarının korunması veya nebatların vikayesi bakımından gerekli tedbirler;
- c) Altın veya gümüş ithalat veya ihracatıyla ilgili tedbirler;
- d) Gümrük tedbirlerinin uygulanmasına, II nci maddenin 4 üncü fıkrasına ve XVII inci maddeye uygun olarak işletilen inhisarların yürütülmesine, ihtira beratları, alâmeti farika, telif ve teksir haklarının korunmasına, yanlışlıkları mucip olabilecek işlemlerin önlenmesine mütaallik kanun ve nizamlar gibi, işbu Anlaşma hükümleriyle gayrikabili telif olmıyan kanun ve nizamların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli tedbirler;
- e) Ceza evlerinde imal edilen eşya ile ilgili tedbirler;
- f) Sanat, tarih veya arkeoloji balonundan kıymeti haiz servetlerin korunması maksadıyla vaz'edilen tedbirler;
- g) Milli istihsal veya istihlâke mütaallik tahditler ile birlikte uygulanmak kaydıyla, tükenebilir tabii kaynakların korunmasıyla ilgili tedbirler;
- h) Esas maddelere mütedair milletlerarası sözleşmelerin ahenkli surette yürütülmesi maksadıyla muvakkat bir komisyon ihdasına mütedair 28 Mart 1947 tarihli Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi kararı ile kabul olunan prensiplere uygun olarak, esas maddelere mütaallik hükümetlerarası anlaşmalar gereğince deruhde edilmiş olan taahhütlerin uygulanması maksadıyla ittihaz edilen tedbirler;
- i) Hükümetçe ittihaz edilen bir istikrar plânı gereğince, muayyen bir süre zarfında dahili fiyatları dünya fiyatlarının dununda tutulan yerli ham maddelerin ihracatına, bu devre zarfında milli bir tadil sanayiine bu maddelerden zaruri olan miktarlarda temin maksadıyla tahditler vazeden tedbirler. Ancak, bu tahditlerin ihracatın artırılmasına veya söz konusu sanayiın gördüğü himayenin kuvvetlendirilmesine müncer olmaması ve işbu Anlaşmanın fark gözetmemek kaidesine mütedair hükümlerine aykırı olmaması şarttır;
- j) Umumi veya mevzii şekilde darlığı çekilen malların iktisabı ve tevzii için zaruri olan tedbirler. Bununla beraber bu tedbirler, bütün Akid tarafların milletlerarası alanda bu malların nasafete uygun bir hisse, dâhilinde tedarik hakkına malik oldukları yolundaki kaideye uygun olacaktır; ve işbu Anlaşmanın başka hükümleriyle kabili telif olmıyan tedbirler, bunları icabettir en ahval zail olur almaz kaldırılacaktır. Akid taraflar işbu bente ihtiyaç olup olmadığını en geç 30 Haziran 1960 tarihinde kadar tetkik edecektir.

²²¹ General Agreement on Trade in Services (Hizmet Ticareti Genel Anlaşması), 1995 (GATS). 14. maddenin 25 Şubat 1995 tarih ve 22213 Sayılı 1. Mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan Türkçe metni aşağıdaki gibidir. Maddenin orijinal İngilizce metni için bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm#articleXIV (Erişim Tarihi: 18.01.2024).

Madde 14

Genel İstisnalar

Bu Anlaşmada hiçbir hüküm; aşağıda belirtilen tedbirlerin, benzer koşulların hakim olduğu ülkeler arasında keyfi veya yersiz bir ayırım veya hizmet ticaretine gizli bir kısıtlama oluşturacak şekilde uygulanmayacağı koşulu ile bu gibi tedbirlerin herhangi bir Üye tarafından benimsenmesi veya uygulanmasını önlediği şeklinde yorumlanmayacaktır:

- (a) kamu ahlakının korunması veya kamu düzeninin* sürdürülmesi için gerekli olan; (b) insan, hayvan veya bitki hayatının veya sağlığının korunması için gerekli olan;
- (c) aşağıda belirtilenlerle ilgili hükümleri de içermek suretiyle bu Anlaşmanın hükümlerine aykırı olmayan kanun ve düzenlemelere uyum sağlanması için gerekli olan;
- (i) aldatıcı ve hilekar uygulamaların önlenmesi veya bir hatanın hizmet mukaveleleri üzerindeki etkileriyle ilgilenilmesi;
- (ii) kişisel verilerin işlenmesi ve yayılmasında bireylerin mahremiyetinin ve bireysel kayıt ve hesapların güvenilirliğinin korunması;
- (iii) güvenlik;

- (d) muameledeki farkın diğer Üyelerin hizmet sunucularının hizmetleri göz önüne alındığında dolaysız vergilerin adil ve etkin**toplanmasının sağlanmasını amaçlaması koşuluyla 17. Maddeye aykırı olan;
- (e) muameledeki farkın Üye ülkenin bağlı olduğu, çifte vergilendirmenin önlenmesiyle ilgili uluslararası bir anlaşmanın veya herhangi bir diğer uluslararası anlaşma veya düzenlemedeki çifte vergilendirmenin önlenmesiyle ilgili hükümlerin sonucu olması koşuluyla, 2. Maddeye aykırı olan.

²²² Dünya Ticaret Örgütü anlaşmalarındaki istisna hükümleri hakkında bkz. Talat Kaya, "DTÖ Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, s. 169–192, 2017.

Genel istisna hükümleri, ev sahibi ülkelere önemli ulusal menfaatlere yönelik tehditlere karşı yasama ve düzenleme serbestisi tanımaktadır. Öte yandan, anlaşmalarda yer alan bu hükümlerin muğlaklığı ve genelliği, devletlerin yasal yükümlülüklerinden kaçınmak için haksız durumlarda da bu hükümlere başvurma riskini artırmaktadır²²³. Örneğin, Türkiye'nin ekonomik zorluklarla karşı karşıya olduğu göz önüne alındığında, yabancı yatırımların kamulaştırılması, bu tür bir eylemin temel güvenlik çıkarlarını korumak için gerekli olduğu gerekçesiyle haklı gösterilebilir.

Özel istisna hükümleri ise bir politika alanını veya sektörü bir anlaşmanın kapsamından muaf tutar²²⁴. Örneğin, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'nın (*North American Free Trade Agreement*) ("NAFTA")²²⁵ 1108. maddesinin 7. fıkrası uyarınca milli muamele ve en çok gözetilen ulus muamelesi yükümlülüklerinin akit devletin veya o devlet teşebbüsünün satın alımlarına uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca 1995 tarihli Hong Kong-Yeni Zelanda İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 8.2. maddesi de anlaşma hükümlerinin her iki akit devletin bölgesindeki vergilendirme konularına uygulanmayacağını öngörmektedir.

Çekinceler, istisnalara benzemekle birlikte tarafların tek taraflı olarak bazı yükümlülüklerle veya anlaşmanın bütünüyle ilgili olarak anlaşmaya aykırı bazı tedbirleri kabul etme veya sürdürme hakkını saklı tuttıkları sektörleri belirlemelerine izin vermektedir. Örneğin, Kanada ve Avrupa Birliği arasındaki Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret Anlaşması'nın (*Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union*) ("CETA")²²⁶ 8.2. maddesinin 3. fıkrası ve 9.2. maddesinin 2. fıkrasının b ve c bentleri, Avrupa Birliği için yatırımların kuruluşuna ilişkin yükümlülüklerin ve yatırımlara ayrımcı olmayan muamele yükümlülüklerinin

²²³ Salacuse, s. 472.

²²⁴ Henckels, s. 2828.

²²⁵ North American Free Trade Agreement between Canada, The United States and Mexico (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması), 1992 (NAFTA). Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2412/download> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

²²⁶ Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union (Kanada ve Avrupa Birliği arasındaki Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret Anlaşması), 2016 (CETA). Anlaşmanın metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3593/download> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

görsel-işitsel hizmetlere ilişkin tedbirler bakımından, Kanada için kültür endüstrilerini etkileyen tedbirler bakımından geçerli olmadığını öngörmektedir.

İstisna hükümlerinin, hakem heyetinin yargı yetkisine veya talebin kabul edilebilirliğine ilişkin olduğu kabul edilmektedir²²⁷. En yaygın yaklaşım, bu sorunun yetki aşamasında dikkate alınmasıdır. Ancak Lahey Temyiz Mahkemesi, Enerji Şartı Anlaşması'nın 21. maddesinin bir yetki sorunu değil, esasa ilişkin olduğunu belirlemiştir²²⁸. Fikrimizce vergi istisna hükümleri, ev sahibi devletin tahkime rızasının içinde olması nedeniyle konu bakımından yargı yetkisine ilişkin kabul edilmelidir.

Her iki durumda da vergi istisna hükümleri, yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin vergilendirmeye ilişkin talepleri değerlendirmesinin önünde usuli bir engel oluşturacaktır²²⁹. Yargı yetkisi ve kabul edilebilirliğe ilişkin bölümde açıklandığı üzere, hakem heyetlerinin bu konudaki yaklaşımı esas olarak iki konuda önemini gösterecektir. İlk olarak, tarafların hakem heyetinin yargılama yetkisine ilişkin konular bakımından itiraz hakkı bulunurken, kabul edilebilirlik bakımından tekrar inceleme yapılması mümkün olmayacaktır²³⁰. Bir diğer husus ise kabul edilebilirliğe ilişkin kararların *res judicata* olmamasıdır²³¹. Dolayısıyla bir iddianın kabul edilemez olduğuna karar verildiğinde, bu genelde geçici bir durum oluşturacak ve daha sonrasında düzeltilebilecek, aynı taleplerle yeni bir yatırım tahkimi başlatılmasına engel olmayacaktır.

Uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan istisna hükümleri, devletlerin düzenleme yapma hakkını koruyan önemli araçlar olarak yatırım anlaşmalarında yerini almaktadır. Vergi istisna hükümleri de devletlerin mali egemenliklerini sürdürebilmeleri için kritik bir işlev üstlenmektedir. Bununla birlikte, bu tür istisna hükümlerinin geniş kapsamlı ve muğlak ifadelerle kaleme alınması, devletler

²²⁷ *EnCana Corporation v. Ecuador* davasında hakem heyeti Kanada-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nda yer alan vergi istisna hükümlerinin vergilendirmeye ilişkin adil ve hakkaniyetli muamele talepleri üzerinde yargılama yetkisi bulunmayacağı anlamına geleceğine karar vermiştir. *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, Award, 3.02.2006 (EnCana v. Ecuador)*, para. 149, 168.

²²⁸ *Judgment of the Hague Court of Appeal, Case No. 200.197.079/01, 18.02.2020*, para. 5.2.4–5.2.22.

²²⁹ Davie, s. 210; Waibel, s. 1218.

²³⁰ Paulsson, *Jurisdiction and Admissibility*, s. 601.

²³¹ Waibel, *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, s. 1277.

tarafından suiistimal edilme riskini de beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda, uluslararası yatırım hukukunda istisna hükümlerinin dengeli, açık ve öngörülebilir bir şekilde formüle edilmesi hem ev sahibi devletlerin egemenlik haklarını koruma altına alacak hem de yatırımcılar için hukuki güvenlik sağlayacaktır.

2. Vergi İstisna Hükümlerinin Amacı

Uluslararası yatırım hukuku, devletlerin daha fazla yabancı yatırımcıyı ülkelerinde yatırım yapmaya teşvik etmek amacıyla uluslararası yatırım anlaşmaları imzalayarak egemenliklerinin bir kısmını rızalarıyla uluslararası yatırım mahkemelerine bırakmaları varsayımına dayanmaktadır²³². Bu varsayıma göre yatırımcıların uluslararası yatırım anlaşmalarına taraf olan devletlere yatırım yapma olasılıkları daha yüksektir; zira, yatırımlarının ev sahibi devletler tarafından korunacağı konusunda uluslararası bir güvenceye sahiptirler²³³. Ancak konu vergilendirme olduğunda devletler vergilendirme yetkilerini sınırlandırmak konusunda istekli değildirler. Bu nedenle birçok devlet uluslararası yatırım anlaşmalarına vergi istisna hükümleri ekleyerek vergilendirmeye ilişkin konuları uluslararası yatırım anlaşmalarının korumasından çıkarma eğilimindedir.

Bu yaklaşımın arkasındaki ana nedenlerden biri, devletlerin vergilendirmeye ilişkin konularda uluslararası hukuk çerçevesinde zaten bazı yükümlülükler üstlenmiş olmasıdır. Devletler, çifte vergilendirmenin önlenmesi ve ayrımcılığın azaltılması için çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları imzalamışlardır. Önceki bölümlerde de açıklandığı üzere, vergi anlaşmalarının amacı genellikle yatırımcıları korumak değildir ve yatırımcılara doğrudan tahkime erişim olanağı sağlamaz.

²³² Davie, s. 217.

²³³ Belirtmek gerekir ki uluslararası yatırım anlaşmalarının gerçekten yatırımları teşvik edip etmediği konusu tartışmalıdır. Yapılan bazı çalışmalarda buna şüpheyile yaklaşılmış ve uluslararası yatırım anlaşmalarının yatırıma marjinal bir etkisi olduğu, dev sahibi devletin ekonomik büyüme potansiyeli ve hatta çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının daha belirleyici faktörler olduğu öne sürülmüştür. Ancak bu konuda kesin bir sonuca varılamamıştır. İlgili çalışmalardan örnekler için bkz. Karl P Sauvart/Lisa E. Sachs, **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows**, Oxford University Press, 2009; UNCTAD, **The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment in Developing Countries**, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, 2009; Shiro Armstrong, "Chapter 2: The Impact of Investment Treaties and ISDS Provisions on FDI in Asia and Globally" **International Investment Treaties and Arbitration Across Asia**, (Ed. Julien Chaisse/Luke Nottage), Brill, s. 57-82, 2017; Christian Bellak, **Economic Impact of Investment Agreements**. Department of Economics Working Paper Series No. 200, 2015; Josef C. Brada/Zdenek Drabek/Ichiro Iwasaki, Does Investor Protection Increase Foreign Direct Investment? A Meta-Analysis", **Journal of Economic Surveys**, C 35, S. 1, s. 34-70, 2021.

Devletler, vergilendirme yetkilerini uluslararası tahkime devretmekten kaçınmaktadır, çünkü vergilendirme, egemenlikleri açısından özel bir öneme sahiptir²³⁴. Tarih boyunca hükümetler, vergilendirme yetkilerinin sınırlanması önerilerine mesafeli durmuşlardır²³⁵. Devletler, egemenliklerini verilelendirme yetkileri olmadan sürdüremezler. Vergi sistemleri sadece temel hükümet hizmetlerini finanse etmekle kalmaz; aynı zamanda bir politika aracı olarak da kullanılabilir. Örneğin, zararlı ürünlerin tüketimini azaltmak için vergi konulabilir veya zararlı faaliyetlerin maliyetini adil bir şekilde dağıtmak için vergiler kullanılabilir. Makroekonomik düzeyde ise talebi azaltmak ve enflasyonu kontrol altına almak için vergiler artırılabilir²³⁶.

Devletler, vergilendirme yetkilerinin kullanımında esnekliklerini korumak amacıyla özellikle son yıllarda vergilendirme konularını yatırım anlaşmalarının dışında tutmayı tercih etme eğilimindedirler. Vergi istisna hükümleri, devletlerin egemenliklerini ve vergilendirme yetkilerini koruma arzusunun bir yansımasıdır.

3. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Görülen Vergi İstisna Hükümleri

Vergi istisna hükümleri yatırım anlaşmaları içerisinde yerini nispeten yeni alan düzenlemelerdir²³⁷. Bu hükümlerin 1950'li ve 1960'lı yılların ilk uluslararası yatırım anlaşmalarında yer almadığı görülmektedir. Vergi istisna hükümleri, 1960'ların sonlarında ve takip eden yıllarda, devletlerin daha kapsamlı çifte vergilendirme anlaşması ağırları geliştirmeye başlamasıyla ortaya çıkmaya başlamıştır²³⁸. UNCTAD tarafından da desteklenen birçok devlet²³⁹, vergilendirme tedbirlerine ilişkin taleplerin

²³⁴ Insop Pak, "International Finance and State Sovereignty: Global Governance in the International Tax Regime", *Annual Survey of International & Comparative Law*, C. 10, S. 1, s. 165-206, 2004, s. 165.

²³⁵ Örneğin, 2003 yılında dönemin İngiltere Başbakanı Tony Blair ve Estonya Başbakanı, Avrupa Birliği üyesi devletlerin vergilendirme konusunda oybirliği olmadan karar alma yetkisinin genişletilmesine karşı çıkmıştır. Diane M. Ring, "What's at Stake in the Sovereignty Debate? International Tax and the Nation-State", *Virginia Journal of International Law*, C. 49, S. 1, s. 155-233, 2008, s. 168-169, 210.

²³⁶ Ring, s. 168-169, 210.

²³⁷ Davie, s. 211.

²³⁸ UNCTAD, *Taxation*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 2000, s. 24, https://unctad.org/system/files/official-document/iteit16_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

²³⁹ UNCTAD, *World Investment Report: International Tax Reforms and Sustainable Investment*, 2022 (World Investment Report 2022), s. 90-91, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022_en.pdf (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

riskini en aza indirebilmek için anlaşmalarını vergi istisna hükümlerini içerecek şekilde değiştirmiştir. ABD, Kanada, Japonya, Birleşik Krallık başta olmak üzere sermaye ihraç eden devletler anlaşmalarında vergi istisna hükümlerine yer vermektedirler²⁴⁰. Özellikle son on yılda yürürlüğe giren yatırım anlaşmaların neredeyse yarısında vergi istisna hükmü yer almaktadır²⁴¹.

Vergi konularında uygulanacak istisna rejimi oldukça karmaşıktır. Bazı anlaşmalar doğrudan ve dolaylı vergi tedbirlerini birbirinden ayırmakta ve genellikle sadece ikincisini yatırım anlaşmasının kapsamında tutmaktadır. Bazı anlaşmalar genel olarak bütün vergilendirme tedbirlerini istisna etmekte, bazılarıysa anlaşmanın sadece bazı hükümlerinin vergilendirme tedbirlerine uygulanacağını düzenlemektedir.

Vergi istisna hükümlerinin ilk türü genel istisnadır. Hong Kong-Yeni Zelanda İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 8.2 maddesi²⁴² buna bir örnek teşkil eder. Böyle bir hüküm, vergi konularını herhangi bir çekince olmaksızın anlaşmanın uygulama alanı dışında bırakmaktadır. Kural olarak, bu tür bir anlaşmaya dayanarak vergilendirmeye ilişkin bir uyuşmazlığın yatırım tahkiminde çözülmesi mümkün değildir.

Yatırım anlaşmalarında rastlanılan ikinci tür istisna ise vergi anlaşmalarının uygulanması lehine bir çatışma hükmüdür. Meksika-Kore Cumhuriyeti İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 3.3. maddesi²⁴³ bu türe bir örnek olabilir. Vergi anlaşmalarının yatırım anlaşmasına göre önceliğini öngören bu madde, yatırım anlaşmalarının vergilendirme konusunda hala geçerli olduğunu ancak vergi anlaşmalarının kapsadığı durumlarda vergi anlaşmalarının uygulanacağını ifade etmektedir. Türkiye-Japonya

²⁴⁰ Danielle Morris/Yarik Kryvoi/Sam Winter-Barker/Tunç Savaş, **Empirical Study: Tax-related Measures in Investor-State Arbitration**, BIICL & WilmerHale, 2024, s. 8.

²⁴¹ UNCTAD, **IAs and Tax Measures**, s. 16-18; UNCTAD, **Policy options for IAA reform: treaty examples and data**, 2015, s. 7; Davie, s. 210-211; Colin Cherian, "Between the Scylla and Charybdis: Tax Carve-outs and Tribunal Jurisprudence", **Indian Journal of Arbitration Law**, C. 10, S. 1, s. 156-174, 2021, s. 156.

²⁴² Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of New Zealand for the Promotion and Protection of Investments, 06.07.1995 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1518/download> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

²⁴³ Agreement Between the Government of the United Mexican States and the Government of the Republic of Korea for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 14.11.2000 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1809/download> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın²⁴⁴ 3. maddesinde de bu tür bir vergi istisna hükmü bulunmaktadır. Buna göre ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus muamelesi standartlarının “*herhangi bir Akit Tarafı, diğer Akit Tarafı'nın vatandaş ve şirketlerine, bir üçüncü ülkeyle olan mütekabiliyet esasına dayanan veya çifte vergilendirmeyi ya da mali kaçakçılığı önleyen anlaşmalar nedeniyle özel vergi avantajlarının uygulanmasından yararlandırılması şeklinde*” yorumlanamayacağı düzenlenmiştir.

Yatırım anlaşmasının sadece bazı hükümlerinin vergilendirme tedbirlerine uygulanacağına veya sadece bazı hükümlerinin vergilendirme tedbirleri bakımından uygulanmayacağına ilişkin düzenlemelerle de karşılaşmak mümkündür. Örneğin ABD-Türkiye İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın²⁴⁵ 11. maddesinin 2. fıkrasında anlaşma hükümlerinden 2. ve 5. maddelerin vergi konularına uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Bir diğer olası istisna ise vergi türleri arasında ayırım yaparak vergilendirme tedbirlerinin uygulanmasını bazı vergi türleri bakımından istisna eden hükümlerdir. Anlaşmalarda çoğunlukla doğrudan ve dolaylı vergiler arasında bir ayırım yapılmaktadır. ABD-Uruguay İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 4. maddesi²⁴⁶ bu tür bir istisna hükmüne örnek olarak gösterilebilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, spesifik ve karmaşık birçok vergi istisna hükmü bulunmaktadır. Bunlardan en önemli ve karmaşık olanlarından biri Enerji Şartı Antlaşması'nın vergilendirmeye ilişkin hükmüdür. 21. maddeye göre aksi

²⁴⁴ Agreement Between Japan and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, 12.02.1992. Anlaşmanın Türkçe metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6771/download>. İngilizce metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1736/download>. (Erişim Tarihi: 22.08.2024)

²⁴⁵ Treaty Between the United States of America and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, 03.12.1985. 3 Aralık 1985 tarihli ABD-Türkiye İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın İngilizce metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2356/download> 20.4.1989 tarihli ve 20145 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Uygun Bulma Kanunu'nda yer alan Türkçe metni için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc072/kanuntbmmc072/kanuntbmmc07203533.pdf (Erişim Tarihi: 02.02.2024).

²⁴⁶ Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 04.11.2005, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2380/download> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

belirtilmedikçe anlaşmada yer alan hiçbir hüküm akit tarafların vergilendirme tedbirlerine ilişkin haklar yaratmayacak veya yükümlülükler getirmeyecektir. Bu vergi istisnasına dört farklı istisna getirilmiştir. 21. maddenin 2. fıkrasına göre enerji malzemeleri ve ürünlerinin transit geçişine ilişkin 7. maddenin 3. fıkrası gelir veya sermaye üzerindeki vergiler dışındaki vergilendirme tedbirleri bakımından uygulanacaktır. Ancak bu istisnanın da iki istisnası bulunmaktadır. Benzer şekilde, 21. maddenin 4. fıkrası gelir veya sermaye üzerindeki vergilendirme tedbirleri dışındaki vergilendirme tedbirleri söz konusu olduğunda enerji malzemeleri ve ürünlerinin ticareti için bir istisna getirmektedir. 21. maddenin 3. fıkrası uyarınca gelir veya sermaye dışındaki vergilendirme tedbirleri 10. maddenin 2. fıkrasındaki ve 10. maddenin 7. fıkrasında yer alan milli muamele ve en çok gözetilen ulus standardına tabi olacaktır. İstisnanın istisnasını oluşturan son düzenlemeye ise 21. maddenin 5. fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre 13. maddedeki korumalar kamulaştırıcı ve ayrımcı vergilendirmeye ilişkin bazı şartlarda uygulanabilecektir. Gerçekten de bu istisnalar, iç içe geçmiş istisnalarla matruşka bebeklerine benzemektedir.

Vergi istisna hükümleri, yatırım anlaşmalarında yerini yeni alan düzenlemeler olduğundan, esasında yürürlükte olan birçok yatırım anlaşmasında anlaşmanın vergi konularına uygulanmasının sınırlandırılmadığı görülmektedir²⁴⁷. Uluslararası yatırım anlaşmalarındaki istisna hükümleri değerlendirildiğinde, çoğu yatırım anlaşmasının vergilendirmeye ilişkin konuları tamamen istisna etmediği, bazı koruma standartlarının, özellikle ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus muamelesi standartlarının, vergilendirmeye ilişkin konulara uygulanmayacağını belirttiği görülmektedir. Dolayısıyla, çoğu durumda, kamulaştırmaya karşı korumalar ve adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülükleri vergilendirme tedbirleri bakımından da uygulanacaktır.

Sermaye ihraç eden devletler sıklıkla yatırım anlaşmalarında vergi istisna hükümlerine yer vermektedir. Buna karşılık sermaye ithal eden birçok devletin yatırım anlaşmalarında vergi istisna hükümlerine yer vermediği görülmektedir. Bu durum, sermaye ithal eden devletlerin yatırım çekmeye daha istekli olmaları ve dolayısıyla

²⁴⁷ Yürürlükte olan 2584 yatırım anlaşması değerlendirildiğinde bunlardan yaklaşık olarak sadece yüzde 10'unda vergi istisna hükmü bulunmaktadır.

yatırımcıları uzaklaştırabilecek hükümleri eklemek konusunda daha temkinli davranmaları ile açıklanabilir.

Türkiye'nin sermaye ihraç ettiği ülkelerle yaptığı anlaşmalara vergi istisna hükmü eklemesi Türkiye'nin bu ülkelerden gelebilecek davalara karşı mali egemenliğinin korunması bakımından önerilebilir. Ancak sermaye ihraç edilen ülkelerin vergilendirme yetkilerini kötüye kullanmalarına karşı Türkiye'nin kendi yatırımcılarını koruma ihtiyacı da göz ardı edilmemelidir. Bu noktada özellikle ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus muamelesi standartlarının vergilendirmeye uygulanmasının istisna edilmesinin önemli olduğunu belirtmek gerekir. Türkiye'nin son yıllarda imzaladığı yatırım anlaşmalarında da bu yöntemin izlendiği görülmektedir. Henüz yürürlüğe girmeyen Türkiye-Uruguay İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nda²⁴⁸ ise vergilendirme bakımından genel bir istisna hükmüne yer verilmiştir. Bunun gibi sermaye ihraç edilen ülkelerle yapılan anlaşmalara genel bir istisna hükmü eklendiğinde en azından kamulaştırmaya karşı korumaların vergilendirmeye uygulanmasını sağlayacak düzenlemelerin yapılması önemlidir.

Son olarak sermaye ithal edilen ülkeler bakımından Türkiye'nin anlaşmalarına vergi istisna hükümleri eklemek konusunda daha dikkatli olması gerekir. Elbette ki, yabancı yatırımcıların açabileceği olası yatırım tahkimlerinde vergilendirme tedbirlerinin incelenmesi ülkelerin mali egemenliklerinin korunması bakımından endişe vericidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, yatırım anlaşmalarında sağlanan korumaların yatırım tercihlerinde ne düzeyde etkili olduğu ve olası vergi istisna hükümlerinin bu tercihleri ne kadar olumsuz etkileyeceğidir.

4. Vergi İstisna Hükümlerinin Yorumu

Vergi istisna hükümleri oldukça karmaşık düzenlenmelerinin yanında genel olarak içerdiği terimleri de tanımlamamaktadır. Vergi istisna hükümleri yaygın olarak vergi konuları (*tax matters*) veya vergi tedbirleri (*tax measures*) ifadeleriyle kaleme alınmıştır. Bu ifadeler, uluslararası yatırım anlaşmalarında genellikle

²⁴⁸ Agreement Between the Government of the Republic of Türkiye and the Government of the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8394/download> (Erişim Tarihi: 22.08.2024).

tanımlanmamakta ve hakem heyetleri istisna hükümlerini yorumlamaktadır²⁴⁹. Bu nedenle, istisna hükümlerinin varlığı halinde vergilendirmeye ilişkin uyuşmazlıkların hangi ölçüde yatırım tahkiminde çözümlenebileceğini tespit etmek için kararlara daha detaylı bakmak gerekir.

Hakem heyetlerinin kararları arasında bazı tutarsızlıklar bulunmaktadır²⁵⁰. Bir tedbirin vergilendirme tedbiri olup olmadığı konusunda iç hukuka göre mi yoksa uluslararası hukuka göre mi belirleme yapılacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. *Burlington v. Ekvador*²⁵¹ davasında, bir tedbirin vergilendirme tedbiri olup olmadığı yetki aşamasında ilgili yatırım anlaşması bakımından, esas aşamasında ise iç hukuk bakımından değerlendirilmiştir. *Occidental v. Ekvador II*²⁵² davasında ise Ekvador anayasasındaki prosedüre uyulmadığı için tedbirin vergilendirme tedbiri olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Doktrinde, *Occidental v. Ekvador II* davasında yorum yapılırken iç hukukun, *Burlington v. Ekvador* davasındaysa uluslararası standartların uygulandığı ifade edilmektedir²⁵³.

Son yıllarda görülen davalarda taraflar hem iç hukuka hem de uluslararası standartlara dayalı olarak yetki itirazlarında bulunmuş ve hakem heyetleri de ilgili tedbirlerin istisna kapsamında olup olmadığını değerlendirirken iç hukuka da uluslararası hukuka da dayanmışlardır. Bu durum özellikle İspanya ve İtalya'nın güneş enerjisi davalarında belirginleşmiştir. İspanya, güneş enerjisi şirketlerinin tarife hakkını etkileyen ve elektrik enerjisi üretim değerine vergi getiren tedbirlerine yönelik birçok davayla karşı karşıya kalmıştır. İspanya, bu tedbirlerin hem İspanyol hukuku hem de uluslararası hukuk açısından bir vergi tedbiri olduğunu ve yatırım anlaşmasının kapsamı dışında kaldığını savunmuştur. 2019 ve 2022 yılları arasında verilen birçok karar, Enerji Şartı Anlaşması'nda vergi tedbirleri için kapsamlı bir tanım

²⁴⁹ Thomas W. Wälde/Abba Kolo, "Coverage of Taxation Under Modern Investment Treaties", **The Oxford Handbook of International Investment Law**, (Ed. Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer), Oxford University Press, s. 306-362, 2012 (Coverage of Taxation), s. 318-319; Cherian, s. 160.

²⁵⁰ Park, **Tax and Arbitration**, s. 185.

²⁵¹ *Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, *Decision on Jurisdiction*, 02.06.2010 (*Burlington v. Ecuador, Jurisdiction*).

²⁵² *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador (II)*, ICSID Case No. ARB/06/11, *Award*, 5.10.2012 (*Occidental v. Ecuador II*).

²⁵³ Park, **Tax and Arbitration**, s. 185-186.

bulunmadığından içtihatlarla başvurulması gerektiğini belirtmiştir²⁵⁴. Hakem heyetleri genellikle *EnCana v. Ekvador*, *Duke Energy v. Ekvador*²⁵⁵ ve *Burlington v. Ekvador* davalarında geliştirilen ve aşağıda daha detaylı olarak açıklanacak kriterleri benimsemişlerdir.

EnCana v. Ekvador davasında hakem heyeti, vergilendirme tedbirlerinin anlaşma bağlamında olağan anlamına uygun olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirterek bazı önemli tespitlerde bulunmuştur²⁵⁶. İlk olarak vergilerin kanuniliği ilkesine değinmiş ve vergilendirme tedbirlerini anlaşmadan istisna eden hükmün, ev sahibi devletin kanunlarına dayanmayan keyfi bir tedbire uygulanmayacağını belirtmiştir. Ayrıca, hakem heyetinin vergilendirme tedbirlerine ilişkin bir temyiz mercii olmadığına dikkat çekilmiştir. Uyuşmazlığın Ekvador vergi kanunları ve düzenlemeleriyle doğrudan bağlantılı olması durumunda tedbirin hukuka aykırılığını inceleme yetkisinin Ekvador mahkemelerinde olduğu belirtilmiştir.

İkinci olarak vergilendirme tedbirlerine ilişkin istisnanın sadece doğrudan vergiler ile sınırlı olmayıp dolaylı vergileri de kapsadığı vurgulanmıştır. Üçüncü olarak "tedbir" teriminin anlaşmada geniş tanımlandığı göz önünde bulundurularak, istisna hükmünün sadece vergi koyan kanun hükümleriyle sınırlı olmadığı, ne kadar vergi ödeneceği veya iade edileceğini belirleyen tüm düzenlemelerin “vergilendirme tedbirleri” kavramının bir parçası olduğu ve dolayısıyla vergi indirimleri, muaflık ve istisnalar veya vergi iadelerinin de bu kavramın kapsamına girdiği belirtilmiştir. Son olarak bir tedbirin vergilendirme tedbiri olup olmadığının ekonomik etkisine göre değil hukuki işleyişine göre belirlenmesi gerektiği ele alınarak vergilendirme sürecinin parçası olan ve tarhiyata ilişkin bütün tedbirlerin vergilendirme tedbiri olduğuna dikkat çekilmiştir.

EnCana v. Ekvador davasında yer alan bu tespitler özellikle bazı durumların veya tedbirlerin sınıflandırılması bakımından yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle istisna

²⁵⁴ *Hydro Energy I Sàrl & or v Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/15/42, *Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum*, 09.03.2020 (*Hydro v. Spain*), para 35; *Cavalum SGPS, SA v Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/15/34, *Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum*, 31.08.2020 (*Cavalum v. Spain*), para. 384.

²⁵⁵ *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, *Award*, 18.08.2008 (*Duke Energy v. Ecuador*).

²⁵⁶ *EnCana v. Ecuador*, para. 142.

hükümlerinin kapsamı ve yorumu için bu hükümlerin içinde yer alan terimlerin anlamını ayrı ayrı incelemekte yarar vardır. İlk olarak vergi konularının kapsamı incelenerek temel olarak dört durumun vergi konularına ilişkin istisna hükümleri kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilecektir. İkinci olarak istisna hükümlerinde yer alan vergilendirme tedbirleri ifadesinin kapsamına değinilecektir. Son olarak yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında bir sözleşmenin bulunması halinde yatırımcının vergilendirmeye ilişkin taleplerinin niteliği ve istisna hükümlerinin bu talepler karşısındaki durumu incelenecektir.

a. Vergi Konularının Kapsamı

Vergi konularının istisna edildiği uluslararası yatırım anlaşmalarında verginin neleri kapsadığını belirlemek gerekir. Zira, bir devlet ancak yatırım tahkiminde dava edilen tedbirin anlaşma kapsamında bir vergi olarak kabul edilmesi halinde istisnadan yararlanabilecektir. Dolayısıyla, mali yükümlülüklerin nasıl sınıflandırılacağı önem taşımaktadır. Belirtildiği üzere, yatırım anlaşmalarında verginin tanımına nadiren yer verilmiştir.

Klasik tanıma göre vergi, kamu harcamalarının finansmanı için devlet tarafından cebir altında ve karşılıksız olarak alınan mali menfaatlerdir²⁵⁷. Vergilerin karşılıksız olması prensibi başta olmak üzere benzer tanımlar çoğu hukuk sisteminde yer almaktadır²⁵⁸. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarıysa, anlaşmada ayrı bir tanım yapılmadıkça konuyu iç hukuka bırakmaktadır²⁵⁹. Türk hukukunda ise anayasa veya

²⁵⁷ Gaston Jèze, **Cours de finances publiques 1935-1936**, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris: 1936, s. 39.

²⁵⁸ Alman Vergi Kanunu (*Abgabenordnung*) 3. bölümü uyarınca “vergi” belirli bir faaliyetin yerine getirilmesi karşılığında yapılan ödemeler dışında, bir kamu kurumu tarafından gelir elde etmek amacıyla tahsil edilen ve kurum tarafından kanunun ödeme yükümlülüğünü dayandırdığı özelliklerin geçerli olduğu tüm kişilere uygulanan para ödemeleri anlamına gelmektedir. (“*Steuern sind Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft.*”). Vergi konularının kapsamına ilişkin birçok ülkede ulusal ve uluslararası alanda sayısız çalışma yapılmış ve yapılmaktadır. Ulusal çalışmalardan örnekler için bkz. Bruno Peeters (Ed.), **The Concept of Tax**, EATLP, 2005. Uluslararası çalışmalar için bkz. Michael Lang, ““Taxes Covered” – What is a “Tax” according to Article 2 of the OECD Model?”, **Bulletin for International Taxation**, C. 59, S. 6, s. 216-223, 2005; Georg Kofler/Michael Lang/Pasquale Pistone/Alexander Rust/Josef Schuch/Karoline Spies/Claus Staringer (Ed.), **Taxes Covered Under Article 2 of the OECD Model The Scope of Tax Treaties in a Dynamic Global Environment of Newly Created Taxes**, IBFD, 2021.

²⁵⁹ OECD Model Vergi Anlaşması’nın 3. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir: “Anlaşmanın herhangi bir tarihte bir Akit Devlet tarafından uygulanması bakımından, Anlaşmada tanımlanmamış herhangi bir

herhangi bir vergi kanununda vergi tanımı bulunmamaktadır. Doktrinde vergi, kamusal gereksinimlerin karşılanması için özel kesimden kamu kesimine, hukuksal zor altında, karşılıksız ve kesin olarak yapılan parasal aktarım olarak tanımlanmıştır²⁶⁰. Geniş anlamıyla vergi, devletin kamu giderlerini karşılamak üzere gerçek ve tüzel kişiler üzerine koyduğu ve kamu gücünün kullanımına dayanan her çeşit mali yükümlülüğü kapsamaktadır²⁶¹. Bu çerçevenin içerisine dar anlamda vergilerin yanı sıra resimler ve harçlarla bütçe içinde oluşturulan fonlara ilişkin konulan yükümlülükler, Belediye Gelirleri Kanunu'nda düzenlenen katılma payı ve diğer katkı payları girmektedir.

Uluslararası yatırım hukukunda ise konu içtihatlarla şekillenmektedir. *Hellenic Electric Railways Ltd. v. Yunanistan* kararında verginin karşılıksız bir maddi menfaat teşkil ettiği, bu menfaatin kanunlara dayanılarak alındığı ve amacının kamu yararı olduğu belirtilmiştir²⁶². *EnCana v. Ekvador* davasında bir vergi kanunu, belirli bir kişi sınıfına devlete ödeme yapma yükümlülüğü getiren kanun olarak tanımlanmıştır²⁶³. *Sun Reserve v. İtalya*²⁶⁴ davasındaysa hem İtalyan hukukundaki hem de uluslararası hukuktaki standartlar değerlendirilmiş, vergilerin zorunlu niteliği, karşılıksız olması ve kamu yararına alınması olmak üzere üç unsuru olduğunu belirtilmiştir²⁶⁵. Bu üç unsur sonraki davalarda da uygulanmıştır²⁶⁶.

Vergi istisna hükümlerinin yorumunda geniş anlamda vergilerin mi yoksa dar anlamda vergilerin mi dikkate alınacağı, bir başka deyişle karşılıksızlık kriterinin

terim, metin aksini gerektirmedikçe, Anlaşmanın uygulandığı vergilerin amaçları bakımından, o tarihte bu Devletin mevzuatında öngörülen anlamı taşıyacak ve bu Devletin yürürlükteki vergi mevzuatında yer alan herhangi bir anlam, bu Devletin diğer mevzuatında bu terime verilen anlama göre üstünlük taşıyacaktır.”.

²⁶⁰ Selim Kaneti/Esra Ekmekçi/Gülşen Güneş/Mahmut Kaşıkçı, **Vergi Hukuku**, 2. Bası, Filiz Kitapevi, 2022, s. 4.

²⁶¹ Mualla Öncel/Nami Çağan/Ahmet Kumrulu/Cenker Göker, **Vergi Hukuku**, 32. Bası, Turhan Kitabevi, 2023, s.33.

²⁶² *Hellenic Electric Railways Ltd. v. Government of Greece, 1930*, “(...) les caractères habituels d'un impôt en ce sens qu'elle constitue une prestation pécuniaire sans contre-prestation correspondante (à la différence des taxes proprement dites), que cette prestation est perçue par des moyens de contrainte juridique, suivant des règles légales déterminées et que sa destination est d'utilité publique (...)” aktaran J. Gillis Wetter/Stephan Schwebel, “Some Little-Known Cases on Concessions”, **British Year Book of International Law**, C. 40, s. 183-232, 1964, s. 202.

²⁶³ *EnCana v. Ecuador*, para. 142.

²⁶⁴ *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy, SCC Case No 132/2016, Final Award, 25.03.2020 (Sun Reserve v. Italy)*.

²⁶⁵ *Sun Reserve v. Italy*, para. 213, 470-471, 491, 520, 520-521.

²⁶⁶ *Silver Ridge Power BV v. Italian Republic, ICSID Case No ARB/15/37, Award, 26.02.2021 (Silver Ridge v. Italy)*.

uygulanıp uygulanmayacağı meselesi önemlidir. Bu açıdan fon, ücret, katkı payı, katılım payı, ruhsat bedeli gibi mali yükümlülüklerin vergi istisna hükümlerinin kapsamında olup olmadığını belirlemek gerekir. İçtihatlarda bu konuda bir birlik bulunmamakta, bazı hakem heyetleri karşılığı olan mali yükümlülükleri vergi olarak kabul ederek istisna kapsamına almakta²⁶⁷; bazıları vergi olarak nitelendirmemektedir²⁶⁸.

Sigara üreticilerine çeşitli mali yükümlülükler getiren tedbirlere karşı NAFTA kapsamında açılan *Grand River v. ABD*²⁶⁹ davası, bu açıdan dikkate değerdir. Davacı, ABD ve tütün endüstrisi arasında müzakere edilen “*Master Settlement Agreement*” isimli sözleşmenin ve ABD’nin aldığı bir dizi tedbirin NAFTA’yı ihlal ettiğini iddia etmiştir. Sözleşme, sigara üreticilerinin, sağlık harcamalarına ilişkin tazminat taleplerinin karşılanması amacıyla bir fona ödeme yapılmasını öngörmektedir. Anlaşmada yer alan vergi istisna hükmü, devletin sigara üreticilerine ek mali yükümlülükler dayatması bakımından gündeme gelmiş; fakat hakem heyeti, başka nedenlerle davaya bakmaya yetkisi olmadığına hükmettiğinden bu konuda karar vermekten kaçınmıştır²⁷⁰.

İtalya’ya karşı yenilenebilir enerji sektöründe açılan davaların, doğrudan bir karşılığı olan mali yükümlülükler bakımından değerlendirilmesi gerekir; zira aynı tedbirler bakımından bu davalarda içtihatlarda birlik bulunmamaktadır. Bu açıdan *Greentech v. İtalya* ve *CEF Energia v. İtalya* davaları incelenebilir. Bu davalarda uyumsuzluk esasen İtalya’nın yenilenebilir enerji sektöründe verdiği teşviklerini azaltmasından ve yatırımcıları etkileyen diğer bazı tedbirlerden doğmuştur. Yatırımcılar, İtalya tarafından konulan idari bedelin (*administrative fee*) ve dengesizlik maliyetinin (*imbalance cost*) yatırım anlaşmasını ihlal ettiğini iddia

²⁶⁷ *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 06.08.2019 (*Belenergia v. Italy*), para. 374; *CEF Energia BV v. Italian Republic*, SCC Case No. 2015/158, Award, 16.01.2019 (*CEF Energia v. Italy*), para. 199, 202.

²⁶⁸ *Silver Ridge v. Italy*, para.311; *Sun Reserve v. Italy*, para. 542; *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 14.09.2020 (*ESPV v. Italy*), para. 357; *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. The Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095, Final Award, 23.12.2018 (*Greentech v. Italy*), para. 243, 251.

²⁶⁹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et.al. v. United States of America*, Award, 12.01.2011 (*Grand River v. USA*).

²⁷⁰ *Grand River v. USA*, para.123-124.

etmiştir. İtalya, bu mali yükümlülüklerin Enerji Şartı Anlaşması'nın vergi istisna hükmü kapsamına girmesi nedeniyle hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir.

Greentech v. İtalya davasında hakem heyeti, üreticilerin yararlandığı teşvik programlarını yönetme maliyetlerini karşılamak için alınan idari bedelin doğrudan bir karşılığı olması gerekçesiyle vergi olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir²⁷¹. Benzer şekilde, elektrik dağıtım hizmetlerine ilişkin alınan dengesizlik maliyetlerinin devletin genel bütçesine aktarılmadığını belirterek bu mali yükümlülüklerle ilişkin tedbirlerin vergi istisna hükmü içerisinde yer almadığına karar vermiştir²⁷². *CEF Energia v. İtalya* davasıdaysa hakem heyeti, idari bedellerin fotovoltaik işletmecilere sunulan bir hizmeti finanse etmek amacıyla devlet tarafından tüm fotovoltaik işletmecilerden alındığını ve bu bedellerin İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen vergi tanımının içine girdiğini belirtmiş; idari bedellerin de vergi istisna hükmü kapsamına girdiğine karar vermiştir²⁷³. Aynı şekilde dengesizlik maliyetlerinin de istisna kapsamında olduğunu belirten hakem heyeti, bu mali yükümlülüklerin hukuki olmadığı iddialarının değerlendirilmeyeceğini vurgulamıştır²⁷⁴.

Görüldüğü üzere, aynı tedbirlere karşı aynı yatırım anlaşması kapsamında açılan davalarda bile hakem heyetlerinin kararları arasında bir birlik bulunmamaktadır. Fikrimizce vergi istisna hükümlerinin kapsamı dar anlamda vergilerle sınırlı olmalı; doğrudan karşılığı olan mali yükümlülüklerin, fonların, idari bedellerin, katkı paylarının istisna hükümleri kapsamında tutulmaması gerekir. Bu gibi mali yükümlülüklerin de istisna kapsamında tutulmasını isteyen devletler, anlaşmalarında açıkça bunu düzenlemelidir.

Doğal kaynakların kullanımına ilişkin ödenmesi gereken bedeller de bu kapsamda değerlendirilebilir. Türk hukukunda da bu duruma örnek olarak 3213 sayılı Madenler Kanunu'nda yer alan devlet hakkı ve özel idare payı, ruhsat bedeli gibi mali yükümlülükler verilebilir²⁷⁵. Keza, karşılaştırmalı hukukta, arama veya işletme

²⁷¹ *Greentech v. Italy*, para. 243-244. Aynı yönde bkz. *Silver Ridge v. Italy*, para. 311; *ESPV v. Italy*, para. 357; *Sun Reserve v. Italy*, para. 536.

²⁷² *Greentech v. Italy*, para. 251-252. Aynı yönde bkz. *ESPV v. Italy*, para. 357; *Sun Reserve v. Italy*, para. 542.

²⁷³ *CEF Energia v. Italy*, para. 199.

²⁷⁴ *CEF Energia v. Italy*, para. 202. Aynı yönde bkz. *Belenergia v. Italy*, para. 374.

²⁷⁵ Maden arama ve işletme faaliyetlerinden kaynaklanan mali yükümlülüklerin hukuki niteliği

hakkının alınabilmesi için bir bedel ödenmesi şart koşulabilmekte ayrıca çıkarılan doğal kaynakların veya satımdan elde edilen kârın belirli bir bölümünün verilmesi de istenebilmektedir²⁷⁶. Bu gibi mali yükümlülükler de vergi istisna hükümleri kapsamında değerlendirilmemelidir.

İmtiyaz sözleşmeleri de bu hususta önem arz etmektedir. Yolların veya otoparkların işletilmesi; su, elektrik veya gaz dağıtımı gibi altyapı projelerinin yapımı veya işletilmesi için devletler, imtiyaz sözleşmeleri akdetmektedir. Bu durumda, hizmetten yararlanmak isteyen kullanıcılar, devlet tarafından belirlenen katkı paylarını ödemek zorundadır. Yatırımcılar, bu tarz büyük altyapı projelerine yatırım yaparken devletin garantisini aramaktadır. Bu sebeple, imtiyaz sözleşmelerinde katkı paylarına ilişkin garanti hükümleri sıkça yer almaktadır. Bu hükümlerin yorumu konusunda farklılıklar zaman zaman uyuşmazlıklara yol açmaktadır. Özellikle, yatırımcı tarifelerde bir artış talep ettiğinde veya vergilerdeki artışı hizmetin kullanıcılarına yansıtmak istediğinde uyuşmazlıklar doğabilmektedir. Ancak, kamu otoritesi tarafından tahsil edilmeyen katkı paylarının vergi istisna hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusu olmamalıdır.

Konya Ilgın Termik Santral Projesi'ne yapılan yatırımlardan doğan ve elektrik tarifelerine ilişkin bir anlaşmazlığı da içeren *PSEG v. Türkiye*²⁷⁷ davasında vergi istisna hükümleri gündeme gelmemiştir. Uygulama Sözleşmesi'nde yer alan maddede üretilen elektriğin fiyatlandırması bakımından anlaşmaya varılmış, maliyetlerde değişim olması halinde elektrik fiyatının yeniden ayarlanabileceği öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin imtiyaz sözleşmesine dayanak teşkil eden bazı hükümleri iptal etmesi üzerine yatırımcı, Uygulama Sözleşmesi'nin incelenmesi için Danıştay'a başvurmuş ve onay almıştır. Danıştay, yatırımcıya revize edilmiş maden çalışması hazırlaması gerektiğini belirtmiş ve revize edilen çalışmanın ilkenden daha masraflı olması halinde Bakanlığın revize edilmiş tarifeyi ancak makul gerekçeyle reddedebileceğini belirtmiştir. Bakanlık ile yatırımcı, uzun süre boyunca imtiyaz

hakkında bkz. Uğur Yiğit/İlhami Öztürk, "Maden Arama ve İşletme Faaliyetlerinden Kaynaklanan Mali Yükümlülükler ve Bunların Hukuki Niteliğinin Analizi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 3, s. 277-320, 2017.

²⁷⁶ Wälde/Kolo, *Investment Protection and Sovereignty*, s. 429; Gildemeister, *L'arbitrage des differends fiscaux*, s. 185; Alper Çağrı Yılmaz, *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 158.

²⁷⁷ *PSEG Global Inc. and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19.01.2007 (*PSEG v. Türkiye*).

sözleşmesi ve revize teklif üzerinde mutabakat sağlayamamışlardır. Hakem heyeti, ABD-Türkiye İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın²⁷⁸ adil ve hakkaniyetli muamele standardını güvence altına alan 2. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir²⁷⁹. Oysa aynı anlaşmanın 11. maddesinin 2. fıkrasında anlaşma hükümlerinden 2. ve 5. maddelerin vergi konularına uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Hakem heyetinin bu istisna hükmünü uygulamamış olması, elektrik tarifelerinin yeniden ayarlanmasının kilit bir nokta olduğu *PSEG V. Türkiye* davasının vergilendirmeye ilişkin olmadığını değerlendirdiğini göstermektedir.

PSEG v. Türkiye gibi benzer diğer davalarda da istisna hükümleri gündeme gelmemiştir²⁸⁰. Dolayısıyla yatırım tahkiminde bu tür ücret ve hizmetler karşılığı alınan katkı paylarının vergi olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Bu sonuç bir mal veya hizmetin karşılığı olarak yapılan ödemenin vergi olmadığı şeklindeki klasik tanımı doğrulamaktadır. Kamu otoritesi tarafından alınmayan katkı paylarının geniş anlamıyla dahi vergi olarak da kabul edilmesi mümkün değildir.

Sosyal güvenlik primlerinin vergi istisna hükümleri karşısındaki durumu da ayrıca ele alınmalıdır. Geleneksel olarak Bismarck sosyal sigorta modelinde sosyal güvenlik primleri vergi olarak kabul edilmez; zira ödenen primler, sosyal yardımların orantılı olarak karşılığını oluşturur. Ancak refah devletinin gelişmesi ve devletlerin birçok görev ve faaliyetin finansmanına katkıda bulunan çeşitli vergiler koymasıyla beraber sosyal güvenlik primleri ve vergiler arasındaki ayrım giderek daha az belirgin hale gelmiştir²⁸¹.

²⁷⁸ Treaty Between the United States of America and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, 03.12.1985. 3 Aralık 1985 tarihli ABD-Türkiye İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın İngilizce metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2356/download> 20.4.1989 tarihli ve 20145 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Uygun Bulma Kanunu'nda yer alan Türkçe metni için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc072/kanuntbmmc072/kanuntbmmc07203533.pdf (Erişim Tarihi: 02.02.2024).

²⁷⁹ *PSEG v. Türkiye*, para. 222 vd.

²⁸⁰ Aynı konuda ABD-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 10. maddesindeki vergi istisna hükmünün değerlendirilmediği bir diğer karar için bkz. *Noble Energy Inc. and Machala Power Cia. Ltd. v. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No. ARB/05/12, *Decision on Jurisdiction*, 05.03.2008. Ayrıca ABD-Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması'na dayanan aynı konudaki üç diğer dava için bkz. *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, *Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim)*, 02.08.2004; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, *Decision on Objections to Jurisdiction*, 11.05.2005; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic (I)*, ICSID Case No. ARB/01/12, *Decision on Jurisdiction*, 08.12.2003.

²⁸¹ Gildemeister, *L'arbitrage des differends fiscaux*, s. 186. Örneğin Fransız Anayasa Mahkemesi 28

OECD Çok Taraflı Yatırım Anlaşması hazırlama girişimlerinde sosyal güvenlik primlerinin vergi olarak kabul edilmesi yönünde tartışmalar olmuştur²⁸². Ancak taslak maddenin bu konuda aykırı bir örnek olduğu söylenebilir. Zira neredeyse hiçbir yatırım anlaşmasında böyle bir tanıma yer verilmemiş, verilse bile sosyal güvenlik primleri bu tanıma eklenmemiştir. Sosyal güvenlik primlerine atıfta bulunmayan bir vergi istisna hükmünün bu primleri de kapsayıp kapsamadığı konusunda kesin bir sonuca varılamamıştır²⁸³.

Oldukça eski tarihli bir dava olan *Hellenic Electric Railways Ltd. v. Yunanistan* kararında hakem heyeti, belirli sosyal güvenlik primlerini vergi ile eş tutmuştur. Dava, Yunanistan'dan demiryolu hattını işletmek için imtiyaz alan Hellenic Electric Railways Ltd. adlı bir şirkete ilişkindir. 1925 tarihli imtiyaz sözleşmesinde Yunanistan tarafından uygulanan vergilerin toplamının hiçbir zaman bilet ücretinin yüzde beşini geçemeyeceğine dair bir hüküm yer almaktadır²⁸⁴. Anlaşma imzalandıktan bir süre sonra hükümet, emekli demiryolu çalışanları için özel bir fon kurmaya karar vererek fonun finansmanının demiryolu hatlarını işleten şirketler tarafından bilet fiyatlarından belirli bir miktar ödenerek yapılacağını belirlemiştir²⁸⁵. Hellenic Railways bu artışın anlaşmada yer alan hükme aykırı olduğunu savunarak bu artışı uygulamayı reddetmiş ve konuyu tahkime taşımıştır.

Yunanistan söz konusu katkının bir vergi değil sosyal güvenlik primi olduğunu ve bu nedenle ilgili hüküm kapsamına girmediğini savunmuştur. Ancak hakem heyeti bu katkı paylarının tam anlamıyla vergi olmamasına rağmen vergiye benzetilebileceğini çünkü herhangi bir karşılığı olmaksızın kanunlara uygun olarak alındığını ve amacının kamu yararı olduğunu belirtmiştir²⁸⁶. Yunanistan ise buna itiraz

Aralık 1990 tarihli 90-285 DC sayılı kararında sosyal güvenlik primlerinin geniş anlamıyla vergi olduğuna karar vermiştir. *Conseil Constitutionnel, n° 90-285 DC, 28.12.1990*.

²⁸² 24 Nisan 1998 tarihli taslak metnin sekizinci bölümünde vergi konularını anlaşmanın uygulama alanından istisna eden düzenlemelere yer verilmiş ve aynı bölümün 5. paragrafında vergi konularının kapsamına doğrudan vergilerin, dolaylı vergilerin ve sosyal güvenlik primlerinin girdiği belirtilmiştir. İlgili kısımlar için bkz. OECD, *The Multilateral Agreement on Investment Draft Consolidated Text*, DAF/MAI(98)7/REV1, 22.04.1998, s. 86-87 <https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

²⁸³ Wälde/Kolo, *Coverage of Taxation*, s. 318.

²⁸⁴ *Hellenic Electric Railways Ltd. v. Government of Greece, 1930* aktaran Wetter/Schwebel, s. 201.

²⁸⁵ *Hellenic Electric Railways Ltd. v. Government of Greece, 1930* aktaran Wetter/Schwebel, s. 201.

²⁸⁶ *Hellenic Electric Railways Ltd. v. Government of Greece, 1930* aktaran Wetter/Schwebel, s. 202.

etmiş ve katkı paylarının özel bir amaç için kullanıldığını savunmuştur²⁸⁷. Hakem heyetine göre bu katkı paylarının bir amaca özgülenmiş olması bunun kamu yararı niteliğini ortadan kaldırmamaktadır ve bu katkıları ödemekle yükümlü olan Hellenic Railways şirketi için doğrudan karşılığı olmadığından vergi olarak sınıflandırılabilir²⁸⁸.

Hellenic Electric Railways Ltd. v. Yunanistan kararında varılan sonucu doğrudan vergi istisna hükümlerinin yorumunda kullanmak doğru olmaz. Zira, ilgili davada yer alan vergi istikrar kaydının amacı, yatırımcının menfaatlerini korumaktır. Yatırım anlaşmalarında yer alan vergi istisna hükümlerindeyse devletler mali egemenliklerini korumak adına uluslararası yükümlülüklerini sınırlandırmaya çalışmaktadır. İstisna hükümleri anlaşmanın diğer hükümlerinden bir sapma teşkil ettiğinden, istisna hükümlerinin amacı doğrultusunda bu hükümler, mevcut davada yatırımcıyı korumayı hedefleyen sözleşme hükümlerinin aksine, kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmalıdır²⁸⁹.

Bu noktada vergi istisna hükümlerinin uluslararası anlaşmalarda yer aldığını hatırlatmakta yarar vardır²⁹⁰. Vergi veya vergilendirme teriminin uluslararası anlaşmalarda ve karşılaştırmalı hukukta kullanımı vergilerin sosyal güvenlik primlerini kapsamadığını göstermektedir²⁹¹. Dolayısıyla, fikrimizce vergi istisna hükümleri sosyal güvenlik primlerini kapsayacak şekilde yorumlanmamalıdır.

Vergi istisna hükümlerinin yorumunda dikkate değer bir başka nokta, dolaylı vergilerdir. Bazı istisna hükümleri dolaylı vergilere açıkça atıfta bulunmakta ve dolaylı vergileri de anlaşmanın uygulama alanı dışında tutmaktadır. Örneğin Norveç Model İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 28. maddesine göre anlaşmanın hiçbir hükmü, taraflardan biri tarafından uygulanan doğrudan veya dolaylı vergilerin tarhını,

²⁸⁷ *Hellenic Electric Railways Ltd. v. Government of Greece, 1930* aktaran Wetter/Schwebel, s. 202.

²⁸⁸ *Hellenic Electric Railways Ltd. v. Government of Greece, 1930* aktaran Wetter/Schwebel, s. 202.

²⁸⁹ Aynı yönde bkz. Gildemeister, *L'arbitrage des differends fiscaux*, s. 188. Ayrıca Wälde ve Kolo makalesinde vergi istikrar kayıtları bağlamında bu hükümlerin amacı değerlendirildiğinde, doğal kaynağın çıkarılmasının karşılığı olan mali yükümlülüklerin de vergi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlgili bölüm için bkz. Wälde/Kolo, *Investment Protection and Sovereignty*, s. 429, dipnot 27.

²⁹⁰ Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 1. fıkrası uyarınca anlaşmaların "(...) *alalede manaya uygun şekilde* (...)” yorumlanması gerekmektedir.

²⁹¹ OECD, "Commentary on Article 2", *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris: 2017, para. 3; Roland Ismer/Alexander Blank, "Article 2. Taxes Covered", *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, (Ed. Ekkehart Reimer/Alexander Rust), Wolters Kluwer, 5th ed., 2022, s. 167.

uygulanmasını veya tahsilini etkilemeyecektir²⁹². Bazı yatırım anlaşmalarıysa dolaylı ve dolaysız vergiler arasında bir ayrım yapmaktadır. Enerji Şartı Anlaşması'nın 21. maddesinin 2. ve 3. fıkraları ayrımcılık yasağının uygulanması bakımından dolaysız ve dolaylı vergiler arasında bir ayrım yapar. Buna göre, ayrımcılık yasağına ilişkin korumalar dolaysız vergiler için uygulanmayacak ancak dolaylı vergiler için uygulanacaktır.

Dolaylı ve dolaysız vergiler arasında açık bir ayrım yapmayan anlaşmalarda, vergi istisna hükümlerinin yalnızca doğrudan vergileri ilgilendirecek şekilde dar yorumlanması gerekip gerekmediği sorusu ortaya çıkabilir. Bu soruya uluslararası vergi hukuku ve uluslararası yatırım hukuku arasındaki ilişki baz alınarak bir cevap aranabilir. Vergi konularının çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında düzenlendiği, bu nedenle de uluslararası yatırım anlaşmalarının uygulama alanının dışında olması gerektiği sıklıkla ifade edilmektedir²⁹³. Örneğin birçok Amerikan uluslararası yatırım anlaşmasının kongredeki onaylama sürecinde, vergi konularının genel olarak yatırım anlaşmasının kapsamı dışında olduğu, vergi konularının çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında ele alınması gerektiği öne sürülmektedir²⁹⁴. Vergi anlaşmalarının genellikle sadece dolaysız vergileri, özellikle de gelir üzerinden alınan vergileri kapsadığı göz önüne alındığında, dolaylı vergileri yatırım anlaşmalarının kapsamı dışında bırakmak gerekli görülmeyebilir. Fakat belirtmek gerekir ki, vergi istisna hükümlerinin getiriliş amacı, bir önceki başlıkta vurgulandığı üzere, devletlerin mali egemenliklerini koruma isteğidir. Bu nedenle sadece bu ilişki üzerinden bu soruya yanıt aramak hatalı olacaktır.

²⁹² Norway Model BIT, 19.12.2007, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2873/download> (Erişim Tarihi: 05.02.2024). Aynı hükme 2015 tarihli Taslak Norveç Model İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nda da yer verilmiştir. Draft Norway Model BIT, 2015.

²⁹³ Hatta bazı anlaşmalar, anlaşmaların çatışması durumunu özel olarak hüküm altına almaktadır. NAFTA'nın 2103. Maddesinin 2. fıkrası uyarınca bu anlaşmadaki hiçbir hüküm, taraflardan herhangi birinin vergi anlaşması kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini etkilemeyecektir. Bu anlaşma ile bu tür bir vergi anlaşması arasında çatışma olması halinde, vergi anlaşması hükümlerinin anlaşmaların çatıştığı noktalarda geçerli olacaktır.

²⁹⁴ U.S. President, **Message from the President of The United States Transmitting Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Lithuania for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, with Annex and Protocol, Signed at Washington on January 14, 1998**, US Government Printing Office, 106. U.S. Congress, Senate, Treaty Doc. 106-42: "*Article X, excludes tax matters generally from the coverage of the BIT, on the basis that tax matters should be dealt with in bilateral tax treaties.*" <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1929/download> (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

Vergi istisna hükümlerinin dolaylı vergileri kapsamayacağı iddiası *Occidental v. Ekvador*²⁹⁵ davasında davacı tarafından ileri sürülmüş, hakem heyeti bu talebi değerlendirmiş ancak bu konuda bir karar vermemiştir²⁹⁶. Hakem kararının Ekvador tarafından İngiliz mahkemelerinde temyiz edilmesi üzerine Yüksek Mahkeme, istisna hükmünün tüm vergileri kapsadığına karar vermiştir²⁹⁷.

Bu konuya ilişkin verilen başka iki hakem kararında da benzer sonuçlara ulaşılmıştır. *Feldman v. Meksika*²⁹⁸ davasında hakem heyeti, KDV iadelerinin reddedilmesine ilişkin talepleri, vergilendirme tedbiri olması gerekçesiyle NAFTA'nın 2103. maddesi uyarınca reddetmiştir²⁹⁹. Benzer olarak *EnCana v. Ekvador* davasında da hakem heyeti vergilendirme ifadesini dolaysız vergiler ile sınırlandırmak için hiçbir neden olmadığını belirtmiştir³⁰⁰. Kısıtlayıcı bir yorum yapmak için herhangi bir emare bulunmadıkça istisna hükümlerini sadece dolaysız vergilerle sınırlamak zor gözükmektedir³⁰¹.

Vergi istisna hükümlerinin yorumlanmasında değerlendirilmesi gereken başka bir husus gümrük vergileridir. Öncelikle gümrük hukukunda GATT gibi ticaret anlaşmaları yanında NAFTA, ASEAN gibi bölgesel anlaşmaların da bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu anlaşmalar karşılıklı olarak verilen bazı tavizleri içermekte, belirli kısıtlamalara ve ayrımcılığa izin vermekte, bazılarını yasaklamaktadır. Ayrıca Dünya Ticaret Örgütü sistemi de bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına sahiptir. Bu özel rejimin varlığı göz önünde bulundurulduğunda, ilk bakışta gümrük vergilerine yatırım anlaşmalarının uygulanmasının amaçlanmadığı söylenebilir. Ancak konunun anlaşma metinleri ve yatırım tahkimi içtihadı bağlamında daha detaylı değerlendirilmesi gerekmektedir.

²⁹⁵ *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (I)*, LCIA Case No. UN3467, Award, 01.07.2004 (*Occidental v. Ecuador*).

²⁹⁶ *Occidental v. Ecuador*, para. 66-69.

²⁹⁷ *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (I)*, LCIA Case No. UN3467, Judgment of the High Court of Justice of England and Wales [2006] EWHC 345, 2.02.2006 (*Occidental v. Ecuador*, High Court of Justice), para. 93-94.

²⁹⁸ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16.12.2002, (*Feldman v. Mexico*).

²⁹⁹ *Feldman v. Mexico*, para. 109, 114, 187, 188.

³⁰⁰ *EnCana v. Ecuador*, para. 142.

³⁰¹ Gildemeister, *L'arbitrage des differends fiscaux*, s. 191; Pistone, s. 19.

Yatırım hukukuna dair hükümler içeren ve aynı zamanda vergilendirmeyi istisna eden bazı serbest ticaret anlaşmaları vergi konularının gümrük vergilerini içermediğini belirtmektedir. Örneğin NAFTA'nın 2107. maddesi vergi veya vergilendirme tedbirlerinin içinde gümrük vergilerinin olmadığını ifade etmektedir. Enerji Şartı Anlaşması'nın 21. maddesinin 7. fıkrasının d bendi herhangi bir şüpheye neden olmamak açısından “vergi hükümleri” ve “vergiler” terimlerinin gümrük vergilerini içermediğini belirtmektedir. Vergilendirme ve gümrük vergileri arasında ayırım yapan bu hükümler, vergi istisna hükümlerinin gümrük vergilerine uygulanmayacağı sonucuna götürebilir.

*UPS v. Kanada*³⁰² davası bu sonucu zımnen doğrulamıştır. Davada UPS, müşterilerinden Mal ve Hizmet Vergisi (*Goods and Services Tax*) ve gümrük vergileri tahsil etmek zorunda olduğunu, ancak Kanada devleti tarafından kontrol edilen Canada Post'un vergilerle ilgili çok sayıda ayrıcalık ve kolaylıktan yararlandığını iddia etmiştir. Kanada, Mal ve Hizmet Vergisi'nin bir vergi tedbiri olduğunu ve bu nedenle NAFTA'nın 2103. maddesi kapsamında belirli muamele standartlarından istisna edildiğini savunmuştur. UPS bunun üzerine talebini kısmen geri çekmiştir³⁰³. Öte yandan Kanada, 2103. maddeyi gümrük vergileri bakımından ileri sürmemiştir. Hakem heyeti de gümrük hukuku kapsamına giren tedbirlerin muamele standartlarını ihlal edip etmediğini incelemiştir³⁰⁴. Dolayısıyla ne taraflar ne de hakem heyeti gümrük hukukuna tabi tedbirleri vergi tedbiri olarak değerlendirmemiştir. Ancak bu sonuca vergilendirme ve gümrük hukukuna ilişkin kesin kurallar içeren ve oldukça ayrıntılı bir serbest ticaret anlaşması olan NAFTA bağlamında varıldığını vurgulamak gerekir. Gümrük hukukuna ilişkin bir hüküm içermeyen veya vergilendirme kavramının tanımlanmadığı yatırım anlaşmaları bağlamında bu sonuca varmak daha zor olacaktır.

³⁰² *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada, Award on Jurisdiction, 22.11.2002 (UPS v. Canada, Award on Jurisdiction).*

³⁰³ *UPS v. Canada, Award on Jurisdiction, para. 116.*

³⁰⁴ *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada, Award on the Merits, 24.05.2007 (UPS v. Canada, Award on the Merits)*

*Link-Trading v. Moldova*³⁰⁵ davasında hakem heyeti Moldova-ABD İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın³⁰⁶ 10. maddesinde yer alan vergi istisna hükmünün gümrük vergilerini de içerdiğini değerlendirmiştir. Hakem heyeti, yatırım anlaşmasının 10. maddesinin 2. fıkrasının a bendine göre, vergilendirmenin bir yatırımın kamulaştırmasına yol açması halinde tahkime konu olabileceğini, vergilendirmeye yapılan atfın gümrük vergilerini ve devletin yetkisi dahilinde olan diğer gelir kaynaklarını kapsayacak kadar geniş olduğunu belirtmiştir³⁰⁷. Aynı sonuç *Duke Energy v. Ekvador* davasında da teyit edilmiştir. Hakem heyeti Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde belirtilen yorum kurallarına atıfta bulunarak anlaşmanın iyiniyetle ve anlaşma terimlerine verilen alelade anlama uygun yorumlanacağını vurgulayarak³⁰⁸ Kanada-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın³⁰⁹ vergilendirme konuları ifadesini tanımlamadığı, bu nedenle de *EnCana v. Ekvador* kararının özel bir önemi olduğunu belirtmiştir³¹⁰. Hakem heyeti, verginin doğasında kanunla konulması olduğunu ve vergi kanunlarının kamu yararı için devlete para ödemek üzere belirli kişilere bir yükümlülük getirdiğini ifade etmiştir³¹¹. Hakem heyeti, belirli bir sektörün ihtiyaçları için ithal edilen malların gümrük vergisinden istisna edilmesini sağlayan tüzüğün bir vergilendirme tedbiri olduğu sonucuna varmıştır.

Sonuç olarak, vergi istisna hükümlerinin gümrük vergilerini kapsamadığı özellikle belirtildiyse, anlaşmada yer alan koruma hükümlerinin gümrük vergilerine de uygulanacağı sonucu çıkarılabilir³¹². Ancak eğer anlaşmada gümrük vergileri için bir düzenleme yer almadıysa bu, vergi istisna hükümlerinin gümrük vergilerini de kapsayacağı ve dolayısıyla gümrük vergilerine ilişkin bir tedbirin anlaşmanın koruma

³⁰⁵ *Link-Trading Joint Stock Company v. Department for Customs Control of the Republic of Moldova, Award on Jurisdiction*, 16.02.2001 (*Link-Trading v. Moldova, Jurisdiction*).

³⁰⁶ Treaty Between the United States of America and the Republic of Moldova Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 21.04.1993 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2019/download> (Erişim Tarihi: 23.05.2024).

³⁰⁷ *Link-Trading v. Moldova, Jurisdiction* para. 8.8.

³⁰⁸ *Duke Energy v. Ecuador*, para. 173.

³⁰⁹ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Ecuador for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 29.04.1996, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/783/canada---ecuador-bit-1996-> (Erişim Tarihi 15.02.2024).

³¹⁰ *Duke Energy v. Ecuador*, para. 174.

³¹¹ *Duke Energy v. Ecuador*, para. 174.

³¹² *UPS v. Canada, Award on the Merits*.

alanının dışına çıkarıldığı anlamına gelecektir³¹³. Öte yandan eğer yatırım anlaşmasında bir istisna hükmü yer almıyorsa esasa ilişkin korumalar gümrük vergilerine uygulanacaktır³¹⁴.

b. Vergilendirme Tedbirlerinin Kapsamı

Vergi istisna hükümleri yatırım anlaşmalarına eklenmeye başlandığında genellikle vergi konuları (*tax matters*) veya vergilendirme konuları (*taxation matters*) anlaşmaların uygulama alanından istisna edilmekteydi. Son yıllarda yapılan yatırım anlaşmalarında ise daha çok vergilendirme tedbirleri (*taxation measures*) ifadesi tercih edilmeye başlanmış; ancak vergilendirme tedbirlerinin kapsamı da yatırım anlaşmalarının birçoğunda tanımlanmamıştır. Vergilendirme tedbirlerinin kapsamını belirlemek için ilk olarak “tedbir” ifadesinin uluslararası hukukta nasıl kullanıldığı ve yorumlandığı tespit edilerek daha sonrasında “vergilendirme tedbirlerinin” sadece kanunları ve genel düzenleyici işlemleri mi kapsadığı yoksa bireysel idari işlemleri de kapsamına alıp almadığı farklı tip anlaşmalar bağlamında değerlendirilecektir.

Tek başına tedbir kavramı birden fazla anlam taşıyabilir. Uluslararası hukukta tedbir kanun, yönetmelik ve diğer genel düzenleyici işlemler için kullanılmaktadır; ancak aynı zamanda hukuki durumda bir değişiklik meydana getiren bireysel idari işlemleri de ifade etmektedir. Ayrıca bu iki kategoriye giren işlemlerin icrası için yapılan işlemler de tedbir olarak değerlendirilmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı 1998 yılında verdiği Kanada ve İspanya arasındaki balıkçılık yetki kararında³¹⁵ “tedbir” terimini yorumlamıştır³¹⁶. Kanada, Divan’ın yargı yetkisine bir çekince koyarak mahkemenin yargı yetkisini “NAFO Düzenleme Alanında avlanan gemilerle ilgili olarak Kanada’nın alacağı koruma ve düzenleme tedbirlerinden ve bu tedbirlerin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıklar” bakımından sınırlandırmıştır³¹⁷. Divan, tedbirin herhangi bir eylem ya da belli

³¹³ *Duke Energy v. Ecuador*.

³¹⁴ Gildemeister, *L’arbitrage des differends fiscaux*, s. 194.

³¹⁵ *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, International Court of Justice, Jurisdiction of the Court, 04.12.1998 (*Fisheries Jurisdiction Case*).

³¹⁶ *Fisheries Jurisdiction Case*, s. 432-433.

³¹⁷ *Fisheries Jurisdiction Case*, s. 457. İngilizce versiyonu “disputes arising out of or concerning conservation and management measures taken by Canada with respect to vessels fishing in the NAFO Regulatory Area, (...) and the enforcement of such measures” şeklindedir.

düzenlemeleri yürüten kanunları da kapsayacak şekilde olabileceğini ve konusu hakkında bir sınırlama olmadığını belirtmiştir³¹⁸. Ayrıca maddenin sonunda yer alan “*bu tedbirlerin uygulanması*” ifadesinin Kanada mevzuatında öngörülen icrai eylemleri de kapsadığını belirterek Kanada kanunları ve yönetmelikleri uyarınca yapılan işlemlerin bu kapsama girdiğini değerlendirmiştir³¹⁹. Bir balıkçı gemisine çıkılması, denetlenmesi, el konulması ve bu amaçlarla asgari düzeyde güç kullanılmasının bu kavramın doğal ve makul yorumuna göre koruma ve düzenleme tedbirlerinin uygulanması anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır³²⁰.

Avrupa Birliği hukukunda ise 1957 yılında imzalanan Roma Anlaşması’nın³²¹ 28. maddesi, şimdiki 2007 tarihli Lizbon Anlaşması’nın³²² 34. maddesinde yer alan “*ithalata ilişkin miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirler*” teriminin ilke olarak sadece genel uygulama tedbirlerini kapsadığı kabul edilmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı da bir idari uygulamanın ancak istisnai durumlarda, belirli bir sabitlik ve genellik derecesine varması durumunda tedbir olarak kabul edilebileceğini vurgulamıştır³²³. Benzer şekilde Roma Anlaşması’nın 58. maddesinin 1. fıkrasının b bendi, Lizbon Anlaşması’nın 65. maddesinin 1. fıkrasının b bendi, üye devletlere özellikle vergilendirme konularında ulusal kanun ve ikincil düzenlemelerin ihlalinin önlenmesi amacıyla gerekli tüm tedbirleri alma yetkisi vermektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne getirilen davalardaysa bireysel uygulamalar bakımından bu istisna ileri sürülmemiş, ancak yasama işlemlerinin ve düzenleyici işlemlerin Avrupa Birliği hukukuna uyumu konusunda çok sayıda davada gündeme gelmiştir³²⁴.

³¹⁸ *Fisheries Jurisdiction Case*, s. 460.

³¹⁹ *Fisheries Jurisdiction Case*, s. 466.

³²⁰ *Fisheries Jurisdiction Case*, s. 466.

³²¹ Treaty establishing the European Economic Community, Rome, 25.03.1957 (Roma Anlaşması). Anlaşmanın Fransızca metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT> (Erişim Tarihi: 23.05.2024).

³²² Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, 13.12.2007 (Lizbon Anlaşması), http://publications.europa.eu/resource/cellar/688a7a98-3110-4ffe-a6b3-8972d8445325.0007.01/DOC_19 (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

³²³ *Commission v. France*, Case 21/84, *Court of Justice of the European Union*, 09.05.1985, s. 1364.

³²⁴ *Skatteverket v. A*, Case C-101/05, *Court of Justice of the European Union*, Grand Chamber, 18.12.2007; *J. E. J. Blanckaert v. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, *Court of Justice of the European Union* Case C-512/03, *First Chamber*, 08.09.2005; *Petri Manninen*, *Court of Justice of the European Union*, Case C-319/02, *Grand Chamber*, 07.09.2004; *Anneliese Lenz v. Finanzlandesdirektion für Tirol*, *Court of Justice of the European Union*, Case 315/02, *First Chamber*, 15.07.2004; *The heirs of H. Barbier v. Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, *Court of Justice of the European Union*, Case C-364/01, *First Chamber*, 11.12.2003; *Sandoz GmbH v. Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland*, *Court of Justice of the European Union*, Case C-439/97, *Sixth Chamber*, 14.10.1999.

Tedbir kavramının aynı anlaşma içerisinde bile birden çok anlamda kullanıldığını görmek mümkündür. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin³²⁵ 62. maddesinin 4. fıkrasında tedbir terimi kanun ve kurallara atıf yapacak şekilde kullanılmışken, 73. maddesinin 1. fıkrasında kanun ve kuralların uygulanmasına atıfta bulunacak şekilde kullanılmıştır. Devleti köle naklini önlemek ve bastırmak için etkili tedbirler almakla yükümlü kılan 99. maddede ise kavram her türlü tedbiri kapsayacak kadar geniş kullanılmıştır.

Anlaşma hükümleri ve içtihatlardan yola çıkılarak “tedbir” teriminin uluslararası hukukta tek bir anlamı olmadığı ve anlamının kullanıldığı bağlama göre değiştiğini söylemek mümkündür. Uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan vergi tedbirleri kavramının yalnızca vergi kanun, yönetmelik ve tebliğlerini mi kapsadığı yoksa bireysel idari işlemleri, denetim ve icra tedbirlerini de kapsayıp kapsamadığı anlaşmaların içinde çoğunlukla belirtilmemektedir. İstisnai bir örnek olarak 2007 tarihli Japonya-Endonezya İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın³²⁶ 73. maddesinin 5. fıkrasında kamulaştırma durumunda korumaların yalnızca anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılan veya değiştirilen kanun, yönetmeliklere ve bunların uygulanması sırasında alınan vergilendirme tedbirlerine uygulanacağı düzenlenmiştir. Endonezya bakımından vergilendirme tedbirlerinin, idari makamlar tarafından ilgili kanun ve yönetmeliklerin uygulanması sırasında alınan tedbirleri kapsamayacağı belirtilmiştir.

Vergi hukuku, özellikle vergi ihbarnameleri olmak üzere bireysel idari işlemlerle şeklini almaktadır. Tüm hukuk sistemlerinde vergi makamları, vergi kanunlarının doğru uygulanmasının sağlanması için geniş yetkilere sahiptirler. Örneğin defter ve belgelerin ibrazını talep ederek doğruluğunu araştırabilir ve bunlara el koyabilir, şirketlerin malvarlıklarına ihtiyati haciz koyabilir veya yöneticilerini tutuklayabilir, sorgulayabilir ve bunlara karşı cezai işlem başlatabilirler. Bu ayrıcalıkların ev sahibi

³²⁵ United Nations Convention on the Law of the Sea, 10.12.1982 (Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi). Türkiye bu anlaşmaya taraf değildir. İngilizce metni için bkz. https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf Türkçe metni için bkz. https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafilsoz/bm/bm_26.pdf (Erişim Tarihi: 23.05.2024).

³²⁶ Agreement between Japan and the Republic of Indonesia for an Economic Partnership, 20.08.2007, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2547/download> (Erişim Tarihi: 23.05.2024).

devlet tarafından yabancı yatırımcıları taciz etmek, onlara karşı ayrımcılık yapmak hatta kamulaştırmak için kötüye kullanılması mümkündür. Böyle bir varsayımda vergi istisna hükümleri geniş yorumlanırsa bu tedbirler hakem heyetinin değerlendirmesinin dışına çıkarılmış olacaktır.

NAFTA'nın 201. maddesi³²⁷ tedbirin tanımına yer vermektedir. Buna göre anlaşmada aksi belirtilmedikçe tedbir, herhangi bir kanun, yönetmelik, usul, gereklilik veya uygulamayı kapsamaktadır. Serbest ticaret anlaşmalarının birçoğunda da yer alan bu tanım³²⁸, yatırımlara ilişkin 11. bölüm de dahil olmak üzere NAFTA'nın tüm bölümlerine uygulanmaktadır. *Loewen Group v. ABD*³²⁹ davasında hakem heyeti, yargı kararlarının bireysel bir uygulama tedbiri olduğunu ve dolayısıyla gereklilikler (*requirements*) kategorisine girdiğini ve NAFTA'nın 11. bölümü kapsamında bir tedbir olduğuna karar vermiştir³³⁰.

NAFTA hakem heyetlerinin içtihatları, 2103. madde bağlamında vergilendirme tedbirlerinin bireysel tedbirlerin yanında genel uygulama tedbirlerini de kapsadığını teyit etmektedir. Örneğin, *UPS v. Kanada* davasında hakem heyeti, belirli şirketlerin Mal ve Hizmet Vergisi tahsil etmesini gerektiren düzenlemenin bir vergi tedbiri olduğuna karar vermiştir³³¹. Benzer şekilde, *Feldman v. Meksika* davasında hakem heyeti, yatırımcıya belirli vergilerin iadesinin reddedilmesi açısından benzer bir sonuca varmıştır³³².

³²⁷ Anlaşma'nın 201. maddesinin ilgili bölümü şu şekildedir: “*measure includes any law, regulation, procedure, requirement or practice*”.

³²⁸ GATS 28. maddesinde “*tedbir üye ülkelerin kanun, yönetmelik, kural, yöntem, karar, idari hareket veya diğer şekillerdeki tedbirleridir*” olarak tanımlanmıştır. İngilizce metni ise “*“measure” means any measure by a Member, whether in the form of a law, regulation, rule, procedure, decision, administrative action, or any other form*” şeklindedir. Ayrıca 29 Aralık 2020 tarihinde imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Arasında Serbest Ticaret Anlaşması'nın 1.2. maddesinde de “*Taraflardan birince, yasa, yönetmelik, kural, usul, karar, idari eylem, gereklilik, uygulama veya bir başka şekilde alınan tedbirleri kapsamaktadır*” tanımına yer verilmiştir. Free Trade Agreement Between the Republic of Turkey and The United Kingdom of Great Britain And Northern Ireland, 21.12.2020. Anlaşma'nın İngilizce ve Türkçe metni için bkz. <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/serbest-ticaret-anlasmalari/yururlukte-bulunan-stalar/birlesik-krallik> (Erişim Tarihi: 13.02.2024).

³²⁹ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, *Decision on Competence and Jurisdiction*, 05.012001 (*Loewen Group v. USA*).

³³⁰ *Loewen Group v. USA*, para. 40.

³³¹ *UPS v. Canada*, para. 116.

³³² *Feldman v. Mexico*, para. 109, 141, 188.

NAFTA'nın 201. maddesine benzer bir tanım Kanada-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 12. maddesinde yer almaktadır. Bu anlaşmaya dayanan *EnCana v. Ekvador* davasında hakem heyeti, anlaşmada yer alan tedbir tanımının vergilendirme tedbirlerine uygulanacağını belirterek vergilendirme tedbirlerini yorumlamıştır³³³. Kanunilik ilkesinin önemini vurgulamış ve yasal dayanağı olmayan bir tedbirin vergilendirme tedbiri olamayacağını değerlendirmiştir³³⁴. Hakem heyeti, bu açıdan şekli bir değerlendirme yapmış ve bir idari tedbirin, vergi kanununa dayandığı ölçüde vergilendirme tedbiri olarak tanımlanacağı, buna karşılık vergi kanunları dışında bir kurala dayanan tedbirin vergi borcu ile bağlantısı olsa bile vergilendirme tedbiri olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla hakem heyetine göre bir vergilendirme tedbiri ya bir vergi kanunu ya da bu nitelikte yasal dayanağı olan bir tedbirdir.

Bir vergilendirme tedbirinin karakteristik özelliği, vergi yükümlülükleri bakımından ödenmesi gereken miktarın belirlenmesine katkıda bulunmasıdır³³⁵. Vergi rejiminin ne kadar vergi ödeneceğini veya iade edileceğini belirleyen tüm yönleri vergilendirme tedbiri kavramının bir parçasıdır³³⁶. Ekonomik etkileri veya sonuçları belirsiz olsa da bir tedbir, bir verginin uygulanmasına yönelik sürecin parçasıysa vergilendirme tedbiri olarak kabul edilmelidir³³⁷.

NAFTA'nın 2103. maddesi ve Kanada-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 12. maddesinde yer alan tanımlar geniştir; vergi kanunları ve yönetmeliklerini geçerek bireysel uygulamaları da kapsamına almaktadır. Bu nedenle, bu istisnaların varlığında bir vergi borcunun belirlenmesi işlemi gibi bireysel işlemler yoluyla yatırım hukuku standartlarının ihlali, hakem heyeti tarafından incelenemeyecektir. Oysa bireysel işlemlerin dahi anlaşmanın kapsamı dışına çıkarılması kötüye kullanıma yol açabilecektir. Bir devletin mali egemenliğini korumak için tüm bireysel idari işlemleri uluslararası mahkemelerin denetiminden muaf tutması sakıncalıdır. Bu noktada devletlerin yapması gereken yasama ve düzenleme yapma yetkisini saklı tutmaktır. Kuzey Amerika anlaşmalarının aksine,

³³³ *EnCana v. Ecuador*, para. 141.

³³⁴ *EnCana v. Ecuador*, para. 142.

³³⁵ *EnCana v. Ecuador*, para. 142.

³³⁶ *EnCana v. Ecuador*, para. 142.

³³⁷ *EnCana v. Ecuador*, para. 142.

Avrupa devletleri arasında akdedilen yatırım anlaşmalarının çoğunda bu tarz geniş istisna hükümlerinin yer almamasının nedeni budur.

Enerji Şartı Antlaşması, özellikle Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin enerji potansiyelini geliştirmek, yatırım koşullarını destekleyen istikrarlı ve güvenilir bir yasal çerçeve oluşturmak ve böylece Batı Avrupa Devletleri için enerji arz güvenliğini sağlamak amacıyla Avrupa ülkelerini ve diğer sanayileşmiş ülkeleri bir araya getiren bir enerji topluluğu kurmak için tasarlanmıştır³³⁸. Enerji Şartı Anlaşması müzakerelerinin başlangıç noktası olan 1991 tarihli deklarasyonun imzacılarından olan ABD ve Kanada, müzakerelerde aktif rol oynamışlardır. Dolayısıyla anlaşma birçok açıdan o dönemde mevcut olan Kuzey Amerika ve Avrupa anlaşma modelleri arasında bir uzlaşmayı temsil etmektedir. Enerji Şartı Anlaşması'nın 21. maddesinde yer alan vergi istisna hükmü Kuzey Amerika anlaşmalarında yer alan istisna maddelerinden daha dikkatli bir şekilde kaleme alınmıştır.

Enerji Şartı Anlaşması'nın 21. maddesinin 7. fıkrası “vergileendirme tedbirleri” tanımına yer verilmiştir³³⁹. Buna göre vergileendirme tedbirleri “*anlaşma tarafının ulusal yasalarındaki vergilerle ilgili hükümler veya politik bölümünü ya da bölgesel bir otoritesi kapsamındaki hükümler*” ve “*herhangi bir konvansiyonun çifte vergileendirmeyi önleyen, vergilere ilişkin herhangi bir hükmünü veya Anlaşma Tarafını bağlayan bir uluslararası anlaşma ya da düzenlemenin ilgili hükümlerini*” kapsar.

Vergileendirme tedbirlerinin bu tanımı, iç hukukta yer alan vergi hükümleri ve uluslararası anlaşmalarda yer alan hükümler olmak üzere iki tür hüküm (*provision*) öngörmektedir. Bu açıdan bazı Avrupa anlaşmalarında kullanılan ifadeleri yansıtmaktadır. Örneğin İngiliz Model Anlaşması³⁴⁰ “*tamamen veya esas itibarıyla vergileendirmeye ilişkin herhangi bir uluslararası anlaşma veya düzenlemeyi ya da tamamen veya esas itibarıyla vergileendirmeye ilişkin herhangi bir iç mevzuatı*” istisna

³³⁸ Enerji Şartı Anlaşması, önsöz.

³³⁹ Anlaşma'nın Resmî Gazete'de yayınlanan Türkçe metninde “*taxation measures*” vergileendirme önlemleri olarak çevrilmiştir. Bütünlük sağlanması adına vergileendirme tedbirleri ifadesi kullanılmıştır.

³⁴⁰ United Kingdom Model Bilateral Investment Treaty 2008 (İngiltere Model Anlaşması 2008), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2847/download> (Erişim Tarihi: 20.02.2024).

etmektedir³⁴¹. Ancak İngiliz Model Anlaşması’nda yer alan bu madde sadece ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler için geçerliyken Enerji Şartı Anlaşması’nın 21. maddesi, Kuzey Amerika anlaşmalarında olduğu gibi tüm anlaşma korumaları için geçerlidir. Bu, Amerikan ve Avrupa modelleri arasındaki uzlaşmanın iyi bir göstergesidir.

İlk bakışta “hükümler” ifadesinden bu istisnanın sadece kanunlar ve norm koyan diğer hükümleri kapsadığı sonucuna ulaşılabilir. Buna karşılık “kapsar” şeklinde Türkçeye çevrilen “*includes*” ifadesinin listenin sınırlı sayıda olmadığı anlamına geldiği de ileri sürülebilir. Fikrimizce, maddenin lafzında “hükümlere” yapılan açık atıf nedeniyle *expressio unius est exclusio alterius*³⁴² ilkesinden de yola çıkarak istisnanın farklı tür tedbirleri kapsamadığı anlaşılmalıdır.

Enerji Şartı Anlaşması’nın 21. maddesinin tamamı dikkatli bir şekilde okunduğunda vergi tedbirleri ve vergiler terimlerinin birbirinin yerine kullanıldığı dikkat çekmektedir. Örneğin 2, 3 ve 4. fıkralarda belirli korumaların gelir ve sermayeye uygulananlar dışında kalan vergilendirme tedbirleri için geçerli olduğu belirtilmiştir. 5. fıkrası ise kamulaştırmaya ilişkin korumaların vergilere uygulanacağı belirtilerek bu yükümlülükler çerçevesinde bir verginin kamulaştırmaya yol açtığının veya kamulaştırmaya yol açarak ayrımcılığa neden olduğunun iddia edilmesi halinde idareler arası bir usulün uygulanmasını öngörmektedir. Vergilendirme tedbirlerini “hükümler” olarak tanımlayan 7. fıkra da vergi hükümleri ve vergiler terimlerinin gümrük vergilerini içermediği belirtilmiştir.

Enerji Şartı Anlaşması’nın 21. maddesinin 2. fıkrasının b bendi ve 3. fıkrasının b bendi, etkin vergi toplamayı amaçlayan herhangi bir vergilendirme tedbirinden bahsetmektedir. 6. fıkra da ise yatırımlara ilişkin transfer serbestisinin stopaj ya da başka yolla vergi konmasını veya toplamasını sınırlandıramayacağı belirtilmektedir.

³⁴¹ İngiltere Model Anlaşması 2008, madde 7: “(1) *The provisions of this Agreement relative to the grant of treatment not less favourable than that accorded to the nationals or companies of either Contracting Party or of any third State shall not be construed so as to preclude the adoption or enforcement by a Contracting Party of measures which are necessary to protect national security, public security or public order, nor shall these provisions be construed to oblige one Contracting Party to extend to the nationals or companies of the other the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from: (...) b) any international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation or any domestic legislation relating wholly or mainly to taxation; (...)*”

³⁴² Alexandre Senegacnik, “Expressio Unius (Est) Exclusio Alterius”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Ed. Rüdiger Wolfrum), Oxford University Press, 2011, para. 1, 2.

5. fıkrada birden çok kez geçen İngilizce “*tax*” terimi anlaşmanın diğer otantik dillerinde³⁴³ bazen “*mesure fiscale*” veya “*Maßnahme*” bazen de “*impôt*” veya “*Steuer*” olarak çevrilmiştir. Bu da Enerji Şartı Anlaşması’nın 21. maddesi bağlamında vergilendirme tedbirleri ve vergiler arasında önemli bir fark olmadığı sonucuna götürmekte ve vergilendirme tedbirlerinin yalnızca norm koyan genel uygulama hükümlerini kapsadığı sonucuna ulaştırmaktadır.

İçtihatlar da bu sonucu doğrulamaktadır. *Plama v. Bulgaristan*³⁴⁴ davasında hakem heyeti Enerji Şartı Anlaşması’nın 21. maddesinde yer alan vergi istisna hükmünün Bulgar vergi mevzuatının anlaşmayı ihlal edip etmediği sorusuna uygulanabileceğine karar vermiştir. Davada bahse konu vergilendirme tedbirleri 21. maddede yer aldığı şekliyle vergilerle ilgili hükümler kategorisine girmektedir³⁴⁵. *Amto v. Ukrayna*³⁴⁶ davasındaysa davacı, Ukrayna’nın kapsamlı vergi soruşturmaları yürüterek ve davacının iştirakinin hesaplarını dondurarak Enerji Şartı Anlaşması’nın 10. maddesinin 1. fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Anlaşmanın 10. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabilirliğini vergilendirme tedbirleri bakımından sınırlayan 21. madde kararda gündeme gelmemiştir. Bunun nedeni söz konusu tedbirlerin hüküm niteliğinde kabul edilmemesidir.

Sonuç olarak, uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan istisna hükümlerinin yorumlanması, anlaşmanın lafzı ve bağlamına göre farklılık göstermektedir. Örneğin NAFTA’nın 2103. maddesi bireysel idari işlemlerin ve icrai tedbirlerin de vergilendirme tedbirleri kavramının içerisinde yer aldığını düzenlemektedirken Enerji Şartı Anlaşması’nın 21. maddesi sadece genel düzenleyici tedbirleri kapsamaktadır. Vergi istisna hükümlerinin geniş yorumlanması, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılar üzerindeki mali egemenliğini koruma amaçlı olsa da bireysel idari işlemlerin bu kapsama dahil edilmesi, kötüye kullanım risklerini artırabilir. Bu nedenle, devletlerin yasama ve düzenleme yetkilerini saklı tutarken, yatırımcıların

³⁴³ Enerji Şartı Anlaşması’nın 50. maddesi uyarınca anlaşmanın 6 otantik dili bulunmaktadır. Bunlar İngilizce, Fransızca, Almanca, İtalyanca, Rusca ve İspanyolca’dır. Belirtmek gerekir ki Resmi Gazete’de yayınlanan anlaşma metninde Fransızca otantik dil olarak sayılmamıştır ancak anlaşmada sayılan diğer dillerdeki metinlerde Fransızca yer almaktadır.

³⁴⁴ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27.08.2008 (*Plama v. Bulgaria*).

³⁴⁵ *Plama v. Bulgaria*, para. 256, 266.

³⁴⁶ *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26.03.2008 (*Amto v. Ukraine*).

haklarını koruyan dengeli ve dikkatli bir yaklaşım benimsemeleri önemlidir. Avrupa devletleri arasında akdedilen yatırım anlaşmalarının çoğunda geniş istisna hükümlerinin yer almaması, bu dengeyi sağlama çabasının bir yansımasıdır.

c. Yatırım Sözleşmesine Dayanan Taleplerin

Vergi İstisna Hükümleri Karşısındaki Durumu

Yatırım tahkiminde yargı yetkisi bir yatırım anlaşmasından kaynaklandığında yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki yatırım sözleşmesine dayanan talepler de gündeme gelebilir. Bu talepler ya dolaylı olarak anlaşmada yer alan şemsiye hükümlere³⁴⁷ ve diğer korumalara ya da anlaşmada yer alan uyuşmazlık çözüm maddesi sözleşmesel taleplerin ileri sürülebileceğine izin veriyorsa doğrudan sözleşmeye dayanabilir. Bu bağlamda, vergi istisna hükümlerinin hem sözleşmesel hem de vergi konularını içeren bir talep karşısındaki durumu tartışmalar yaratmaktadır. Bu konuda *Occidental v. Ekvador*, *Duke Energy v. Ekvador* ve *EnCana v. Ekvador* davaları olmak üzere üç davanın değerlendirilmesi gerekir.

Bu konuda ilk olarak *Occidental v. Ekvador* davası bir yol gösterici olabilir. Amerikan şirketi olan *Occidental Exploration and Production Company* (“**OEPC**”), bir petrol ve gaz projesine yatırım yapmıştır ve petrol üretiminden elde edilecek karlar üzerinde bir katılım payı (“*Factor X*”) elde edecektir. OEPC, ürünlerin ihracatı sonucunda indirilemeyen ödenmiş KDV’nin iade edilmesini talep etmiştir. Ekvador vergi idaresi ise KDV iadelerinin zaten katılım faktörüne dahil olduğunu belirterek iadeyi reddetmiştir. OEPC, ABD-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması’na³⁴⁸ dayanarak bir yatırım tahkimi başlatmış ve Ekvador’un adil ve hakkaniyetli muamele, milli muamele, en çok gözetilen ulus muamelesi korumalarını ve kamulaştırma durumundaki garantileri ihlal ettiğini ileri sürmüştür. OEPC, Ekvador vergi hukuku kapsamında iade hakkı olması gerektiğini belirtirken; Ekvador, OEPC ile arasında yaptıkları sözleşmeyi ileri sürerek bu sözleşmeyle şirketin bu haklardan feragat ettiğini

³⁴⁷ Stephan W. Schill, “Umbrella Clauses as Public Law Concepts in Comparative Perspective”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, (Ed. Stephan W. Schill), Oxford University Press, s. 569-598, 2010, s. 570.

³⁴⁸ Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 27.08.1993 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1065/download> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

iddia etmiştir. Ayrıca Ekvador, yatırım anlaşmasında yer alan vergi istisna hükmü nedeniyle uyuşmazlığın hakem heyetinin yargı yetkisi dışında kaldığını ileri sürmüştür³⁴⁹.

Hakem heyeti, vergi istisna maddesinin 2. fıkrasının c bendinde yer alan karşı istisnanın uygulanıp uygulanmayacağını, yani uyuşmazlığın bir yatırım sözleşmesinin veya izninin hükümlerinin yerine getirilmesi veya uygulanmasına ilişkin olup olmadığını incelemiştir. Hakem heyeti uyuşmazlığın bir vergi meselesi olarak geniş şekilde tartışılmasına rağmen daha detaylı bakıldığında aslında verginin varlığına veya oranına ilişkin olmadığını; ödenmiş olan vergilerin iadesi ve bu tür bir iadenin nasıl sağlanacağına ilişkin bir uyuşmazlık olduğunu belirtmiştir³⁵⁰. Hakem heyetine göre, KDV iadesinin katılım payına dahil olup olmadığı konusundaki tartışmalar uyuşmazlığın kısmen bu yatırım sözleşmesinden kaynaklandığını göstermiştir³⁵¹.

Duke Energy v. Ekvador kararında da ABD-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması'ndaki aynı istisna maddesi ele alınmıştır. Duke Energy, enerji üretimi sektöründe faaliyet göstermekte, özellikle belirli bir türbin türü başta olmak üzere elektrik santralleri için bileşenler ithal etmektedir. Ekvador tarafından 1989 yılında çıkarılan bir kanun uyarınca ülkenin kalkınması için özellikle önemli olduğu

³⁴⁹ ABD-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 10. maddesi şu şekildedir:

"Vergi politikaları ile ilgili olarak taraflardan her biri, diğer tarafın vatandaşlarının ve şirketlerinin yatırımlarına yönelik adalet ve hakkaniyetin sağlanması için çaba göstermelidir. Bununla birlikte bu anlaşmanın hükümleri ve özellikle VI. ve VII. maddeler, vergilendirme konularında sadece aşağıdaki hususlarda uygulanacaktır:

- a) III. madde uyarınca kamulaştırma*
- b) IV. madde uyarınca transferler*
- c) VI. maddenin 1. fıkrasının a ve b bendinde atıfta bulunulan bir yatırım sözleşmesinin veya izninin hükümlerinin yerine getirilmesi ve uygulanmasıyla ilgili olarak, iki taraf arasında çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin bir sözleşmenin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerine tabi olmadıkları veya bu tür çözüm hükümleri kapsamında gündeme getirilse de makul bir süre içinde çözüme kavuşturulmadıysa"*

Maddenin İngilizce metni şu şekildedir:

"With respect to its tax policies, each Party should strive to accord fairness and equity in the treatment of investment of nationals and companies of the other Party.

Nevertheless, the provisions of this Treaty, and in particular Article VI and VII, shall apply to matters of taxation only with respect to the following:

- (a) expropriation, pursuant to Article III;*
- (b) transfers, pursuant to Article IV; or*
- (c) the observance and enforcement of terms of an investment Agreement or authorization as referred to in Article VI (1) (a) or (b), to the extent they are not subject to the dispute settlement provisions of a Convention for the avoidance of double taxation between the two Parties, or have been raised under such settlement provisions and are not resolved within a reasonable period of time."*

³⁵⁰ *Occidental v. Ecuador*, para. 72-74.

³⁵¹ *Occidental v. Ecuador*, para. 72-74.

düşünülen bazı sanayi ürünleri gümrük vergilerinden istisna edilmiştir. Duke Energy, sözleşmelerinin bu vergi istisnasına uygun olup olmadığını belirlemek amacıyla ilgili makamların incelemesi için bir standart ithalat sözleşmesi sunmuştur. Sözleşmenin incelenmesinin ardından Duke Energy tarafından ithal edilen ürünlerin Maliye Bakanlığı tarafından uygun olduğu beyan edilmiştir. İthal edilen türbinlerden birkaçının bozulması üzerine bozulan türbinler tamir için Mayıs 1998’de ABD’ye geri gönderilmiştir. 13 Temmuz 1998’de Ekvador, tanıdığı vergi istisnalarına son veren yasayı onaylamıştır. Onarılan türbinler 30 Temmuz 1998’de geri gönderilmiş, ancak nakliye gemisi Houston limanında batınca türbinler kaybolmuştur. Bunun üzerine Duke Energy, Ekvadorlu alıcıya hiçbir ücret talep etmeden yeni bir türbin göndermiştir. Alıcı türbinin yeniden ithal edilmesi sırasında ortaya çıkan gümrük vergilerinin geri ödenmesini talep etmiş, ancak bu talep Ekvador makamları tarafından reddedilmiştir.

Duke Energy, ABD-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması’na dayanarak ICSID nezdinde bir yatırım tahkimi başlatmıştır. Ekvador, anlaşmada yer alan vergi istisnası hükmünü ileri sürmüştür³⁵². Davacılar ise uyuşmazlığın vergi konularına ilişkin olmadığını, Maliye Bakanlığı tarafından onaylanan sözleşmenin şartlarına aykırı olarak devletin ödenen tutarları geri ödememesinden kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir³⁵³. Hakem heyetiye uyuşmazlığın vergi konularına ilişkin olduğunu, her ne kadar davacılar taleplerinde ithalat sözleşmesinin hükümlerine atıfta bulunsalar da mevcut uyuşmazlığın gümrük rejiminin değiştirilmesine ilişkin olduğunu ve ürünlerin gümrük vergisinden istisna edilmeleri için sözleşmeye değil, Ekvador vergi kanunlarına dayandığını belirtmiştir. Hakem heyeti, talebin yasal dayanağına yani ihlal edildiği iddia edilen vergi kanununa atıfta bulunurken, *Occidental v. Ekvador* davasıyla aynı gerekçeye dayanmıştır³⁵⁴. Hakem heyeti, ithalat sözleşmesinin bir yatırım sözleşmesi olmadığını zira Ekvador’un bu sözleşmeye taraf olmadığını vurgulamıştır³⁵⁵.

EnCana v. Ekvador davasındaki olaylar da *Occidental v. Ekvador* davası ile benzerlik göstermektedir. Kanadalı bir petrol şirketi olan EnCana, katılım sözleşmesi

³⁵² *Duke Energy v. Ecuador*, para. 151.

³⁵³ *Duke Energy v. Ecuador*, para. 152.

³⁵⁴ *Duke Energy v. Ecuador*, para. 178.

³⁵⁵ *Duke Energy v. Ecuador*, para. 186.

(*participation contract*) imzalamış ve ihracat sonrasında KDV iadesi için başvurmuştur. Ekvador vergi makamları, KDV iadesinin katılım faktörüne dahil olduğunu ileri sürerek bu talebi reddetmiştir. Bunun üzerine EnCana, Kanada-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması'na dayanarak yatırım tahkimi başlatmıştır. Hakem heyeti, uyuşmazlığın vergi konularına ilişkin olduğunu belirterek anlaşmada yer alan vergi istisna hükmünü uygulamıştır. Davacı, uyuşmazlığın sözleşmesel bir nitelik taşıdığını; çünkü uyuşmazlığın esasen sözleşmede yer alan katılım faktörünün hesaplanmasına ilişkin olduğunu savunmuştur. Hakem heyeti, KDV iadelerine ilişkin uyuşmazlığın sözleşmeye dayansa bile hala vergilendirme tedbirlerine ilişkin olduğunu belirterek bu iddiayı reddetmiştir³⁵⁶. Zira, katılım faktörüne KDV iadelerinin de dahil edilmemesi gerektiği iddiaları haklı olsa bile Ekvador vergi idaresinin bu kararı, Ekvador vergi mahkemeleri tarafından incelenebilir nitelikte olduğundan vergilendirme tedbiri niteliğini korumaktadır³⁵⁷.

Bu üç dava incelendiğinde yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan vergilendirmeye ilişkin uyuşmazlıkların nasıl ele alınması gerektiği konusunda önemli sonuçlara varılabilir. *Occidental v. Ekvador* ve *Duke Energy v. Ekvador* davalarından farklı olarak, *EnCana v. Ekvador* davası, talebin hukuki temeline değil, tedbirin şekline atıfta bulunmaktadır. Bu biçimsel nitelermeye göre, vergi mahkemelerinde hakkında dava açılabilen bir vergi dairesi işlemi vergilendirme tedbiri teşkil edecektir. Kararlar arasındaki bu fark, farklı yatırım anlaşmalarındaki istisna hükümlerinin farklılık arz etmesi ile açıklanabilir. *Occidental v. Ekvador* ve *Duke Energy v. Ekvador* davaları vergi konularını istisna eden ADB-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması'na dayanmaktayken; *EnCana v. Ekvador* davası, vergilendirme tedbirlerini istisna eden Kanada-Ekvador İki taraflı Yatırım Anlaşması'na dayanmaktadır.

Sonuç olarak, vergi konularıyla ilgili aynı zamanda bir yatırım sözleşmesine de dayanan bir uyuşmazlığın hakem heyeti önüne getirilmesi durumunda, yatırım anlaşmasındaki istisna hükmü vergi konularına atıfta bulunuyorsa başvurunun yasal dayanağının dikkate alınması gerekirken, vergilendirme tedbirlerine atıfta bulunuyorsa uyuşmazlığa konu tedbirin şekline bakmak gerekecektir.

³⁵⁶ *EnCana v. Ecuador*, para. 144.

³⁵⁷ *EnCana v. Ecuador*, para. 152.

B. Vergi Veto Hükümleri

Ortak vergilendirme vetosu veya yetkili makam filtresi olarak da adlandırılan vergi veto hükümleri³⁵⁸, vergilendirmeden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarında istisnaların yorumlanmasında yetkili vergi makamlarının daha büyük bir rol oynamasına olanak tanırken, aynı zamanda haksız iddialar için de bir filtre sağlamaktadır.

Vergi veto hükümlerinin bir örneği NAFTA'da³⁵⁹ ve halefi USMCA'da³⁶⁰ bulunabilir. Vergi veto hükümlerinin, serbest ticaret anlaşmalarının yatırım bölümlerinde yaygın bir özellik olarak yerini aldığı söylenebilir³⁶¹. Buna göre, bir yatırımcının vergiyle ilgili bir kamulaştırma talebini tahkime sunabilmesi için, konunun öncelikle ev sahibi devletin ve yatırımcının kendi devletinin yetkili makamlarına havale edilmesi gerekir; böyle bir havalenin yapılmaması talebi kabul edilemez hale getirir. Tedbirin kamulaştırma olmadığı konusunda anlaşarak tahkimi ortaklaşa veto edip etmeme konusunda bir anlaşmaya varmaları için yetkili makamlara altı ay süre verilir. Eğer yetkililer ortak bir karara varamazlarsa, bu konuda tahkim talebi ileri sürülebilecektir. Ancak yetkili makamlar tedbirin kamulaştırma olmadığı yönünde mutabık kalırlarsa yatırımcı, vergilendirme tedbirleri ile ilgili kamulaştırma taleplerini tahkime sunma hakkını kaybedecektir.

Meşrubatlar üzerine konulan yüzde 20'lik bir verginin dava konusu yapıldığı *Cargill v. Meksika*³⁶² uyuşmazlığında ABD vergi makamlarından ortak bir vergilendirme vetosu talep edilmiştir. ABD ve Meksika'nın yetkili makamları söz konusu tedbirin bir kamulaştırma olmadığı konusunda anlaşamamış ve bunun sonucunda yatırımcı Meksika'ya karşı vergilendirmeye ilişkin talebini tahkime götürebilmiştir.

³⁵⁸ Park, **Tax and Arbitration**, s. 175. Ayrıca bkz. Abba Kolo, "Tax 'veto' as a special jurisdictional and substantive issue in investor-state arbitration: need for reassessment?", **Suffolk Transnational Law Review**, C. 32, S. 2, s. 475-492, 2009 (Tax veto).

³⁵⁹ NAFTA, madde 2103(6).

³⁶⁰ United States-Mexico-Canada Agreement, 30.11.2018 (USMCA), <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (Erişim Tarihi: 25.05.2024). USMCA, madde 32.3(8).

³⁶¹ CPTPP'nin 29.4. maddesi de bu şekilde bir hüküm içermektedir. Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, 08.03.2018 (CPTPP), <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2018/03/CPTPP-consolidated.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

³⁶² *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, 18.09.2009 (*Cargill v. Mexico*).

Enerji Şartı Anlaşması'nın 21. maddesinin 5. fıkrası da bir tür vergi veto hükmü içermektedir. Daha az bağlayıcı terimlerle kaleme alınmış olması bakımından NAFTA hükmünden farklılık göstermektedir. Enerji Şartı Anlaşması'na göre uyuşmazlık öncesinde yetkili makamlara başvuruda bulunulmamasının sonucu hakem heyetinin yetkili makamlara başvuruda bulunmasıdır³⁶³. *Eurus v. İspanya* davasında davacının yetkili makama başvurmaması, yetkili makamın konuyla ilgili tutumunu belirten, yani kamulaştırıcı olmadığı yönündeki açıklamalarını zaten yapmış olması ve böyle bir başvurunun nafile olacağı temelinde açıklanmıştır. Bu nedenle hakem heyeti, yetkili makamlara kendi başvurusunu yapmayı gerekli görmemiş, bunun biçimcilik ve zaman kaybı olacağını tespit etmiştir³⁶⁴. Lahey Temyiz Mahkemesi ise tam tersine, hakem heyetinin konuyu ilgili makamlara havale etmesi gerektiğini belirtmiş³⁶⁵; ancak davalı tarafın zarar görmemiş olması nedeniyle bu aykırılığın kararı iptal etmeyi haklı kılacak kadar ciddi olduğunu düşünmemiştir.

Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan vergi veto hükmünde dikkat çeken bir diğer nokta, hakem heyetlerinin yetkili vergi makamlarının vereceği kararla bağlı olmamalarıdır; hakem heyetleri bu kararları sadece dikkate alma yükümlülüğündedir³⁶⁶. Nitekim, *STEAG v. İspanya*³⁶⁷ davasında hakem heyeti, yenilenebilir enerji sektöründe teşviklerin kaldırılmasının ve üretilen elektrik enerjisi değeri üzerine getirilen verginin kamulaştırıcı niteliğine ilişkin soruyu kendi inisiyatifiyle yetkili İspanyol makamına sunmaktan kaçınmıştır. Zira bu, tahkime sunulan soruların karara bağlanmasında gereksiz bir gecikmeye yol açacak ve her halükârda yetkili makamların vereceği karar, hakem heyetinin kararında ulaştığı sonuçları değiştirmeyecektir³⁶⁸.

Vergiyle ilgili kamulaştırma taleplerinin tahkime götürülmesi devletler için özellikle mali egemenlikleri bakımından bir endişe kaynağı olmuştur; bu endişelerin, devletlerin vergilendirme yetkilerini kötüye kullanmalarına karşı yabancı yatırımcıları

³⁶³ *Eurus Energy Holdings Corporation v Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 17.03.2021 (Eurus v. Spain).*

³⁶⁴ *Eurus v. Spain*, para. 273-298.

³⁶⁵ *Judgment of the Hague Court of Appeal, Case No. 200.197.079/01, 18.02.2020, para. 6.3.1, 6.3.2.*

³⁶⁶ Enerji Şartı Anlaşması, madde 21(5)(b)(iii).

³⁶⁷ *STEAG GmbH v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/4, Decision on Jurisdiction, Liability and Instructions on Quantification of Damages, 08.10.2020 (STEAG v. Spain).*

³⁶⁸ *STEAG v. Spain*, para. 415.

koruma ihtiyacı ile dengelenmesi gerekir. Bazı yazarlarca her iki menfaati dengelemenin en iyi yolunun siyasi mülahazalardan arındırılmış yatırım tahkimi süreci olduğu ileri sürülmüştür³⁶⁹. Vergi veto hükümleri bu dengeyi sağlamanın iyi bir yoludur. Enerji Şartı Anlaşması'nda öngörülen kamulaştırıcı vergilendirme tedbirlerine karşı doğrudan dava açma hakkı, iyiniyetli ev sahibi devletin vergilendirme yetkisini korurken aynı zamanda yabancı yatırımcıların haklı taleplerini de güvence altına almaktadır.

³⁶⁹ Kolo, **Tax veto**, s. 492.



İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA VERGİLENDİRMEYE YÖNELİK SAĞLANAN KORUMALAR

I. Vergilendirme Yoluyla Kamulaştırmaya Karşı Sağlanan Korumalar

Vergilendirme, devlet egemenliğinin önemli yetkilerinden biri olarak kabul edilmektedir³⁷⁰. Bu yetki sayesinde devletler sadece kendi vatandaşlarını değil, aynı zamanda yabancıları da vergilendirebilir³⁷¹. Doğası gereği vergilendirme, mükellefin parasının alınması etkisini doğurmaktadır³⁷². Ancak sadece bu nedenle vergilendirme tazmin edilebilir hale gelmez. Vergilendirmenin prensip olarak kamulaştırma sayılmayacağı yönünde fikir birliği bulunmaktadır³⁷³. Bununla birlikte kimi durumlarda vergi uygulamalarının kamulaştırma boyutuna ulaştığı kabul edilebilir³⁷⁴. Yabancı yatırımcıların yatırımları üzerinde uygulanan aşırı ve mükerrer vergi uygulamaları dolaylı kamulaştırma olarak nitelendirilebilecektir³⁷⁵.

Uluslararası hukuk vergilendirme yetkisinin paylaşılmasına ilişkin kurallar içerir. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında devletler, şahsılık ve mülkılık ilkelerinin uygulanmasıyla çakışan vergilere karşı vergi mükellefleri üzerindeki vergi

³⁷⁰ *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, *Decision on Liability*, 14.12.2012 (*Burlington Resources v. Ecuador*), para. 391.

³⁷¹ Albrecht, s. 145.

³⁷² *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation*, SCC Case No. 24/2007, *Award*, 20.07.2012 (*Quasarde Valores v Russia*), para. 48.

³⁷³ Andrew Newcombe, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* C. 20 S.1, s. 1-57, 2005, s. 3, s. 30.

³⁷⁴ *Quasarde Valores v Russia*, para. 48; *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, *Award*, 16.12.2002, para. 101, para. 103; *Vincent J. Ryan, Schooner Capital LLC, and Atlantic Investment Partners LLC v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/3, *Award*, 17.11.2015 (*Ryan v. Poland*), para. 472; Burgstaller/Zarowna, s. 93.

³⁷⁵ August Reinisch/Christoph Schreuer, *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge University Press, 2020, s. 91; OECD, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention*, 1967, s. 19 https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Claimants%27%20Amended%20Memorial/Legal%20Authorities/CL-0020.PDF (Erişim Tarihi: 21.03.2024); World Bank, "Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment", *International Legal Materials*, C. 31, 1992, s. 1368-1378, s. 1375.

yüklerini azaltmayı amaçlar. Kural olarak, uluslararası hukuk vergi oranına veya miktarına ilişkin herhangi bir maddi sınırlama içermez³⁷⁶. Bununla birlikte, bir vergilendirme tedbirinin mülkiyet hakkına hukuka aykırı bir müdahalede bulunması mümkündür.

Vergilendirmenin kamulaştırma boyutuna ulaşması için çoğunlukla ek bir unsur gerekir³⁷⁷. Örneğin yeni konulan bir vergi ile belirli bir yabancı yatırımcının hedef alındığı ayrımcılık³⁷⁸ veya bir vergi istikrar kaydına aykırılık, vergilendirme yoluyla kamulaştırma yapıldığı sonucuna ulaştırabilir³⁷⁹. Ancak unutmamak gerekir ki uluslararası vergi politikaları ve uygulamalarına uygun vergilendirme, sadece vergilendirme tedbirinin bir yatırımı daha az karlı hale getirmesi nedeniyle kamulaştırma teşkil etmeyecektir³⁸⁰.

Vergilendirme tedbirlerinin iyiniyetli olduğu veya kötüye kullanılmadığı ve dolayısıyla anlaşma yükümlülüklerini ihlal etmediği yönünde bir karine bulunmaktadır³⁸¹. Benzer şekilde vergilendirme tedbirleri, uluslararası bir mahkeme önünde değerlendirildiğinde devletlere kendi topraklarında vergi tedbirleri alma ve uygulama konusunda geniş bir takdir yetkisi verildiği kabul edilmektedir³⁸². Bununla birlikte bir devletin vergilendirme yetkisini kullanması, devletin diğer devletlere ve vatandaşlarına verdiği taahhütler uyarınca uluslararası hukuk kapsamında belirli sınırlamalara tabi olmaya devam etmektedir. Nitekim *Quasar de Valores v. Rusya* davasında hakem heyeti, devletlerin vergi kanunlarını yürürlüğe koyma ve uygulama konusunda önemli bir takdir yetkisine sahip oldukları kabulünün, uluslararası bir anlaşmaya uyup uymama konusunda takdir yetkisine sahip oldukları gibi bir fikre yol açmaması gerektiğini belirtmiştir³⁸³.

³⁷⁶ Sol Picciotto, **International Business Taxation**, Cambridge University Press, 1992, s. 307; *Burlington Resources v. Ecuador*, para 392; Bilgin Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Yetkin Yayınları, 2. Bası, 2022, s. 205.

³⁷⁷ Reinisch/Schreuer, s. 91-92.

³⁷⁸ M. Sornarajah, **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, 2021, s. 513 vd.

³⁷⁹ Reinisch/Schreuer, s. 92.

³⁸⁰ *Emanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and The United States of America*, IUSCT Case No. 880, Award (Award No. 460-880-2), 29.12.1989 (*Too v. Greater Modesto Insurance Associates*), para. 26.

³⁸¹ *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/15, Award, 31.10.2011 (*El Paso v. Argentine*), para. 290.

³⁸² Audley Sheppard, "Tax and arbitration (an ISDS update)", **Arbitration International**, C. 39, S. 2, s. 314-336, 2023, s. 324.

³⁸³ *Quasarde Valores v. Russia*, para. 179.

Bir vergilendirme tedbiri doğrudan veya dolaylı kamulaştırma olarak nitelendirilebilir. Bu nitelendirme büyük ölçüde tedbirin yapılma şekline, işleyişine, etkisine ve nihayetinde yatırımcının anlaşma kapsamında talebini nasıl çerçevlendirdiğine bağlı olacaktır. Bununla birlikte, dolaylı kamulaştırma daha uygun bir dava nedeni olarak yatırımcılar tarafından tercih edilmektedir. Hatta *Feldman v. Meksika* davasında hakem heyeti, tüm vergi temelli kamulaştırma taleplerinin esasında dolaylı kamulaştırmayı işaret ettiğini ifade etmiştir³⁸⁴. Ancak yine de doktrinde ve yargı kararlarında vergilendirme tedbirlerinin doğrudan kamulaştırma teşkil edebileceği belirtilmektedir³⁸⁵. Bu nedenle vergilendirme yoluyla kamulaştırma, doğrudan ve dolaylı kamulaştırma olmak üzere iki başlık altında incelenmelidir. Devletin vergilendirme yoluyla kamulaştırmadan sorumluluğunun kabul edildiği nadir davalardan olan *Yukos* davalarının konu bakımından özel bir önemi bulunduğundan ayrı bir başlık altında bu davaların incelenmesi gerekli görülmüştür. Son olarak, uluslararası vergi hukukundaki güncel gelişmeler, uluslararası yatırım hukukunda kamulaştırmaya karşı getirilen korumalar bakımından değerlendirilecektir.

A. Vergilendirme Yoluyla Doğrudan Kamulaştırma

Uluslararası yatırım hukukunda doğrudan kamulaştırma (*direct expropriation*), devletin açıkça ve kasıtlı olarak mülkiyete el koyduğu ve/veya mülkiyeti kendisine veya devlet tarafından yetkilendirilmiş bir üçüncü tarafa devrettiği durumlarda gerçekleşmektedir³⁸⁶. Bu tür kamulaştırmada, mülkiyetin devri veya doğrudan el koyma yoluyla mal sahibinin mülkünden mahrum bırakılmasına yönelik açık, kasıtlı ve kesin bir niyet bulunur³⁸⁷.

Vergilendirme tedbirlerinin para veya diğer varlıkların doğrudan alınması sonucunu doğurduğu durumların doğrudan kamulaştırma teşkil edebileceği bazı

³⁸⁴ *Feldman v. Mexico*, para. 101.

³⁸⁵ Ali Lazem/Ilias Bantekas, “The treatment of tax as expropriation in International investor–state arbitration”, *Arbitration International*, S. 38, C. 1-2, s. 85–130, 2022, s. 98.

³⁸⁶ UNCTAD, **Expropriation: A Sequel**, United Nations Publication, UNCTAD/DIAE/IA/2011/7, 2012 (Expropriation), s.6; Andrew Newcombe/Lluís Paradell Trius, **Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment**, Kluwer Law International, 2009, s. 323; Reinisch/Schreuer, s. 39.

³⁸⁷ *EnCana v. Ecuador*, para. 194; UNCTAD, **Expropriation**, s. 7.

yazarlarca kabul edilmektedir³⁸⁸. Bu durum özellikle, paranın doğrudan devletin eline geçtiği vergi iadeleri bağlamında vurgulanmaktadır. Para veya paraya ilişkin talepler ilgili yatırım anlaşmasının yatırım tanımı kapsamına giriyorsa, paranın alındığı veya vergi iadesinin kasıtlı olarak yapılmadığı durumlarda kamulaştırma doğrudan gerçekleşmiş olur. Bu bağlamda yatırımcının, vergilendirilmiş miktarın bir yatırımdan elde edilen getiri (*returns from an investment*) veya bir para alacağı (*claims to money*) olarak, yatırım olduğuna hakem heyetini ikna etmesi gerekir. Vergilendirme yoluyla doğrudan kamulaştırma taleplerinin kabul edilebilmesi için hakem heyetlerinin kısmi kamulaştırma kavramına açık olması gerekmektedir.

Vergilendirme yoluyla doğrudan kamulaştırma açısından iki karara detaylıca değinmek gerekir: *Occidental v. Ekvador* ve *EnCana v. Ekvador*. Her iki dava da Ekvador tarafından ödenmeyen KDV iadelerine ilişkindir.

Occidental v. Ekvador davasında davacı, KDV iadesi hakkının kendi başına bir yatırım olduğuna hakem heyetini ikna edememiştir³⁸⁹. Hakem heyeti, anlaşmada yer alan yatırım tanımı ne kadar geniş olursa olsun, bir şirketin bir iade talebine yatırım yapmasının alışılmadık olacağını belirtmiştir³⁹⁰. Hakem heyeti, vergi iadelerinin bir para alacağı olduğunu reddetmemiş³⁹¹ ancak bu tür alacakları kendi başlarına yatırım olarak değil, yatırımın bütünü bağlamında değerlendirmiştir³⁹². Bu bağlamda davaya konu iadeler, yatırımın esaslı bir bölümünü değil yalnızca bir kısmını oluşturmaktadır³⁹³. Kısmi kamulaştırma kavramına açık olmayan hakem heyeti, doğrudan kamulaştırma talebini reddetmiş fakat davacıyı diğer koruma standartları yoluyla tazmin etmiştir³⁹⁴.

EnCana v. Ekvador davasında ise davacı, vergi iadesi hakkından haksız yere mahrum bırakıldığını³⁹⁵ ve bu ihlalin doğrudan kamulaştırma anlamına geldiğini ileri sürmüştür. Davanın dayandığı Kanada-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nda

³⁸⁸ Lazem/Bantekas, s. 98.

³⁸⁹ *Occidental v. Ecuador*, para. 81, 86.

³⁹⁰ *Occidental v. Ecuador*, para. 81, 86.

³⁹¹ *Occidental v. Ecuador*, para. 86.

³⁹² *Occidental v. Ecuador*, para. 89.

³⁹³ *Occidental v. Ecuador*, para. 89.

³⁹⁴ Wälde/Kolo, *Investment Protection and Sovereignty*, s. 445.

³⁹⁵ *EnCana v. Ecuador*, para. 179.

yatırım, para ve para alacaklarını kapsayacak şekilde geniş tanımlanmıştır³⁹⁶. Hakem heyeti, yatırımcının para alacağının hem genel anlamda hem de ilgili yatırım anlaşması uyarınca bir yatırım olduğunu tespit etmiştir³⁹⁷. Anlaşmanın kamulaştırmaya ilişkin koruma sağlayan 8. maddesinde, yatırımcıların yatırımlarının veya getirilerinin kamulaştırılmayacağı hükmüne yer verilmiştir³⁹⁸. Getiriler, yatırım anlaşmasında yer alan tanıma göre bir yatırımdan elde edilen meblağları ifade etmekte ve bunlarla sınırlı olmamakla beraber özellikle kar, faiz, sermaye kazançları, royalteler, ücretler ve temettüleri içermektedir³⁹⁹. Hakem heyeti, vergi iadelerinin “*bir yatırımdan elde edilen meblağlar*”⁴⁰⁰ şeklindeki geniş tanıma girdiğini tespit etmiştir⁴⁰¹. Geçmiş işlemlerle ilgili doğan KDV iadelerinin geçmişe dönük olarak reddedilmesi, yatırım anlaşması kapsamında bir kamulaştırma talebi olarak incelenmiştir⁴⁰².

Ekvador, 11 Ağustos 2004 tarihli ve 2004-41 sayılı Yorumlayıcı Kanun⁴⁰³ ile İç Vergi Gelirleri Kanunu’nun 69A maddesini yorumlamış ve petrolün imal edilen bir mal olmadığını belirtmiştir. Böylece 69A maddesi kapsamında petrol arama ve işletme girdileri için KDV iadesi yapılmasını engellemiştir. Hakem heyeti hem Yorumlayıcı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki hem de sonraki dönemlere ilişkin davacının taleplerini incelemiştir⁴⁰⁴. EnCana, kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki dönemlere ilişkin KDV iadelerinin reddedilmesinin kanunun kendisinin anayasaya aykırı olması nedeniyle kamulaştırma teşkil ettiğini ileri sürmüştür⁴⁰⁵. Hakem heyeti bu konuda karar vermeyi reddetmiş, Ekvador kanunlarının anayasaya uygunluğunun ülkenin anayasasında öngörülen yöntemlerle belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır⁴⁰⁶. Dolayısıyla Yorumlayıcı Kanun’un anayasa uygun olduğu varsayılmış ve vergi iadelerinin Yorumlayıcı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonraki kısmı için kamulaştırıldığı iddiası reddedilmiştir⁴⁰⁷. Öğretide haklı olarak bu karar, bir hükümet tedbirinin uluslararası hukuk kapsamında kamulaştırma teşkil edip etmediğinin

³⁹⁶ Kanada-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması, madde 1: “*money and claims to money*”.

³⁹⁷ *EnCana v. Ecuador*, para. 182. Ayrıca anlaşmada yer alan yatırım listesinin sınırlı sayıda olmadığı, zira örnekler sıralanmadan önce “*sınırlayıcı olmamakla beraber özellikle aşağıdakileri kapsar*” ifadesi ile geniş bir kapsam belirlendiği vurgulanmıştır.

³⁹⁸ Kanada-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması, madde 8.

³⁹⁹ Kanada-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması, madde 1/j.

⁴⁰⁰ Kanada-Ekvador İki Taraflı Yatırım Anlaşması, madde 1/j.

⁴⁰¹ *EnCana v. Ecuador*, para. 182.

⁴⁰² *EnCana v. Ecuador*, para. 183.

⁴⁰³ *EnCana v. Ecuador*, para. 95.

⁴⁰⁴ *EnCana v. Ecuador*, para. 185.

⁴⁰⁵ *EnCana v. Ecuador*, para. 186.

⁴⁰⁶ *EnCana v. Ecuador*, para. 186.

⁴⁰⁷ *EnCana v. Ecuador*, para. 186-187.

anayasa uygunluğuyla değil uluslararası hukuka uygunluğuyla incelenmesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁰⁸. Zira, çoğu durumda kamulaştırma teşkil eden eylemler iç hukuka göre hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiş olacaktır.

Hakem heyeti, *Occidental v. Ekvador* kararına dayanarak⁴⁰⁹ davacının Ekvador hukuku uyarınca KDV iadesi alma hakkına sahip olduğu varsayımıyla hareket etmiştir⁴¹⁰. Vergi idaresi Sericio de Rentas Internas'ın petrol şirketlerine ödeme yapmamak için elinden gelen her şeyi yapma yönünde bir politika kararı aldığı kabul edilmiştir⁴¹¹. Hakem heyeti, bir vergi kanununun kendi başına yatırımcılara tanınan hakları ihlal etmeyeceğini vurgulayarak vergi makamlarının yürürlükteki vergi mevzuatını ihlal ettiği durumların bile, adil yargılanma hakkı ihlal edilmedikçe, doğrudan kamulaştırma teşkil etmeyeceği görüşünü benimsemiştir⁴¹².

Hakem heyetine göre, bir vergi idaresi, bireylerin ve şirketlerin vergi talepleriyle ilgili olarak hukukten yanlış bir karar alsa bile, iyiniyetle hareket ettiği ve mükellef haklarını hukukten veya *de facto* reddetmediği sürece, ev sahibi devlet uluslararası hukuk uyarınca karar verme özgürlüğüne sahiptir⁴¹³. Eğer vergi idaresinin kararı kasıtlı değilse, mükelleflerin yerel mahkemelere erişimi varsa, mahkemelerin kararları devletten bağımsızsa ve bu kararlar devlet tarafından geçersiz kılınmaz veya reddedilmezse vergi iadeleri yapılmayabilecektir⁴¹⁴. Söz konusu uyuşmazlıkta, petrol şirketlerine Ekvador mahkemeleri nezdinde kararlara itiraz etme hakkı tanınmış ve şirketlerin itirazları kabul edildiğinde ilgili kararlara gecikmeden uyulmuştur⁴¹⁵. Ayrıca vergi idaresi başkanı iyiniyetle hareket ederek KDV iadesi konusunu bizzat takip etmiş ve KDV iadelerinin katılım faktörüne dahil edilip edilemeyeceğini belirlemek için Petroecuador Başkanı ile temaslarda bulunmuş ve bu durum davacı tarafından inkâr edilmemiştir⁴¹⁶. Bununla birlikte heyetine göre Ekvador mahkemeleri tarafından verilen kararlar bağımsızlıktan yoksun veya petrol şirketlerine karşı

⁴⁰⁸ Lazem/Bantekas, s. 99-100.

⁴⁰⁹ Her ne kadar hakem heyeti için *Occidental v. Ekvador* davası bağlayıcı olmasa da *Occidental v. Ekvador* davasındaki milli muamele ve adil ve hakkaniyetli muamele bakımından yapılan değerlendirmeden yararlanılmıştır. *Occidental v. Ekvador*, para. 143, 152.

⁴¹⁰ *EnCana v. Ecuador*, para. 189.

⁴¹¹ *EnCana v. Ecuador*, para. 190-191.

⁴¹² *EnCana v. Ecuador*, para. 192-195.

⁴¹³ *EnCana v. Ecuador*, para. 195.

⁴¹⁴ *EnCana v. Ecuador*, para. 194.

⁴¹⁵ *EnCana v. Ecuador*, para. 196.

⁴¹⁶ *EnCana v. Ecuador*, para. 196.

önyargılı değildir⁴¹⁷. Bu temelde, KDV iadelerinin Ekvador tarafından doğrudan kamulaştırıldığı iddiası reddedilmiştir⁴¹⁸. *EnCana v. Ekvador* kararı vergilendirme tedbirlerinin adil yargılama sürecinin ihlali ile birlikte olmadığı sürece doğrudan kamulaştırma teşkil etmeyeceğini göstermiştir.

Sonuç olarak, doğrudan kamulaştırma, devletin mülkiyete açık ve kasıtlı olarak el koyduğu durumları içerir. Vergilendirme tedbirlerinin istisnai durumlarda doğrudan kamulaştırma teşkil edebileceği kabul edilmekle birlikte bunun için belirli şartların yerine gelmesi gerekir. *Encana v. Ekvador* ve *Occidental v. Ekvador* davaları, bu anlamda önemli örnekler sunmaktadır. Doğrudan kamulaştırma teşkil edebileceği belirtilen KDV iadelerinin reddedilmesi gibi durumlarda bile hakem heyetleri, doğrudan kamulaştırma iddialarına şüpheyile yaklaşmış ve bu yönde bir karar vermekten kaçınmıştır. Vergi iadelerinin yatırımın bir parçası veya yatırımdan elde edilen getiri olarak kabulü mümkünse de bunların vergilendirme yoluyla doğrudan kamulaştırıldığını kabulü oldukça zordur.

B. Vergilendirme Yoluyla Dolaylı Kamulaştırma

Dolaylı kamulaştırma (*indirect expropriation*), mülkiyetin hukuki veya fiziki olarak sahibinde kaldığı ancak devletin bazı düzenlemeleri nedeniyle ekonomik değerinin ortadan kaldırıldığı ya da yatırımcının mülkiyetinden kaynaklanan haklarının kısıtlandığı durumlarda ortaya çıkar⁴¹⁹. Dolaylı kamulaştırma kurumu için esasında tek bir terim yerleşmiş değildir; fiili (*de facto*), sinsi (*creeping*), inşacı (*constructive*), gizli (*disguised*), nihai (*consequential*), düzenleyici (*regulatory*) ve sanal (*virtual*) kamulaştırma gibi birçok terim kullanılmaktadır⁴²⁰.

Doğrudan kamulaştırma, hak sahibinin hakkının doğrudan etkilendiği ve mülkiyet hakkının elinden alındığı durumlarda gerçekleşirken; dolaylı kamulaştırma, mülkiyet hakkına dokunulmamakla birlikte hakkın kullanımına ilişkin etkiler ve

⁴¹⁷ *EnCana v. Ecuador*, para. 196.

⁴¹⁸ *EnCana v. Ecuador*, para. 197.

⁴¹⁹ George C. Christie, "What Constitutes a Taking of Property Under International Law?", *British Yearbook of International Law*, C. 38, s. 307-338, 1962, s. 309.

⁴²⁰ Burns H. Weston, "'Constructive Takings' Under International Law: A Modest Foray into the Problem of 'Creeping Expropriation,'" *Virginia Journal of International Law*, C. 16, S. 1, s. 103-175, 1975, s. 106; Ali Osman Karaoğlu, *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 308.

kısıtlamalar olduğunda oluşur⁴²¹. Günümüzde doğrudan kamulaştırma daha nadir görülmekte ve yatırımcılar tarafından daha az ileri sürülmektedir⁴²².

Devletler yatırım anlaşmalarına dolaylı kamulaştırmaya karşı koruma sağlayan hükümler eklemektedirler. Örneğin Türkiye ile Çin arasında imzalanan İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın⁴²³ 5. maddesinin 1. fıkrasına göre kamu yararı amacıyla, ayrımcı olmayacak biçimde ve anında ve etkin tazminat ödenerek uygun hukuki usule ve iç hukuk ile anlaşmada belirtilen genel muamele prensiplerine uygun olarak yapılanlar hariç olmak üzere yatırımlar kamulaştırılmayacak, devletleştirilmeyecek veya doğrudan ya da dolaylı olarak benzer etkisi olan tedbirler maruz bırakılmayacaktır. Bazı anlaşmalar, ilk bölümde değinildiği üzere, devletin düzenleme hakkına ilişkin özel düzenlemeler içermekte ve anlaşmanın uygulama alanını bu açıdan sınırlandırmaktadır⁴²⁴.

Kamulaştırma iddiası ile karşılaşan bir hakem heyeti öncelikle bir kamulaştırmanın var olup olmadığını tespit edecek, daha sonrasında bir kamulaştırmanın varlığına kanaat getirirse kamulaştırmanın meşru bir kamulaştırma için gerekli koşulları sağlayıp sağlamadığını inceleyecektir. Bu koşullar yatırım anlaşmasında yer almakta ve çoğunlukla hukuka uygun bir kamulaştırmanın kamu yararı amacıyla, ayırım yapmadan, usul kurallarına uygun olarak ve karşılığında tazminat ödenmesi suretiyle yapılması gerektiğini öngörmektedir⁴²⁵. Fakat bir dolaylı kamulaştırmanın hukuka uygunluk şartlarını sağlayabilmesi neredeyse imkansızdır. Zira, dolaylı kamulaştırma, doğası gereği mülkiyetin el değiştirmedeği ancak devletin bazı düzenlemeleri nedeniyle ekonomik değerinin ortadan kaldırıldığı ya da yatırımcının mülkiyetinden kaynaklanan haklarının kısıtlandığı durumlarda ortaya

⁴²¹ Pınar Baklacı, "Uluslararası Yatırımlarda Dolaylı Kamulaştırma ve Düzenleyici Yetkiler", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, s. 1-26, 2011, s. 9.

⁴²² Karaoğlu, s. 308.

⁴²³ Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the People's Republic of China Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 29.07.2015. Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6085/download>. Anlaşmanın Türkçe metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6143/download>. (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

⁴²⁴ Bu konuda daha detaylı bir inceleme için çalışmanın ilk bölümünde IV. başlık altında yer alan "Genel Olarak İstisna Hükümleri" kısmına bakılabilir.

⁴²⁵ Steven R. Ratner, "Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction", **The American Journal of International Law**, C. 111, S. 1, s 7-56, 2017, s.7.

çıkılmaktadır⁴²⁶. Bu nedenle dolaylı kamulaştırmada ev sahibi devletin bir kamulaştırma yaptığını kabul etmesi ve bu tasarrufları için tazminat vermesi mümkün gözükmemektedir.

Doktrinde ve hakem kararlarında, bir kamulaştırmanın hukuka aykırı sayılabilmesi için tüm belirtilen koşullara mı yoksa ilk üç koşula mı aykırılığın yeterli olacağı, ilk üç koşula uygun yapılan kamulaştırmanın tazminatın verilmemesi nedeniyle hukuka aykırı hale gelip gelmeyeceği konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır⁴²⁷. Fikrimizce bir kamulaştırmanın hukuka uygun kabul edilebilmesi için bütün şartların sağlanması gerekir. Hukuka aykırı olmasına rağmen tazminat ödenmesiyle hukuka uygun hale gelebilecek kamulaştırmalar ile tazminat dışındaki şartlara aykırılık nedeniyle hukuka aykırı kamulaştırmalar arasında ayırım yapılması gerektiği öğretisi ve uluslararası mahkemeler tarafından belirtilmektedir⁴²⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kamu yararı amacı, ayırım yapmama, usul kurallarına uygunluk şartlarına aykırı kamulaştırmaları esaslı hukuka aykırı kamulaştırma olarak nitelendirmekte ve esaslı hukuka aykırı kamulaştırmalarda tazminat için daha yüksek bir meblağa hükmedilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁴²⁹.

Hukuka uygun kamulaştırma şartlarını yerine getirmeksizin kamulaştırma yapan ev sahibi devletin tasarrufu, uluslararası hukuka aykırı bir eylem teşkil edecek ve uluslararası sorumluluğunu doğuracaktır. Ev sahibi devletin hukuka aykırı kamulaştırma ile vermiş olduğu zararın nasıl tazmin edileceği yatırım anlaşmalarında

⁴²⁶ H. Zeynep Nalçacıoğlu Erden, **Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma**, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 452.

⁴²⁷ Şartlardan herhangi birine aykırılığın hukuka aykırılık için yeterli olduğu yönünde bkz. Reinisch/Schreuer, s. 189; Enver Bozkurt/Süleyman Dost, “Devletlerin Yabancı Yatırımcıların Mülkiyet Hakkına Müdahalesine İlişkin Olarak ICSID Tahkim Uygulamasında Ortaya Çıkan Genel Prensipler ve Sonuçları”, **Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi**, C.1, s.1-18, 2005, s. 7; *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 02.10.2006 (*ADC v. Hungary*), para. 246-266; *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6, Award, 22.04.2009, para. 98; *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. 079/2005, Final Award, 12.09.2010 (*RosInvest v. Russia*), para. 631-633. Kamu yararı amacıyla yapılan kamulaştırmanın herhangi bir tazminat ödenmemesine rağmen hukuka uygun bulunduğu, ancak kamulaştırma işleminin sonunda adil bir tazminata hakem heyetinin hükmedebileceği yönünde bkz. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20.05.1992, para. 158-159.

⁴²⁸ Crawford/Brownlie, s. 624-625.

⁴²⁹ *Case of the Former King of Greece and Others V. Greece*, ECHR, Case No. 25701/94, Judgment, 23.11.2000, para. 78; *Case of Scordino v. Italy (No. 1)*, ECHR, Case No. 36813/97 Judgment, 29.03.2006, para. 255.

düzenlenmemekte ve uluslararası örf ve âdet kuralları tarafından belirlenmektedir⁴³⁰. Tazminatın nasıl hesaplanması gerektiği bu çalışmanın konusunu oluşturmamakla beraber hakem heyetlerinin de bazı kararlarında hukuka uygun kamulaştırmalarla hukuka aykırı kamulaştırmalar arasındaki farkı ayırt ettiğini ve buna bağlı olarak da farklı sonuçlar öngörüldüğünü belirtmek gerekir⁴³¹.

Uluslararası yatırım hukukunda dolaylı kamulaştırmanın tespitinde iki yaklaşım öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki ev sahibi devlet tasarrufunun yabancı yatırım üzerinde oluşturduğu etkiyi esas almaktadır. Bu görüşe göre, devletlerin iyiniyetinin sorumluluğuna karşı bir savunma olarak kullanılamayacaktır. İkinci yaklaşım ise tasarrufun uygulanma amacını esas almaktadır. Bu görüşe göre, ev sahibi devleti sorumlu tutmak için ev sahibi devletin bir yatırımı kamulaştırmayı amaçladığına dair kanıtların bulunması gerekir. Sadece esaslı bir mahrumiyetin olması yeterli olmayacak, ayrımcılık gibi ek bir unsurun varlığı dolaylı kamulaştırmanın tespitinde belirleyici olacaktır⁴³².

Ev sahibi devletin kendi niyetine ilişkin *post-facto* açıklamaların tek başına belirleyici olmadığı kabul edilmekle birlikte⁴³³, bu durum kararlardaki ve öğretideki görüş ayrılıklarını engelleyememiştir. *Olguin v. Paraguay*⁴³⁴ davasında hakem heyeti, devletin kamulaştırmadan sorumluluğunun ön koşulu olarak amaca yönelik bir eylem aranması gerektiğini belirtmiş ve ev sahibi devletin kasıt olmaksızın ihmallerinin bile

⁴³⁰ Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tanzimat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, 2. Bası, Beta Basım Dağıtım A.Ş., 2013, s. 147.

⁴³¹ *ADC v. Hungary*, para. 481; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 06.11.2007, para. 349; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (formerly Aguas del Aconquija) and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (I)*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award II, 20.08.2007 (*Vivendi v. Argentine*), para. 8.2.3.

⁴³² Bu iki yaklaşım ve hukuka uygunluk şartları dikkate alındığında ayrımcı bir vergilendirme tedbirinin iki yönlü sonucu olabilir. İlk olarak, kamulaştırmanın tespitinde etki doktrini kabul edilirse, mahrumiyetin esaslı olup olmadığına bakılır ve tedbirin ayrımcı olması bu tespiti etkilemez. Kamulaştırma tespit edildikten sonra tedbirin ayrımcı niteliği hukuka uygunluk sebepleri bakımından değerlendirilir. Ancak, bahsedildiği üzere bir vergilendirme tedbirinin kamulaştırıcı olduğu tespit edildikten sonra, devletlerin kamulaştırıcı nitelikteki vergilendirme tedbirleri için bir tazminat vermesi olası değildir. Bu durumda, tazminat ödenmesi ile hukuka uygun hale gelebilecek kamulaştırmalar ile tazminat dışındaki şartlara aykırı olan kamulaştırmalar arasında bir ayırım yapılacak, ayrımcı vergilendirme tedbirlerinin tazmini için ayrı bir hesaplama yapılması gerekecektir.

İkinci olarak, bir vergilendirme tedbirinin ayrımcı olup olmaması, kamulaştırmanın varlığının tespitinde dikkate alınacak bir kriter olarak kullanılabilir. Bu durumda, vergilendirme tedbiri ayrımcı değilse ve başka sebepler de yoksa tedbir zaten bir kamulaştırma olarak değerlendirilmeyecek ve hukuka uygunluk sebeplerinin incelenmesine gerek kalmayacaktır.

⁴³³ Dolzer, s. 90.

⁴³⁴ *Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26.07.2001 (*Olguin v. Paraguay*).

kamulaştırmaya yol açmayacağına hükmetmiştir⁴³⁵. *Olguin v. Paraguay* kararı, yatırım anlaşmalarının yatırım başarısızlıklarına karşı sigorta poliçesi olarak kullanılmasını engellediği için bazı yazarlarca desteklenmiştir⁴³⁶.

Yatırım anlaşmalarının kötü ticari kararlara karşı bir sigorta poliçesi olmadığı doğru olsa da⁴³⁷ anlaşmaların amaçlarından biri de yabancı yatırımcıları kamulaştırmanın etkilerinden korumaktır. Çoğu yatırım anlaşmasında kamulaştırma korumasının benzer etkili tedbirleri⁴³⁸ de kapsadığı göz önünde bulundurulduğunda tasarrufun amacı ölçütü yetersiz kalabilir. Zira, bir yatırımın kullanımından veya makul olarak beklenen ekonomik faydalarından ev sahibi devlet tarafından mahrum bırakılması, devlet için açıkça faydalı olmasa bile, yatırımcı açısından aynı derecede önemlidir⁴³⁹.

Metalclad v. Meksika kararındaki dolaylı kamulaştırma tanımı emsal haline gelmiş ve kamulaştırmanın tespitinde neden tasarrufun etkisinin tasarrufun amacına üstün gelmesi gerektiğini açıklamıştır. Buna göre, NAFTA'nın kamulaştırmaya ilişkin 1110. maddesi yalnızca açık ve aleni el atmaları değil yatırımcıyı malvarlığının tamamının veya önemli bir kısmının kullanımından veya bu mala ilişkin makûl ekonomik beklentilerinden yoksun kalma sonucunu doğuracak şekilde mülkün kullanımını etkileyen gizli veya arızı-geçici müdahaleleri de kapsamaktadır⁴⁴⁰. Öğretide bu tanım çok geniş bir kamulaştırma tanımı getirmesi nedeniyle eleştirilmiştir. Son dönemde iki ölçüte yeni bir çıkış noktası getiren bir yaklaşım olarak hakem heyetleri, dolaylı kamulaştırmanın tespitinde ev sahibi devletin aldığı bir

⁴³⁵ *Olguin v. Paraguay*, para. 84.

⁴³⁶ McLachlan/Shore/Weinige, s. 396.

⁴³⁷ *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13.11.2000, para. 64.

⁴³⁸ Enerji Şartı Anlaşması'nın 13. maddesinin 1. fıkrası yatırımların kamulaştırmaya eş etkili eylemlere de maruz kalmayacağını düzenlemektedir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükûmeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın 4. maddesinin 1. fıkrasında da benzer hükümler bulunmaktadır. Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Turkey for the Promotion and Protection of Investments, 15.03.1991. Anlaşma'nın İngilizce metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2355/download>. Anlaşma'nın Türkçe metni için bkz. <https://ticaret.gov.tr/data/5b8aad0513b87616347e6c3f/ingiltere.pdf> (Erişim Tarihi: 08.05.2024).

⁴³⁹ *Metalclad Corp v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30.08.2000 (*Metalclad v. Mexico*), para. 103.

⁴⁴⁰ *Metalclad v. Mexico*, para. 103.

tedbirin uygulanma amacı ile yabancı yatırıma yapılan müdahale arasında ölçülü bir ilişki aramaktadırlar.

Vergilendirmeye ilişkin yatırım uyuşmazlıklarında da benzer ölçütler dolaylı kamulaştırmanın tespitinde kullanılmıştır. Bir tedbirin *prima facie* vergilendirme tedbiri olduğu tespit edildikten sonra, hukuka aykırı bir kamulaştırma olup olmadığına karar verilirken mahkemeler devletin iyiniyetle yaklaşp yaklaşmadığını⁴⁴¹ ve esaslı bir mahrumiyet olup olmadığını incelemişlerdir⁴⁴². Aşağıda dolaylı kamulaştırmanın tespitinde esas alınan tasarrufun etkisi ve tasarrufun amacı yaklaşımları incelenerek vergilendirme tedbirleri bakımından detaylı incelemelere yer verilecektir.

1. Dolaylı Kamulaştırmanın Tespitinde Tasarrufun Etkisi

Yatırımcının yatırımından esaslı ölçüde mahrumiyetinin kamulaştırmanın temel bir bileşeni olduğu yönünde neredeyse bir şüphe yoktur⁴⁴³. Etki doktrinine (veya münhasır etki doktrini) (*the sole effect doctrine*)⁴⁴⁴ göreyse, dolaylı kamulaştırmanın tespitinde dikkate alınması gereken tek ölçüt, tasarrufun yatırım üzerindeki etkisidir⁴⁴⁵. Öğretide bazı yazarlar, bir tedbirin kamulaştırıcı niteliğinin yalnızca mahrum bırakıcı etkisinden kaynaklandığını savunmaktadır⁴⁴⁶. Buradaki esas tartışma, tasarrufun

⁴⁴¹ Bazı mahkemeler bir tedbirin iyiniyetli olup olmadığı değerlendirmesinin yargı yetkisine ilişkin incelemenin bir parçası olduğu görüşündedir. İyiniyetli olmayan tedbirlerin istisna hükümleri kapsamının dışında tutulduğunu belirtmektedirler. Diğer mahkemelerse bu incelemeyi esasa ilişkin bölümde kamulaştırma olup olmadığını belirlerken yapmaktadır. Genel yaklaşım söz konusu anlaşmanın bir vergi istisnasına içermesi halinde ilk yaklaşımın benimsenmesi, istisna içermemesi halinde ikinci yaklaşımın benimsenmesi yönündedir. Bu ayrım esasında oldukça önemlidir, zira ilk yaklaşımın benimsenmesi durumunda tedbirlerin iyiniyetli olması gerekliliği diğer koruma önlemleri için de aranacaktır.

⁴⁴² *Pope & Talbot v. Government of Canada, UNCITRAL, Interim Award, 26.06.2000 (Pope & Talbot v. Canada)*, para 102; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (II)*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5.10.2012 (*Occidental v. Ecuador (II)*), para. 455; *Perenco v. Ecuador*, para. 672; *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, *Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum*, 02.04.2019, para. 422-423.

⁴⁴³ *Pope & Talbot v. Canada*, para. 102.

⁴⁴⁴ Etki doktrinin ortaya çıkışı hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Aniruddha Rajput, **Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration**, Kluwer Law International, 2018, s. 47 vd.

⁴⁴⁵ Rudolf Dolzer, “Indirect Expropriations: New Developments?”, **New York University Environmental Law Journal**, C. 11, S. 1, s. 64-93, 2002, s. 79-80.

⁴⁴⁶ Christie, s. 311; Ben Mostafa, “The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law”, **Australian International Law Journal**, C. 15, s. 267-296, 2008, s.267; Ursula Kribaum, “Expropriation”, **International Investment Law**, (Ed. Marc Bungenberg/Jörn

etkisine odaklanmanın tek ve münhasır kriter olup olamayacağı ya da devletin tedbirleri alma amacının kamulaştırma değerlendirmesine dahil edilip edilmeyeceği noktasında yoğunlaşmaktadır.

Ev sahibi devletin tedbirlerinin dolaylı kamulaştırma boyutuna ulaşması için yatırım üzerinde esaslı bir mahrumiyete sebep olması gerekir. Bu açıdan müdahalenin yoğunluğuna, bir başka deyişle belirli bir eşiği aşp aşmadığına bakılması gerekir. Bu sınır, uluslararası yatırım anlaşmalarında sağlanan korumaya ve/veya uluslararası teamül hukukuna göre değerlendirilecektir⁴⁴⁷. Dolaylı kamulaştırmanın gerçekleşmesi için yatırıma etki eden müdahaleler sonucunda mülkiyet hakkının özü itibarıyla verdiği yetkilerin kullanılamaz hale getirilmesi gerekir⁴⁴⁸.

Normal bir vergilendirmeyi el koyucu vergilendirmeden (*confiscatory taxation*) ayırmak için ne kadarın “çok fazla” olduğu sorusunu cevaplamak gerekir. Vergilendirme sonucu oluşan mahrumiyetin hangi noktada esaslı olarak değerlendirilebileceği cevaplanması zor bir sorudur. Zira, çoğu mükellef, vergi yüklerinin esaslı bir mahrumiyete yol açtığını savunacaktır.

İlk akla gelen, esaslı mahrumiyet için vergi oranının bir kriter olarak belirleyici olmasıdır. Ancak uluslararası hukuk, yüzde 95 veya daha yüksek oranlı bir vergiyi dahi kural olarak yasaklamamaktadır. Örneğin, ABD ve İngiltere’de zaman zaman yüzde 90 ve üzerinde vergi oranları uygulanmıştır⁴⁴⁹. Uluslararası mahkeme ve hakem heyetlerinin içtihatları bir devletin uluslararası hukuka uymak için hangi vergi oranını aşmaması gerektiği konusunda sessizdir. Dolayısıyla vergi oranının esaslı bir mahrumiyet için belirleyici bir kriter olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir⁴⁵⁰.

Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch/Yun-i Kim), C.H. BECK Hart Nomos, s. 950-1030, 2015, s. 995.

⁴⁴⁷ Lazem/Bantekas, s. 107.

⁴⁴⁸ Nalçacıoğlu Erden, s. 259.

⁴⁴⁹ B. W. Harvey, “Constitutional and Legal Protection against Confiscatory Tax - The UK Position”, **Holdsworth Law Review**, C. 13, S. 2, s. 146-156, 1988; Erika Lunder/Robert Meltz/Kenneth Thomas, “Retroactive Taxation of Executive Bonuses: Constitutionality of H.R. 1586 and S. 651”, **Congressional Research Service Report for Congress**, 25.03.2009, https://www.everycrsreport.com/files/20090325_R40466_b3e1b22c9e72b23e24667f6d39536ac9aded01ed.pdf (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

⁴⁵⁰ Arno Gildemeister, “Investment Law and Taxation”, **International Investment Law**, (Ed. Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch/Yun-i Kim), C.H. BECK Hart Nomos, s. 1677 – 1691, 2015 (Investment Law and Taxation), s. 1689.

Vergi oranının değişimine bakmak değerlendirilebilecek bir başka kriterdir⁴⁵¹. Vergi oranını yüzde 75'ten yüzde 80'e çıkaran bir tedbir ile yüzde 10'dan yüzde 80'e çıkaran bir tedbirin etkisi aynı olmayacaktır⁴⁵². Yüksek oranlı bir verginin oranının biraz daha artırılması, çoğu zaman yatırımcılar için esaslı bir mahrumiyet oluşturmaz. Hâlbuki yabancı yatırımcıların tüm meşru beklentilerine rağmen, yüksek oranlı ve tamamen yeni bir vergi aniden ve/veya geriye dönük olarak yürürlüğe konursa, bu esaslı mahrumiyetin oluştuğuna bir gösterge olabilir. Bu noktada, eğer bir yatırımcı, herhangi bir kar veya pazar payı kaybetmeden bu vergileri müşterilerine yansıtabiliyorsa vergi oranının değişimi esaslı mahrumiyetin tespiti için kullanılabilir mi sorusunu sormak gerekir. Bu durumda vergi oranının değişimine bakmak yeterli olmayacaktır. Her halükârda bu kriter, uygulama ve icra tedbirleri söz konusu olduğunda normal ve kamulaştırma boyutuna ulaşan vergilendirme tedbirleri arasında ayırım yapılması için yeterli değildir.

Bu kriterlere alternatif olarak esaslı mahrumiyetin tespiti için yatırımın karlılığına bakılabilir⁴⁵³. Bir vergilendirme tedbiri yatırımın karlılığını ortadan kaldırıyorsa, bu esaslı bir mahrumiyet olarak değerlendirilebilir. Bu yaklaşımın avantajı, uygulama ve icra tedbirlerine de uygulanabilmesidir. Diğer yönden vergi artışı ve yatırım karlılığının kaybı arasındaki bağlantıyı kurmak zordur. Daha temel bir sorun ise, bir şirket vergi artışları nedeniyle zarar etmeye başlarken, daha yüksek kâr marjına sahip rakibinin karlılığını koruyabilmesidir; bu durumda ilk şirkete kamulaştırma tazminatı ödenip ikinci şirkete ödenmemesi adil olmayacaktır.

Bu aşamada, yatırımcıların meşru beklentilerinin (*legitimate expectations*) dolaylı kamulaştırmanın belirlenmesindeki rolüne vurgu yapmak gerekir. Hakem heyetleri, yatırımcıların meşru beklentilerinin ihlal edilmesi halinde devletleri sorumlu tutma eğilimindedir; bununla birlikte, sözleşmeye dayalı bir yükümlölük olmadığı sürece, yatırımcıların hem vergi kanunları hem de bu kanunların uygulanması açısından vergi rejiminin değişmeyeceğine dair meşru beklentilere sahip

⁴⁵¹ Gildemesiter, *Investment Law and Taxation*, s. 1689.

⁴⁵² Dolzer, s. 78.

⁴⁵³ Gildemesiter, *Investment Law and Taxation*, s. 1689.

olamayacakları kabul edilmektedir⁴⁵⁴. Dolayısıyla, devletin vergi kanunlarını değiştirme ve yeni vergi kanunları yapma yetkisi de dahil olmak üzere vergilendirme yetkisi, yatırımcıların devlet tarafından verilen sözleşmesel veya yasal yükümlülükler dışındaki beklentilerinin yerine geçer⁴⁵⁵. Yatırımcıların meşru beklentileri konusu esas olarak adil ve hakkaniyetli muamele standardı bağlamında ele alınmaktadır⁴⁵⁶ ve bu çalışma kapsamında da detaylı olarak ilgili bölümde incelenecektir.

İçtihatlardan esaslı bir mahrumiyetin belirlenmesinde kullanılabilecek bazı tespitler çıkarılabilir. Yatırımların ekonomik değerinden⁴⁵⁷, yatırımlardan yararlanılmasından⁴⁵⁸ esaslı mahrumiyet, yatırımın kullanımına ve yararlanılmasına esaslı müdahale⁴⁵⁹ veya geçici olmayan ve hukuki mülkiyeti önemsiz kılan mülkiyetin temel haklarından mahrumiyet⁴⁶⁰ söz konusu olduğunda esaslı bir mahrumiyet olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki esaslı mahrumiyet yatırımın tamamen veya önemli bir kısmından mahrum bırakılmasıyla oluşabilecektir⁴⁶¹.

Vergilendirme tedbirleri bakımından “esaslı mahrumiyet” kavramının içtihatlarda nasıl ele alındığının kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, vergilendirme tedbirlerine ilişkin önemli bir dava olan *Burlington v. Ekvador* davası ilk olarak incelenmelidir. Petrol fiyatlarındaki artış ve petrol şirketlerinin yüksek karlar elde etmesi üzerine Ekvador hükümeti, petrolün piyasa fiyatını aşan kazançlarının yüzde 50’sinin devlete aktarılmasını öngören 42 sayılı Kanun’u yürürlüğe koymuştur. Bu oran daha sonra 662 sayılı Kararname ile yüzde 99’a çıkarılmıştır.

⁴⁵⁴ *Encana v. Ecuador*, para. 173; *Cargill v. Mexico*, para. 290; *Link-Trading Joint Stock Company v Department for Customs Control of the Republic of Moldova*, UNCITRAL Arbitration, Final Award, 18.04.2002 (*Link-Trading v. Moldova*, Award), para. 86; *El Paso v. Argentine*, para. 295.

⁴⁵⁵ Lazem/Bantekas, s. 128.

⁴⁵⁶ *El Paso v. Argentine*, para. 350-364; *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11.12.2013, para. 527–529.

⁴⁵⁷ *Telenor Mobile Communications AS v Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13.09.2006 (*Telenor v. Hungary*), para. 65.

⁴⁵⁸ *Telenor v. Hungary*, para. 65; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29.05.2003 (*Tecmed v. Mexico*), para. 115.

⁴⁵⁹ *MCI Power Group LC and New Turbine Inc v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31.07.2007, para. 300.

⁴⁶⁰ *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, the Government of the Islamic Republic of Iran et al*, IUSCT, Award No. 141-7-2, 22.06.1984; *Waste Management Inc v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30.04.2004 (*Waste Management v. Mexico*), para. 143.

⁴⁶¹ *Metalclad v. Mexico*, para. 103.

Burlington v. Ekvador kararında hakem heyeti, bir devlet tedbirinin yatırımcıyı yatırımından mahrum bırakması, mahrumiyetin kalıcı olması ve polis gücü doktrini kapsamında hiçbir gerekçesinin bulunmaması halinde kamulaştırma teşkil edeceğini belirtmiştir⁴⁶². Petrol şirketlerinin karlarının önemli ölçüde azaldığını kabul etmesine rağmen Burlington'ın yatırımından ve yatırımından gelir elde etme hakkından önemli ölçüde mahrum bırakılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Burlington'ın vergiyi ödemeyi reddetmesine cevaben yapılan *coactiva*⁴⁶³ petrol hacizleri bile, uygulandıkları vergi tedbirlerine eş zamanlı oldukları için hakem heyet tarafından önemli bir mahrumiyet olarak değerlendirilmemiş; ancak, sadece petrol sahalarının fiziksel olarak ele geçirilmesi temelinde doğrudan kamulaştırma talebi kabul edilmiştir⁴⁶⁴.

Burlington ile ortak girişimin diğer yarısına sahip Fransız şirketi Perenco da aynı tedbirlere karşı Ekvador'a dava açmıştır. *Perenco v. Ekvador*⁴⁶⁵ davasında hakem heyeti, davaya konu vergilendirme tedbirlerinin kamulaştırma teşkil etmediğini belirlemiş, ancak Perenco'nun katılım sözleşmesinden doğan haklarının kamulaştırıldığını ve adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir⁴⁶⁶. Söz konusu vergi tedbirleri dolaylı bir kamulaştırmaya yaklaşmış olsa da sınırı geçememiştir⁴⁶⁷.

Meksika'ya karşı başlatılan yatırım tahkimleri de vergilendirmeden kaynaklanan esaslı mahrumiyetin tespitinde önemli bir kapı açmaktadır. *Feldman v. Meksika* davasında davacının Meksikalı şirketi Corporacion de Exportaciones Mexicanas, SA de CV (CEMSA) sigara ihracatı yapmaktadır. CEMSA, Meksika'dan ihraç ettiği sigaralar için vergi iadesi almakta; bu vergi iadesi hakkı şirketin tek önemli varlığı olarak durmakta ve iade hakkı olmadan kar elde etmesi mümkün gözükmemektedir⁴⁶⁸. Bir süre sonra CEMSA'nın vergi iadesi talebi, faturada vergi miktarının ayrı ayrı ve açıkça belirtilmediği gerekçesiyle fiilen engellenmiştir⁴⁶⁹. Daha sonrasında vergi

⁴⁶² *Burlington Resources v. Ecuador*, para. 506.

⁴⁶³ *Coactiva* idari bir kurumun, Devlet mahkemelerinden bir emir veya yetki almasına gerek kalmadan yükümlülükleri yerine getirebildiği bir süreçtir.

⁴⁶⁴ *Burlington Resources v. Ecuador*, para. 456, 474, 543.

⁴⁶⁵ *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, *Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability*, 12.09.2014 (*Perenco v. Ecuador*).

⁴⁶⁶ *Perenco v. Ecuador*, para. 710.

⁴⁶⁷ *Perenco v. Ecuador*, para. 684.

⁴⁶⁸ *Feldman v. Mexico*, para. 118.

⁴⁶⁹ *Feldman v. Mexico*, para. 15.

kanununda sigaralar için alınan vergi iadelerinin sadece ilk satış için geçerli olacağına dair bir değişiklik yapılmıştır⁴⁷⁰. Bir başka deyişle, bayiler Meksika'daki sigara üreticilerinden veya distribütörlerden sigara satın aldıklarında üreticiler bu ilk satış için vergi iadesi almaya hak kazanacak ancak bayiler daha sonra sigaraları ihraç ettiklerinde vergi iadesi alamayacaklardır.

Bu değişikliklerin ardından CEMSA, Meksika sigaralarını yeniden satma ve ihraç etme işinden çıkmak zorunda kalmış ve söz konusu faaliyetten elde edebileceği potansiyel ekonomik faydalardan tamamen ve kalıcı olarak mahrum bırakılmıştır⁴⁷¹. Buna rağmen, hakem heyeti, vergi tedbirlerinin yatırım (yani CEMSA) üzerindeki etkisinin kamulaştırıcı olmadığına karar vermiş; geçmişte ilgilendiği ve ihracatta hala vergi iadelerinin mevcut olduğu sigara dışı ürünlerin ihracatıyla ticarete devam edebileceği gerekçesiyle kamulaştırma talebini reddetmiştir⁴⁷².

Hükümetler, düzenleyici yetkilerini kullanırken, değişen ekonomik veya sosyal koşullara yanıt olarak yasalarını ve yönetmeliklerini sıklıkla değiştirirler⁴⁷³. Bu değişiklikler, hakem heyetine göre belirli faaliyetleri daha az karlı hale getirebilir ve hatta sürdürülmesini ekonomik olmaktan çıkarabilir⁴⁷⁴. Hakem heyeti, haklı olarak, bu şekilde alınan makul tedbirlere etkilenen her yatırımcının tazminat talep edebilmesinin bu tedbirlerin alınmasını engelleyeceğini vurgulamıştır⁴⁷⁵.

Cargill v. Meksika davasında da davacı, *Feldman v. Meksika* davasındakine benzer bir gerekçeye dayanmıştır. Cargill, alkolsüz içeceklerde kullanılan yüksek früktoz içerikli mısır şurubu (*high fructose corn syrup*) (“HFCS”) ticareti yapmaktadır. Meksika’da bu sektöre neredeyse tamamen ABD’li yatırımcılar hakimdir⁴⁷⁶. Meksika hükümeti, HFCS talebini azaltmak için HFCS içeren ürünlere dolaylı vergi koymuştur⁴⁷⁷. Hakem heyetine göre bu vergi tedbirlerinin Meksikalı şirketlerin çoğunlukta olduğu şeker kamışı endüstrisinin yararına olduğuna ve HFCS

⁴⁷⁰ *Feldman v. Mexico*, para. 21.

⁴⁷¹ *Feldman v. Mexico*, para. 109.

⁴⁷² *Feldman v. Mexico*, para. 108 vd., 142.

⁴⁷³ *Feldman v. Mexico*, para. 112.

⁴⁷⁴ *Feldman v. Mexico*, para. 112.

⁴⁷⁵ *Feldman v. Mexico*, para. 103.

⁴⁷⁶ *Cargill v. Mexico*, para. 106, 207.

⁴⁷⁷ *Cargill v. Mexico*, para. 109.

tedarikçilerini ve üreticilerini etkilediğine şüphe yoktur⁴⁷⁸. Ancak bu tedbirler aynı zamanda Amerikalı yatırımcıları, ABD hükümetini belirli NAFTA yükümlülüklerine uyması için lobi yapmaya zorlamak amacıyla kasıtlı olarak yapılmıştır⁴⁷⁹. Yatırımcıları HFCS alkolsüz içecek tatlandırıcı pazarındaki yatırımlarından mahrum bırakmaya yönelik açık niyete rağmen, hakem heyeti, vergi önlemlerinin verdiği zararın yatırımın belirli işletmeleri üzerinde değil, bir bütün olarak yatırım üzerinde kamulaştırıcı bir etkiye sahip olması gerektiğine karar vermiştir⁴⁸⁰.

Feldman v. Meksika davasında hakem heyetinin kamulaştırma talebini reddederken göz önünde bulundurduğu faktörlerden biri de davacının yatırımını kontrol etmekten mahrum bırakılmaması ve devletin yatırımcı yerine hakim hissedar olarak geçmemesi veya yatırımın iç operasyonlarına müdahale etmemesidir⁴⁸¹. Şirketin kontrolünü elinde bulunduran davacı yatırım aracılığıyla Meksika’da sigara sektörü dışındaki diğer sektörlerde ticari faaliyetini sürdürme potansiyeline sahiptir⁴⁸².

Feldman v. Meksika ve *Cargill v. Meksika* davalarında hakem heyetleri tasarrufun etkisi ve tasarrufun amacı tartışmasına girmiş ve her iki davada da davalı devlet lehine karar vererek ayrımcı vergi uygulamalarına rağmen⁴⁸³ davacıların yatırımları üzerindeki etkilerin kamulaştırma düzeyine varmadığına hükmetmişlerdir⁴⁸⁴.

*Archer Daniels v. Meksika*⁴⁸⁵ davasında da hakem heyeti, 1 Ocak 2002’den 31 Aralık 2006’ya kadar HFCS için dolaylı vergi (tatlandırıcı vergisi) uygulanması nedeniyle davacıların ortak girişim şirketinin (“ALMEX”) uğradığı kar kaybının ve Meksika’daki HFCS satışlarının azalmasından kaynaklanan kar kaybının kamulaştırma boyutuna ulaşmadığına hükmetmiştir⁴⁸⁶. Hakem heyetine göre, vergi, yatırımcıları yatırımlarının temel mülkiyet veya yönetim haklarından mahrum

⁴⁷⁸ *Cargill v. Mexico*, para. 106, 208, 217, 219.

⁴⁷⁹ *Cargill v. Mexico*, para. 208, 220.

⁴⁸⁰ *Cargill v. Mexico*, para. 368.

⁴⁸¹ *Feldman v. Mexico*, para. 142.

⁴⁸² *Feldman v. Mexico*, para. 142.

⁴⁸³ *Feldman v. Mexico*, para. 188; *Cargill v. Mexico*, para. 220.

⁴⁸⁴ *Feldman v. Mexico*, para. 152; *Cargill v. Mexico*, para. 368.

⁴⁸⁵ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc v United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/05/05, Final Award, 21.11.2007 (*Archer Daniels v. Mexico*).

⁴⁸⁶ *Archer Daniels v. Mexico*, para. 246.

bırakmamış, zira ALMEX'in üretim, satış ve dağıtımının kontrolü her zaman yatırımcıların elinde olmuştur⁴⁸⁷.

Link-Trading v. Moldova davasındaysa hakem heyeti, vergi rejimindeki değişiklik ile davacının iş performansındaki düşüş arasında geçerli bir illiyet bağı kurulmadığı sonucuna varmıştır⁴⁸⁸. Değiştirilen Moldova vergi rejimi davacının kayıplarını artırmış olsa da bu sonuç tek başına kamulaştırmanın gerçekleştiğini kanıtlamak için yeterli olmamıştır; zira, çoğu vergilendirme tedbiri işletmeler ve tüketiciler üzerinde maliyet etkisi yaratmakta, bu durumun tek başına kamulaştırmanın tespitinde etkili olması, kamulaştırmayı sınırsız bir kavram haline getirmektedir⁴⁸⁹.

*Goetz II v. Burundi*⁴⁹⁰ davasında ise hakem heyeti, bir yatırımcının sadece beklenen kardan mahrum bırakılmasını değil aynı zamanda bu mahrumiyetin ya yatırımın kontrolünün kaybedilmesine ya da yatırımın amaçsız hale gelmesine yol açması gerektiğini belirtmiştir⁴⁹¹. Bu bağlamda hakem heyeti, Burundi tarafından vergi muafiyetlerinin askıya alınmasının ve diğer tedbirlerin kamulaştırıcı olmadığına zira yatırımın kontrolünün kaybedilmesine veya kullanılmamasına yol açmadığına karar vermiştir⁴⁹².

Yüksek enflasyonla mücadele eden Türkiye için de dikkate değer bir dava olabilecek *El Paso v. Arjantin* davasında, Arjantin, 1998-2002 yılları arasında yaşadığı ekonomik krizin ortasında 2 Ocak 2002 tarih ve 25.561 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun yürürlüğe girmesi de dahil olmak üzere acil durum ve kalkınma amaçları için tedbirler almıştır⁴⁹³. Olağanüstü Hal Kanunu, Arjantin pesosunun ABD doları ile paritesini kaldırarak devalüe etmiş ve Arjantin hükümetine hidrokarbon ihracatı üzerinden vergi alma yetkisi vermiştir⁴⁹⁴. El Paso, stopaj yoluyla ihracat vergisini uygulamak⁴⁹⁵, 2002 yılında enflasyonun yüzde 118'e dayanmasına rağmen

⁴⁸⁷ *Archer Daniels v. Mexico*, para. 245.

⁴⁸⁸ *Link-Trading v. Moldova*, Award, para. 91.

⁴⁸⁹ *Link-Trading v. Moldova*, Award, para. 91.

⁴⁹⁰ *Antoine Goetz and Others & et SA Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, Award, 21.06.2012 (*Goetz II v Burundi*).

⁴⁹¹ *Goetz II v Burundi*, para. 194.

⁴⁹² *Goetz II v Burundi*, para. 196.

⁴⁹³ *El Paso v. Argentina*, para. 95.

⁴⁹⁴ *El Paso v. Argentina*, para. 95.

⁴⁹⁵ *El Paso v. Argentina*, para. 282.

amortisman hesaplanırken enflasyonu dikkate almamak⁴⁹⁶ ve El Paso'nun Arjantin'deki iştiraklerinin yapabileceği vergi indirimlerini sınırlandırmak⁴⁹⁷ olmak üzere Arjantin'in vergilendirme yoluyla kamulaştırmadan üç açıdan sorumlu olduğu konusunda hakem heyetine başvurmuştur. Arjantin, 4 Şubat 1992 tarihli ve 24.073 sayılı Kanun'un amortismanlarla ilgili olanlar da dahil olmak üzere enflasyon düzeltilmesi amacıyla geçerli hiçbir endeksi ve hükmü değiştirmedeğini vurgulamıştır⁴⁹⁸. El Paso ise esasen 1992'den beri kanunda hiçbir değişiklik olmamasına dayanarak Arjantin'in anlaşmayı ihlal ettiğini ifade etmiştir⁴⁹⁹.

Hakem heyeti, stopaj yoluyla konulan ihracat vergilerini kriz zamanlarında alınan makul bir hükümet düzenlemesi olarak değerlendirmiştir⁵⁰⁰. Hidrokarbon ihracatına yüzde 4,76 ile yüzde 16,67 arasında değişen oranlarda uygulanan stopajların⁵⁰¹ El Paso'nun mülkiyet hakları üzerinde sadece sınırlı bir etkiye sahip olduğu⁵⁰², bir kamulaştırma teşkil etmediği ve El Paso'nun stopajlara tabi Arjantinli şirketteki hisselerinin kamulaştırılması anlamına gelebilecek zorunlu bir satışa neden olmadığı vurgulanmıştır⁵⁰³. *El Paso v. Arjantin* davasında da davacılar ev sahibi devletin vergilendirme tedbirleri nedeniyle yatırımlarından mahrum kaldıklarını ve dolayısıyla yatırımlarının kamulaştırıldığını kanıtlayamamışlardır.

Sonuç olarak, uluslararası yatırım hukukunda dolaylı kamulaştırmanın tespiti, özellikle vergi tedbirleri bağlamında karmaşık ve hassas bir dengeyi gerektirir. Hakem heyetleri, yatırımcıların vergi tedbirlerinden kaynaklanan kayıplarının kamulaştırma anlamına geldiği sonucuna şüpheyle yaklaşmaktadır. Bunun nedeni, yatırım anlaşmaları ve çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının, ekonomik kayıplara neden olsa bile devletin vergi politikalarını değiştirme ve uyarlama hakkını tanımasıdır. Özellikle vergilendirmeye ilişkin yatırım uyuşmazlıklarında, sadece nicel kriterlerin, bir kamulaştırmayı belirlemek için yeterli olmayacağı açıktır. Yatırımcının meşru beklentileri, verginin ayrımcı niteliği gibi faktörler normal ve el koyucu vergilendirme tedbirlerini birbirinden ayırmak için dikkate alınmalıdır.

⁴⁹⁶ *El Paso v. Argentina*, para. 283.

⁴⁹⁷ *El Paso v. Argentina*, para. 284-285.

⁴⁹⁸ *El Paso v. Argentina*, para. 287.

⁴⁹⁹ *El Paso v. Argentina*, para. 295.

⁵⁰⁰ *El Paso v. Argentina*, para. 297.

⁵⁰¹ *El Paso v. Argentina*, para. 297.

⁵⁰² *El Paso v. Argentina*, para. 298.

⁵⁰³ *El Paso v. Argentina*, para. 298.

2. Dolaylı Kamulaştırmanın Tespitinde Tasarrufun

Amacı

Tasarrufun amacı ilkesine göre (*the intentions of the state*,⁵⁰⁴ *the purpose (character) of the governmental measure*,⁵⁰⁵⁵⁰⁶ *legitimate public interest*⁵⁰⁷), devletin polis gücü doktrinine (*police powers doctrine*) dayanarak aldığı olağan düzenlemelerden dolayı ev sahibi devletin tazmin yükümlülüğü doğmaz⁵⁰⁸. Polis gücü doktrinine göre, devletin kamu huzurunu, kamu sağlığını ve güvenliğini sağlama konusunda düzenleme yapma yetkisini kullanması *prima facie* hukuka uygundur ve bu nedenle uluslararası kamulaştırma hukuku kapsamında tazminat gerektirmez⁵⁰⁹. Hakem heyetlerinin, polis gücü doktrinine dayanan ve tazmin gerektirmeyen eylemler ile dolaylı kamulaştırma teşkil eden eylemler arasında bir ayırım yapması gerekmektedir.

Uluslararası mahkemelerin ve hakem heyetlerinin polis gücü doktrinini vergilendirmeye ilişkin taleplere karşı bir savunma olarak kabul ettiğine dair çok sayıda örnek bulunmaktadır. Örneğin, *Too v. Greater Modesto Insurance Associates* davasında İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi ("*Iran-United States Claims Tribunal*"), ayrımcı olmaması ve yabancının mülkünü devlete terk etmesine veya yok pahasına satmasına neden olmaması koşuluyla, bir devletin iyiniyetle yapılan genel vergilendirme tedbirlerinden veya polis gücü kapsamında olduğu kabul edilen diğer eylemlerinden sorumlu olmadığını vurgulamıştır⁵¹⁰.

Benzer şekilde *Feldman v. Meksika* davasında hakem heyeti, devletlerin çevrenin korunması, vergi politikalarının düzenlenmesi, devlet yardımlarının

⁵⁰⁴ Anne K. Hoffman, "Indirect Expropriation", **Standards of Investment Protection**, (Ed. August Reinisch), Oxford University Press s. 151-170, 2008, s. 161.

⁵⁰⁵ Cathrine Yannaca-Small, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", **International Investment Law: A Changing Landscape**, OECD Publishing, s. 43-72, 2005 (Indirect Expropriation), s. 64.

⁵⁰⁶ L Yves Fortier/Stephan L Drymer, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor", **Asia Pacific Law Review**, C. 13, s. 79-110, 2005, s. 97.

⁵⁰⁷ Suzy H. Nikiéma, **Best Practices: Indirect Expropriation**, The International Institute for Sustainable Development, 2012, s. 13.

⁵⁰⁸ Fortier/Drymer, s. 85.

⁵⁰⁹ Philip A. Talmadge, "The Myth of Property Absolutism and Modern Government: The Interaction of Police Power and Property Rights", **Washington Law Review**, C. 75, S. 3, s. 847-910, 2000, s. 857.

⁵¹⁰ *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, para. 26.

verilmesi veya kaldırılması, tarife seviyelerinin değiştirilmesi, imar kısıtlamaları getirilmesi ve benzeri yollarla kamu yararına hareket etmekte özgür olduğunu belirtmiştir⁵¹¹.

*Sodexo v. Macaristan*⁵¹² davasında karar kamuya açık olarak yayınlanmamış olsa da bildirilenlerden anlaşıldığı üzere uyuşmazlık, 2011 yılında Macaristan'ın yan haklar sisteminde yaptığı vergi ve mevzuat reformlarına ilişkindir⁵¹³. Davacı, ev sahibi devlet tarafından işletilen şirketlerin daha avantajlı vergi oranlarından yararlanmasına neden olan vergi reformlarının esasen yabancı kupon hizmetleri sağlayıcılarını piyasadan dışladığını ileri sürmüştür⁵¹⁴. Hakem heyeti Sodexo'nun yatırımlarının dolaylı olarak kamulaştırıldığına karar vermiştir⁵¹⁵. Hakem heyetine göre söz konusu tedbirler kamu yararı amacıyla, ayırım yapmadan ve karşılığında hızlı ya da yeterli bir tazminat verilmeden alınmıştır⁵¹⁶.

*Manolium Processing v. Belarus*⁵¹⁷ davası ise hükümet ile Manolium Processing'in bağlı kuruluşu Manolium-E arasında otel inşaatı için yapılan bir sözleşmeye ilişkindir. Hakem heyeti, *Burlington v. Ekvador* davasına atıf yaparak uluslararası hukukun vergilendirme yetkisine iki sınır getirdiğini vurgulamıştır: vergiler müsadere edici ve ayrımcı olmamalıdır⁵¹⁸. Hakem heyeti, vergi kanunlarının kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir diğer faktörün devletin niyeti olduğunu vurgulamıştır⁵¹⁹. Bu nedenle, davacının, devletin yatırımcıya ait bir mülke el koyma amacıyla hareket ettiğini göstermesi gerektiğini belirtmiş⁵²⁰ ve keyfiliğin gösterilmesinin, böyle bir bulguyu güçlendirecek bir unsur olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵²¹.

⁵¹¹ *Feldman v. Mexico*, para. 103.

⁵¹² *Sodexo Pass International SAS v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/14/20, Award (Excerpts), 28.01.2019 (*Sodexo v. Hungary*).

⁵¹³ *Sodexo v. Hungary*, para. 5.

⁵¹⁴ Sheppard, s. 327.

⁵¹⁵ *Sodexo v. Hungary*, para. 249.

⁵¹⁶ *Sodexo v. Hungary*, para. 362, 377.

⁵¹⁷ *OOO Manolium Processing v. The Republic of Belarus*, PCA Case No. 2018-06, Final Award, 22.06.2021 (*Manolium Processing v. Belarus*).

⁵¹⁸ *Manolium Processing v. Belarus*, para. 427-430.

⁵¹⁹ *Manolium Processing v. Belarus*, para. 431-434.

⁵²⁰ *Manolium Processing v. Belarus*, para. 433.

⁵²¹ *Manolium Processing v. Belarus*, para. 435-438.

Davacı, tesisin tazminat ödenmeksizin bedelsiz olarak devredilmesini talep eden yazıları ve bunu kabul etmemesi nedeniyle arsanın izinsiz kullanımı için Emlak Vergisi tahakkuk ettirileceği tehdidinde bulunan bir mektubu kanıt olarak sunmuştur. Hakem heyeti, vergi tedbirlerinin amacının tesislerin bedelsiz olarak devredilmesini sağlamak olduğuna karar vermiştir⁵²². Arsa üstündeki haklarının sona ermesi üzerine Manolium-E, arsanın mülkiyetini belediyeye iade etmek istemiş ancak yetkililer talepleri gerekçesiz olarak reddetmiş ve şirketin çok yüksek vergiler ödemesine neden olmuşlardır⁵²³. Yıllar sonra, belediye söz konusu arsanın kullanımına ihtiyaç duyduğunda iadeyi kabul etmiştir. Mahkeme alınan bu tedbirlerin görünürde herhangi bir meşru amaca hizmet etmeksizin yatırımcıya gereksiz zarar verdiğine ve bu nedenle keyfi olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵²⁴.

Manolium Processing v. Belarus davasında kamulaştırma talebi kabul edilmiş, vergilendirme tedbirleri Belarus makamları tarafından alınan icrai tedbirlerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilmiştir. Hatırlatmak gerekir ki, *Burlington v. Ekvador* davasında ise *coactiva* icra tedbirleri vergilendirme tedbirlerinden ayrı olarak ele alınmıştır⁵²⁵.

Manolium Processing v. Belarus davasındaki vergilendirme tedbirleri sadece gelir üzerinden alınan bir vergi değildir, şirketin değerini düşürecek kadar cezalandırıcı bir tedbirdir ve bir iflas yöneticisi atanmasına neden olmuştur. Bu nedenlerle hakem heyeti, önemli mahrumiyet testinin karşılandığına karar vermiştir. Bu mahrumiyetin yanı sıra, kamulaştırmanın tespitinde belirleyici olan, belediyenin arsanın iade edilmesi yönündeki tekrarlanan talepleri haksız yere reddetmesi ve benzer diğer eylemlerle birlikte uygulanan vergilendirme tedbirleridir. Bu durum, doktrinde ifade edilen ayrımcılık, keyfilik veya istikrar vaadinin ihlali gibi ek bir unsurun aşırı yüksek vergilendirmeyi kamulaştırıcı kılmak için gerekli olduğu fikrini güçlendirmektedir⁵²⁶.

İspanya'ya karşı açılan bir dizi davada İspanya, finansal krizlerden dolayı yenilenebilir enerji desteklerine ilişkin mevzuat değişikliklerine giderek teşvikleri

⁵²² *Manolium Processing v. Belarus*, para. 510.

⁵²³ *Manolium Processing v. Belarus*, para. 483.

⁵²⁴ *Manolium Processing v. Belarus*, para. 464.

⁵²⁵ *Burlington Resources v. Ecuador*, para. 478.

⁵²⁶ Reinisch/Schreuer, s. 91-92.

kaldırmış veya azaltmış ve üretilen elektrik enerjisi değeri üzerinden bir vergi getirmiştir. Bu değişiklikler, yenilenebilir enerji sektöründe faaliyet gösteren yabancı yatırımcılar tarafından bir dizi yatırım davası açılmasına neden olmuştur⁵²⁷. Bu davalar, vergilendirme tedbirlerine tek başına itiraz edildiğinde dolaylı kamulaştırma eşiğinin çok yüksek olduğunu göstermiştir. Çeşitli davacıların kamulaştırma talepleri hakem heyetleri tarafından reddedilmiştir. Davacılar iyiniyet şartının ötesine geçmekte başarısız olmuşlardır.

Örneğin, *Watkins v. İspanya* davasında hakem heyeti, vergi tedbirinin çevre koruma amacıyla değil, devletin mali çıkarları için çıkarıldığını kabul etmişse de bunun da vergilendirme tedbirlerinin bir amacını oluşturduğunu ve kötü niyet oluşturmadığına karar vermiştir⁵²⁸. *Cavalum v. İspanya* davasında ise hakem heyeti, vergilerin iyiniyetli olduğu yönünde bir karine bulunduğunu, kötü niyetin gösterilmesi gibi ağır bir ispat yükünü yerine getirmenin davacıya ait olduğunu ve davacının bu tür bir kanıt sunmadığını vurgulamıştır⁵²⁹. Ayrıca, kötü niyetin ispatlanmış olması durumunda bile mahrumiyet şartının yerine getirilmemiş olacağı belirtilmiştir⁵³⁰. *Eurus v. İspanya* davasında ise hakem heyeti, belirli vergi mükelleflerine eşit olmayan veya orantısız şekilde uygulanan bir verginin bile kötü niyetin kanıtı olmadığını ifade etmiştir⁵³¹.

Dolaylı kamulaştırma ve polis gücü doktrini arasındaki dengeye korumak kritik bir öneme sahiptir. Devletlerin kamu yararına yönelik düzenlemelerinin de yatırımcıların mülkiyet hakkına saygı gösterilerek yapılması gerekir. Devletlerin düzenleyici eylemlerini dolaylı kamulaştırma olarak niteleyebilmek için sadece nicel kriterlerin yetmeyeceği bir önceki bölümde açıklanmıştır. Bu eylemlerin niyetinin de büyük ölçüde önemi bulunmaktadır. Dolayısıyla, devletlerin düzenleyici yetkilerini kullanırken kamulaştırma iddialarına karşı savunma yapabilmeleri için eylemlerin

⁵²⁷ Bu davalardan karara bağlananlar için bkz. *InfraRed Environmental Infrastructure GP Ltd & ors v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/12, Award, 02.08.2019, para. 301; *Watkins Holdings Sàrl and ors v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/44, Award, 21.01.2020 (*Watkins v. Spain*), para. 237–238; *Hydro v. Spain*, para 514; *Cavalum v. Spain*, para 380; *Infracapital F1 Sàrl and Infracapital Solar BV v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/18, *Decision on Jurisdiction, Liability, and Directions on Quantum*, 13.09.2021, para. 340–341; *RENERGY Sàrl v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/14/18, Award, 06.05.2022, para. 476.

⁵²⁸ *Watkins v. Spain*, para. 273.

⁵²⁹ *Cavalum v. Spain*, para. 393.

⁵³⁰ *Cavalum v. Spain*, para. 653.

⁵³¹ *Eurus v. Spain*, para. 427.

kamu yararı amacıyla, ayırım gözetmeksizin ve kötü niyet içermeksizin gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.

Dolaylı kamulaştırma, doğası gereği mülkiyetin el değiştirmedeği ancak devletin bazı düzenlemeleri nedeniyle ekonomik değerinin ortadan kaldırıldığı ya da yatırımcının mülkiyetinden kaynaklanan haklarının kısıtlandığı durumlarda ortaya çıkmaktadır⁵³². Bu nedenle dolaylı kamulaştırma çoğunlukla ev sahibi devletin kamu yararı amacıyla, ayırım yapmaksızın ve usul kurallarına uygun olarak aldığı tasarruflar sonucu oluşmaktadır. Ancak ev sahibi devletler bu tasarrufları için hiçbir zaman bir tazminat vermemektedir. Doktrinde ve hakem kararlarında, bir kamulaştırmanın hukuka aykırı sayılabilmesi için tüm belirtilen koşullara mı yoksa ilk üç koşula mı aykırılığın yeterli olacağı, ilk üç koşula uygun yapılan kamulaştırmanın tazminatın verilmemesi nedeniyle hukuka aykırı hale gelip gelmeyeceği konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır⁵³³.

Vergilendirme tedbirleri dolaylı kamulaştırma bakımından özel bir öneme sahiptir. Ayırmacı bir vergilendirme tedbirinin iki yönlü sonucu olabilir. İlk olarak, kamulaştırmanın tespitinde etki doktrini kabul edilirse, mahrumiyetin esaslı olup olmadığına bakılır ve tedbirin ayırmacı olması bu tespiti etkilemez. Kamulaştırma tespit edildikten sonra tedbirin ayırmacı niteliği hukuka uygunluk sebepleri bakımından değerlendirilir. Ancak, bir vergilendirme tedbirinin kamulaştırıcı olduğu tespit edildikten sonra, devletlerin kamulaştırıcı nitelikteki vergilendirme tedbirleri için bir tazminat vermesi çok olası değildir. Bu durumda, tazminat ödenmesi ile hukuka uygun hale gelebilecek kamulaştırmalar ile tazminat dışındaki şartlara aykırı olan kamulaştırmalar arasında bir ayırım yapılacak, ayırmacı vergilendirme tedbirlerinin tazmini için ayrı bir belirleme yapılması gerekecektir. İkinci olarak, bir vergilendirme

⁵³² Nalçacıoğlu Erden, s. 452.

⁵³³ Şartlardan herhangi birine aykırılığın hukuka aykırılık için yeterli olduğu yönünde bkz. Reinisch/Schreuer, s. 189; Enver Bozkurt/Süleyman Dost, “Devletlerin Yabancı Yatırımcıların Mülkiyet Hakkına Müdahalesine İlişkin Olarak ICSID Tahkim Uygulamasında Ortaya Çıkan Genel Prensipler ve Sonuçları”, **Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi**, C.1, s.1-18, 2005, s. 7; *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 02.10.2006 (*ADC v. Hungary*), para. 246-266; *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6, Award, 22.04.2009, para. 98; *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. 079/2005, Final Award, 12.09.2010 (*RosInvest v. Russia*), para. 631-633. Kamu yararı amacıyla yapılan kamulaştırmanın herhangi bir tazminat ödenmemesine rağmen hukuka uygun bulunduğu, ancak kamulaştırma işleminin sonunda adil bir tazminata hakem heyetinin hükmedebileceği yönünde bkz. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20.05.1992, para. 158-159.

tedbirinin ayrımcı olup olmaması, kamulaştırmanın varlığının tespitinde dikkate alınacak bir kriter olarak kullanılabilir. Bu durumda, vergilendirme tedbiri ayrımcı değilse ve başka sebepler de yoksa tedbir zaten bir kamulaştırma olarak değerlendirilmeyecek ve hukuka uygunluk sebeplerinin incelenmesine gerek kalmayacaktır.

C. Yukos Davası ve Vergilendirme Yoluyla Kamulaştırma

Öğretinin ve kamuoyunun olukça ilgisini çeken ve vergilendirme yoluyla kamulaştırma bakımından devletin sorumluluğunun kabul edildiği nadir davalardan olan *Yukos* davalarını ayrıca ele almak gerekir⁵³⁴. OAO Yukos Oil Company'nin yaklaşık olarak yüzde 70'ini elinde bulunduran üç hissedar, Enerji Şartı Anlaşması'na dayanarak ayrı ayrı Rusya'ya yatırım tahkimi başlatmıştır⁵³⁵. Bu üç dava birlikte görülmüş ve kararları aynı şekilde kaleme alınmıştır⁵³⁶. Bu davalara ek olarak iki küçük hissedar da ayrı ayrı yatırım tahkimi başlatmıştır⁵³⁷. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde de aynı konuya ilişkin dava açılmıştır⁵³⁸.

Esasen bu davaların konusu, Rusya'nın Yukos şirketi, Yukos'a bağlı şirketleri ve yöneticileri aleyhinde aldığı tedbirlere ilişkindir. Yapılan vergi denetimleri sonucunda Rus vergi makamları matrahı yeniden tespit ederek yüksek miktarda vergi tarh etmiş ve cezalar kesmiş, malvarlığına ilişkin ihtiyati tedbir kararları almış ve Yukos'un ana petrol üretim iştirakini kaybetmesine neden olacak şekilde başka bir dizi tedbir almıştır⁵³⁹. Bu tedbirler sonucunda piyasa değeri 33 milyar Amerikan Doları olan, Rusya Federasyonu'nun en büyük, dünyanın BP, Exxon ve Shell'den sonra en

⁵³⁴ *Yukos* davalarındaki kararlar, vergilendirme yoluyla dolaylı kamulaştırma iddialarının reddedildiği çoğu hakem kararına ters düşmektedir. Bu konuda bkz. Arno E. Gildemeister, "Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador: How Much is Too Much: When is Taxation Tantamount to Expropriation?", **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, C. 29, S. 2, s. 315-320, 2014 (Burlington).

⁵³⁵ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18.07.2014; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation, PCA Case No. AA 228, Final Award, 18.07.2014; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18.07.2014 (Yukos Universal v. Russia).*

⁵³⁶ Bu nedenle bu üç karardan bu bölümün devamında kararlara atıf yapılırken *Yukos Universal v. Rusya* kararına atıf yapılacaktır.

⁵³⁷ *RosInvest v. Russia; Quasar de Valores v. Russia.*

⁵³⁸ *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, ECHR, Case No. 14902/04, Award, 20.09.2011; OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, ECHR, Case No. 14902/04, Award, 31.07.2014.*

⁵³⁹ *Yukos Universal v. Russia*, para. 63, 81-105.

büyük dördüncü şirketi Yukos⁵⁴⁰ tamamen yok olmuş, malvarlıkları ise el değiştirmiştir.

Davacılara göre Rusya, Yukos'un bu kadar büyümesini ve Yukos'un üst düzey yöneticisi Mikhail Khodorkovsky'nin muhalefet partilerine verdiği desteği tehdit olarak algılamış ve bu nedenle Yukos'u yok etmeyi hedeflemiştir⁵⁴¹. Rusya ise normalde yüksek miktarda vergi ödemesi gereken Yukos'un Rusya içindeki düşük vergi bölgelerine kurduğu paravan şirketler aracılığıyla vergi kaçırdığını ileri sürmüştür⁵⁴².

2014 yılında karara bağlanan *Yukos Universal v. Rusya* davasında hakem heyeti, davalının düşük vergi bölgelerini kullanmasının hukuki düzeni suistimal edip etmediğini ve Rusya'nın bu kapsamda tahakkuk ettirdiği vergilerin amacının sadece vergi hukukunu meşru olarak uygulamak olup olmadığını değerlendirmiştir⁵⁴³. Bunun için hakem heyeti, tahakkuk eden vergi ve cezaların kaynağını, nasıl tahakkuk ettirildiğini⁵⁴⁴, bunların ödenmesi için verilen süreleri⁵⁴⁵ ve bu sürelere uyulmaması sonucunda alınan tedbirleri⁵⁴⁶ incelemiştir⁵⁴⁷.

Örneğin, Rusya'dan ihraç edilen ürünler KDV'den istisna edilmesine rağmen, vergi makamları, Yukos'un istisna başvurularındaki şekli eksiklikleri gerekçe göstererek başvurularını reddetmiş ve Yukos'un ihraç edilen ürünler için KDV ödemesine karar vermiştir⁵⁴⁸. Ayrıca, Rus Vergi İdaresi, 16 Kasım 2004 tarihinde çıkarttığı bir ödeme emrinde 6,7 milyar Amerikan doları tutarındaki vergi ve cezasının bir günlük vadede ödenmesini talep etmiştir⁵⁴⁹. Rusya, aynı zamanda Yukos'a bağlı şirketlerin gelirlerini Yukos'a isnat ederek ana şirkete vergi tarhiyatında bulunmuştur⁵⁵⁰.

⁵⁴⁰ *Yukos Universal v. Russia*, para. 73.

⁵⁴¹ *Yukos Universal v. Russia*, para. 73.

⁵⁴² *Yukos Universal v. Russia*, para. 78.

⁵⁴³ *Yukos Universal v. Russia*, para. 274, 484, 504.

⁵⁴⁴ *Yukos Universal v. Russia*, para. 596, 599-603.

⁵⁴⁵ *Yukos Universal v. Russia*, para. 559.

⁵⁴⁶ *Yukos Universal v. Russia*, para. 981-985, 1020-1022, 1037.

⁵⁴⁷ Berk Demirkol, "Yatırım Tahkiminde Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışı ve Yukos V Rusya Davasındaki Müterafik Kusur Uygulaması", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 31, S. 3, s. 77-108, 2015 (Yukos), s. 98.

⁵⁴⁸ *Yukos Universal v. Russia*, para. 596. Bu şekilde ödenmesi gereken KDV tutarı 13.59 milyar Amerikan dolarıdır. *Yukos Universal v. Russia*, para. 589.

⁵⁴⁹ *Yukos Universal v. Russia*, para. 559.

⁵⁵⁰ *Yukos Universal v. Russia*, para. 625-627.

Hakem heyeti, Yukos’a tarh edilen vergi ve cezaları inceledikten sonra Rusya’nın bu tedbirleri almaktaki amacının vergi toplamaktan ziyade çeşitli kurumlarıyla birlikte hareket ederek Yukos’u iflasa sürüklemek olduğunu tespit etmiştir⁵⁵¹. Hakem heyeti, iflas sürecinin başlamasında Yukos’un da kusuru olduğunu kabul etmekle beraber⁵⁵², iflas sürecindeki usulsüzlükleri vurgulayarak bu sürecin vergi borçlarını tahsil etmek için değil Yukos’u yok etmek ve varlıklarına el koymak için başlatıldığını değerlendirmiştir⁵⁵³. Bu nedenlerle hakem heyeti Rusya’nın kamulaştırmaya eş değer etkili tedbirler aldığı sonucuna ulaşmıştır⁵⁵⁴. Kamulaştırmayı hukuka uygun hale getiren durumları inceleyen hakem heyeti, Enerji Şartı Anlaşması’nın ihlal edildiği ve Rusya’nın uluslararası sorumluluğunun doğduğu sonucuna ulaşmıştır⁵⁵⁵.

RosInvest v. Rusya davasında da hakem heyeti, vergi denetimlerinin iyiniyetli olmadığını⁵⁵⁶ ve aslında Yukos’u varlıklarından mahrum bırakmayı amaçladığını vurgulayarak söz konusu tedbirlerin dolaylı kamulaştırma teşkil ettiğine karar vermiştir⁵⁵⁷. *Quasar de Valores v. Rusya* davasında da hakem heyeti, Yukos’un vergi borcunun Yukos’un varlıklarına el koymak ve bunları Rosneft’e devretmek için bir

⁵⁵¹ *Yukos Universal v. Russia*, para. 756, 757, 1146.

⁵⁵² *Yukos Universal v. Russia*, para. 1142.

⁵⁵³ *Yukos Universal v. Russia*, para. 1179-1180.

⁵⁵⁴ *Yukos Universal v. Russia*, para. 1580.

⁵⁵⁵ *Yukos Universal v. Russia*, para. 1585. Hakem heyeti Yukos’un düşük vergi bölgelerindeki faaliyetlerinin bazı gerçeklere aykırı ve kurmaca olduğunu, bu işlemlerin Rus mevzuatına aykırı olduğunu belirterek bu faaliyetlerin ve işlemlerin düşük vergi bölgeleri sistemini kötüye kullanmaya yönelik olduğu sonucuna ulaşmıştır. Hakem heyeti Yukos’un paravan şirketlerin kötüye kullanılmasına ve çifte vergilendirme anlaşmalarından yararlanma biçimiyle bir bedel ödemesi gerektiğine karar vererek Yukos’un suistimalinin toplam zarara katkısının %25 oranında olduğunu tespit ederek davalının ödemesi gereken tazminat miktarında %25 indirim yaparak ödenmesi gereken tazminat miktarını 50 milyar Amerikan doları olarak belirlemiştir. *Yukos Universal v. Russia*, para. 1607-1638. Belirtmek gerekir ki bu karar 2016 yılında Lahey Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ancak 2020 yılında Lahey Temyiz Mahkemesi tarafından iptal kararı kaldırılmıştır. Rusya davayı Hollanda Yüksek Mahkemesi’ne taşımış, mahkeme 2021 yılında Rusya’nın temyiz gerekçelerinin çoğunu reddetmesine rağmen tahkim yargılamaları sırasında davacıların hile yaptığı iddiasına dayanarak kararlara itiraz etme hakkının hukuka aykırı bir şekilde engellendiği yönündeki itirazını kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme bu nedenle davayı, konuyla ilgili yeni bir karar vermesi için Amsterdam Temyiz Mahkemesi’ne geri göndermiştir. 20 Şubat 2024 tarihinde verilen kararda ise Rusya’nın itirazları reddedilmiştir. *Judgment of the Hague District Court*, C/09/477160 / HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2, C/09/481619 / HA ZA 15-112, 20.04.2016; *Judgment of the Hague Court of Appeal*, C/09/596260 / KG ZA 20-670, 27.10.2020; *Judgment of the Amsterdam Court of Appeal*, C/09/477160 / HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2, C/09/481619 / HA ZA 15-112, 20.02.2024.

⁵⁵⁶ *RosInvest v. Russia*, para. 497.

⁵⁵⁷ *RosInvest v. Russia*, para. 574.

kılıf olarak kullanılmasının Rusya'nın esas amacının meşru bir şekilde vergi toplamak değil Yukos'u kamulaştırmak olduğu iddialarını desteklediğini belirtmiştir⁵⁵⁸.

Yukos Universal v. Rusya kararında iyiniyete ilişkin inceleme, sadece dolaylı kamulaştırmanın tespitiyle sınırlı olarak kullanılmamıştır. Hakem heyeti, Enerji Şartı Anlaşması'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında yer alan istisna hükmünün yalnızca iyiniyetli vergilendirme tedbirlerine yani devletin gelir elde etme amacına yönelik eylemlerine uygulanacağını belirtmiştir⁵⁵⁹. Buna karşılık, sadece vergilendirme kisvesi altında gerçekleştirilen ancak gerçekte bir şirketin yok edilmesi veya siyasi bir rakibin ortadan kaldırılması gibi tamamen ilgisiz bir amaca ulaşmayı hedefleyen eylemlerin istisna kapsamında kalmadığına karar vermiştir⁵⁶⁰.

Enerji Şartı Anlaşması'nın 21. maddesinin 1. fıkrasının lafzıyla açıkça çelişmesine rağmen hakem heyetinin bu hükümde yer alan vergi istisnasını uygulamaması şaşırtıcı değildir. Rusya tarafından yürürlüğe konan vergi usullerine ilişkin endişe, tüm *Yukos* davalarında dolaylı olarak adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün önemli bir ihlalinin varlığından şüphelenilmesine yol açmış olabilir⁵⁶¹. Bu koşullar altında, vergilendirmeye ilişkin konularda da uluslararası mahkemeler ve hakem heyetleri tarafından asgari koruma standartlarının korunması yerindedir.

Bu bölümde bir kısa sonuç olarak belirtmek gerekir ki hukukun üstünlüğünün ve adil yargılanma hakkının gerektiği gibi uygulanmasını sağlamak için başta kamulaştırmaya karşı koruma olmak üzere temel hakların korunması amacıyla vergi istisnalarının kapsamının daraltılması mümkündür. Ancak bu, ülkelerin vergi denetimlerini, idari ve yargısal usullerini etkin bir şekilde uygulama haklarından mahrum bırakılması anlamına gelmemelidir⁵⁶² zira vergiler doğası gereği bir tür kamulaştırma değil, egemen devletin kamu bütçesinin finansmanı için meşru talebinin ifadesidir.

⁵⁵⁸ *Quasar de Valores v. Russia*, para. 177.

⁵⁵⁹ *RosInvest v. Russia*, para. 1407.

⁵⁶⁰ *RosInvest v. Russia*, para. 1407.

⁵⁶¹ Pistone, s. 34.

⁵⁶² Vergi denetimlerinin hukukun üstünlüğü ilkesine ve adil yargılanma haklarına uygun yapılması gerektiği hakkında bkz. *Ryan v. Poland*.

Yukos davalarıyla ilgili olarak hakem heyetlerinin Enerji Şartı Anlaşması'nı uygularken uluslararası vergi anlaşmaları ile tutarlı ve kapsamlı bir yorum yapmamış olması eleştirilebilir. Zira bu durum, Rusya'nın gerçekten kendi vergilendirme yetkisi alanına giren büyük bir vergi gelirinden mahrum bırakılmış olması sonucuna yol açmıştır. Uluslararası vergi hukukunda uluslararası şirketlere karşı başlatılan BEPS Eylem Planı ve diğer girişimlerle agresif vergi planlaması yapan şirketlerle mücadele çalışmaları devam etmektedir. *Yukos* davalarındaki vakıalar değerlendirildiğinde, *Yukos* bakımından bu tür bir sorunun ortaya çıkabileceği de dikkate değerdir.

Agresif vergi planlaması yapan çok uluslu şirketlere ilişkin endişeler, Rus vergi makamları tarafından uygulanan keyfi usullerin ya da *Yukos*'un çalışma özgürlüğünü etkileyen bir şekilde verilen vergi cezalarının etkisinin yok sayıldığı anlamına gelmemelidir. Vergilendirme sürecinde temel hak ve özgürlüklerin korunması ve modern vergi sistemlerinde vergi cezalarının uygulanması arasındaki ilişki hassas bir dengeyi gerektirir⁵⁶³. Örneğin vergi cezaları yüzde 100'ün çok üzerindeyse⁵⁶⁴ gerçekten de uluslararası yatırım anlaşmaları ile getirilen korumalara uygun hareket edilip edilmediği sorusu gündeme gelebilir. Bu noktada, Kuzey Amerika'da sıklıkla vurgulanan cezaların caydırıcı işlevi ve Avrupa Birliği'nin uluslar üstü hukukunun getirdiği orantılı bir tepki verme ihtiyacı birlikte dikkate alınmalıdır⁵⁶⁵.

Tüm bu bilgiler ışığında *Yukos* davasında yer alan vakıaların ve verilen kararların uluslararası yatırım hukuku ve uluslararası vergi hukuku arasındaki belli noktalardaki kopukluğa dair sembolik bir önemi olduğu söylenebilir. Bu doğrultuda,

⁵⁶³ Luís Eduardo Schoueri/Ricardo André Galendi Júnior, "Chapter 6: Brazil", **The Impact of Bilateral Investment Treaties on Taxation**, (Ed. Michael Lang/Jeffrey Owens/Pasquale Pistone/Alexander Rust/Josef Schuch/Claus Staringer), IBFD, s. 149-176, 2017, s. 167 vd.

⁵⁶⁴ *Oostergesel v. Slovakia* davasında hakem heyeti vergi borcunun yüzde 110'u miktarında verilen vergi cezasını hukuka uygun bulmuştur.

Birçok ülkede vergi cezalarının azami tutarı özellikle ciddi ihlaller söz konusu olduğunda vergi borcunu aşabilmektedir. İspanya ödenmesi gereken verginin yüzde 50 ile yüzde 150 arasında değişen bir aralıkta yaptırım uygulamakta, Fransa yüzde 20 ile yüzde 80 arasında derecelendirmekte ve en ciddi durumlarda 100.000 Euro'ya kadar derhal el koyma hakkı ile yüzde 150'ye ulaşabilmekte, Belçika'da ise cezalar yüzde 10 ile yüzde 200 arasında değişmektedir.

Danimarka, Güney Afrika ve İtalya'da da azami yüzde 200'e ulaşabilmekte, hatta vergi beyannamelerinin verilmemesi durumunda ödenmesi gereken verginin azami yüzde 240'ına kadar çıkılabilmekte ve bu oran varsayımsal olarak belirlenebilmektedir. Ödenmesi gereken verginin asgari yüzde 100'ü ve azami yüzde 300'ü oranında uygulanan İsviçre veya azami vergi cezası oranının ödenmesi gereken verginin yüzde 400'üne kadar ulaştığı Singapur gibi ülkelerde cezalar daha da yüksek olabilir. Pistone, s. 35, dipnot 140.

⁵⁶⁵ Bu konuda genel bir inceleme için bkz. João Dácio Rolim, **Proportionality and Fair Taxation**, Kluwer International, 2013.

yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin, yatırım anlaşmalarını yürürlükteki vergi anlaşmaları ve ulusal vergi kuralları perspektifinde değerlendirerek vergi mükelleflerinin haklarını etkin bir şekilde koruma konusunda önemli bir rolü bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Aşağıda da açıklanacağı üzere BEPS Eylem Planı'nın uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkların yakın gelecekte artabileceği göz önünde bulundurulduğunda, hakem heyetlerinin vergi hukuku bilgilerinin önemi oldukça artacaktır.

D. Uluslararası Vergi Hukukundaki Gelişmelerin Kamulaştırmaya İlişkin Korumalar Karşısındaki Durumu

Uluslararası vergi rejimi, büyük ölçekli bir modernizasyon çabasından geçmektedir. Süreç, 2013 yılında OECD/G20 BEPS Projesini başlatan BEPS Eylem Planı ile başlatılmıştır. Eylem Planı, vergiden kaçınma ve kâr aktarımını engellemeye yönelik temel değişiklikler getirmeyi amaçlamıştır⁵⁶⁶. Projenin önemi 2015 yılında kapsamlı raporların kabul edilmesiyle daha da artmıştır. BEPS 2.0 olarak adlandırılan proje şu anda tüm hızıyla devam etmekte ve dijital ekonomiden kaynaklanan vergi zorluklarıyla ilgili olarak ilk BEPS Projesinin tamamlanmamış yönlerini çözmeyi amaçlamaktadır.

2020 yılında OECD/G20 Kapsayıcı Çerçevesi katılımcıları, dijital ekonominin vergilendirilmesine ilişkin çözüm bekleyen sorunları çözmek için iki sütunlu bir yaklaşımın benimsenmesi konusunda anlaşmaya varmışlardır⁵⁶⁷. Sütun 1 kısaca hasılatı ve karlılığı belirli sınırları geçen çok uluslu şirketlerin karlarının ve vergi haklarının ülkeler arasında daha adil bir şekilde dağıtılmasını hedefler. Bu şirketlerin karını, söz konusu yetki alanlarındaki fiziksel mevcudiyetinden bağımsız olarak, satışların gerçekleştiği yetki alanlarına yeniden dağıtmayı hedefler. Sütun 2'nin amacı ise çok uluslu şirketlerin faaliyet gösterdikleri her bir yetki alanında ortaya çıkan gelir

⁵⁶⁶ OECD, **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**, OECD Publishing, 2013.

⁵⁶⁷ OECD, **Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, Ocak 2020, <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

üzerinden ilgili ülkede asgari düzeyde vergi ödenmesini sağlamaktır. Şu anda OECD/G20 Kapsayıcı Çerçevesine katılan yaklaşık 140 ülke, çok uluslu şirketlerin kârlarını en az yüzde 15'lik bir efektif oran üzerinden vergilendirmeyi kabul etmektedir⁵⁶⁸. Bu anlaymayı uygulamak için Küresel Matrah Aşındırmayı Önleme Kuralları (*Global Anti-Base Erosion* (“**GloBE**”) *Rules*) (“**GloBE Kuralları**”) geliştirilmiştir⁵⁶⁹.

GloBE Kurallarının, asgari vergiyi ya da bunun belirli yönlerini benimsememeye karar veren ülkeler de dahil olmak üzere, tüm ülkeler üzerinde bir miktar etki yaratması muhtemeldir. Bir ülkenin, vergilendirme yetkisinde olan çok uluslu bir şirketi asgari oranda vergilendirmediği durumlarda, ana veya bağlı şirketleri vergilendirme yetkisinde bulunduran diğer ülkeler ilave vergiler uygulayarak asgari vergiyi uygulayabilecektir. Sonuç olarak, katılımcı olmayan ülkeler bile yatırımcılara sağladıkları kurumlar vergisi teşviklerini gözden geçirmek durumunda kalabileceklerdir.

Sütun 2, GloBE Kuralları ve Vergiye Tabi Olma Kuralı (*Subject to Tax Rule*) (“**STTR**”) olmak üzere iki önemli bileşenden oluşmaktadır. Ayrıca ülkelerin Sütun 2'nin uygulanması açısından Nitelikli Yurtiçi Ek Vergi'yi (*Qualified Domestic Minimum Top-up Tax*) (“**QDMTT**”) de iç hukuklarında kabul etmeleri mümkündür.

GloBE iki ana kuraldan oluşmaktadır. Gelire Dahil Etme Kuralı (*Income Inclusion Rule*) (“**IIR**”), geliri düşük oranda vergilendirilen şirketten, nihai ana şirketin, ara ana şirketin ya da kısmen sahip ana şirketin mukim olduğu ülkenin ilave vergi almasıyla efektif vergi oranının asgari yüzde 15'e gelmesini sağlar. Bu kural, kontrol edilen yabancı kurum kurallarına benzer şekilde vergilendirilmemiş karların vergilendirilmesini amaçlar. IIR kapsamına girmek için çok uluslu şirket grubunun önceki dört yılın ikisinde 750 milyon Euro'yu aşan konsolide grup hasılatına sahip olması gerekir. Düşük Vergilendirilen Ödeme Kuralı (*Undertaxed Payment Rule*) (“**UTPR**”) ise bir ülkedeki efektif vergi oranının asgari yüzde 15'in altında olduğu ve fakat IIR'ın da tam olarak uygulanamadığı durumlarda devreye girer.

⁵⁶⁸ <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf> (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

⁵⁶⁹ OECD, **Tax Challenges Arising from Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**, OECD Publishing, 2021.

GloBE Kuralları'nın yanı sıra Sütun 2'nin bir diğer önemli bileşeni olan STTR, gelişmekte olan ülkelerle yapılan belirli çifte vergilendirme anlaşmalarına eklenecek ve gelirin mukim devlette yüzde 9'dan daha düşük bir oranda vergilendirildiği durumlarda, çok uluslu şirketlerin grup içi ödemeleri üzerindeki vergilendirme haklarının bir kısmının kaynak ülkeye yeniden tahsisine imkân sağlayacaktır. Başka bir deyişle, STTR için asgari vergi oranı yüzde 9 olarak belirlenmiş olup nominal vergi oranının yüzde 9'dan az olduğu hallerde kaynak ülke, ilişkili taraflar arasında yapılan yurt dışı ödemelere de ilave stopaj yoluyla vergi uygulayabilecektir. STTR'nin uygulanmasına ilişkin Çok Taraflı Sözleşme hazırlanmış ve 2 Ekim 2023'te imzaya açılmıştır.

GloBE Kurallarına dahil edilen bir diğer unsur ise QDMTT'dir. Söz konusu yurtiçi ek vergi, ülkelere kendi yetki alanlarında kazanılan düşük vergilendirilmiş karları vergilendirmeye öncelik vermeyi amaçlar. Kaynak ülkelerin ilk vergilendirme hakkını korumak maksadıyla QDMTT ülkeler tarafından kabul edilebilir. QDMTT'nin uygulanması bir ülke tarafından tercih edildiği ölçüde bu vergi, GloBE kuralları kapsamında başka bir ülkede ödenecek olan vergi miktarından mahsup edilir. Böylece, GloBE kapsamındaki QDMTT'nin uygulanması ile gelirin elde edildiği ülke için birincil vergilendirme hakkı korunmuş olacaktır.

Özetlemek gerekirse Sütun 2 uyarınca yıllık hasılatı 750 milyon euronun üzerindeki çok uluslu şirketlere yüzde 15 oranındaki efektif kurumlar vergisi uygulanacaktır. Bu noktada, asgari vergiyi kimin ve nasıl alacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Üç GloBE kuralı bu soruyu ele almaktadır. QDMTT'nin benimsenmesi halinde ilave vergi kaynak ülke tarafından toplanacaktır. Aksi takdirde, genel merkezin bulunduğu ülke, ilave vergiyi IIR aracılığıyla toplayacaktır. Her iki kural da uygulanmazsa veya ilave vergiyi tam olarak kapsamazsa, çok uluslu şirketlerin iştirak zincirindeki diğer ülkeler, ilave vergiyi UTPR aracılığıyla toplayabilecektir.

Sütun 2 kurallarının doğrudan yabancı yatırımları çekmek için ülkeler tarafından sunulan tipik vergi teşvikleri, vergi cennetleri, düşük vergi oranları, muafiyetler ve kolaylaştırılmış amortisman rejimleri ile çatışacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Sütun 2 kurallarının yatırım anlaşmalarının vergilendirmeye ilişkin sağladığı

korumaları ihlal etmesi olasıdır⁵⁷⁰. Bu bölümde kamulaştırmaya ilişkin korumalar ile Sütun 2 gereklilikleri arasındaki bazı potansiyel çatışmalar ana hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır.

OECD, 2022’de yayınladığı “Vergi Teşvikleri ve Küresel Asgari Kurumlar Vergisi” raporunda Sütun 2 kuralları ve uluslararası yatırım anlaşmaları arasındaki potansiyel etkileşimi açıkça kabul etmiş⁵⁷¹; ancak herhangi bir hukuki analiz veya daha fazla bir incelemeye yer vermemiştir. Bundan hareketle, OECD’nin yatırımcıları ilgili yatırım anlaşmaları kapsamında ev sahibi devletlere karşı herhangi bir talepte bulunmaktan caydırmaya karar verdiği söylenebilir. OECD’nin 2023 yılında yayınladığı “Çok Uluslu Şirketlerin Vergi ve Yatırımları” başlıklı çalışmaysa Sütun 2 ve uluslararası yatırım anlaşmalarının arasındaki etkileşim konusunda sessizdir. Diğer uluslararası kuruluşların söz konusu meseleleri bir çözüm gerektiren ciddi meseleler olarak algıladıkları⁵⁷² göz önünde bulundurulduğunda OECD’nin yaklaşımı yeterli görünmemektedir.

⁵⁷⁰ Mindy Herzfeld, “Could Bilateral Investment Treaties Kill Pillar 2?”, **Tax Notes International**, 16 Haziran 2023, <https://www.taxnotes.com/tax-notes-today-international/harmonization/could-bilateral-investment-treaties-kill-pillar-2/2023/06/26/7gw8j?highlight=herzfeld> (Erişim Tarihi: 14.05.2024); Peter Hongler/Irma Mosquera/Filip Debelva/Vikram Chand/Julien Chaisse, “UTPR — Potential Conflicts With International Law?”, **Tax Notes International**, 10 Temmuz 2023, <https://www.taxnotes.com/special-reports/digital-economy/utpr-potential-conflicts-international-law/2023/07/07/7gy40> (Erişim Tarihi: 14.05.2024); Catherine Brown/Elizabeth Whitsitt, “Implementing Pillar Two: Potential Conflicts With Investment Treaties,” **Canadian Tax Journal**, C. 71, S. 1, s. 189-207, 2023; Błażej Kuźniacki, Pillar 2 and International Investment Agreements: ‘QDMTT Payable’ Seals an Internationally Wrongful Act” **Tax Notes International**, C. 112, s. 159-177, 2023.

⁵⁷¹ OECD, **Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax: Reconsidering Tax Incentives After the GloBE Rules**, OECD Publishing, 2022. Yüz yirmi paragraftan oluşan bu raporda sadece 21 ve 22. Paragraflar bu konuya ayrılmıştır. OECD sadece uluslararası yatırım anlaşmaları, yatırım uyumsuzlukları ve Sütun 2 uygulamasının dikkate alınarak bu rejimlerin etkileşiminin daha fazla analiz edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

⁵⁷² Örneğin UNCTAD Kasım 2023’te küresel asgari vergilendirme ve yatırım anlaşmalarının etkileşimine ilişkin bir not paylaşmış ve politika seçeneklerine ilişkin bir bilgilendirme yapmıştır. UNCTAD, **The Global Minimum Tax and Investment Treaties: Exploring Policy Options**, 2023, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2023d7_en.pdf (Erişim Tarihi: 14.05.2024). Ayrıca Afrika Vergi İdaresi Forumu yayınladığı yatırımcıların korunması söz konusu olduğunda önemli mali ve politik sınırlamalar olduğunu belirterek üye ülkelerin vergi tedbirlerine itiraz edilmesini önlemek için son derece dikkatli davranmaları ve vergi uzmanlarına danışmaları gerektiğini vurgulamıştır. African Tax Administration Forum, **Understanding the Overlaps Between Trade and Investment Obligations and Tax Measures — Setting a Foundation for Dialogue on the AfCFTA**, 2022, https://events.ataftax.org/includes/preview.php?file_id=198&language=en_US (Erişim Tarihi: 14.05.2024). Ayrıca bkz. Allison Christians/Thomas Lassourd/Kudzai Mataba/Eniye Ogbemor/Alexandra Readhead/Stephen Shay/Zach Pougua Tinhaga, **A Guide for Developing Countries on How to Understand and Adapt to the Global Minimum Tax**, International Institute for Sustainable Development, 2023.

İlerleyen bölümlerde diğer korumalara ilişkin daha farklı sonuçlara ulaşılabilecek olmakla birlikte, genel olarak kamulaştırmaya ilişkin yatırım anlaşmalarında yer alan düzenlemelerin küresel asgari vergi açısından sorun yaratması çok olası gözükmemektedir. Küresel asgari vergi uygulanmasına yönelik tedbirlerin uygulanan vergi oranını yüzde 15'e çıkarması beklenmektedir. Bu vergi düzeyi önceki bölümlerde açıklandığı üzere tedbirlerin esaslı bir mahrumiyet niteliğini kazanması için yeterli sayılmayacaktır. Esasen burada uluslararası düzlemde koordineli bir şekilde yapılan genel vergi oranlarında bir artış ya da vergi avantajlarının geri çekilmesi tedbirlerinin, ev sahibi devletlerin iyiniyetine güçlü bir karine oluşturduğu söylenebilir.

Dolaylı kamulaştırma bağlamında bu kuralların uygulanmasına yönelik dikkate değer bir örnek verilebilir. ABD merkezli çok uluslu bir şirketin dünyanın çeşitli yerlerinde birçok iştiraki bulunduğunu, vergi cennetlerinde biriktirdiği büyük miktarda vergilendirilmemiş kârları olduğunu ve iştiraklerinin bulunduğu ülkelerden yalnızca Güney Kore'nin UTPR uyguladığını varsayalım. Eğer bu şirketin dünya genelinde vergilendirilmemiş kârları en az 1 milyon ABD doları ise Güney Kore bu şirketten 50 bin ABD doları vergi alma hakkına sahip olacaktır. Bu durum ilgili şirketin Güney Kore'deki iştirakinin çok küçük olması durumunda da geçerli olacaktır. Eğer vergilendirme oranı o ülkede elde edilen gelirlerin yüzde 99'undan fazlasına tekabül ediyorsa, fikrimizce, artık bir dolaylı kamulaştırma olduğundan bahsedilebilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kısmi kamulaştırmanın kabul edildiği kararlar dikkate alındığında muaflık belgelerinin iptal edilmesi kamulaştırma olarak sayılabilecektir. Örneğin *Ampal American v. Mısır*⁵⁷³ kararında hakem heyeti, serbest bölgede faaliyet göstermeye yönelik lisansın ayrı olarak kamulaştırılabilecek bir hak olduğuna karar vermiştir⁵⁷⁴. Ancak genellikle hakem heyetleri bu tarz bir lisansın veya sözleşmesel hakkın geri alınmasının yatırımın bütününe etkili olmasını aramaktadır⁵⁷⁵. Bu nedenlerle yatırımcıların, GloBE Kurallarının yerel düzeyde uygulanmasının

⁵⁷³ *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss, 21.02.2012 (Ampal American v. Egypt).*

⁵⁷⁴ *Ampal American v. Egypt*, para. 187.

⁵⁷⁵ Örneğin *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30.11.2012*, para. 6.54 vd.

meşru beklentilerine aykırı olması nedeniyle kamulaştırıcı olduğunu ispatlaması çok mümkün gözükmemektedir.



II. Vergilendirme Bağlamında Adil ve Hakkaniyetli Muamele Yükümlülüğü

Adil ve hakkaniyetli muamele (*fair and equitable treatment*) standardı, uluslararası yatırım hukukunun temel prensiplerinden biri haline gelmiş ve neredeyse tüm yatırım anlaşmalarında düzenlenmiştir. Bu nedenle de yatırım anlaşmalarının “altın kuralı” olarak adlandırılmaktadır⁵⁷⁶. Yatırımcılar başlattıkları yatırım tahkimlerinde sıklıkla adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlal edildiği iddiasını ileri sürmekte ve yatırımcıların lehine sonuçlanan davaların büyük bir kısmı bu yükümlülüğün ihlaline dayanmaktadır. Adil ve hakkaniyetli muamele standardına ilişkin anlaşmalarda yeknesak düzenlemelerin olduğunu söylemek zordur; dolayısıyla standardın kesin ve belirli bir tanımı doktrinde ve içtihatlarda yapılamamıştır. İçeriği sürekli olarak yeni unsurları içerecek şekilde genişlemektedir⁵⁷⁷. Bu da hakem heyetlerinin standardı geniş yorumlanmasına olanak tanımakta ve bu temele dayanan daha çok ihlal kararı verilmesine yol açmaktadır⁵⁷⁸.

Adil ve hakkaniyetli muamele kavramı çok sayıda hukuki kavrama atıfta bulunmakta⁵⁷⁹ ve içeriği ilgili uluslararası yatırım anlaşmasına göre değişebilmektedir. Nitekim, adil ve hakkaniyetli muamele kavramının oldukça muğlak, genel ve esnek

⁵⁷⁶ Salacuse, s. 289.

⁵⁷⁷ Katia Yannaca-Small, “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, **Standards of Investment Protection**, (Ed. August Reinisch), Oxford University Press, s. 111-130, 2008 (FET), s. 111.

⁵⁷⁸ Newcombe/Paradell, s. 255.

⁵⁷⁹ Adil ve hakkaniyetli muameleye ilişkin daha derin bir inceleme için bkz. Stephen Vasciannie, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, **British Yearbook of International Law**, C. 70, S. 1, s. 99–164, 1999; Ioana Tudor, **The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment**, Oxford University Press, 2008; OECD, **Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law**, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing, 2004; Roland Kläger, “**Fair and Equitable Treatment**” in **International Investment Law**, Cambridge University Press, 2011; Christoph Schreuer, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, **The Journal of World Investment & Trade**, C. 6, S. 3, s. 357-386, 2005; Rudolf Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours”, **Santa Clara Journal of International Law**, C. 12, S. 1, s. 7-33, 2014 (FET); Martins Paparinskis, **The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment**, Oxford University Press, 2013; Marc Jacob/Stephan W. Schill, “Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method” **International Investment Law**, (Ed. Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch/Yun-i Kim), C.H. BECK Hart Nomos, s. 700-763, 2015; Patrick Dumberry, **Fair and Equitable Treatment: Its Interaction with the Minimum Standard and Its Customary Status**, Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration, 2018; Fulvio Maria Palombino, **Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles**, Springer, 2017; Kriebaum/Schreuer/Dolzer, s. 186 vd.

olduğu doktrinde belirtilmektedir⁵⁸⁰. Buna rağmen, bu standardın yer aldığı anlaşma hükümleri genellikle ne bir tanıma yer vermekte ne de standardın nasıl uygulanacağına ilişkin bir yol çizmektedir. Dolayısıyla, adil ve hakkaniyetli muamele standardını yorumlamak ve uyuşmazlıklarda ortaya çıkan karmaşık durumlara uygulamak kolay değildir ve standardın uygulanması davaların özel koşullarına bağlıdır⁵⁸¹. Öte yandan belirtmek gerekir ki, adil ve hakkaniyetli muamele standardı, hakem heyetinin *ex aequo et bono* karar verebileceği bir ilke olmayıp hukuki standartlar çerçevesinde somut uyuşmazlığın koşullarını dikkate alarak incelemesi gereken bir ilkedir⁵⁸².

Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, mutlak (*absolute*) ve şarta bağlı olmayan (*non-contingent*) bir standarttır. Somut uyuşmazlığın koşullarına göre belirlenmesi gereken, standardın kendi normatif içeriğidir. Bir başka deyişle, standart, diğer yatırımcılara veya yatırımlara yapılan muameleden bağımsız olarak uygulanmaktadır. Oysa ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus ilkeleri, benzer koşullardaki diğer yatırımlara uygulanan muameleye referansla belirlenen göreceli bir içeriğe sahiptir. Ev sahibi devlet, adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal eden bir muameleyi diğer yatırımcılara da aynı şekilde uyguladığını gerekçe göstererek bu yükümlülükten kurtulamayacaktır⁵⁸³.

Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, birçok hakem kararında incelenmiştir. Değinildiği üzere, bu kararlarda her olaya uygulanabilir bir tanım yer almamaktadır. Fakat yine de adil ve hakkaniyetli muamele standardına ilişkin bazı ortak özellikler içtihatlardan ortaya konulabilir. *Tecmed v. Meksika* kararında hakem heyeti, adil ve hakkaniyetli muamele standardının uluslararası hukukta tanınan iyiniyet ilkesinin bir ifadesi ve parçası olduğunu ancak ihlali için devletin kötü niyetinin gerekli olmadığını tespit etmiştir⁵⁸⁴. *LESI v. Cezayir*⁵⁸⁵ kararında ise hakem heyeti, bu yükümlülüğün, devletin tutarlı, belirsizlikten uzak, şeffaf bir şekilde hareket etmesi; makul ölçüde tedbirli bir yatırımcının ticari bir strateji benimsemesine ve bunu zaman içinde uygulamasına olanak tanıyacak istikrarlı bir ortam sağlaması; keyfi veya ayrımcı

⁵⁸⁰ Salacuse, s. 294; Kläger, s. 3; Jacob/Schill, 702.

⁵⁸¹ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12.10.2005, para. 181.

⁵⁸² Jacob/Schill, s. 703; Reinisch/Schreuer, s. 258; Newcombe/Paradell, s. 275-276; Schreuer, **FET**, s. 365.

⁵⁸³ Tudor, s. 4.

⁵⁸⁴ *Tecmed v. Mexico*, para. 153.

⁵⁸⁵ *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/3, Award, 12.11.2008 (*LESI v. Algeria*).

olmayan bir şekilde ve gücünü kötüye kullanmadan, taahhütlerine uygun olarak hareket etmesi anlamına geldiğini vurgulamıştır⁵⁸⁶.

Hakem heyetlerinin içtihatları değerlendirildiğinde, adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün, yatırımcılara ve yatırımlara keyfi veya ayrımcı şekilde muamele etmekten kaçınmayı, adil yargılanma hakkının ve adalete erişim hakkının ihlaline yol açmamayı, yatırımcılara ve yatırımlara şeffaf ve tutarlı bir şekilde muamele etmeyi, yatırımın yapıldığı hukuki ve ticari çerçevenin kökten değiştirilmesinden ve bir yatırımcının meşru beklentilerini boşa çıkaracak şekilde hareket etmekten kaçınmayı kapsadığı sonucuna varılabilir. Bu unsurların birbirinden ayrı olmadığını, çoğu zaman birbiri ile örtüştüğünü hatta birbirine karıştığını belirtmek gerekir⁵⁸⁷.

Adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü, anlaşmalarda herhangi bir sınırlama olmadığı sürece, elbette ki, vergilendirmeye ilişkin konuları da kapsar. Çoğu yatırım anlaşması, bu standardın vergi konularına uygulanmasını sınırlandırmamakta; hatta bazı anlaşmalar açıkça adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün vergi konularına uygulanacağını öngörmektedir⁵⁸⁸. Bu nedenle, adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün devletlerin vergilendirme yetkisini ne ölçüde çerçevelediğini incelemek gerekir. Bu anlamda derinlemesine bir incelemeye girmeden önce adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü ile uluslararası vergi anlaşmalarında yer alan ayrımcılık yasağı arasındaki ilişkinin irdelenmesi yerinde olacaktır.

⁵⁸⁶ *LESI v. Algeria*, para. 151.

⁵⁸⁷ Salacuse, s. 253.

⁵⁸⁸ Örneğin 16 Ocak 2008 tarihli Japonya-Laos İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 22. maddesinin 2. fıkrasında adil ve hakkaniyetli muamele standardının vergilendirmeye uygulanacağı belirtilmiştir. Agreement Between Japan and the Lao People's Democratic Republic for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, 16.01.2008. Anlaşmanın metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1729/download> (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

1990'ların başında imzalanan Amerikan anlaşmaları da genellikle vergi konularında adil ve hakkaniyetli muamele standardına uyma yükümlülüğünü öngörmektedir. Fakat bu anlaşmalarda yer alan yükümlülüğün daha hafif olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin 6 Ekim 1994 tarihli ABD-Moğolistan İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 11. maddesinin 1. fıkrası uyarınca taraflardan her birinin, vergi politikaları ile ilgili olarak, diğer tarafın vatandaşlarının ve şirketlerinin yatırımlarına adil ve hakkaniyetli muamele edilmesi için çaba göstermelidir. The Treaty Between the United States of America and Mongolia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 06.10.1994. Anlaşma'nın tam metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2029/download> (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

A. Adil ve Hakkaniyetli Muamele Yükümlülüğünün Uluslararası Vergi Anlaşmalarında Yer Alan Ayrımcılık Yasağı ile Karşılaştırılması

Vergilendirmede ayrımcılık yapmama ilkesi Dünya Ticaret Örgütü hukuku, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği hukuku, uluslararası vergi anlaşmaları hukuku ve yatırım hukuku da dahil olmak üzere uluslararası hukukun çeşitli dallarına nüfuz etmektedir⁵⁸⁹. Tüm bu alanları kapsamı mümkün olmayan bu çalışmada bu bölümde kısaca uluslararası vergi anlaşmalarında yer alan ayrımcılık yasağı ile adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü arasındaki ilişki incelenecektir.

Adil ve hakkaniyetli muamele ve milli muamele (*national treatment*) standartları, uluslararası vergi anlaşmalarında yer alan ayrımcılık yasağı (*prohibition of non-discrimination*) ile büyük ölçüde örtüşmektedir. OECD Modelinin 24. maddesi, milli muamele ve adil ve hakkaniyetli muamele standartlarına ilişkin hükümlerin kapsamına da girebilecek durumları ele almaktadır. Ancak vergi anlaşmaları yalnızca belirli ve kesin durumlarda vergi ayrımcılığının ortadan kaldırılmasını kapsamakta, dolaylı veya gizli şekilde yapılan ayrımcılığı kapsamamaktadır⁵⁹⁰. Belirtmek gerekir ki OECD Modelinin 24. maddesi mukimler ile mukim olmayanlar arasındaki vergi yükümlülüğüne ilişkin geleneksel ayrımları dikkate almakta ve bunlara ilişkin getirilecek farklı düzenlemelere karışmamaktadır⁵⁹¹. Maddenin 1. Fıkrası, ikamet açısından aynı koşullarda bulunan mükelleflere uygulanabilecek bir karşılaştırılabilirlik testi ortaya koymaktadır. Dolayısıyla yalnızca mukim olmayanlar tarafından elde edilen gelirlerin stopaj yoluyla vergilendirilmesi vergi anlaşmalarının ayrımcılık yapmama hükümleri kapsamında bir hukuka aykırılık doğurmamaktadır⁵⁹².

Adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü ayrımcılık yasağından daha geniştir ve bir devletin kendi yatırımcılarına veya üçüncü ülke yatırımcılarına kıyasla

⁵⁸⁹ Bu konularda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Gribnau, **Legal Protection against Discriminatory Tax Legislation: The Struggle for Equality in European Tax Law**, Kluwer Law International, 2003; Vincent Sepulchre/Rusen Ergec, **Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal**, Larcier, 2004; Luc Hinneken, **Non-discrimination at the Crossroads of International Taxation**, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, 2008.

⁵⁹⁰ OECD, "Commentary on Article 24", **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017**, OECD Publishing, Paris: 2017 (Commentary on Article 24), para. 1.

⁵⁹¹ OECD, **Commentary on Article 24**, para. 1.

⁵⁹² OECD, **Commentary on Article 24**, para. 7, 78.

ayrımcılık yapmama yükümlülüğüyle sınırlı değildir⁵⁹³. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, nasıl düzenlendiği anlaşılmadan anlaşmaya geçmekle beraber, tipik olarak hukuki istikrar, öngörülebilirlik, tutarlılık, kanunilik, yatırımcının güveninin ya da meşru beklentilerinin korunması, adil yargılanma hakkının korunması, şeffaflık, orantılılık gibi temel ilkeleri kapsar⁵⁹⁴. Milli muamele standardı da ayrımcılık yasağından daha geniştir; dolayısıyla bir vergi anlaşmasında yer alan ayrımcılık yasağına aykırı olmayan ayrımlar milli muamele standardını ihlal edebilir⁵⁹⁵. Örneğin yalnızca mukim olmayanlar tarafından elde edilen gelirlerin stopaj yoluyla vergilendirilmesi vergi anlaşmalarının ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturmazken milli muamele yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebilir.

Bu tartışılanlara benzer bir sorun, yatırım anlaşmaları tarafından sağlanan koruma standartları ile AB hukuku tarafından sağlanan standartlar arasındaki ilişki bağlamında da ortaya çıkmaktadır. Özellikle, *Achmea v. Slovenya*⁵⁹⁶ davasında bu konu detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Hakem heyeti, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 59. maddesi bağlamında bir inceleme yapmıştır⁵⁹⁷. Hakem heyetine göre, bir yatırım anlaşmasında yer alan hak ve yükümlülükler ne AB hukukunda tekrarlanmakta ne de AB hukuku ile uyumsuzluk oluşturmaktadır⁵⁹⁸. Bir yatırım anlaşması ile yatırımcılara sağlanan korumalar, en azından potansiyel olarak, AB hukukunda mevcut olanlardan daha geniştir ve bu korumaların uluslararası yatırım anlaşmalarının merkezinde yer alması, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 59. maddesinin 1. fıkrasının a bendi anlamında AB hukukunun iki taraflı yatırım anlaşmalarını sona erdirdiği anlamına gelmez⁵⁹⁹.

Hakem heyeti, incelemesini yaparken adil ve hakkaniyetli muamele standardı ve AB hukuku kapsamındaki ayrımcılık yasağı arasındaki ilişki üzerinde durmuştur.

⁵⁹³ UNCTAD, **Fair and Equitable Treatment: A Sequel**, United Nations Publication, 2012 (FET), s. 6; Reinisch/Schreuer, s. 346.

⁵⁹⁴ Kriebaum/Schreuer/Dolzer, s. 205 vd. Adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğüne ilişkin içtihatların özeti için bkz. Reinisch/Schreuer, s. 371.

⁵⁹⁵ Robert J. Danon, "The Relation between Investment Treaties and Tax Treaties: Some considerations based on articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", **Dispute Resolution under Tax Treaties and Beyond**, (Ed. Guglielmo Maisto), IBFD, s. 435-478, 2023 (Investment Treaties and Tax Treaties), s. 466.

⁵⁹⁶ *Achmea B.V. (formerly Eureka B.V.) v. The Slovak Republic (I)*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010 (*Achmea v. Slovakia*).

⁵⁹⁷ *Achmea v. Slovakia*, para. 232 vd.

⁵⁹⁸ *Achmea v. Slovakia*, para. 245.

⁵⁹⁹ *Achmea v. Slovakia*, para. 245.

Hakem heyetine göre, adil ve hakkaniyetli muameleye ilişkin yatırım anlaşmasının sağladığı koruma, tam anlamıyla ayrımcılık yasağı kapsamında yer almamaktadır⁶⁰⁰. Davalı devlet, AB hukukunda adil ve hakkaniyetli muamele standardına aykırı bir uygulamanın açıkça yasaklanmadığını iddia etmemiştir⁶⁰¹. Hakem heyeti de ayrımcılık yapmama, orantılılık, meşru beklenti gibi kavramlardan bağımsız olarak böyle bir ilkenin AB hukukunda henüz yerleşmiş olduğu sonucuna varmamıştır⁶⁰².

Hakem heyeti, bir tedbirin uyuğa veya başka herhangi bir ayırt edici özelliğe bakılmaksızın herkese uygulanmasına rağmen yine de haksız ve adaletsiz olabileceğini belirtmiştir⁶⁰³. Nitekim, sabit oranlı bir kurumlar vergisi buna bir örnek olarak gösterilmiştir⁶⁰⁴. Bu nedenle, adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlal edildiğine dair her iddianın ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir⁶⁰⁵.

Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 59. maddesinin 1. fıkrasının b bendi kapsamında da bir inceleme yapan hakem heyeti, uluslararası yatırım anlaşmaları ile AB hukuku arasında bir uyumsuzluk (*incompatibility*) olup olmadığını incelemiştir. Bu bağlamda, sadece yatırım anlaşmalarında sağlanan korumaların AB hukukundakilerden daha geniş olması nedeniyle bir uyumsuzluğun ortaya çıkmayacağını belirtmiştir. Uyumsuzluk testini Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 30. maddesi bakımından da uygulayan hakem heyeti, yatırım anlaşmalarındaki yükümlülüklerin, AB hukukunu ihlal etmeden yerine getirilebileceğini vurgulamıştır⁶⁰⁶.

Aynı ilkeler, özellikle adil ve hakkaniyetli muamele ve milli muamele standartları başta olmak üzere, bir uluslararası yatırım anlaşmasında yer alan koruma standartlarının çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasında yer alan ayrımcılık yasağı ile arasındaki ilişkisi için de geçerli olmalıdır. Bu bağlamda, adil ve hakkaniyetli muamele standardı, ev sahibi ya da kaynak devlete bir vergi anlaşması kapsamındaki

⁶⁰⁰ *Achmea v. Slovakia*, para. 250.

⁶⁰¹ *Achmea v. Slovakia*, para. 250.

⁶⁰² *Achmea v. Slovakia*, para. 250.

⁶⁰³ *Achmea v. Slovakia*, para. 251.

⁶⁰⁴ *Achmea v. Slovakia*, para. 251.

⁶⁰⁵ *Achmea v. Slovakia*, para. 251.

⁶⁰⁶ *Achmea v. Slovakia*, para. 254.

ayrımcılık yapmama yasağından daha geniş bir yükümlülük yükleyecektir. Dolayısıyla bu ikisi arasında herhangi bir uyumsuzluk ortaya çıkmayacaktır. Çünkü böyle bir durumda ev sahibi devlet, her iki anlaşma yükümlülüklerine de uymaya devam edecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, yatırım anlaşmalarında yer alan koruma standartlarının vergi sistemleri tarafından yapılan geleneksel ayrımları engelleyip sınırlayabileceği durumların ortaya çıkması kaçınılmazdır ve politik endişelere yol açabilir. Bu durum, anlaşma yorumunun veya uyumsuzluk testinin cevaplaması gereken bir sorun değildir; daha ziyade, yatırım anlaşmaları ve vergi anlaşmalarının olası koordinasyon seçeneklerini gündeme getirmelidir⁶⁰⁷.

B. Vergilendirmeye İlişkin Konularda Yatırımcıların Meşru Beklentileri

Hakem heyetleri, yatırımcıların meşru beklentilerinin korunmasının, adil ve hakkaniyetli muamele standardının baskın unsuru⁶⁰⁸, en önemli işlevi⁶⁰⁹, temel mihenk taşı⁶¹⁰ ve merkezi bir yönü⁶¹¹ olduğuna atıfta bulunmaktadır. Birçok davada, getirilen yükümlülüğün düzenleyici çerçevenin “esnek” kararlı⁶¹² olmasını gerektirdiği ve meşru beklentilerin ihlali ile düzenleyici değişiklikler arasında bir dengenin⁶¹³ kurulması gerektiği kabul edilmiştir⁶¹⁴. Vergilendirmeye ilişkili uyuşmazlıklarda da yatırımcılar, genellikle vergilendirme ortamının istikrarlı kalacağına dair meşru beklentilerinin vergilendirme tedbirleri ile ihlal edildiğini ve dolayısıyla ev sahibi devletin adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmektedirler.

Her ne kadar yatırımcılar meşru beklentilerinin ihlal edildiğini sıklıkla ileri sürseler de vergi tedbirleriyle ilgili olarak bunun ispatı oldukça zordur ve çok az yatırımcı bu temelde başarılı olabilmıştır. Bunun nedeni, vergilendirme yetkisinin devletin mali egemenliğinin içerdiği yetkilerin en önemlilerinden biri olmasının yanı

⁶⁰⁷ Danon, *Investment Treaties and Tax Treaties*, s. 470 vd.

⁶⁰⁸ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17.03.2006 (Saluka v. Czech Republic)*, para. 302.

⁶⁰⁹ *Electrabel v. Hungary*, para. 7.75.

⁶¹⁰ *El Paso v. Ecuador*, para. 339.

⁶¹¹ *Perenco v. Ecuador*, para. 560.

⁶¹² Doktrinde “soft regulatory stability” şeklinde ifade edilmektedir. Federico Ortino, “The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come?”, *Journal of International Economic Law*, C. 21, S. 4, s. 845–865, 2018, s. 845.

⁶¹³ *El Paso v. Ecuador*, para. 358.

⁶¹⁴ *Micula v. Romania (I), ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11.12.2013*, para. 520.

sıra, yabancı bir yatırımcının ev sahibi devletteki vergi rejiminin yatırım süresince değişmeyeceğine dair meşru bir beklentiye sahip olmayacağını kabul edilmesidir⁶¹⁵. Sadece vergilerle sınırlı olmamakla birlikte, meşru beklentiler doktrini giderek yatırımcılar için daha katı bir hale gelmektedir. Hakem heyetleri, yatırımcıların vergi düzenlemelerinde değişiklik olmayacağına dair meşru bir beklentiye sahip olmaları için genellikle ev sahibi devletten doğrudan bir taahhüt almasını şart koşmaktadır⁶¹⁶. Bu doğrultuda, devlet ve yatırımcı arasındaki bir sözleşmeden kaynaklanan, devletin tek taraflı eylemlerinden kaynaklanan ve yasal ve düzenleyici çerçeveye dayanan meşru beklentiler olmak üzere konu, üç başlık altında incelenecektir.

1. Devlet ve Yatırımcı Arasındaki Sözleşmeden

Kaynaklanan Meşru Beklentiler

Sözleşmeler, hukuki istikrarın ve öngörülebilirliğin oluşturulmasına yönelik temel araçlardan biridir. Bu nedenle bir sözleşmeye dayanan beklentilerin yüksek düzeyde korunması gerekir ve bu beklentilerin sağlanmaması adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlaline yol açabilir⁶¹⁷. Ev sahibi devletin kamu gücünü ve düzenleme hakkını kullanarak oyunun kurallarını tek taraflı olarak değiştirmesi, özellikle sözleşmenin uygulanması için gerekli izinlerin verilmemesi gibi durumlar, meşru beklentilerin ihlalini oluşturabilir⁶¹⁸. Genel yaklaşım, sözleşmelerin içerisinde bir istikrar kaydı bulunmadığı sürece sözleşme ihlallerinin tek başına uluslararası hukuku ihlal etmeyeceği yönündedir⁶¹⁹.

Yatırımcılar ve ev sahibi devletler, özellikle petrol, gaz ve madencilik gibi bazı ekonomik sektörlerde, imtiyaz sözleşmeleri başta olmak üzere yatırım sözleşmeleri imzalamaktadır. Bu sözleşmelerde ev sahibi devlet, genellikle belirli bir süre için kanunlarda veya vergilerde değişiklik yapılmayacağını, yapılacaksa da bu değişikliklerin söz konusu yatırımcıya uygulanmayacağını veya yatırımcının bu değişiklikten kaynaklanan önemli ekonomik zararlarının tazmin edileceğini garanti

⁶¹⁵ Sheppard, s. 329.

⁶¹⁶ Reinisch/Schreuer, s. 500-524.

⁶¹⁷ Kriebaum/Schreuer/Dolzer, s. 214-215.

⁶¹⁸ *Vivendi v. Argentine*, para. 7.4.31.

⁶¹⁹ Teerawat Wongkaew, **Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance**, Cambridge University Press, 2019, s. 83-84. Karaoğlu, s. 163.

eder⁶²⁰. Sözleşmeden doğan bu tür bir yükümlülüğe uyulmaması, uluslararası yatırım hukukunda hukuki istikrarsızlığın en somut örneklerinden birini oluşturur⁶²¹. Nitekim, kamu otoritesi tarafından üstlenilen sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlalinin, adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali anlamına geldiği içtihatlarda kabul edilmektedir⁶²². Vergi istikrarını garanti eden bir sözleşme taahhüdünü ihlal eden ev sahibi devletin adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilecektir.

Vergi istikrar kayıtlarının her bir olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bilindiği üzere vergi hukukunun uygulaması her zaman açık ve kesin olmamakta ve farklı yorumlara yol açabilmektedir. İstikrar taahhüdünün verildiği tarihte bir vergi kuralının çeşitli yorumları mevcutsa, yatırımcının gelecekte bu kuralın kendi lehine olacak şekilde yorumlanacağına dair bir güvencesi yoktur. Öte yandan, oturmuş bir idari uygulamanın mevcut olduğu ve istikrar kaydının geniş bir şekilde formüle edildiği durumlarda idarenin vergi kanunlarına ilişkin yorumunun aniden yön değiştirmesi, yatırımcının meşru beklentilerine aykırı olabilir⁶²³. *Duke Energy v. Peru*⁶²⁴ kararında hakem heyeti, vergi istikrar kaydının yatırımcıyı sadece kanundaki beklenmedik değişikliklere karşı değil, aynı zamanda içtihatlardaki veya idari uygulamalardaki ani değişikliklere ve vergi kanunlarının öngörülme ve keyfi yorumlarına karşı da koruduğunu değerlendirmiştir⁶²⁵.

Devletin bir yanda ortak yüklenici diğer yanda kamu otoritesi olarak yer aldığı durumlarda, haksız muamelenin oluşması için devletin bir istikrar kaydı veya diğer bir

⁶²⁰ İstikrar hükümleri hakkında bkz. Constantine Partasides QC/Lucy Martinez, “Of Taxes and Stabilisation”, **The Guide to Energy Arbitrations**, (Ed. Doak Bishop/Gordon E. Kaiser), 3rd ed., s. 68-84, 2019; Peter D Cameron, “Stabilization and the impact of changing patterns of energy investment”, **The Journal of World Energy Law & Business**, C. 10, S. 5, s. 389-403, 2017; Audley William Sheppard/Antony Crockett, “Chapter 14: Are Stabilization Clauses a Threat to Sustainable Development?”, **Sustainable Development in World Investment Law**, (Ed. Marie-Claire Cordonier Segger/Markus W. Gehring/ Andrew Newcombe), Kluwer Law International, s. 333-350, 2011.

⁶²¹ Gildemeister, **L’arbitrage des differends fiscaux**, s. 312.

⁶²² *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Award, 22.03.2003, para. 48; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11.09.2007, para. 344; *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27.12.2010 (*Total v. Argentine*), para. 117.

⁶²³ Paul B. Stephan, “Comparative Taxation Procedure and Tax Enforcement”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, (Ed. Stephan W. Schill), Oxford University Press, s. 599-624, 2010, s. 602.

⁶²⁴ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18.08.2008 (*Duke Energy v. Peru*).

⁶²⁵ *Duke Energy v. Peru*, para. 227.

sözleşme vaadini ihlal etmesi gerekmez. Örneğin, *Occidental v. Ekvador* davasında, devletin vergi konularında kamu gücünü kullanarak sözleşmeye dayalı dengeyi tek taraflı olarak değiştirebildiği görülmüştür⁶²⁶. Sözleşme ilişkisine yasa koyucunun yapabildiği bu tür bir müdahale, sözleşmeye aykırılık teşkil etmese bile, adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali olarak değerlendirilebilecektir⁶²⁷.

Ev sahibi devletin belirli ekonomik sektörleri özelleştirdiği durumlarda da adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali gündeme gelebilir. Bu özelleştirme, devlete ait şirketlerin piyasa değerini yansıtan bir fiyattan satılması ya da yabancı yatırımcılarla hissedarlık sözleşmeleri imzalanması şeklinde olabilir. Genellikle ilgili sektörde fiyatların yükselmesi veya hükümet değişikliğinin ardından ev sahibi devlet, müzakere edilen fiyatın yatırımcılar için çok uygun olduğunu veya ilgili sektörde yabancı grupların varlığının siyasi olarak uygun olmadığını düşünebilir. Bu durumda hükümet, olağanüstü ve öngörülemeyen karları (*windfall profits*) gerekçe göstererek doğal kaynaklar üzerindeki egemenliğine ve mali egemenliğine başvurarak vergileri önemli ölçüde artırmaya karar verebilir⁶²⁸. Elbette ki, bir devletin doğal kaynaklarının işletilmesinden fayda sağlamak istemesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak, devletin işletme risklerini üçüncü tarafa yüklediği bu tür özelleştirmelerde, yalnızca işlerin iyi gitmesi halinde ek kar elde etmek için böyle bir talepte bulunması adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali anlamına gelmelidir⁶²⁹.

2022 yılında bazı devletler, Rusya'nın Ukrayna'yı işgalini takiben petrol ve gaz fiyatlarındaki artışın sonucu olarak süper kar eden enerji şirketlerin beklenmedik kazançlarına vergi (*windfall taxes*) uygulamıştır. Örneğin, 26 Mayıs 2022'de uygulamaya konulan Birleşik Krallık Enerji Kârları Vergisi ile yüzde 40'lık kurumlar vergisi oranına ek olarak kârlar üzerinden yüzde 25 oranında bir vergi alınması öngörülmüştür. Bu oran, 1 Ocak 2023'ten itibaren yüzde 35'e yükselmiştir. Son

⁶²⁶ *Occidental v. Ecuador*, para. 117 vd.

⁶²⁷ Alman hukuku gibi bazı hukuk sistemlerinde bu tür bir davranış da sözleşmeden doğan ikincil yükümlülüğün ihlali (*Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht*) olarak yorumlanabilir. Gildemeister, *L'arbitrage des differends fiscaux*, s. 313.

⁶²⁸ Bu konuda örnekler için bkz. Wolfgang Peter, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Kluwer Law International, 2nd ed., 1995. Ayrıca bkz. Abba Kolo, "Fat Cats and 'Windfall' Taxes in the Natural Resources Industry: Legal and Political Analysis in the light of Modern Investment Treaties", *A Liber Amicorum: Thomas Wälde - Law Beyond Conventional Thought*, (Ed. Jacques Werner/Arif Hyder Ali), CMP Publishing, s. 99-120, 2009.

⁶²⁹ Aynı yönde bkz. Thomas W. Wälde/Abba Kolo, "Renegotiating Previous Governments' Privatization Deals: The 1997 U.K. Windfall Tax on Utilities and International Law", *Northwestern Journal of International Law & Business*, C. 19, s. 405-424, 1999, s. 424.

yıllarda, beklenmedik kazançlar üzerine konulan vergiler ile ilişkili olarak başlatılan yatırım tahkimleri konusunda ayrıntılı bilgiye sahip olunmamakla birlikte, daha önceki yıllarda benzer davaların genellikle yatırımcıların aleyhine sonuçlandığını belirtmek gerekir⁶³⁰.

Son olarak vurgulamak gerekir ki, meşru beklentiler, bir sözleşmenin akdedilmesinden önce de ortaya çıkabilir. Özellikle sözleşme görüşmeleri sırasında kurulan güven ilişkisi, yatırımcının meşru beklentilerini şekillendiren önemli bir faktördür. Ev sahibi devletin tutarsız eylemleri nedeniyle sözleşme görüşmelerinin birkaç yıl boyunca uzadığı ve yatırımcının devletin beyan ve güvencelerine güvendiği *PSEG v. Türkiye* davası, bu durumu açıkça göstermiştir⁶³¹. Hakem heyetine göre, devletin tutarsız ve çelişkili davranışları, yatırım anlaşmasının ihlaline temel oluşturabilecektir⁶³². Bu bağlamda, yaratılan beklenti ve ortaya çıkan yükümlülükler gelecekteki bir sözleşmeye ilişkin olduğundan bu ilişkinin de sözleşmeye dayanan bir meşru beklenti oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

2. Devletin Tek Taraflı Eylemlerinden Kaynaklanan Meşru Beklentiler

Devletlerin geleceğe yönelik belirli bir hukuki yükümlülük doğuran tek taraflı eylemleri, yatırımcıların meşru beklentilerinin oluşmasına neden olabilir⁶³³. Bu tür bir yükümlülük, genellikle kanunlardan veya düzenleyici işlemlerden kaynaklanır; örneğin ev sahibi devlet, yabancı yatırımcıları çekmek amacıyla serbest veya düşük vergili bölgeler oluşturabilir veya belirli sektörler için vergi muafiyeti rejimleri getirebilir. Bu düzenlemeler, yatırımcıların belirli ekonomik faaliyetler için öngörülebilir bir yatırım ortamı bulmalarını sağlayarak yatırımcıların meşru beklentilerini şekillendirir.

⁶³⁰ *Burlington v. Ecuador; Perenco v. Ecuador; Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, Award on Jurisdiction and Liability, 28.04.2011 (Paushok v. Mongolia).*

⁶³¹ *PSEG v. Türkiye*, para. 254.

⁶³² *PSEG v. Türkiye*, para. 256. Ayrıca aynı yönde bkz. *Metalclad v. Mexico*, para. 85; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25.05.2004*, para. 163.

⁶³³ *Total v. Argentina*, para. 117.

Total v. Arjantin davasında hakem heyeti, Arjantin kanun veya kararnamelerinin yeni ihracat vergileri getirme konusunda açık veya zımni bir feragat içermediğine işaret ederek bu hipotezi örneklendirmiş⁶³⁴ ve zımni feragatin, hukuki çerçevenin ileriye dönük niteliğinden kaynaklanabileceğini belirtmiştir⁶³⁵. Hakem heyetine göre, geleceğe yönelik belirli bir yükümlülük, devlet tarafından belirli bir yatırımcıya sağlanan bir dizi haktan kaynaklanır⁶³⁶. Örneğin bir yatırımcıya talebi üzerine verilen lisanslar, izinler, vergi muafiyeti belgeleri veya vergi hukukunun yorumlanmasına ilişkin verilen beyan ve bilgiler bu kapsamda değerlendirilecektir. Hakem heyeti, *Tierre del Fuego*'da kurulan serbest bölgenin yatırımcılarda meşru bir beklenti oluşturmayacağını vurgulamıştır.

Kanunlar, düzenleyici işlemler ve beyanlar, bir sözleşmeden farklı olarak, eşit şartlarda işlem yapan taraflar arasında yapılmaz; tek taraflı işlemlerdir. Bu durum, devletin bunları ne ölçüde serbestçe geri alabileceği sorusunu gündeme getirmektedir. Tek taraflı işlemlerin yatırımcılar açısından meşru beklentilere yol açabileceği artık kabul edilmiş görünmektedir. Örneğin, *Biwater Gauff v. Tanzania*⁶³⁷ davasında hakem heyeti, herhangi bir gerekçe olmaksızın KDV istisnasının iptal edilmesinin yatırımcının meşru beklentilerine aykırı olduğuna karar vermiştir⁶³⁸.

Devletlerin tek taraflı eylemlerinin yatırımcılarda hangi temelde meşru beklenti oluşturduğuna dair farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş bu sonucu söz konusu eylemlerin sözleşmelere benzetilmesinden çıkarırken bir diğer görüş daha ziyade uluslararası hukukta devletlerin tek taraflı eylemleri teorisine dayanmakta ve devletin kendisini bağlama yönündeki açık iradesini belirleyici olarak görmektedir⁶³⁹. Bu konuda ilk yaklaşım, davacının yatırım izninin iptal edilmesinin bir sözleşme ihlali olarak nitelendirildiği *Amco Asia v. Endonezya*⁶⁴⁰ davasında benimsenmiştir. Hakem heyeti, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi sözleşmeye benzer, kendine özgü bir ilişki olarak tanımlamıştır⁶⁴¹. Özellikle, yetkilendirme prosedürü aracılığıyla iki tarafın

⁶³⁴ *Total v. Argentina*, para. 440.

⁶³⁵ *Total v. Argentina*, para. 122, 440.

⁶³⁶ *Total v. Argentina*, para. 117.

⁶³⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24.07.2008 (*Biwater Gauff v. Tanzania*).

⁶³⁸ *Biwater Gauff v. Tanzania*, para. 407.

⁶³⁹ *Gildemeister, L'arbitrage des differends fiscaux*, s. 316.

⁶⁴⁰ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20.11.1984 (*Amco Asia v. Indonesia*).

⁶⁴¹ *Amco Asia v. Indonesia*, para. 189

karşılıklı yükümlülükler altına girdiğini⁶⁴² ve yetkilendirmenin iptalinin yalnızca Endonezya hukuku tarafından açıkça tanımlanan durumlarda mümkün olduğunu belirtmiştir⁶⁴³. Bu bağlamda, yatırımcıya verilen izin, yatırımcı için istikrarlı ve öngörülebilir bir çerçeve belirlemekte ve bu çerçeve de devletlerin tek taraflı eylemlerine dayanan meşru beklentilerinin sözleşmeye dayanan meşru beklentilere benzetilmesini haklı çıkarmaktadır. Bu yaklaşım yakın tarihli kararlarda da benimsenmiştir.

İçtihatlarda, devletin adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal edip etmediğini belirlemek için yatırımın yapılmasından önce oluşan beklentilerin dikkate alınması önerilmiştir⁶⁴⁴. Bu görüşe göre, ev sahibi devletin hukuki çerçevesi yatırımın nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu önerme, meşru beklentilerin tamamen tek taraflı eylemlere de dayandırılabilceği daha modern bir anlayışla zenginleştirilmiştir. Bu ikinci eğilim, Uluslararası Adalet Divanı'nın önemli kararlarında yer alan⁶⁴⁵, doktrin⁶⁴⁶ ve devlet uygulamalarında⁶⁴⁷ desteklenen uluslararası hukuktaki devletlerin tek taraflı eylemleri teorisinden esinlenmektedir⁶⁴⁸. Bu teorinin ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki ilişkiye doğrudan uygulanıp uygulanmayacağı şüpheli olsa da⁶⁴⁹ benzer gerekçelere bazı kararlarda rastlamak mümkündür. Bu görüşe göre, devletin

⁶⁴² Bir yandan yatırımcının yatırım yapma ve belirli yükümlülükler boyuna eğme kararı ile diğer yandan iznin verilmesi arasındaki bu sinallagmatik bağı göz önünde bulunduran hakem heyeti, iznin yalnızca daha önce belirtilen durumlarda iptal edilebileceği sonucuna varmıştır.

⁶⁴³ *Amco Asia v. Indonesia*, para. 191.

⁶⁴⁴ *Duke Energy v. Ecuador*, para. 340; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25.07.2007, para. 130.

⁶⁴⁵ *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, ICJ Reports 1974, s. 457-478, para. 46; *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, Judgment, ICJ Reports 1986, s. 554-601, para. 39.

⁶⁴⁶ Jean Didier Sicault, "Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public", *Revue Général de Droit International Public*, C. 83, s. 633-688, 1979, s. 656; Krzysztof Skubiszewski, "Les actes unilatéraux des États," *Droit international: Bilan et perspectives*, (Ed. Mohammed Bedjaoui), Pédone, s. 231-243, 1991, s. 231.

⁶⁴⁷ Devlet uygulamalarından bazı örnekler için Bireşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu elli yedinci toplantısı için Víctor Rodríguez Cedeño tarafından hazırlanan rapora bkz. Nations Unies, **Huitième rapport sur les actes unilatéraux des États**, A/CN.4/557, 2005 https://legal.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_557.pdf (Erişim Tarihi: 18.05.2024).

⁶⁴⁸ W. Michael Reisman/Mahnoush H. Arsanjani, "The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 19, S. 2, s. 328-343, 2004, s. 328.

⁶⁴⁹ Nations Unies, **Rapport de la Commission du droit international Cinquante-huitième session**, A/61/10,2006, https://legal.un.org/ilc/documentation/french/reports/a_61_10.pdf (Erişim Tarihi: 19.05.2024).

eylem ve beyanları bir yatırımın nedeni olmasalar bile⁶⁵⁰ yatırımcının meşru beklentisinin temelini oluşturabilecektir⁶⁵¹.

Total v. Arjantin kararında hakem heyeti, ev sahibi devlet tarafından yapılan beyanların niteliğinin tespitinde tek taraflı eylemler doktrininden faydalanmış⁶⁵² ve Tierra del Fuego'dan yapılan ihracatlara ihracat vergilerinin uygulanmayacağı yönünde idari makamlar tarafından yapılan açıklamaların yatırımcılar nezdinde meşru beklenti yarattığını ve buna uyulmamasının adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal ettiğini değerlendirmiştir⁶⁵³.

Bir yatırımcının meşru beklentisini kanıtlayabilmesi için idarenin beyanlarının açık ve net olması, eğer varsa bu amaçla öngörülen usullerin kullanılmış olması gerekmektedir. *Feldman v. Meksika* davası, bu bağlamda bir örnek teşkil etmektedir. Davacı, kendisine vergi iadesinin yapılacağına dair vergi makamlarının birçok vaatte bulunduğunu iddia etmiş; hakem heyeti de hukuki olarak bu iddiayı kabul etmiştir.⁶⁵⁴ Ancak vergi makamları tarafından yapılan açıklamaların içeriğinin ortaya konmadığını, muğlak ve büyük ölçüde gayri resmi olduğunu ve vergi iadesi alma koşullarının davacı tarafından sağlanmadığını belirtmiştir⁶⁵⁵.

Tek taraflı eylemlerin yarattığı meşru beklentiler, kumar gelirleri için ağır bir vergi artışı da dahil olmak üzere kumar sektöründe uygulamaya konulan bir dizi tedbirle ilgili olarak *Horthel v. Polonya*⁶⁵⁶ kararında da örneklendirilmiştir. Hakem heyeti, meşru beklentilerin belirli bir bireysel vaatten kaynaklanması gerektiğini ve genel bir hukuk kuralının kendi başına meşru beklentilere yol açmayacağını kabul etmiş⁶⁵⁷; yatırımcılara altı yıl boyunca kumar oynatması için verilen izinin, bu süre boyunca faaliyete izin verileceğine ilişkin bir taahhüt anlamına geldiğine karar vermiştir⁶⁵⁸. Hakem heyetine göre, yatırımcıların ekonomik açıdan bu faaliyetin

⁶⁵⁰ *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 03.03.2010, para. 441.

⁶⁵¹ *Waste Management v. Mexico*, para. 98. Ayrıca bkz. *Paushok v. Mongolia*, para. 606-608.

⁶⁵² *Total v. Argentina*, para. 131-132.

⁶⁵³ *Total v. Argentina*, para. 441.

⁶⁵⁴ *Feldman v. Mexico*, para. 125.

⁶⁵⁵ *Feldman v. Mexico*, para. 149.

⁶⁵⁶ *Horthel Systems BV, Poland Gaming Holding BV and Tesa Beheer BV v. Poland*, PCA Case No. 2014-31, Final Award, 16.02.2017 (*Horthel v. Poland*).

⁶⁵⁷ *Horthel v. Poland*, para. 240.

⁶⁵⁸ *Horthel v. Poland*, para. 245.

uygulanabilir kalacağı yönünde meşru bir beklentisi oluşmuştur⁶⁵⁹. Mevzuattaki değişikliklerin izin sahiplerinin kazanılmış haklarına zarar verecek ölçüde olmaması gerekir; ancak bu beklenti, ev sahibi devletin mevzuatta hiçbir değişiklik yapamayacağı anlamına gelmez.⁶⁶⁰ Hakem heyetine göre, Polonya tarafından yapılan vergi artışları sektörü ekonomik olarak faaliyet gösterilemez hale getirerek sektörden çıkışı hızlandırmak için tasarlanmıştır⁶⁶¹. Dolayısıyla hakem heyeti, vergilerdeki artış da dahil olmak üzere ev sahibi devlet tarafından alınan birtakım tedbirin adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal ettiğini tespit etmiştir.

Sonuç olarak, devletlerin tek taraflı eylemleri yatırımcılarda meşru beklentiler oluşturabilir ve bu beklentilerin ihlali, adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali olarak değerlendirilebilir. Elbette ki, her durumda meşru beklentilerin varlığı ve ihlali, somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Kimi durumlarda, kanunlar ve düzenleyici işlemlerden kaynaklanan yükümlülükler yatırımcıların geleceğe yönelik beklentilerini şekillendirirken, kimi durumlarda ise idari makamların açık beyan ve taahhütleri bu beklentilerin oluşmasına neden olmaktadır. Nitekim, *Total v. Arjantin* ve *Horthel v. Polonya* gibi davalarda, hakem heyetleri devletin tek taraflı eylemlerinin yatırımcılarda meşru beklenti oluşturduğuna ve bu beklentilerin ihlal edilmesinin yatırım koruma standartlarına aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir.

3. Yasal ve Düzenleyici Çerçeveye İlişkin Meşru

Beklentiler

Bir yatırımcının ev sahibi devlette yatırım yapma kararı alırken dikkate aldığı kriterlerin başında o devletin hukuk düzeni ve hukuki düzenin öngörülebilirliği gelir. Zira, çoğunlukla yabancı yatırımcılar ev sahibi devlette uzun vadeli yatırımlar yapmaktadır⁶⁶². Devletler, değişen ekonomik veya sosyal koşullara karşı düzenleyici yetkilerini kullanarak mevzuatlarını değiştirirler. Elbette ki, bu değişiklikler belirli faaliyetleri daha az karlı hale getirebilir ve hatta sürdürülmesini ekonomik olmaktan

⁶⁵⁹ *Horthel v. Poland*, para. 255.

⁶⁶⁰ *Horthel v. Poland*, para. 255.

⁶⁶¹ *Horthel v. Poland*, para. 258.

⁶⁶² Dolzer, **FET**, s. 23.

çıkarabilir⁶⁶³. Adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü tek başına yasal ve düzenleyici çerçevede bir istikrar hakkı vermez.

Bir yatırımcının vergi kanunlarının değişmeyeceği yönünde meşru beklentisinin olamayacağı kabul edilmektedir⁶⁶⁴. *Total v. Arjantin* davasında yatırımcıların meşru beklentileri bağlamında bu duruma üç çekince getirilmiştir. İlk olarak, vergi düzenlemelerindeki bir değişikliğin ayrımcı veya keyfi bir şekilde uygulanmasının adil olmayabileceği vurgulanmıştır⁶⁶⁵. İkinci olarak, belirli bir vergilendirme işlemini öngören yürürlükteki kurallar bir işlemin ne şekilde yapılması gerektiğini belirtiyorsa, yatırımcının devletin kendi koyduğu şekil ve koşullara uymasını bekleme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir⁶⁶⁶. Örneğin, Tierra del Fuego için verilen vergi muafiyetinin kanunla iptal edilmesi gerekirken kararname ile yapılması bu ilkeye aykırı bir durum teşkil etmektedir. Son olarak, kanunların veya yapılan işlemlerin geriye dönük olarak uygulanmasının adil olmayabileceği ifade edilmiştir. Hakem heyetine göre, ilgili davada vergi avantajlarının iptali, yatırımcının meşru beklentisinin aksine geriye dönük olarak uygulanmıştır⁶⁶⁷.

Bu bağlamda, vergi kanunlarının geriye yürütülmesinin kendi başına adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal edip etmediği sorusu gündeme gelecektir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, birçok devlet vergi kanunlarının geçmişe yürümesini (*retroactive*) veya en azından geriye gören şekilde geçmişe yürümesini (*retrospective*) hukuka uygun olarak kabul etmektedir⁶⁶⁸. İkinci olarak hatırlatmak gerekir ki, vergi

⁶⁶³ *Feldman v. Mexico*, para. 112.

⁶⁶⁴ *Paushok v. Mongolia*, para. 302, 305; *Total v. Argentina*, para. 121, 435, 440.

⁶⁶⁵ *Total v. Argentina*, para. 435.

⁶⁶⁶ *Total v. Argentina*, para. 441. Esasında bu durum devletin tek taraflı beyanına dayanan bir meşru beklenti olarak da değerlendirilebilir.

⁶⁶⁷ *Total v. Argentina*, para. 441.

⁶⁶⁸ Fransız ve Alman hukuku bu anlamda en kısıtlayıcı hukuklar arasında yer alırken ABD yasa koyucuya ve idareye daha geniş bir serbestlik tanımaktadır. Karşılaştırmalı hukukta geriye yürümeye ilişkin bkz. Victor Thuronyi/Kim Brooks/Borbala Kolozs, **Comparative Tax Law**, Kluwer Law International, 2016, 64 vd./ Tietje/Kapernmann, s. 580-584. Türk hukukunda da özellikle olağanüstü dönemler için vergi kanunlarının geriye yürütmesi tartışılmış, son olarak 14 Mart 2024 tarihli ve E.2023/169, K.2024/82 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 7440 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da yer alan ek vergi düzenlemesine ilişkin 10. maddenin 27. fıkrasının iptali istemi karara bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında öncelikle geriye yürütme açısından yaptığı değerlendirmede, kurumlar vergisi açısından vergiyi doğuran olayın mükelleflerin bir takvim yılı itibarıyla öz sermayelerindeki artış miktarı olduğunu, bu artış miktarının ise 31 Aralık gününde yapılan dönem sonu kapanış kayıtlarıyla ortaya çıktığını, ek vergiyi ihdas eden düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihte de esasen hesap döneminin kapanmış olduğunu belirterek olayda geriye yürütmenin varlığını kabul etmiş; ancak beklenmedik doğal afetler, savaş ve seferberlik hali, siyasi, ekonomik ve sosyal krizler gibi toplumu etkileyen hallerde kanunların geriye yürütülebilmesinin mümkün olduğunu değerlendirmiştir.

düzenlemelerinin geriye yürümesini inceleyen *Occidental v. Ekvador*, *Duke Energy v. Peru* ve *Total v. Arjantin* davalarında yatırımcılar, aynı zamanda devlet tarafından verilen belirli sözleşmesel veya tek taraflı taahhütlere dayanmışlardır. Dolayısıyla, sadece bu kararlardan hareketle vergi kanunlarının geriye yürütülmesinin tek başına adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğüne aykırılık oluşturacağını söylemek mümkün değildir.

Son yıllarda, vergi kanunlarının geriye yürütülmesi konusunda oldukça ses getiren iki dava karara bağlanmıştır. Hindistan’a karşı açılan ve Hindistan’ın geriye dönük olarak vergi yasalarını uygulaması iddiasıyla başlatılan *Vodafone v. Hindistan* ve *Cairn v. Hindistan* davaları Hindistan aleyhine sonuçlanmıştır. *Vodafone v. Hindistan* kararı Eylül 2020’de verilmiş, ancak kararın sadece belirli bir bölümü kamuya açık olarak yayınlanmıştır. Aralık 2020’de *Cairn v. Hindistan* davası karara bağlanmış ve kamuya açık olarak yayınlanmıştır.

Hindistan, 2012 yılında Gelir Vergisi Kanunu’nu sermaye kazancı vergisinin 1962 yılından itibaren offshore işlemlere uygulanacağını açıklığa kavuşturacak şekilde değiştirmiştir⁶⁶⁹. Hindistan vergi makamları 2015 yılında, 2012 değişikliğini uygulayarak Cairn tarafından 2006 yılında gerçekleştirilen bir dizi işlemi vergilendirmek istemiştir. Bunun üzerine Cairn, sermaye kazançları vergisinin geriye dönük olarak uygulanması nedeniyle meşru beklentilerinin ve dolayısıyla adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Hindistan’a karşı yatırım tahkimi başlatmıştır⁶⁷⁰. Hakem heyeti, daha önceden Hindistan’daki varlıkların dolaylı transferlerinde sermaye kazancı vergisi ödenmediğini ve bu değişikliklerin kanunu geriye dönük olarak değiştirdiğini tespit etmiştir⁶⁷¹.

Hindistan, kendi hukuk sisteminde geriye dönük etkisi olan mevzuatlara izin verildiğini ve dolayısıyla yatırımcının vergi istikrarına ilişkin meşru bir beklentisi

⁶⁶⁹ *Cairn v. India*, para. 1096.

⁶⁷⁰ *Cairn v. Hindistan* kararı hakkında bkz. Błażej Kuźniacki/Stef van Weeghel, “Cairn Energy: when retroactive taxation not justified by prevention of tax avoidance is unfair and inequitable”, **Arbitration International**, C. 39, S. 1, s. 125–154, 2023; Damien Charlotin, “Analysis: In Now-Public Award, BIT Tribunal Finds That Retroactive Change to Tax Law Was “Grossly Unfair”; India Ordered To Withdraw Tax Demand And Compensate For Forced Sale Of Investment”, **IA Reporter**, 29.12.2020, <https://www.iareporter.com/articles/analysis-in-now-public-award-bit-tribunal-finds-that-retroactive-change-to-tax-law-was-grossly-unfair-india-ordered-to-withdraw-tax-demand-and-compensate-for-forced-sale-of-invest/> (Erişim Tarihi: 16.05.2024).

⁶⁷¹ *Cairn v. India*, para. 1100, 1250-1251.

olmaması gerektiğini savunmuştur⁶⁷². Hakem heyeti, ulusal standardın uluslararası hukuk sorumluluğu üzerinde belirleyici olamayacağına ancak tedbirin adil ve hakkaniyetli muamele standardını karşılayıp karşılamadığını belirlerken dikkate alınabilecek bir unsur olabileceğine karar vermiştir⁶⁷³. Hakem heyetine göre, yatırımcıların uluslararası hukuk kapsamında adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğüne ilişkin olarak, başta hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik olmak üzere, ulusal hukuktan bağımsız olarak hakları bulunmaktadır⁶⁷⁴. Bu nedenle, Hindistan anayasasının geriye yürümeye izin vermesi, yatırımcının hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik beklentisinden vazgeçilebileceği anlamına gelmeyecektir⁶⁷⁵.

Geriye dönük vergilendirmenin iç hukukta anayasaya uygunluğu birincil derecede önemli olmadığı gibi uluslararası teamül hukukunun geriye dönük vergilendirmeye izin verip vermediği de asli olarak önemli değildir. Nihayetinde, adil ve hakkaniyetli muamele standardı yatırım anlaşmasının tarafları arasında kararlaştırılan muamele standardıyla ilgilidir ve yatırım anlaşmalarındaki kurallar hakem kararlarında yorumlandığı şekliyle uluslararası hukukun genel ilkelerine göre önceliklidir⁶⁷⁶.

Hakem heyeti, uluslararası hukuk kapsamında adil ve hakkaniyetli muamele standardını belirlerken, hukuki güvenlik, öngörülebilirlik ve tutarlılık, kanunilik, yatırımcı güveninin veya meşru beklentilerin korunması, adil yargılanma ve adalet erişim hakkı, ayrımcılık ve keyfiliğe karşı koruma, şeffaflık ve ölçülülük dahil olmak üzere içtihat ve öğretiden yararlanarak bir temel ilkeler listesi oluşturmuştur⁶⁷⁷. Bunu yaparken, meşru beklentinin esasen adil ve hakkaniyetli muamele ile eş kapsamlı olduğuna ilişkin Hindistan'ın iddiasını reddetmiştir⁶⁷⁸. Bunun yerine, adil ve hakkaniyetli muamele standardının her olay bazında ayrı ayrı incelenmesi gereken bir standart olduğunu, bu ilkelerden bir veya daha fazlasını ihlal eden davranışların adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğüne aykırı düşeceğini vurgulamıştır⁶⁷⁹. Hakem heyeti ayrıca, adil ve hakkaniyetli muamele standardının uluslararası teamül hukuku

⁶⁷² *Cairn v. India*, para. 1729.

⁶⁷³ *Cairn v. India*, para. 1730.

⁶⁷⁴ *Cairn v. India*, para. 1691.

⁶⁷⁵ *Cairn v. India*, para. 1688-1689.

⁶⁷⁶ *Cairn v. India*, para. 1731.

⁶⁷⁷ *Cairn v. India*, para. 1722-1724, 1726.

⁶⁷⁸ *Cairn v. India*, para. 1723.

⁶⁷⁹ *Cairn v. India*, para. 1723, 1726.

kapsamındaki asgari muamele standardından daha yüksek bir koruma getirdiğini belirtmiştir⁶⁸⁰.

Hakem heyeti kararını hukuki güvenlik ve hukuki istikrar ilkesine dayandırmış, fakat bunun mutlak bir kural olmadığını ve kamu yararına düzenleme yapma hakkı ile dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁸¹. Kanunlar kural olarak ileriye dönük olarak uygulanmalı ve bu ilkeye yapılan müdahaleler sadece istisnai durumlarda ortaya çıkmalı, bir kamu yararı ile gerekçelendirilmelidir⁶⁸². Hakem heyeti bu incelemeyi yaparken ölçülülük ilkesinden yararlanmıştı. Buna göre, yeni bir düzenlemenin geriye dönük olarak uygulanabilmesi için düzenlemenin ileriye dönük uygulanmasıyla belirtilen kamu yararına ulaşamayacağı ve kamu yararının tedbirden etkilenen kişilerin maruz kaldığı zarardan açıkça daha ağır basması gerekir⁶⁸³. Bu bağlamda hakem heyeti, dolaylı transferlerin vergilendirilmesi yoluyla elde edebileceği geliri en üst düzeye çıkarma amacının, önlemin geriye dönük doğasını haklı çıkarmaya yeterli olmadığına karar vermiştir⁶⁸⁴.

Hindistan, geriye dönük bu tedbiri almasındaki esas amacın vergi suistimali (*tax abuse*) ile mücadele etmek olduğunu ileri sürmüştür. Bu tedbirlerin, suistimal olsun ya da olmasın, tüm dolaylı transferlere uygulanması sebebiyle hakem heyeti bu iddiayı da reddetmiştir⁶⁸⁵. Hakem heyeti, haklı olarak, 2012 değişikliğinin geriye dönük olarak uygulanması bakımından davacıların korunan hukuki belirlilik, hukuki istikrar ve öngörülebilirlik menfaati ile kamu yararına düzenleme yapma yetkisi arasında bir dengenin sağlanmadığı sonucuna varmıştır⁶⁸⁶.

Tüm bu sebeplerle hakem heyeti, Hindistan'ın geriye dönük olarak vergilendirmesinin büyük ölçüde adaletsiz olduğuna ve bu nedenle adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir⁶⁸⁷. Zarar,

⁶⁸⁰ *Cairn v. India*, para. 1724.

⁶⁸¹ *Cairn v. India*, para. 1740.

⁶⁸² *Cairn v. India*, para. 1784.

⁶⁸³ *Cairn v. India*, para. 1760.

⁶⁸⁴ *Cairn v. India*, para. 1760. Belirtmek gerekir ki, hakem heyeti tedbirin ileriye dönük olması durumunda bu politikayı değerlendirmenin yetkisinde olmayacağını belirtmiştir.

⁶⁸⁵ *Cairn v. India*, para. 1815.

⁶⁸⁶ *Cairn v. India*, para. 1816.

⁶⁸⁷ *Cairn v. India*, para. 1816: "For these reasons, the Tribunal concludes that the Respondent did not have a specific public purpose that would justify applying the 2012 Amendment to past transactions. As a result, the Respondent's retroactive application of the 2012 Amendment to the CIHL Acquisition failed

Hindistan'ın vergi taleplerini geri çekmesi yoluyla tazmin edilecektir⁶⁸⁸. Hindistan 2021 yılında, geriye dönük konulan vergilerin ödenmiş kısımlarının iadesini öngören bir yasa çıkarmıştır⁶⁸⁹.

Türk hukukunda da özellikle olağanüstü dönemler için vergi kanunlarının geriye yürütmesi tartışılmış, son olarak 14 Mart 2024 tarihli ve E.2023/169, K.2024/82 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi⁶⁹⁰, 7440 sayılı Kanun ile getirilen (5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında öngörülen indirimler üzerinden hesaplanan) ek vergi düzenlemesinin iptal istemini karara bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında öncelikle geriye yürütme açısından yaptığı değerlendirmede, kurumlar vergisi açısından vergiyi doğuran olayın mükelleflerin bir takvim yılı itibarıyla öz sermayelerindeki artış miktarı olduğunu, bu artış miktarının ise 31 Aralık gününde yapılan dönem sonu kapanış kayıtlarıyla ortaya çıktığını, ek vergiyi ihdas eden düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihte de esasen hesap döneminin kapanmış olduğunu belirterek ilgili kanunun geriye yürütüldüğünü kabul etmiş; ancak beklenmedik doğal afetler, savaş ve seferberlik hali, siyasi, ekonomik ve sosyal krizler gibi toplumu etkileyen hallerde kanunların geriye yürütülebilmesinin mümkün olduğunu değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının hukuki olmaktan ziyade siyasi olduğunu belirtmek gerekir. Türk hukukunda da vergi kanunlarının geriye yürütmezliği ilkesi

to balance, or at least adequately to balance, the Claimants' protected interest of legal certainty / stability / predictability on the one hand, and the Respondent's power to regulate in the public interest on the other. By retroactively applying, without a specific justification, a new tax burden on a transaction that was not taxable at the time it was carried out, the Respondent deprived the Claimants of their ability to plan their activities in consideration of the legal consequences of their conduct, in violation of the principle of legal certainty, which the Tribunal considers to be one of the core elements of the FET standard, and of the rule of law more generally. In the words of the ICJ in ELSI, this unjustified retroactivity is "not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law", and "shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety".²²⁷² Having considered the full factual record of this case, the Tribunal finds that the retroactive taxation of the CIHL Acquisition was, to quote Waste Management II, "grossly unfair."²²⁷³ The Tribunal thus concludes that the Respondent breached its obligation under Article 3(2) of the BIT to accord the Claimants' investments FET. "

⁶⁸⁸ *Cairn v. India*, para. 1878.

⁶⁸⁹ Hindistan bu süreçte tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu ve kararın kamu düzenini ihlal ettiği iddiasıyla kararın iptali için Lahey Temyiz Mahkemesine başvurmuş ve karar iptal edilmiştir. 2021 yılında Hindistan'ın çıkardığı yasa ışığında kararın iptaline itiraz edilmemiştir. Ayrıca Cairn'in ana şirketi Vedanta da geriye dönük vergi tahakkuk ettirilmesinin ardından Birleşik Krallık-Hindistan İki Taraflı Yatırım Anlaşması kapsamında paralel tahkim başlatmış, ancak 2021 yılında talebini geri çekmiş ve ne kendisinin ne de herhangi bir iştirakinin konuyla ilgili başka bir işlem başlatmayacağını beyan etmiştir.

⁶⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, E.2023/169, K.2024/82, 14.03.2024.

Anayasa ile güvence altına alınan hukuk devleti, hukuki güvenlik, hukuki belirlilik ilkelerinin bir sonucudur. Bu kanuna veya bu kanunla ilgili alınan vergilendirme tedbirlerine karşı bir yatırım tahkimi başlatılması durumunda Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kanunu Anayasa'ya uygun bulmuş olması Türkiye'yi uluslararası sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Sonuç olarak, bir yatırım sözleşmesinden veya devletlerin tek taraflı eylemlerinden kaynaklanan meşru beklentilerin yanında, yabancı bir yatırıma uygulanan vergi kanunları ve düzenlemelerindeki ani ve keyfi değişiklikler, özellikle vergi kanunlarının geriye yürütülmesi, bir yatırımcıya yatırım anlaşması kapsamında taleplerine temel sağlayabilir. Fikrimizce geriye dönük olarak vergi yasalarının uygulanmasının kamu yararı ile meşrulaştırılması kabul edilemez. Bu anlamda bir vergi yasası gerçekten agresif vergi planlaması ile mücadele için çıkarılmışsa bile, bu tedbirin kamu yararına ulaşmada ölçülü olarak kabul edilmesi mümkün olmamalıdır; zira, her ne kadar ilgili tedbir ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olsa da bu tedbir ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olarak kabul edilmemelidir. Aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılabileceği mümkünse, ki çoğu durumda geriye dönük bir vergilendirmeye kıyasla daha hafif bir müdahale mümkündür, bu tedbir ölçülü olarak kabul edilemez. Dolayısıyla geriye dönük vergi uygulamalarının adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği sonucuna varılmalıdır.

C. Vergilendirmeye İlişkin Konularda Adil Yargılama Hakkı ve Hukukun Üstünlüğü İlkesi

Adil yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğü ilkesinin temel bir unsurudur ve adil ve hakkaniyetli muamele standardının önemli bir bileşenini oluşturur⁶⁹¹. Ev sahibi devlet, maddi hakların etkili bir şekilde kullanılmasına olanak tanıyan bir yargı sistemi kurma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün ana hatları, karşılaştırmalı hukukta ve uluslararası insan hakları belgelerinde oluşmuştur⁶⁹².

⁶⁹¹ Kriebaum/Schreuer/Dolzer, s. 217.

⁶⁹² *Total v. Argentina*, para. 111,

Adil ve hakkaniyetli muamele standardının adil yargılanma ilkesi ve hukukun üstünlüğü ile ilgili kavramları kapsadığı birçok kez ileri sürülmüştür⁶⁹³. ABD model yatırım anlaşması, adil ve hakkaniyetli muamele standardının, dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde yer alan adil yargılanma ilkesine uygun olarak cezai, hukuki veya idari yargı süreçlerinde adalete erişim hakkını engellememe yükümlülüğünü içerdiği düzenlenmektedir⁶⁹⁴.

Adil yargılanma hakkı, genellikle anayasa hukuku, medeni usul hukuku ve idari yargılama hukukunda güvence altına alınan iç hukuk kavramlarına karşılık gelmektedir⁶⁹⁵. Dolayısıyla bu kavram, ilgili kişilerin kendilerine karşı açılan davalardan usulüne uygun olarak haberdar edilmesi gerekliliği de dahil olmak üzere çekişmeli yargılama ilkesine, yargılamanın bir suçlama veya cezayla ilgili olması halinde usule ve ödemeye ilişkin süre sınırlamalarına, adalete erişim hakkı ve yargı kurumlarının bağımsızlığı ve tarafsızlığına, savunma haklarına ve silahların eşitliğine atıfta bulunabilir⁶⁹⁶. Geniş anlamda ise, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi (*nulla poena sine lege*), keyfi muamele yasağı, orantılılık ilkesi, özellikle de cezaların orantılı olması ve aynı fiilden dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama (*ne bis in idem*) gibi genellikle hukukun üstünlüğü ile ilişkilendirilen maddi hususlara da atıfta bulunabilir⁶⁹⁷.

Hakem heyetleri ceza yargılamaları sırasında temel hukuk ilkelerinin açıkça ihlal edilmesi⁶⁹⁸, adalete erişim hakkının engellenmesi⁶⁹⁹, tarafsız ve bağımsız olmayan hakimler tarafından verilen kararlar⁷⁰⁰, makul sürede yargılanma hakkına

⁶⁹³ *Loewen Group v. USA*, para. 132; *Saluka v. Czech Republic*, para. 308; *Paushok v. Mongolia*, para. 625.

⁶⁹⁴ 2012 ABD Model İki Taraflı Yatırım Anlaşması madde 5(2)(a). İngilizce orjinal metni şu şekilde ifade edilmiştir: “*fair and equitable treatment*” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world”. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (Erişim Tarihi: 19.05.2024).

⁶⁹⁵ Reinisch/Schreuer, s. 377; Jacob/Schill, s. 722; McLachlan/Shore/ Weinige s. 304.

⁶⁹⁶ *ADC v. Hungary*, para. 435.

⁶⁹⁷ Gildemeister, *L'arbitrage des differends fiscaux*, s. 323.

⁶⁹⁸ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26.07.2007, para. 133.

⁶⁹⁹ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 08.05.2008 (*Victor Pey v. Chile*), para. 656; *Vivendi v. Argentine*, para. 7.4.11; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11.09.2009 (*Toto v. Lebanon*), para. 154, 161.

⁷⁰⁰ *Loewen Group v. USA*, para. 136.

aykırılık⁷⁰¹, yatırım ile ilgili önemli bir karar alınmadan önce bildirimde bulunulmaması ve idari işlemlerde çekişme ilkesine ve silahların eşitliği ilkesine saygı gösterilmemesi⁷⁰², önemsiz nedenlere dayanan, meşru bir amaçla ilgisi olmayan⁷⁰³ veya orantısız⁷⁰⁴ keyfi⁷⁰⁵ kararlar alınması gibi durumların adil ve hakkaniyetli muamele standardına aykırılık teşkil edebileceğine karar vermiştir. Bir istisna hükmünün yokluğunda adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün bu yönlerinin vergi konularına da uygulanacağını söylemek mümkündür⁷⁰⁶. Bununla birlikte vergi borçlarının tespiti ve tahsili ile ilgili konularda hakem heyetlerinin yargısal kendini sınırlaması (*judicial self-restraint*) olası gözükmemektedir⁷⁰⁷. Bu tür bir sınırlama *Anto v. Ukrayna* davasında görülmüştür.

Letonyalı bir şirket olan Amto'nun Ukraynalı iştiraki, müşterilerinden biri olan bir kamu iktisadi teşebbüsü tarafından büyük miktarda paranın ödenmemesi nedeniyle likidite zorlukları yaşamış ve vergi borçlarını ödeyemeyecek duruma gelmiştir. Amto'ya göre, vergi borcunun ödenmemesinin nedenlerinin farkında olan Ukrayna, agresif bir vergi denetimi gerçekleştirmiş ve bağlı ortaklığın hesaplarını dondurarak faaliyetlerine devam etmesini ve çalışanlarına ödeme yapmasını engellemiş ve bir iflas prosedürü başlatmıştır. Amto mahkemeye başvurmuş, mahkeme de başvuruyu haklı bularak ihtiyati tedbirleri ve iflas işlemlerini iptal etmiştir. Amto daha sonra vergi idaresi ile vergi borcunun miktarı konusunda uzlaşmaya varmıştır. Ancak Amto, vergi idaresi tarafından alınan tedbirlerin neden olduğu zararın tazmini talebiyle bir tahkim başlatmıştır. Özellikle, iştirakinin makul olmayan, orantısız, keyfi ve meşru beklentilerine aykırı tedbirlere maruz kaldığını ve bunun Enerji Şartı Antlaşması'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen adil ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal ettiğini iddia etmiştir⁷⁰⁸.

⁷⁰¹ *Victor Pey v. Chile*, para. 659; *Toto v. Lebanon*, para. 161

⁷⁰² *Metalclad v. Mexico*, para. 54, 91; *Tecmed v. Mexico*, para. 162; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12.04.2002, para. 143.

⁷⁰³ *Biwater Gauff v. Tanzania*, para. 502, 605.

⁷⁰⁴ *Total v. Argentina*, para. 123; *Metalclad v. Mexico*, para. 92 vd.; *Saluka v. Czech Republic*, para. 307, 309; *Tecmed v. Mexico*, para. 98.

⁷⁰⁵ *Cargill v. Mexico*, para. 293.

⁷⁰⁶ Aksine bir görüş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında hakimdir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrası bu güvencelerin “*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzluklar*” ve “*cezai suçlamalar*” için geçerli olduğunu göstermektedir. İçtihatlar da bu maddenin vergi davaları için geçerli olmadığı sonucuna varmıştır. Bu konuda bkz. *Ferrazini v. Italy*, ECHR, Case No. 44759/98, Judgment, 12.07.2001; *Bendenoun v. France*, Case No. 12547/86, Judgment, 24.02.1994.

⁷⁰⁷ Gildemeister, *L'arbitrage des differends fiscaux*, s. 324.

⁷⁰⁸ *Amto v. Ukraine*, para. 96 vd.

Amto v. Ukrayna kararı, vergi mükellefinin makul olmayan, keyfi veya orantısız denetim ve icra tedbirlerinin alınması halinde adil ve hakkaniyetli muamele standardına başvurabileceğini açıklamıştır. Zira, bu tür tedbirler, bir işletmenin işleyişi ve yaşayabilirliği üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilecektir. Bu nedenle genellikle iç hukukta da mükellef haklarının korunması için çeşitli güvenceler verilmektedir⁷⁰⁹. Vergilendirme sürecinde veya yargılamaya ilişkin süreçlerde adil yargılama ilkeleri ciddi şekilde göz ardı edilirse, bu durum uluslararası hukukun, özellikle de adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlalini teşkil edebilir⁷¹⁰. Fakat mevcut davada hakem heyeti, davacının adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlal edildiğini kanıtlamadığına karar vermiştir⁷¹¹. Hakem heyeti, vergi dairesi tarafından verilen iflas dilekçesinin vergilerin ödenmemesine dayandığını belirtmiş ve vergi dairesinin Ukrayna hukukuna uygun hareket ettiğini ve kararlarının Ukrayna mahkemeleri tarafından uygun şekilde incelendiği ifade etmiştir⁷¹².

Amto v. Ukrayna davasında hakem heyeti, vergi kurallarının orantısız ve adil olmayan bir şekilde uygulanmasının adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali anlamına gelebileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, karar, bu tür davalara bakan hakem heyetlerinin *judicial self-restraint* sergileme eğiliminde olduğunu göstermektedir. İncelenen davada olduğu gibi, yatırımcının iddialarının iç hukuktaki yargılamalarda devlet mahkemeleri tarafından incelendiği durumlarda, yatırımcının uluslararası bir hakem heyeti önünde başarılı olma şansı daha da azdır.

D. Vergilendirmeye İlişkin Konularda Şeffaflık Yükümlülüğü

Şeffaflık, adil ve hakkaniyetli muamele standardının önemli bir bileşenidir, çünkü genellikle keyfiliğe yol açan takdire bağlı yetki kullanımını azaltır. Bazı yatırım anlaşmalarında akit devletler açıkça şeffaflık yükümlülüğüne de tabi olduklarını belirtmektedirler. Örneğin vergi konularına uygulandığı açıkça belirtilen Japonya-Laos İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca her bir akit taraf, yatırım faaliyetleriyle ilgili olan veya bu faaliyetleri etkileyen kanunları,

⁷⁰⁹ Bu güvenceler hakkında bkz. Stephan, s. 613 vd.

⁷¹⁰ Stephan, s. 614.

⁷¹¹ *Amto v. Ukraine*, para. 99.

⁷¹² *Amto v. Ukraine*, para. 99.

yönetmelikleri, idari usulleri, idari kararları, genel uygulamaya ilişkin yargı kararlarını ve uluslararası anlaşmaları mümkün olan en kısa sürede yayımlayacak veya başka bir şekilde kamuya açık hale getirecektir⁷¹³.

Kökeni uluslararası ticaret hukukuna dayanan⁷¹⁴ şeffaflık yükümlülüğü, yatırım hukukunda da giderek daha önemli bir rol oynamaktadır⁷¹⁵. Bir yatırımcı için, gerektiğinde faaliyetlerini zamanında planlayabilmek veya değiştirebilmek amacıyla yatırımın yer aldığı yasal çerçeve ile ilgili fırsatları ve riskleri değerlendirebilmek, büyük bir önem taşımaktadır.

Hakem heyetleri de şeffaflık yükümlülüğüne dair açık bir anlaşma hükmü bulunmasa dahi devletlerin adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü kapsamında şeffaf bir şekilde hareket etmekle yükümlü olduğunu kabul etmiştir. *Tecmed v. Meksika* davasında hakem heyeti, ev sahibi devletin yatırımcı ile olan ilişkilerinde tutarlı, belirsizlikten uzak ve tamamen şeffaf bir şekilde hareket etmesi yönünde yabancı yatırımcının bir beklentisi olduğunu vurgulamıştır⁷¹⁶. Aynı şekilde *Metalclad v. Meksika* davasında da hakem heyeti, anlaşma kapsamında yapılan veya yapılması planlanan yatırımların başlatılması, tamamlanması ve başarılı bir şekilde tam olarak işletilmesi amacıyla ilgili tüm yasal gerekliliklerin etkilenen yatırımcılar tarafından kolayca bilinmesi gerektiğini belirtmiştir⁷¹⁷. Bu tür konularda şüpheye veya belirsizliğe yer olmamalı, hükümet yetkilileri bu bağlamda herhangi bir yanlış anlama veya karışıklığı farkına vardıklarında doğru pozisyonu derhal belirlemeli ve açıkça ifade etmelidir⁷¹⁸.

Vergi hukukunda şeffaflık yükümlülüğü ise daha sınırlı bir kapsama sahiptir. Vergi idareleri eylemlerini kanuni bir temele dayandırmak ve usulüne uygun olarak yayımlanmış kuralları uygulamak zorunda olsa da uluslararası yatırım tahkimi içtihatlarında yatırımcının yatırım yapmadan önce ev sahibi devletin vergilendirme

⁷¹³ Japonya-Laos İki Taraflı Yatırım Anlaşması madde 9(1): “Each Contracting Party shall as soon as possible publish, or otherwise make publicly available laws, regulations, administrative procedures and administrative rulings and judicial decisions of general application as well as international agreements which pertain to or affect investment activities.”.

⁷¹⁴ GATT madde 10.

⁷¹⁵ UNCTAD, **Transparency**, Series on issues in international investment agreements, United Nations, 2004, https://unctad.org/system/files/official-document/iteit20034_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.05.2024).

⁷¹⁶ *Tecmed v. Mexico*, para. 154.

⁷¹⁷ *Metalclad v. Mexico*, para. 76.

⁷¹⁸ *Metalclad v. Mexico*, para. 76.

sistemi hakkında bilgi sahibi olması gerektiği vurgulanmaktadır. Yatırımın yapıldığı tarihte vergi ve muhasebe düzenlemelerinin yeterince kamuya açık olması halinde yatırımcıların bilgi eksikliğine dayanamayacağı kabul edilmektedir.

Örneğin *Plama v. Bulgaristan* davasında yatırımcılar borçlu bir Bulgar şirketini satın almış ve Bulgar Devleti de dahil olmak üzere alacaklılarıyla borçlarında indirim yapılması üzerine uzlaşmaya gitmiştir. Şirketin yeniden yapılandırılması sırasında elde edilen indirimler, Nova Plama şirketi için bir sermaye kazancı oluşturmuştur. Bu kazançlar vergiye tabi tutulmuştur. Davacı, kâğıt üzerindeki kârların şeffaf olmayan vergi ve muhasebe kurallarına göre vergilendirilmesinin adil ve hakkaniyetli muameleye aykırılık teşkil ettiğini ve gerekli banka kredilerinin verilmesini imkânsız hale getirdiğini ileri sürmüştür⁷¹⁹. Hakem heyeti bu iddiaları reddetmiş, davacının Bulgar yasalarına göre borç ve indirimine uygulanacak vergilendirme rejiminin farkında olduğunu veya olması gerektiğini belirtmiştir⁷²⁰.

Bu bağlamda vergi kanunlarının belirsizliği veya öngörülemezliğinin onları devletlerin şeffaflık yükümlülüğüne aykırı kılmaya yeterli olup olmayacağı sorusu sorulabilir. Hakem heyetleri, yatırımcının, ev sahibi devletin eylemlerinin her türlü belirsizlikten arınmış olmasını bekleme hakkına sahip olduğunu⁷²¹; tam şeffaflığın olmadığı durumlarda bu durumun haksız muamele teşkil edebileceğini⁷²² ve hatta yetkililerin herhangi bir yanlış anlama veya karışıklığın farkına vardıklarında bunu derhal açıklığa kavuşturmaları gerektiğini belirtmişlerdir⁷²³. Vergilendirmeye ilişkin konularda ise bu ifadelerin dikkatle ele alınması gerekir. Vergilendirme, doğası gereği belirli bir uzmanlığa sahip olan kişilerin çalıştığı bir alandır; bu nedenle tek başına düzenlemelerin yanlış anlaşılabilir kadar karışık olması, bir anlaşmanın ihlal edildiğini tespit etmek için yeterli değildir⁷²⁴.

Vergi hukuku açısından içtihatlarda uygulanan ihlal eşiğinin daha yüksek olduğu ve yatırımcının vergi idareleri ve mahkemelerinin yerleşik uygulamaları olup

⁷¹⁹ *Plama v. Bulgaria*, para. 256, 259

⁷²⁰ *Plama v. Bulgaria*, para. 267.

⁷²¹ *Tecmed v. Mexico*, para. 167.

⁷²² *Waste Management v. Mexico*, para. 98.

⁷²³ *Metalclad v. Mexico*, para. 76.

⁷²⁴ Kamulaştırmaya ilişkin yapılan incelemede bu yönde bir tespit için bkz. *Feldman v. Mexico*, para. 133.

olmadığını öğrenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷²⁵. Eğer yerleşik bir uygulama yoksa bu hükümlerin yorumlanması için idareden bilgi talep edilmesi uygun olabilir⁷²⁶. Mevcut vergi kurallarının sadece belirsiz olması, adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali için yeterli değildir. Hukuki çerçevede yatırımcıların beklentilerine ters düşen bir değişiklik yapıldığı durumlarda adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlal edilme olasılığı daha yüksek olacaktır⁷²⁷.

E. Uluslararası Vergi Hukukundaki Gelişmelerin Adil ve Hakkaniyetli Muamele Yükümlülüğü Karşısındaki Durumu

Kamulaştırmaya ilişkin korumalar bölümünde uluslararası vergi hukukundaki gelişmelerden kısaca bahsedildiği üzere, Sütun 2 kuralları ve yatırım anlaşmaları arasında etkileşim olması olasıdır.

UTPR bazı noktalardan adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğüne aykırı olabilir. İlk olarak yatırımcılar UTPR'ın meşru beklentilerini ihlal ettiğini iddia edebilirler. Yukarıda da açıklandığı üzere, ev sahibi devlet tarafından verilmiş özel bir taahhüdün yokluğunda, yabancı yatırımcıların vergi rejiminin yatırım dönemi boyunca değişmeden kalacağı yönünde bir hakkı veya meşru bir beklentisi yoktur. Ancak yatırımcılar ve ev sahibi devlet arasında bir istikrar kaydı ve/veya devletin kanunların veya vergilerin değişmeyeceği yönünde verdiği diğer özel taahhütler varsa bu durumda UTPR, adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünü ihlal edebilir.

Düşük efektif kurumlar vergisi genellikle özel vergi teşviklerinden kaynaklanmaktadır. Ortalama olarak, küresel asgari vergiye tabi çok uluslu şirketlere uygulanan kanuni oranlar, efektif oranlardan yüzde 6 daha yüksektir⁷²⁸. Bu farklılığın bir kısmı, özellikle yabancı yatırımların teşviki için yürürlüğe konan düzenlemelerin varlığı ile açıklanabilir.

⁷²⁵ *Total v. Argentina*, para. 124.

⁷²⁶ *Feldman v. Mexico*, para. 134; *Occidental v. Ecuador*, para. 184; *Plama v. Bulgaria*, para. 270.

⁷²⁷ Wälde/Kolo, *Investment Protection and Sovereignty*, s. 448.

⁷²⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2022*.

Devletlerin Sütun 2 kurallarına uymak için verdiği özel bir taahhüt olmasa bile küresel asgari vergi, uygulamada hükümetlerin kurumlar vergisi teşviklerini geri çekmesine neden olabilir. Bu tür tedbirlerin adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile uyumluluğu, önemli ölçüde yabancı yatırımcının özel durumuna bağlıdır. İlgili kriterler, hükümetler tarafından verilen özel taahhütlerin kapsamını ve değişikliklerin uygulanma şeklini içerir. Yatırımcıya devletin yetkili temsilcileriyle resmi ve bireysel görüşmeler sonucunda belirli haklar tanınmışsa, daha yüksek düzeyde bir beklenti ortaya çıkar. Bu durumda standardın devreye girmesi daha olasıdır. Benzer bir durum vergiden muaf statülü özel ekonomik bölgelerle ilgili de ortaya çıkabilir. Özel ekonomik bölgelere kabul çoğunlukla sadece bir formaliteden veya bölgede fiziksel olarak kurulmaktan daha fazlasını gerektirdiği için vergi teşviklerinin kaldırılması yatırımcının meşru beklentilerine ters düşebilir.

Vergi kanunlarının kendisinin meşru bir beklentiye yol açması oldukça zor gözükmeyle beraber hakem heyetlerinin kanunlara dayanan meşru beklentileri kabul ettiği bazı davalar bulunmaktadır. İspanya ve İtalya’da güneş enerji teşviklerinin geri çekilmesiyle ilgili açılan davalarda yatırımcıların bu anlamda meşru beklentisi kabul edilmiştir.

Düzenleyici kararlılık (*regulatory stability*) açısından da küresel asgari verginin değerlendirilmesi gerekir. Değindiği üzere, hakem heyetleri, mutlak ve katı bir istikrarın gerekli olmadığını; hukuki çerçevenin temel özelliklerinin istikrarlı olması gerektiğini belirtmektedirler. İlk olarak bu noktada değişikliğin büyüklüğü yönünden bir inceleme yapılabilir. Genel olarak yüzde 15’lik bir efektif kurumlar vergisi uygulanması önceki vergi yüküne bağlı olarak az ya da çok ağır olarak değerlendirilebilir. Bu değerlendirme için artışın teşviklerin geri çekilmesinden mi, QDMTT uygulamasından mı yoksa kanuni vergi oranının yükseltilmesinden mi kaynaklandığı önemli olabilir. Çok düşük veya sıfır vergi oranından yapılan bir artışın önceki çerçevenin temel özelliklerini değiştirdiği ileri sürülebilir. Bu argümanı vergi oranının yüzde 12’den yüzde 15’e çıkarıldığı bir durumda ileri sürmek daha zordur.

Yatırımcıların UTPR veya QDMTT’ye karşı davalarda başarılı olma ihtimalleri daha yüksek gözükmektedir. Zira IIR kurallarının benzediği kontrol edilen yabancı kurum kuralları uzun süredir kabul edilmektedir. UTPR’ye karşı meşru yatırımcı

beklentilerinin ihlali olarak dava açılması hem verginin yeniliğine hem de ülke dışılığına dayanmaktadır. Ancak bu argümanlar zayıftır ve daha da önemlisi herhangi bir ülke, UTPR kapsamında, tek bir yatırımcının bu ülkeye karşı bir talepte bulunmasına degecek kadar yüksek miktarda vergi uygulama ihtimali düşüktür. Bunun nedeni UTPR'nin grup bazında hesaplanması ve üst verginin çok uluslu şirketin faaliyet gösterdiği tüm ülkeler arasında paylaştırılmasıdır. QDMTT ya da bir IIR, UTPR uygulanmadan önce ek vergiyi emebilir. Dolayısıyla yatırım tahkiminde talebin QDMTT'yi yürürlüğe koymasıyla bağlantılı olarak yapıldığında başarılı olma olasılığı daha yüksektir. Söz verilen vergi teşviklerinin faydasını ortadan kaldıran yerel bir asgari verginin kabul edilmesi, bir ülkenin yatırımcıların meşru beklentilerini ortadan kaldıran taahhütlerde bulunamayacağı yönündeki yükümlülüklerine aykırılık teşkil edebilecektir. Bu durum ev sahibi devlet ile içinde istikrar kaydı bulunan bir yatırım sözleşmesi imzalamış olan yatırımcılar için daha da belirgindir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, asgari vergi uluslararası düzeyde uzun süren bir tartışmanın sonucudur. Bu nedenle yabancı yatırımcıların bu değişikliklerin öngörülebilir olmadığını ileri sürmeleri daha zor gözükmektedir. En azından 2021'in sonlarından itibaren, ihtiyatlı yatırımcılar vergi çerçevesinde değişiklik olabileceğini öngörmüşlerdir. Asgari verginin yaygın niteliği⁷²⁹ iyiniyetli karakterinin altını çizmektedir. Bu da GloBE Kurallarının yatırım anlaşmalarına uyumu konusunda güçlü bir karineden faydalanması gerektiği anlamına gelmektedir⁷³⁰.

⁷²⁹ Tüm vergi yetki alanlarının üçte ikisi iki sütunlu bir çözüme ilişkin beyanı imzalamıştır.

⁷³⁰ Benzer şekilde bkz. *Philip Morris v. Uruguay*.

SONUÇ

Tahkim ve vergilendirme, geleneksel olarak birbirinden farklı ve birbirini dışlayan alanlar olarak görülmüştür. Ancak, yatırım tahkimine götürülen vergilendirmeye ilişkili uyuşmazlıkların sayısı son yıllarda giderek artmıştır. Birçok yabancı yatırımcı, vergi mükelleflerinin uluslararası vergi anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözüm yöntemlerindeki pasif rolü nedeniyle, vergilendirmeye ilişkili uyuşmazlıklarını çözmek için uluslararası vergi anlaşmalarını kullanmak yerine yatırım tahkimine başvurmaktadır. “*Vergilendirmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Yatırım Tahkimi*” başlıklı bu çalışmada vergilendirmeye ilgili yatırım uyuşmazlıklarının kapsamı belirlenerek vergilendirmeye ilişkin yatırım hukukunda sağlanan korumalar uluslararası vergi hukuku ve uluslararası yatırım hukuku arasındaki etkileşim ekseninde incelenmiştir.

Vergilendirmeye ilişkili yatırım uyuşmazlıklarının kapsamı, hakem heytlерinin yargı yetkisi ile şekillenmektedir. Kapsam, devletlerin anlaşmalardaki iradelerinde saklıdır. İşte bu nedenle, vergi istisna hükümleri de yargı yetkisine ilişkindir. Eğer bir devlet vergi konularına veya vergilendirme tedbirlerine ilişkin uyuşmazlıkların yatırım tahkimi yoluyla çözümlenmesini istemiyorsa bunları anlaşmanın uygulamasından istisna etmelidir. Yürürlükteki anlaşmaların birçoğunda böyle bir istisna bulunmamaktadır. Dolayısıyla, vergilendirmeye ilişkili uyuşmazlıkların yatırım tahkiminde çözümüne yönelik sınırlamaların görece az olduğu söylenebilir. Fakat bu, var olan istisna hükümlerinin karmaşıklığını ve yorumunu göz ardı etmemize neden olmamalıdır.

Enerji Şartı Anlaşması başta olmak üzere önemli yatırım anlaşmalarında oldukça karmaşık istisna hükümleri yer almaktadır. Bu karmaşıklığın sebebi, bir yanda devletlerin düzenleme haklarını koruma isteği, bir yanda da yatırımcıların menfaatlerinin korunmasının gerekliliğidir. Vergilendirmeye ilişkili yatırım uyuşmazlıklarında sıklıkla kamulaştırmaya ilişkin getirilen korumaların ve adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlali iddiaları gündeme gelmiştir. Bunun temel nedeni, anlaşmaların vergilendirmeye ilişkin konulara uygulanması istisna edilmişse bile bu yükümlülüklerin genelde istisna dışında bırakılmasıdır.

Devletlerin, uluslararası yükümlülüklerinden kurtulabilmek için kamu düzeni veya tahkime elverişlilik itirazlarında bulunması özellikle ICSID tahkiminde kabul edilemez. Vergilendirmeye ilişkin yatırım uyuşmazlıklarının yatırım tahkiminde çözümlenmesini istemeyen devlet, anlaşmalarına bunu sınırlandıran hükümler konmalıdır. Bu amaçla devletler anlaşmalarına vergi istisna hükümleri ekleyebilecekleri gibi vergi veto hükümleri de ekleyebilirler. Vergi veto hükümleri vergiyle ilgili uyuşmazlıklarda yetkili vergi makamlarının anlaşma hükümlerini yorumlamasında daha büyük bir rol oynamasına olanak tanırken, aynı zamanda haksız iddialar için de bir filtre sağlayacaktır. Vergi veto hükümlerindeki şartlar sağlanmadan yatırım tahkimine başvurulması durumunda hem kabul edilebilirlik hem de yargı yetkisine ilişkin bir itirazla karşılaşmak mümkündür.

Yatırım tahkiminde vergi uyuşmazlıkları değil, vergilendirmeye ilişkin yatırım uyuşmazlıkları çözümlenebilir. Vergi uyuşmazlıkları belirli bir işlemin vergilendirilebilir olup olmadığına, vergilendirmeye ilişkin yatırım uyuşmazlıkları ise bir vergilendirme tedbirinin yatırım anlaşmalarında sağlanan korumaları ihlal edip etmediğine ilişkindir. Aslında bu ayrım, uluslararası yatırım hukuku ve uluslararası vergi hukuku arasındaki etkileşimin somutlaştığı en önemli noktalardan biridir. Uluslararası yatırım anlaşmaları ve vergi anlaşmalarının farklı maddi amaçları ve etkileri bulunduğundan bunlardan doğan uyuşmazlıklar da birbirinden bu doğrultuda ayrılmıştır. Bu açıdan bakıldığında yatırım tahkiminde çözümlenebilecek uyuşmazlıkların kapsamı, vergi uyuşmazlıklarını dışlamaktadır.

Yatırımcılara vergilendirmeye ilişkin sağlanan korumalar ikinci bölümde incelenmiştir. Bu bölüme alternatif bir bölüm başlığı, devletlerin mali egemenlikleri uluslararası yatırım anlaşmalarıyla hangi ölçüde sınırlandırılabilir olabilirdi. Bu açıdan kamulaştırmaya yönelik korumalar ve adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü bakımından değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Vergilendirme tedbirlerinin para veya diğer varlıkların doğrudan alınması sonucunu doğurduğu durumlar doğrudan kamulaştırma teşkil edebilir. Vergi iadelerinin geriye dönük olarak reddedilmesi, ödenmesi gereken para alacağından esaslı bir mahrumiyet teşkil edebilecektir. Esasında vergilendirme yoluyla

kamulaştırma dolaylı olarak gerçekleştirilmektedir. Bunun saptanması için esaslı bir mahrumiyetin yanında yatırımcının meşru beklentileri, verginin ayrımcı niteliği gibi unsurlar da normal ve el koyucu vergilendirme tedbirlerini birbirinden ayırmak için kullanılmalıdır. Dolaylı kamulaştırmanın tespiti, özellikle vergi tedbirleri bağlamında karmaşık ve hassas bir dengeyi gerektirdiğinden hakem heyetleri, yatırımcıların vergi tedbirlerinden kaynaklanan kayıplarının kamulaştırma anlamına geldiği sonucuna şüpheyle yaklaşmışlardır.

Uluslararası vergi anlaşmaları ve uluslararası yatırım anlaşmaları arasındaki bir diğer etkileşim ayrımcılık yapmama ilkesi ve adil ve hakkaniyetli muamele kavramları arasındaki ilişkide bulunabilir. Bu anlamda adil ve hakkaniyetli muamele standardı, ev sahibi ya da kaynak devlete bir uluslararası vergi anlaşması kapsamındaki ayrımcılık yapmama yasağından daha geniş bir yükümlülük yüklemektedir. Adil ve hakkaniyetli muamele standardı, çok sayıda hukuki kavrama atıfta bulunmaktadır.

Adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü, yatırımcılara ve yatırımlara keyfi veya ayrımcı şekilde muamele etmekten kaçınmayı, adil yargılanma hakkının ve adalete erişim hakkının ihlaline yol açmamayı, yatırımcılara ve yatırımlara şeffaf ve tutarlı bir şekilde muamele etmeyi, yatırımın yapıldığı hukuki ve ticari çerçevenin kökten değiştirilmesinden ve bir yatırımcının meşru beklentilerini boşa çıkaracak şekilde hareket etmekten kaçınmayı kapsar. Vergi istikrarını garanti eden bir sözleşme taahhüdünü ihlal eden ev sahibi devletin, adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilecektir. Vergi istikrar kayıtlarının her bir olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Oturmuş bir idari uygulamanın mevcut olduğu ve istikrar kaydının geniş bir şekilde formüle edildiği durumlarda idarenin vergi kanunlarına ilişkin yorumunun aniden yön değiştirmesi, yatırımcının meşru beklentilerine aykırı olabilecektir. Ayrıca, devletin vergi konularında kamu gücünü kullanarak sözleşmeye dayalı dengeyi tek taraflı olarak değiştirebildiği haller sözleşmeye aykırılık teşkil etmese bile adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Öte yandan, olağanüstü kârlar gerekçe gösterilerek doğal kaynaklar üzerine konan beklenmedik kazanç vergileri de adil ve hakkaniyetli muamele standardının ihlali anlamına gelmelidir. Dahası, bir yatırım sözleşmesinden veya devletlerin tek taraflı

eylemlerinden kaynaklanan meşru beklentilerin yanında, yabancı bir yatırıma uygulanan vergi kanunları ve düzenlemelerindeki ani ve keyfi değişiklikler, özellikle vergi kanunlarının geriye yürütülmesi bir yatırımcıya yatırım anlaşması kapsamında taleplerine temel sağlayabilir.

Bu bilgiler ışığında son olarak uluslararası vergi hukukundaki güncel gelişmelerle yatırım hukukunda sağlanan korumalar arasında etkileşim olmasının olası olduğu belirtilmelidir. Sütun 2 kuralları, doğrudan yabancı yatırımları çekmek için ülkeler tarafından sunulan tipik vergi teşvikleri, vergi cennetleri, düşük vergi oranları, muafiyetler ve kolaylaştırılmış amortisman rejimleri ile çatışacaktır. Bu kuralların yatırım anlaşmalarının vergilendirmeye ilişkin sağladığı korumaları ihlal etmesi olasıdır. Bu gelişmeler, kamulaştırma bakımından devletlerin yatırım hukukunda bir sorumluluğunu doğurmamalıdır. Devletlerin yatırımcılara verdiği bir taahhüt olması durumunda adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlal edilmesi olasıdır. Asgari vergi, uluslararası düzeyde uzun süren bir tartışmanın sonucu olduğundan yabancı yatırımcıların bu değişikliklerin öngörülebilir olmadığını ileri sürmeleri zor gözükmemektedir.

Son olarak, bu çalışma vergi ve tahkimin birbirlerini dışlayan kavramlar olmadığını göstermektedir. Devletler, vergilendirmeye ilişkin konuların yatırım tahkiminde görülmesini çeşitli hükümlerle engellemeye çalışsalar da bu hükümler ya anlaşmaların geneline bakıldığında azınlıkta kalmakta ya da efektif bir şekilde vergilendirmeye ilişkin davaların tahkimde görülmesini engelleyememektedir. Yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin, yatırım anlaşmalarını, yürürlükteki vergi anlaşmaları ve ulusal vergi kuralları perspektifinde değerlendirerek vergi mükelleflerinin haklarını etkin bir şekilde koruma konusunda önemli bir rolü bulunmaktadır. Yatırım tahkimindeki içtihatlar ve politika yapıcılarının endişeleri, vergi hukuku ve yatırım hukukunun örtüştüğü bu alanda daha iyi tasarlanmış uluslararası kurallar ve politikalara ihtiyaç duyulduğunu ve bu iki alanın iş birliği içerisinde hareket etmeleri gerektiğini göstermektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE MAKALELER

- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul: 2021 (*Tahkim*).
- ALBRECHT, A. R.** : "The Taxation of Aliens under International Law", British Year Book of International Law, C. 29, s. 145-185, 1952.
- ANCEL, Pascal** : "Arbitrage et ordre public fiscal", Revue de l'arbitrage, C. 2001 S. 2, s. 269-288, 2001.
- ARMSTRONG, Shiro** : "Chapter 2: The Impact of Investment Treaties and ISDS Provisions on FDI in Asia and Globally" International Investment Treaties and Arbitration Across Asia, (Ed. Julien Chaisse/Luke Nottage), Brill, s. 57-82, 2017.
- ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci** : "Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of Arbitration Without Privity", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, C. 43, S. 60, s 187-201, 2011.
- ATEŞ, Leyla** : Yatırım Vergi Teşvik Politikasının Hukuki Çerçevesi, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- AULT, Hugh J.** : "Chapter 3 Tax Treaty Arbitration: A reassessment", Thinker, Teacher, Traveler Reimagining International Tax Essays in Honor of H. David Rosenbloom, (Ed. Georg Kofler/Ruth Mason/Alexander Rust), IBFD, s. 25-38, 2021.
- AVI-YONAH, Reuven S.** : Advanced Introduction to International Tax Law, Edward Elgar Publishing, 2015.
- AVŞAR, Melis** : "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 37, S.2, s. 118-120, 2017.

- BAETENS, Freya** : “Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 71, S.1, s. 139–182, Ocak 2022.
- BAKER, Philip**
PISTONE, Pasquale : ”Improving Taxpayers’ Rights in the Settlement of Cross-Border Tax Disputes”, *Dispute Resolution under Tax Treaties and Beyond*, (Ed. Guglielmo Maisto), IBFD, s.403-434, 2023.
- BAKLACI, Pınar** : “Uluslararası Yatırımlarda Dolaylı Kamulaştırma ve Düzenleyici Yetkiler”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 28, S. 1-2, s. 1-26, 2011.
- BANTEKAS, Ilias** : “The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration”, *Australian Year Book of International Law*, C. 27, s. 193-222, 2008.
- BECHKY, Perry S.** : “Part V - Chapter 10 - Consent, Nature of Investment and Nationality”, *Business Guide to Trade and Investment - Volume 2: International Investment*, (Ed. Marat Umerov/Borzu Sabahi/Ian Laird) ICC, 2018.
- BELLAK, Christian** : *Economic Impact of Investment Agreements. Department of Economics Working Paper Series No. 200*, 2015.
- BERNANDINI, Piero** : “Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs”, *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, (Ed. Gerald Aksen/Karl-Heinz Böckstiegel/Michael J. Mustill/Paolo Michele Patocchi/Anne Marie Whitesell), ICC Publishing, s. 89-108, 2005.
- BISHOP, Doak**
CRAWFORD, James
REISMAN, W. Michael : *Foreign Investment Disputes: Cases Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2014.
- BISHOP, R. Doak**
CRAWFORD, James
REISMAN, W. Michael : , *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary*, Kluwer Law International, 2nd ed., 2014.

- BLACKABY, Nigel**
PARTASIDES, Constantine
REDFERN, Alan
HUNTER, Martin : Redfern and Hunter on International Arbitration, 7th ed., Oxford University Press, 2023.
- BLANCHARD, Sadie** : “State Consent, Temporal Jurisdiction, and the Importation of Continuing Circumstances Analysis into International Investment Arbitration”, Washington University Global Studies Law Review, C. 10, S. 3, s. 419-476, 2011.
- BODDICKER, Joseph M.** : “Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term “Investment” in ICSID Arbitration”, American University International Law Review, C. 25 S. 5, s. 1031-1071, 2010.
- BOLACA, Aysun** : Uluslararası Yatırım Tahkiminde Vatandaşlık Meselesine (Yeniden) Bakış: Serafin Garcia Armas v Venezuela. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. 1, s. 223-241, 2023.
- BORN, Gary** : International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 3rd ed., 2021 (*International Commercial Arbitration*).
- BORN, Gary B.** : International Arbitration: Law and Practice, Kluwer Law International, 3rd ed., 2021 (*International Arbitration*).
- BOZKURT, Enver**
DOST, Süleyman : “Devletlerin Yabancı Yatırımcıların Mülkiyet Hakkına Müdahalesine İlişkin Olarak ICSID Tahkim Uygulamasında Ortaya Çıkan Genel Prensipler ve Sonuçları”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C.1, s.1-18, 2005.
- BRADA, Josef C.**
DRABEK, Zdenek
IWASAKI, Ichiro : Does Investor Protection Increase Foreign Direct Investment? A Meta-Analysis”, Journal of Economic Surveys, C 35, S. 1, s. 34-70, 2021.
- BRAZIER, Lauren** : “The Arbitrability of Investor-State Taxation Disputes in International Commercial Arbitration”, Journal of International Arbitration, C. 32, S. 1, s. 1-36, 2015.

- BREW, Robert** : "Exception clauses in international investment agreements as a tool for appropriately balancing the right to regulate with investment protection", *Canterbury Law Review*, C. 25, s. 205–242, 2019.
- BROWN, Catherine** : "Implementing Pillar Two: Potential Conflicts With Investment Treaties," *Canadian Tax Journal*, C. 71, S. 1, s. 189-207, 2023.
- WHITSITT, Elizabeth**
- BURGSTALLER, Markus** : "The Growing Importance of Investment Arbitration in Relation to Tax Measures in the Energy and Natural Resources Sectors," *Turkish Commercial Law Review*, C. 4, S. 1, s. 81-95, 2018.
- ZAROWNA, Agnieszka**
- BURGSTALLER, Markus** : "Investment Codes", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (Ed. Rüdiger Wolfrum), Oxford University Press, 2011.
- WAIBEL, Michael**
- ÇAĞAN, Nami** : *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.
- ÇAL, Sedat** : *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayınları, 2009.
- ÇALIŞKAN, Zeynep** : "Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 29, S. 1-2, s. 85-118 2009.
- CAMERON, Peter D** : "Stabilization and the impact of changing patterns of energy investment", *The Journal of World Energy Law & Business*, C. 10, S. 5, s. 389–403, 2017.
- CARLSTON, Kenneth S.** : "International Role of Concession Agreements", *Northwestern University Law Review*, C. 52, S. 5, s. 618-643, 1957-1958.
- CHAISSÉ, Julien** : *International Investment Law and Taxation: From Coexistence to Cooperation - E15 Initiative*, Cenevre: International Centre for Trade and Sustainable

Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2016 (E15Initiative).

- CHAMBON, Maxence** : “L’arbitrabilité des litiges à tonalité fiscal”, *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, C. 4, s. 351-363, 2017.
- CHERIAN, Colin** : “Between the Scylla and Charybdis: Tax Carve-outs and Tribunal Jurisprudence”, *Indian Journal of Arbitration Law*, C. 10, S. 1, s. 156-174, 2021.
- CHRISTIE, George C.** : “What Constitutes a Taking of Property Under International Law?”, *British Yearbook of International Law*, C. 38, s. 307-338, 1962.
- COMBACAU, Jean** : “Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l’Etat”, *La Souveraineté*, C. 67, s. 47- 58, 1993.
- CRAWFORD, James** : Brownlie’s Principles of Public International Law, Oxford University Press, 7th ed., 2012.
- BROWNLIE, Ian**
- DANON, Robert** : “The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases”, *Intertax*, C. 49, S. 6, s. 482-516, 2021.
- GUTMANN, Daniel**
- LUKKIEN, Margriet**
- MAISTO, Guglielmo**
- MARTÍN, Jiménez Adolfo**
- MALEK, Benjamin**
- DANON, Robert J.** : “International Investment Agreements and the International Tax System: The Potential of Complementarity and Harmonious Interpretation”, *Bulletin for International Taxation*, C. 75, S. 11/12, s. 687-703, 2021.
- WUSCHKA, Sebastian**
- DANON, Robert J.** : “Relation Between Dispute Resolution under Double Taxation Conventions and Investment Treaties”, *Alternative Dispute Resolution and Tax Disputes*, (Ed. Werner Haslehner/Timothy Lyons/Katerina Pantazatou/Georg Kofler/Alexander Rust), Edward Elgar Publishing, s. 214-239, 2023 (*Taxation Conventions and Investment Treaties*).
- DANON, Robert J.** : “The Relation between Investment Treaties and Tax Treaties: Some considerations based on articles 30 and 59 of the Vienna

Convention on the Law of Treaties”, Dispute Resolution under Tax Treaties and Beyond, (Ed. Guglielmo Maisto), IBFD, s. 435-478, 2023 (*Investment Treaties and Tax Treaties*).

- DAVIE, Matthew** : “Taxation-Based Investment Treaty Claims”, Journal of International Dispute Settlement, C.6, S.1, (Ed. Thomas Schultz), Oxford University Press, s. 202-227, 2015.
- de WERRA, Jacques** : “Arbitrating International Intellectual Property Disputes: Time to Think Beyond the Issue of (Non-)Arbitrability”, International Business Law Journal, C. 3, s. 299-317, 2012.
- DEMİRKOL, Berk** : “Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 28, S. 3, s. 301-357, 2012 (*Paravan Şirketler*).
- DEMİRKOL, Berk** : “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Law”, Turkish Commercial Law Review, C. 1, S. 1, s. 41-50, 2015 (*Investment*).
- DEMİRKOL, Berk** : “Yatırım Tahkiminde Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışı ve Yukos V Rusya Davasındaki Müterafik Kusur Uygulaması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 31, S. 3, s. 77-108, 2015 (*Yukos*).
- DOĞRUSÖZ, Bumin** : “Vergilendirme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organları Arasında Bölüşümü”, Vergi Dünyası Dergisi, C.43, s. 65-76, İstanbul, Mart 1985.
- DOLZER, Rudolf** : “Indirect Expropriations: New Developments?”, New York University Environmental Law Journal, C. 11, S. 1, s. 64-93, 2002.
- DOLZER, Rudolf** : “Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours”, Santa Clara Journal of International Law, C. 12, S. 1, s. 7-33, 2014 (*FET*).
- DOUGLAS, Zachary** : The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009 (*Investment Claims*).

- DOUGLAS, Zachary** : “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, British Yearbook of International Law, C. 74, S. 1, s. 151-289, 2003.
- DUMBERRY, Patrick** : Fair and Equitable Treatment: Its Interaction with the Minimum Standard and Its Customary Status, Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration, 2018.
- EKER AYHAN, Zeynep Feyza** : Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü: Karşılaştırmalı Bir Analiz, On İki Levha Yayıncılık, s. 82 vd.
- ELKINS, Zachary** : “Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960–2000”, International Organization, C. 60, S. 04, s. 811-846, 2006.
- GUZMAN, Andrew T.**
SIMMONS, Beth A.
- ERDEM, H. Ercüment** : “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, Tahkim Anlaşması, (Ed. Hatice Özdemir Kocasakal/Süheyla Balkar), On İki Levha Yayıncılık, s. 1-24, 2020.
- ESEN, Emre** : “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S. 1, s. 355-380, 2011.
- FORTIER, L Yves** : “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor”, Asia Pacific Law Review, C. 13, s. 79-110, 2005.
- DRYMER, Stephan L**
- FOUCHARD, Philippe** : Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, (Ed. Emmanuel Gaillard/John F Savage), Kluwer Law International, 1999.
- GAILLARD, Emmanuel**
GOLDMAN, Berthold
- FRANCK, Susan** : “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, Fordham Law Review, C. 73, S. 4, s. 1521–1625, 2005.

- GAILLARD, Emmanuel** : “Identify Or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice”, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (Ed. Christina Binder/Ursula Kriebaum/August Reinisch/Stephan Wittich), Oxford University Press, s. 403-416, 2009.
- GAILLARD, Emmanuel** : “L’arbitrabilité des litiges fiscaux dans les investissements internationaux”, *Décideurs Juridiques et Financiers*, C. 12, s. 42-43, 1999.
- GILDEMEISTER, Arno** : “Investment Law and Taxation”, *International Investment Law*, (Ed. Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch/Yun-i Kim), C.H. BECK Hart Nomos, s. 1677 – 1691, 2015 (*Investment Law and Taxation*).
- GILDEMEISTER, Arno E.** : L’arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements, LGDJ, Paris: 2013 (*L’arbitrage des différends fiscaux*).
- GILDEMEISTER, Arno E.** : “Chapter 12 Germany”, *The Impacts of Bilateral Investment Treaties on Taxation*, (Ed. Michael Lang/Jeffrey Owens/Pasquale Pistone/Alexander Rust/Josef Schuch/Claus Staringer), IBFD, s. 309-326, 2017 (*Germany*).
- GILDEMEISTER, Arno E.** : “Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador: How Much is Too Much: When is Taxation Tantamount to Expropriation?”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, C. 29, S. 2, s. 315-320, 2014 (*Burlington*).
- GİRAY, Faruk Kerem** : Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tanzimat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, 2. Bası, Beta Basım Dağıtım A.Ş., 2013.
- GODOLPHIN, Julia** : “Resolution of Tax Disputes in International Arbitration”, *McGill Journal of Dispute Resolution*, C. 4, s. 86-104, 2017-2018.

- GRIBNAU, Hans** : Legal Protection against Discriminatory Tax Legislation: The Struggle for Equality in European Tax Law, Kluwer Law International, 2003.
- GRIERSON-WEILER Todd J.** : "Standard of Treatment", The Oxford Handbook of International Investment Law, (Ed. Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer), Oxford University Press, s. 259-304, 2008.
- LAIRD, Ian A.**
- GROEN, Gerrit** : "Arbitration in Bilateral Tax Treaties." Intertax, C. 30, S. 1, s. 3-27, 2002.
- HANOTIAU, Bernard** : "L'arbitrabilité", Recueil des cours de l'Académie de Droit International, C. 25, 2002 (*L'arbitrabilité*).
- HANOTIAU, Bernard** : "L'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle", La résolution des litiges de propriété intellectuelle / Resolution of Intellectual Property Disputes, (Ed. Jacques de Werra), Schulthess, s. 156-174, 2010.
- HAPP, Richard** : "From the Jay Treaty Commissions towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma", Indian Journal of Arbitration Law, C. 6, S. 1, s. 113-132, 2018.
- WUSCHKA, Sebastian**
- HARVEY, B. W.** : "Constitutional and Legal Protection against Confiscatory Tax - The UK Position", Holdsworth Law Review, C. 13, S. 2, s. 146-156, 1988.
- HEISKANEN, Veijo Aulis** : "Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration", ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, C. 29, S. 1, (Ed. Meg Kinnear/Campbell McLachlan), Oxford University Press, s. 231-246, 2014.
- HENCKELS, Caroline** : "Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?", Boston College Law Review Symposium Edition, Reforming International Investment Law: Opportunities, Challenges, Paradigms, 2018.

- HINNEKENS, Luc** : Non-discrimination at the Crossroads of International Taxation, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, 2008.
- HOFFMAN, Anne K.** : “Indirect Expropriation”, Standards of Investment Protection, (Ed. August Reinisch), Oxford University Press s. 151-170, 2008.
- ISMER, Roland** : “Article 2. Taxes Covered”, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, (Ed. Ekkehart Reimer/Alexander Rust), Wolters Kluwer, 5th ed., 2022.
- BLANK, Alexander**
- JACOB, Marc** : “Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method” International Investment Law, (Ed. Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch/Yun-i Kim), C.H. BECK Hart Nomos, s. 700-763, 2015.
- SCHILL, Stephan W.**
- JEFFERY, Ramon J.** : The impact of state sovereignty on global trade and international taxation, Kluwer Law International, 1999.
- JÈZE, Gaston** : Cours de finances publiques 1935-1936, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris: 1936.
- JIMÉNEZ, Adolfo Martín** : “Chapter 5: Acceptance and Denial of MAP Requests and Related Remedies”, Dispute Resolution under Tax Treaties and Beyond, (Ed. Guglielmo Maisto), IBFD, s. 81-122, 2023.
- JOHNSON, Lise** : “Aligning International Investment Agreements with the Sustainable Development Goals” Columbia Journal of Transnational Law, C. 58, s. 58-120, 2019.
- SACHS, Lisa**
- LOBEL, Nathan**
- JONES, John F. Avery** : “The Legal Nature of the Mutual Agreement Procedure under the OECD Model Convention-I”, British Tax Review, C. 6, s. 333-353, 1979.
- BERG, Charles J.**
- DEPRET, Henri-Robert**
- ELLIS, Maarten J.**
- FONTANEAU, Pierre**
- LENZ, Raoul**
- MIYATAKE, Toshio**
- ROBERTS, Sidney I.**
- SANDELS, Claes**

STROBL, Jakob
WARD, David A.

KALLERGIS, Andréas

: La Compétence Fiscale, Dalloz, 2018.

KANETİ, Selim
EKMEKÇİ, Esra
GÜNEŞ, Gülsen
KAŞIKÇI, Mahmut
KANG, Sungjin

: Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitapevi, 2022.

: “Jurisdictional Objections and Defenses (Ratione Personae, Ratione Materiae, and Ratione Temporis)”, Handbook of International Investment Law and Policy (Ed. Julien Chaisse/Leila Choukroune/Sufian Jusoh), Springer, s. 983-1012, 2021.

KARACA, H. Akif

: “Tahkime Elverişlilik: Rekabet, İflas ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları”, Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt - 1, (Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş), On İki Levha Yayıncılık, s. 393-411, 2020.

KARAOĞLU, Ali Osman

: Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

KAYA, Talat

: “DTÖ Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, s. 169–192, 2017.

KLÄGER, Roland

: “Fair and Equitable Treatment” in International Investment Law, Cambridge University Press, 2011.

KNECHTLE, Arnold A.

: Basic Problems in International Fiscal Law, Çev. W.E. Weisflog, HFL Publishers Ltd., 1979.

KOFLER, Georg
LANG, Michael
PISTONE, Pasquale
RUST, Alexander
SCHUCH, Josef
SPIES, Karoline
STARINGER, Claus

: Taxes Covered Under Article 2 of the OECD Model The Scope of Tax Treaties in a Dynamic Global Environment of Newly Created Taxes, IBFD, 2021.

- KOKOTT, Juliane** : “Interim Report on”The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment”, Report of the Seventh Conference held in New Delhi, International Law Association, s. 21-31, 2002.
- KOLLMANN, Jasmin**
TURCAN, Laura : “Overview of the Existing Mechanisms to Resolve Disputes and Their Challenges”, International Arbitration in Tax Matters, IBFD, s. 15-76, 2015.
- KOLO, Abba** : “Tax 'veto' as a special jurisdictional and substantive issue in investor-state arbitration: need for reassessment?”, Suffolk Transnational Law Review, C. 32, S. 2, s. 475-492, 2009 (*Tax veto*).
- KOLO, Abba** : “Fat Cats and ‘Windfall’ Taxes in the Natural Resources Industry: Legal and Political Analysis in the light of Modern Investment Treaties”, A Liber Amicorum: Thomas Wälde - Law Beyond Conventional Thought, (Ed. Jacques Werner/Arif Hyder Ali), CMP Publishing, s. 99-120, 2009.
- KORZUN, Vera** : “The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, C. 50, S. 2, s. 355-414, 2017.
- KRIBAUM, Ursula** : “Expropriation”, International Investment Law, (Ed. Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch/Yun-i Kim), C.H. BECK Hart Nomos, s. 950-1030, 2015.
- KRIEBAUM, Ursula**
SCHREUER, Christoph
DOLZER, Rudolf : Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 3rd ed., 2022.
- KRYVOI, Yarik** : “Economic Crimes in International Investment Law”, International and Comparative Law Quarterly, C. 67, S. 3, s. 577–605, 2018.
- KUZŃIACK, Blazej** : “The Compatibility of the Substance over Form Doctrine with Tax and Investment Treaties: A Case Study of Lone Star v the

- Republic of Korea”, ICSID Review, s. 1-23, 2024.
- KUŻNIACKI, Błażej**
van WEEGHEL, Stef : “Cairn Energy: when retroactive taxation not justified by prevention of tax avoidance is unfair and inequitable”, *Arbitration International*, C. 39, S. 1, s. 125–154, 2023.
- KUŻNIACKI, Błażej** : “Pillar 2 and International Investment Agreements: ‘QDMTT Payable’ Seals an Internationally Wrongful Act” *Tax Notes International*, C. 112, s. 159-177, 2023.
- LANG, Michael** : ““Taxes Covered” – What is a “Tax” according to Article 2 of the OECD Model?”, *Bulletin for International Taxation*, C. 59, S. 6, s. 216-223, 2005.
- LAZEM, Ali**
BANTEKAS, Ilias : “The treatment of tax as expropriation in International investor–state arbitration”, *Arbitration International*, S. 38, C. 1-2, s. 85–130, 2022.
- LAZIC, Vesna** : *International Arbitration Law Library: Insolvency Proceedings & Commercial Arbitration*, Kluwer Law Arbitration, 1998.
- LENNARD, Michael** : “Some Key Elements of International Investment Agreements with Potential Tax Impacts for Developing Countries”, *Thinker, Teacher, Traveler Reimagining International Tax Essays In Honor of H. David Rosenbloom*, (Ed. Georg Kofler/Ruth Mason/Alexander Rust), IBFD, s. 325-337, 2021 (*Investment Agreements with Potential Tax Impacts*).
- LEW, Julian D.M.**
MISTELIS, Loukas A.
KRÖLL, Stefan M. : *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- MAFI, Homayoun** : “Iran's Concession Agreements and the Role of the National Iranian Oil Company: Economic Development and Sovereign Immunity”, *Natural Resources Journal*, C. 48, S. 2, s. 407-430, 2008.
- MANN, Frederick Alexander** : “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, C. 1, (Ed. Leyden: A.W. Sijthoff), 1964.

- MANTILLA-SERRANO, Fernando** : “International Arbitration and Insolvency Proceedings”, *Arbitration International*, C. 11, S. 1, s. 51–74, 1995.
- MARIAN, Cornel** : *The State's Power to Tax in the Investment Arbitration of Energy Disputes: Outer Limits and the Energy Charter Treaty*, Kluwer Law International, 2020.
- MARKERT, Lars** : “The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors’ Rights and Regulatory Interests of Host States”, *International Investment Law and EU Law*, (Ed. Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Steffen Hindeland), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, s. 145-171, 2011.
- MARTHA, Rutsel Silvestre J.** : *The Jurisdiction to Tax in International Law: Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.
- MCLACHLAN, Campbell** : *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2nd ed., 2017.
- SHORE, Laurence**
WEINIGER, Matthew
- MCNAIR, Lord** : “The General Principle of Law Recognized by Civilized Nations”, *British Year Book of International Law*, C. 33, s. 1-19, 1957.
- MELCHIONNA, Luca CM** : “Tax Disputes and International Commercial Arbitration” *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, C. 74, s. 769-796, 2003.
- MORRIS, Danielle**
KRYVOI, Yarik
WINTER-BARKER, Sam
SAVAŞ, Tunc : *Empirical Study: Tax-related Measures in Investor-State Arbitration*, BIICL & WilmerHale, 2024.
- MOSTAFA, Ben** : “The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law”, *Australian International Law Journal*, C. 15, s. 267-296, 2008.
- MOUAWAD, Caline**
BEESS UND CHROSTIN, Jessica : “The illegality objection in investor–state arbitration”, *Arbitration International*, C. 37, S. 1, s. 57–95, 2021.

- NALÇACIOĞLU ERDEN, H. Zeynep** : Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- NEWCOMBE, Andrew TRIUS, Lluís Paradell** : Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, 2009.
- NEWCOMBE, Andrew TRIUS, Lluís Paradell** : Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, Kluwer Law International, 2009.
- NIKIÈMA, Suzy H.** : Best Practices: Indirect Expropriation, The International Institute for Sustainable Development, 2012.
- OECD** : "Commentary on Article 25", Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris: 2017 (*Commentary on Article 25*).
- OECD** : "Commentary on Article 2", Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris: 2017.
- OECD** : "Commentary on Article 24", Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris: 2017 (*Commentary on Article 24*).
- OLMEDO, Javier Garcia** : "Claims by Dual Nationals Under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue Their Own States?", Journal of International Dispute Settlement, C. 8, S. 4, s. 695-727, 2017.
- ÖNCEL, Mualla ÇAĞAN, Nami KUMRULU, Ahmet GÖKER, Cenker** : Vergi Hukuku, 32. Bası, Turhan Kitabevi, 2023, s.33.
- ORTINO, Federico** : "The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come?", Journal of International Economic Law, C. 21, S. 4, s. 845–865, 2018.

- ÖZGÜR, Uğur Erman** : Taxation of Foreign Investments under International Law: Article 21 of the Energy Charter Treaty in Context, Energy Charter Secretariat Publications, 2015.
- PAK, Insop** : “International Finance and State Sovereignty: Global Governance in the International Tax Regime”, Annual Survey of International & Comparative Law, C. 10, S. 1, s. 165-206, 2004.
- PALOMBINO, Fulvio** : Maria Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles, Springer, 2017.
- PANTAZATOU, Katerina** : “What disputes does a MAP resolve?”, Alternative Dispute Resolution and Tax Disputes, (Ed. Werner Haslehner/ Timothy Lyons/Katerina Pantazatou/Georg Kofler/Alexander Rust), Edward Elgar Publishing, s. 17-40, 2023.
- PAPARINSKIS, Martins** : “Analogies and Other Regimes of International Law”, The Foundations of International Investment Law, (Ed. Zachary Douglas/ Joost Pauwelyn/Jorge E. Viñuales), Oxford University Press, s. 73-107, 2014.
- PAPARINSKIS, Martins** : The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment, Oxford University Press, 2013.
- PARK, William W** : “Tax and Arbitration”, Arbitration International, C. 36, S. 2, s. 157–220, 2020 (*Tax and Arbitration*).
- PARK, William W.** : “Finality and Fairness in Tax Arbitration”, Journal of International Arbitration, C. 11, S. 2, s. 19-31, 1994 (*Finality and Fairness*).
- PARK, William W.** : “Chapter 10 - Arbitrability and Tax”, Arbitrability: International and Comparative Perspectives, (Ed. Loukas A. Mistelis/Stavros Brekoulakis), International Arbitration Law Library, C. 19, Kluwer Law International, s. 179-206, 2009 (*Arbitrability and Tax*).
- PARTASIDES QC, Constantine** : “Of Taxes and Stabilisation”, The Guide to Energy Arbitrations, (Ed. Doak
MARTINEZ, Lucy

Bishop/Gordon E. Kaiser), 3rd ed., s. 68-84, 2019.

- PAULSSON, Jan** : “Jurisdiction and Admissibility”, Global reflections on international law, commerce and dispute resolution: *Liber Amicorum* in honour of Robert Briner, (Ed. Gerald Aksen/Karl-Heinz Böckstiegel/Michael J. Mustill/Paolo Michele Patocchi/Anne Marie Whitesell), ICC Publishing, s. 601-617, 2005 (*Jurisdiction and Admissibility*).
- PAULSSON, Jan** : “Arbitration Without Privity”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, C. 10, S 2, s. 232–257, 1995 (*Arbitration Without Privity*).
- PEETERS, Bruno** : The Concept of Tax, EATLP, 2005.
- PEKCANITEZ, Hakan** : Pekcanıtez Usul - Medenî Usûl Hukuku, On
KORKMAZ, Hülya Taş İki Levha Yayıncılık, 2017.
ÖZEKES, Muhammet
AKKAN, Mine
PERROU, Katerina : Taxpayer Participation in Tax Treaty Dispute Resolution, IBFD, 2014 (*Taxpayer Participation*).
- PETER, Wolfgang** : Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, Kluwer Law International, 2nd ed., 1995.
- PICCIOTTO, Sol** : International Business Taxation, Cambridge University Press, 1992.
- PISTONE, Pasquale** : “Chapter 1 General Report”, The Impact of Bilateral Investment Treaties on Taxation, (Ed. Michael Lang/Jeffrey Owens/Pasquale Pistone/Alexander Rust/Josef Schuch/Claus Staringer), IBFD, s. 1-44, 2017.
- QURESHI, Asif** : The Public International Law of Taxation: Text, Cases and Materials, Kluwer Law
KUMAR, Ajay International BV, 2nd ed., 2019.
- QURESHI, Asif H.** : “The freedom of a State to legislate in fiscal matters under general international law”, Bulletin for International Fiscal Documentation, C. 41, s. 4-21, 1987.

- RAJPUT, Aniruddha** : Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration, Kluwer Law International, 2018.
- RAO, Weijia** : “Large Corporations and Investor-State Arbitration” George Mason Law & Economics Research Paper No. 23-07, 2023.
- RATNER, Steven R.** : “Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction”, The American Journal of International Law, C. 111, S. 1, s 7-56, 2017.
- REINISCH, August** : “Enforcement of Investment Treaty Awards”, Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, (Ed: Katia Yannaca-Small), Oxford University Press, 2nd ed., 2018.
- REINISCH, August
SCHREUER, Christoph** : International Protection of Investments: The Substantive Standards, Cambridge University Press, 2020.
- REISMAN, W. Michael
ARSANJANI, Mahnoush H.** : “The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, C. 19, S. 2, s. 328-343, 2004.
- RING, Diane M.** : “What’s at Stake in the Sovereignty Debate? International Tax and the Nation-State”, Virginia Journal of International Law, C. 49, S. 1, s. 155-233, 2008.
- RIZA, Limor** : “Taxpayers’ Lack of Standing in International Tax Dispute Resolutions: An Analysis Based on the Hybrid Norms of International Taxation”, Pace Law Review, C. 34, S. 3, s. 1064-1092, 2014.
- ROLIM, João Dâcio** : Proportionality and Fair Taxation, Kluwer International, 2013.
- RUST, Alexander** : “Article 1. Persons Covered”, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, (Ed. Ekkehart Reimer/Alexander Rust), Wolters Kluwer, 5th ed., 2022.

- SABAHI, Borzu** : Investor-State Arbitration, Oxford
RUBINS, Noah University Press, 2nd ed., 2019.
WALLACE, Don
- SACHS, Lisa** : “Impacts of Fiscal Reforms on Country
TOLEDANO, Perrine Attractiveness: Learning from the Facts”,
MANDELBAUM, Jacky Yearbook on International Investment Law
OTTO, James and Policy 2011–2012, s. 345-386, 2013.
SALACUSE, Jeswald W. : The Law of Investment Treaties, Oxford
University Press, 3rd ed., 2021.
- ŞANSLI, Cemal** : Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası,
ESEN, Emre İstanbul, 2020.
ATAMAN-FIGANMEŞE, İnci
- SAUVANT, Karl P** : The Effect of Treaties on Foreign Direct
SACHS, Lisa E. Investment: Bilateral Investment Treaties,
Double Taxation Treaties, and Investment
Flows, Oxford University Press, 2009.
- SAYED, Abdulhay** : Corruption in International Trade and
Commercial Arbitration, Kluwer Law
International, 2004.
- SCHILL, Stephan W.** : “Illegal Investments in Investment Treaty
Arbitration”, The Law & Practice of
International Courts and Tribunals, C. 11, S.
2 s. 281-323, 2012.
- SCHILL, Stephan W.** : “Umbrella Clauses as Public Law Concepts
in Comparative Perspective”, International
Investment Law and Comparative Public
Law, (Ed. Stephan W. Schill), Oxford
University Press, s. 569-598, 2010.
- SCHOUERI, Luís Eduardo** : “Chapter 6: Brazil”, The Impact of Bilateral
GALENDI JÚNIOR, Ricardo Investment Treaties on Taxation, (Ed.
André Michael Lang/Jeffrey Owens/Pasquale
Pistone/Alexander Rust/Josef
Schuch/Claus Staringer), IBFD, s. 149-176,
2017.
- SCHREUER, Christoph** : “Investment Arbitration”, The Oxford
Handbook of International Adjudication,
(Ed. Cesare P. R. Romano/Karen J.
Alter/Yuval Shany), s. 295-315, 2014
(*Investment Arbitration*).

- SCHREUER, Christoph** : “Consent to Arbitration”, The Oxford Handbook of International Investment Law, (Ed. Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer), Oxford University Press, s. 830-867, 2012 (*Consent*).
- SCHREUER, Christoph**
MALINTOPPI, Loratta
REINISCH, August
SINCLAIR, Anthony : The ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Cambridge University Press, 2009.
- SCHREUER, Christoph** : “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, The Journal of World Investment & Trade, C. 6, S. 3, s. 357-386, 2005 (*FET*).
- SENEGACNIK, Alexandre** : “Expressio Unius (Est) Exclusio Alterius”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, (Ed. Rüdiger Wolfrum), Oxford University Press, 2011.
- SEPULCHRE, Vincent**
ERGEÇ, Rusen : Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal, Larcier, 2004.
- SHEPPARD, Audley** : “Tax and arbitration (an ISDS update)”, Arbitration International, C. 39, S. 2, s. 314–336, 2023.
- SHEPPARD, Audley William**
CROCKETT, Antony : “Chapter 14: Are Stabilization Clauses a Threat to Sustainable Development?”, Sustainable Development in World Investment Law, (Ed. Marie-Claire Cordonier Segger/Markus W. Gehring/Andrew Newcombe), Kluwer Law International, s. 333-350, 2011.
- SHIHATA, Ibrahim F.I.** : “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, C. 1, S. 1, s. 1-25, 1986.
- SICAULT, Jean Didier** : “Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public”, Revue Général de Droit International Public, C. 83, s. 633-688, 1979.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof** : “Les actes unilatéraux des États,” Droit international: Bilan et perspectives, (Ed.

- Mohammed Bedjaoui), Pédone, s. 231-243, 1991.
- SÖDERLUND, Christer** : “Is There Such a Thing as Admissibility in Investment Arbitration?”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, C. 33, S. 2, (Ed. Meg Kinnear/Campbell McLachlan), Oxford University Press, s. 525-559, 2018.
- BUROVA, Elena Sergeevna**
- SORNARAJAH, M.** : The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 3rd ed., Cambridge: 2010.
- SORNARAJAH, M.** : The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 2021.
- STEPHAN, Paul B.** : “Comparative Taxation Procedure and Tax Enforcement”, International Investment Law and Comparative Public Law, (Ed. Stephan W. Schill), Oxford University Press, s. 599-624, 2010, s. 602.
- TALMADGE, Philip A.** : “The Myth of Property Absolutism and Modern Government: The Interaction of Police Power and Property Rights”, Washington Law Review, C. 75, S. 3, s. 847-910, 2000.
- TERZİ, Burak** : Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- THURONYI, Victor** : Comparative Tax Law, Kluwer Law International, 2016.
- BROOKS, Kim**
- KOLOZSS, Borbala**
- TIETJE, Christian** : “Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context”, International Investment Law and Comparative Public Law, (Ed. Stephan W. Schill), Oxford University Press, s. 569-598, 2010.
- KAPERMANN, Karoline**
- TIMMER, Laurens J.E.** : “The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre”, Journal of International Arbitration, C. 29, S. 4, s. 363 – 373, 2012.

- TIMMER, Laurens J.E.** : “The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre”, *Journal Of International Arbitration*, C 29, S. 4, s. 363-374, 2012.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin** : Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Yetkin Yayınları, 2. Bası, 2022.
- TUDOR, Ioana** : The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, Oxford University Press, 2008
- ÜNSAL, Hande** : Enerji Yatırım Uyuşmazlıklarında Yetki Sorunu ve Esasa Uygulanacak Hukuk, İktisadi Araştırmalar Vakfı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2015.
- URIBE, Daniel
MONTES, Manuel F.** : “Building a Mirage: The Effectiveness of Tax Carve-out Provisions in International Investment Agreements”, *Investment Policy Brief*, S. 14, The South Centre, 2019.
- van de VEN, Fabian** : Insolvency in Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2023
- van WEEGHEL, Stef** : “Have the OECD Model and the UN Model Served Their Purpose? Are They Still Fit for Purpose?”, *Bulletin for International Taxation*, C. 75, S. 11/12, s. 588-593, 2021.
- VASCIANNIE, Stephen** : “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, *British Yearbook of International Law*, C. 70, S. 1, s. 99–164, 1999.
- VASUDEV, Vatsal** : “Interactions between Taxation Measures and International Investment Agreements”. *Handbook of International Investment Law and Policy*, (Ed. Julien Chaisse/ Leïla Choukroune/Sufian Jusoh), Springer, s. 2035-2053, 2021.
- VILLIGER, Mark E.** : Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Brill | Nijhoff, 2009.

- von der DECKEN, Kerstin** : “Article 30”, Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, (Ed. Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach), Springer, s. 539-555, 2018.
- WAIBEL, Michael** : “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, International Investment Law, (Ed. Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch/Yun-i Kim), C.H. BECK Hart Nomos, s. 1212-1287, 2015 (*Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*).
- WAIBEL, Michael** : Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals, Cambridge University Press, 2011 (*Sovereign Defaults*), s. 238.
- WÄLDE, Thomas
KOLO, Abba** : “Investor-State Disputes: The Interface Between Treat-Based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty”, Intertax, C. 35, S. 8/9, s. 424-449, 2007 (*Investment Protection and Sovereignty*).
- WÄLDE, Thomas** : “National Tax Measures Affecting Foreign Investors Under the Discipline of International Investment Treaties.” Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), C. 102, s. 55–59, 2008 (*National Tax Measures*).
- WÄLDE, Thomas W.
KOLO, Abba** : “Coverage of Taxation Under Modern Investment Treaties”, The Oxford Handbook of International Investment Law, (Ed. Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer), Oxford University Press, s. 306-362, 2012 (*Coverage of Taxation*).
- WÄLDE, Thomas W.
KOLO, Abba** : “Renegotiating Previous Governments' Privatization Deals: The 1997 U.K. Windfall Tax on Utilities and International Law”, Northwestern Journal of International Law & Business, C. 19, s. 405-424, 1999.
- WESTON, Burns H.** : “"Constructive Takings" Under International Law: A Modest Foray into the Problem of "Creeping Expropriation,"",

- Virginia Journal of International Law, C. 16, S. 1, s. 103-175, 1975.
- WETTER, J. Gillis** : “Some Little-Known Cases on
SCHWEBEL, Stephan Concessions”, British Year Book of
 International Law, C. 40, s. 183-232, 1964.
- WILLIAMS, David A. R.** : “Jurisdiction and Admissibility”, The
 Oxford Handbook of International
 Investment Law, (Ed. Peter
 Muchlinski/Federico Ortino/Christoph
 Schreuer), Oxford University Press, s. 868-
 931, 2008.
- WONGKAEW, Teerawat** : Protection of Legitimate Expectations in
 Investment Treaty Arbitration: A Theory of
 Detrimental Reliance, Cambridge
 University Press, 2019.
- WURZEL, Harold** : “Foreign Investment and Extraterritorial
 Taxation”, Columbia Law Review, C. 38 S.
 5, s. 809-857, 1938.
- YALTI SOYDAN, Billur** : Uluslararası Vergi Anlaşmaları, İstanbul:
 Beta, 1995 (*Uluslararası Vergi
 Anlaşmaları*).
- YANNACA-SMALL, Cathrine** : “Indirect Expropriation and the Right to
 Regulate in International Investment Law”,
 International Investment Law: A Changing
 Landscape, OECD Publishing, s. 43-72,
 2005 (*Indirect Expropriation*).
- YANNACA-SMALL, Katia** : “Who is Entitled to Claim? Nationality
 Challenges”, Arbitration Under
 International Investment Agreements: A
 Guide to the Key Issues, (Ed: Katia
 Yannaca-Small), Oxford University Press,
 2nd ed., s. 223-265, 2018 (*Nationality*).
- YANNACA-SMALL, Katia** : “Fair and Equitable Treatment Standard:
 Recent Developments”, Standards of
 Investment Protection, (Ed. August
 Reinisch), Oxford University Press, s. 111-
 130, 2008 (*FET*).
- YİĞİT, Uğur** : “Maden Arama ve İşletme Faaliyetlerinden
ÖZTÜRK, İlhami Kaynaklanan Mali Yükümlülükler ve
 Bunların Hukuki Niteliğinin Analizi”, Gazi
 Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.
 21, S. 3, s. 277-320, 2017.

YILMAZ, Alper Çağrı

: Uluslararası Enerji Yatırımlarının
Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 2013.



KARARLAR

Hakem Kararları

Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. The Slovak Republic (I), PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26.10.2010 (Achmea v. Slovakia).

ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 02.10.2006 (ADC v. Hungary).

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20.11.1984 (Amco Asia v. Indonesia).

Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss, 21.02.2012 (Ampal American v. Egypt).

Antoine Goetz and Others & et SA Affinage des Metaux v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/01/2, Award, 21.06.2012 (Goetz II v Burundi).

Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc v United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/05/05, Final Award, 21.11.2007 (Archer Daniels v. Mexico).

Azurix Corp. v. The Argentine Republic (I), ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 08.12.2003.

BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 02.04.2019.

Belenergia S.A. v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 06.08.2019 (Belenergia v. Italy).

Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/05/6, Award, 22.04.2009.

Big Sky Energy v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/17/22, Award, 24.11.2021.

Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24.07.2008 (Biwater Gauff v. Tanzania).

Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 02.06.2010 (Burlington v. Ecuador, Jurisdiction).

Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, 14.12.2012 (Burlington Resources v. Ecuador).

Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited v. The Republic of India, PCA Case No. 2016-07, Final Award, 21.12.2020 (Cairn v. India).

Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, 18.09.2009 (Cargill v. Mexico).

Case of Scordino v. Italy (No. 1), ECHR, Case No. 36813/97) Judgment, 29.03.2006.

Case of the Former King of Greece and Others V. Greece, ECHR, Case No. 25701/94, Judgment, 23.11.2000.

Cavalum SGPS, SA v Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/15/34, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 31.08.2020 (Cavalum v. Spain).

CEF Energia BV v. Italian Republic, SCC Case No. 2015/158, Award, 16.01.2019 (CEF Energia v. Italy).

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (formerly Aguas del Aconquija) and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (I), ICSID Case No. ARB/97/3, Award II, 20.08.2007 (Vivendi v. Argentine).

Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/6, Award, 22.03.2003.

Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/2, Dissenting Opinion of Makhdoom Ali Khan (Award).

Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18.08.2008 (Duke Energy v. Ecuador).

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18.08.2008 (Duke Energy v. Peru).

Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 04.05.2017 (Eiser v. Spain).

El Paso Energy International Company v The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/15, Award, 31.10.2011 (El Paso v. Argentine).

Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30.11.2012.

Emanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and The United States of America, IUSCT Case No. 880, Award (Award No. 460-880-2), 29.12.1989 (Too v. Greater Modesto Insurance Associates).

Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13.11.2000.

EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, Award, 3.02.2006 (EnCana v. Ecuador)

Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim), 02.08.2004.

ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 14.09.2020 (ESPV v. Italy).

Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26.07.2001 (Olguin v. Paraguay).

Eurus Energy Holdings Corporation v Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 17.03.2021 (Eurus v. Spain).

Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, 11.07.1997.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (I), ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16.08.2007.

Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.09.2003 (Generation v. Ukraine).

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et.al. v. United States of America, Award, 12.01.2011 (Grand River v. USA).

Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. The Italian Republic, SCC Case No. V 2015/095, 23.12.2018 (Greentech v. Italy).

Hellenic Electric Railways Ltd. v. Government of Greece, 1930.

Hochtief AG v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24.10.2011.

Horthel Systems BV, Poland Gaming Holding BV and Tesa Beheer BV v. Poland, PCA Case No. 2014-31, Final Award, 16.02.2017 (Horthel v. Poland).

Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18.07.2014.

Hydro Energy I Sàrl & or v Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/15/42, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 09.03.2020 (Hydro v. Spain).

Infracapital F1 Sàrl and Infracapital Solar BV v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/18, Decision on Jurisdiction, Liability, and Directions on Quantum, 13.09.2021.

InfraRed Environmental Infrastructure GP Ltd & ors v Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/12, Award, 02.08.2019.

Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11.12.2013.

Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 03.03.2010.

Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, Final Award, 23.04.2012 (Oostergesel v. Slovakia).

Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06 .08.2004.

LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/05/3, Award, 12.11.2008 (LESI v. Algeria).

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25.07.2007.

Limited Liability Company Amto v. Ukraine, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26.03.2008 (Amto v. Ukraine).

Link-Trading Joint Stock Company v Department for Customs Control of the Republic of Moldova, UNCITRAL Arbitration, Final Award, 18.04.2002 (Link-Trading v. Moldova, Award).

Link-Trading Joint Stock Company v. Department for Customs Control of the Republic of Moldova, Award on Jurisdiction, 16.02.2001 (Link-Trading v. Moldova, Jurisdiction).

Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on Competence and Jurisdiction, 05.012001 (Loewen Group v. USA).

LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea, ICSID Case No. ARB/12/37, Award, 30.08.2022 (Lone Star v. Korea).

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17.05.2007.

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16.12.2002, (Feldman v. Mexico).

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16.12.2002.

MCI Power Group LC and New Turbine Inc v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31.07.2007.

Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4.10.2013.

Metalclad Corp v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30.08.2000 (Metalclad v. Mexico).

Middle East Cement Shipping and Handling Co. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12.04.2002.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25.05.2004.

Noble Energy Inc. and Machala Power Cia. Ltd. v. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, 05.03.2008.

Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12.10.2005.

Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (I), LCIA Case No. UN3467, Award, 01.07.2004 (Occidental v. Ecuador).

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador (II), ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5.10.2012 (Occidental v. Ecuador II).

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (II), ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5.10.2012 (Occidental v. Ecuador (II)).

OOO Manolium Processing v. The Republic of Belarus, PCA Case No. 2018-06, Final Award, 22.06.2021 (Manolium Processing v. Belarus).

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11.09.2007.

Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability, 12.09.2014 (Perenco v. Ecuador).

Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15.04.2009.

Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Decision on Provisional Measures, 6.04.2007.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27.08.2008 (Plama v. Bulgaria).

Pope & Talbot v. Government of Canada, UNCITRAL, Interim Award, 26.06.2000.

PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19.01.2007 (PSEG v. Türkiye).

Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, 20.07.2012 (Quasarde Valores v Russia).

RENERGY Sàrl v. Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/14/18, Award, 06.05.2022.

RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. 079/2005, Final Award, 12.09.2010 (RosInvest v. Russia).

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I], ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.07.2001 (Salini).

Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17.03.2006 (Saluka v. Czech Republic).

Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, 11.05.2005.

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSCVostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, Award on Jurisdiction and Liability, 28.04.2011 (Paushok v. Mongolia).

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 06.11.2007.

Silver Ridge Power BV v. Italian Republic, ICSID Case No ARB/15/37, Award, 26.02.2021 (Silver Ridge v. Italy).

Sodexo Pass International SAS v. Hungary, ICSID Case No. ARB/14/20, Award (Excerpts), 28.01.2019 (Sodexo v. Hungary).

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20.05.1992.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 07.12.2011 (Spyridon Roussalis v. Romania).

STEAG GmbH v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/4, Decision on Jurisdiction, Liability and Instructions on Quantification of Damages, 08.10.2020 (STEAG v. Spain).

Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy, SCC Case No 132/2016, Final Award, 25.03.2020 (Sun Reserve v. Italy).

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29.05.2003 (Tecmed v. Mexico).

Telenor Mobile Communications AS v Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13.09.2006 (Telenor v. Hungary).

Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, the Government of the Islamic Republic of Iran et al, IUSCT, Award No. 141-7-2, 22.06.1984.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26.07.2007.

Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27.12.2010 (Total v. Argentine).

United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada, Award on Jurisdiction, 22.11.2002 (UPS v. Canada, Award on Jurisdiction).

United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada, Award on the Merits, 24.05.2007 (UPS v. Canada, Award on the Merits).

Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation, PCA Case No. AA 228, Final Award, 18.07.2014.

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 08.05.2008 (Victor Pey v. Chile).

Vincent J. Ryan, Schooner Capital LLC, and Atlantic Investment Partners LLC v. Republic of Poland, ICSID Case No. ARB(AF)/11/3, Award, 17.11.2015 (Ryan v. Poland).

Vodafone International Holdings BV v. India (I), PCA Case No. 2016-35, Final Award, 25.09.2020 (Vodafone v. India).

Waste Management Inc v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30.04.2004 (Waste Management v. Mexico).

Watkins Holdings Sàrl and ors v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/44, Award, 21.01.2020 (Watkins v. Spain).

World Duty Free Company v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4.10.2006.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18.07.2014 (Yukos Universal v. Russia).

Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/00/1, Award, 24.01.2003.

Uluslararası Mahkemelerin Kararları

Anneliese Lenz v. Finanzlandesdirektion für Tirol, Court of Justice of the European Union, Case 315/02, First Chamber, 15.07.2004.

*Bendenoun v. France, Case No. 12547/86, Judgment, 24.02.1994.
Commission v. France, Case 21/84, Court of Justice of the European Union, 09.05.1985.*

*Ferrazini v. Italy, ECHR, Case No. 44759/98, Judgment, 12.07.2001.
Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada), International Court of Justice, Jurisdiction of the Court, 04.12.1998 (Fisheries Jurisdiction Case).*

*Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali), Judgment, ICJ Reports 1986, s. 554-601.
J. E. J. Blankaert v. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Court of Justice of the European Union, Case C-512/03, First Chamber, 08.09.2005.*

Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Judgment - Preliminary Objection, ICJ, 18.11.1953.

*Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, ICJ Reports 1974, s. 457-478.
OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, ECHR, Case No. 14902/04, Award, 20.09.2011.*

OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, ECHR, Case No. 14902/04, Award, 31.07.2014.

Permanent Court of International Justice (PCIJ), The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom), 30.08.1924, Series. A, No. 2

Petri Manninen, Court of Justice of the European Union, Case C-319/02, Grand Chamber, 07.09.2004.

Sandoz GmbH v. Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland, Court of Justice of the European Union, Case C-439/97, Sixth Chamber, 14.10.1999.

Skatteverket v. A, Case C-101/05, Court of Justice of the European Union, Grand Chamber, 18.12.2007.

The heirs of H. Barbier v. Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Court of Justice of the European Union, Case C-364/01, First Chamber, 11.12.2003.

Devlet Mahkemelerinin Kararları

Anayasa Mahkemesi, E.2023/169, K.2024/82, 14.03.2024.

Bundesfinanzhof, 29.11.1982, GrS 1/81, 1983.

Bundesverfassungsgericht 14.04.1959, 1 BvL 23/57 ve 34/57, 1959.

Conseil Constitutionnel, n° 90-285 DC, 28.12.1990.

Conseil d'État, n°35977, 07.07.1958.

Duke of Westminster v. Comm. of Inland Revenue, 19 TC 490, 52, 1935.

Gregory v. Helvering, US Supreme Court, 293 U.S. 465, 1935.

Judgment of the Amsterdam Court of Appeal, C/09/477160 / HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2, C/09/481619 / HA ZA 15-112, 20.02.2024.

Judgment of the Hague Court of Appeal, C/09/596260 / KG ZA 20-670, 27.10.2020.

Judgment of the Hague Court of Appeal, Case No. 200.197.079/01, 18.02.2020.

Judgment of the Hague District Court, C/09/477160 / HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2, C/09/481619 / HA ZA 15-112, 20.04.2016.

Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (I), LCIA Case No. UN3467, Judgment of the High Court of Justice of England and Wales [2006] EWHC 345, 2.02.2006 (Occidental v. Ecuador, High Court of Justice).

Yargıtay 11. HD, E. 2006/7396, K. 2007/6672, T. 01.05.2007.

Yargıtay 13. HD, E. 2011/19737, K. 2012/25406, T. 13.11.2012.

Yargıtay 13. HD, E. 2012/8426 K. 2012/10349 T. 17.4.2012.

Yargıtay 13. HD, E. 2013/16287, K. 2016/5292, T. 23.2.2016.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/568 K. 2012/47 T. 8.2.2012.



ULUSLARARASI ANLAŞMALAR VE MODEL ANLAŞMALAR

Agreement Between Japan and the Lao People's Democratic Republic for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, 16.01.2008. Anlaşmanın metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1729/download> (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

Agreement between Japan and the Republic of Indonesia for an Economic Partnership, 20.08.2007, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2547/download> (Erişim Tarihi: 23.05.2024).

Agreement Between Japan and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, 12.02.1992. Anlaşmanın Türkçe metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6771/download>. İngilizce metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1736/download>. (Erişim Tarihi: 22.08.2024)

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Ecuador for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 29.04.1996, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/783/canada---ecuador-bit-1996-> (Erişim Tarihi: 15.02.2024).

Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of New Zealand for the Promotion and Protection of Investments, 06.07.1995 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1518/download> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the People's Republic of China Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 29.07.2015. Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6085/download>. Anlaşmanın Türkçe metni için bkz.

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6143/download>. (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

Agreement Between the Government of the Republic of Türkiye and the Government of the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8394/download> (Erişim Tarihi: 22.08.2024).

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, 14.03.1994 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1613/download> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Turkey for the Promotion and Protection of Investments, 15.03.1991. Anlaşma'nın İngilizce metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2355/download>. Anlaşma'nın Türkçe metni için bkz. <https://ticaret.gov.tr/data/5b8aad0513b87616347e6c3f/ingiltere.pdf> (Erişim Tarihi: 08.05.2024).

Agreement Between the Government of the United Mexican States and the Government of the Republic of Korea for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 14.11.2000 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1809/download> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

Canada Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA) Model, 2021, www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?lang=eng (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, 08.03.2018 (CPTPP), <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2018/03/CPTPP-consolidated.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union (Kanada ve Avrupa Birliği arasındaki Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret

Anlaşması), 2016 (CETA). Anlaşmanın metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3593/download> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon) (*ICSID Konvansiyonu*). İngilizce tam metni için bkz. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>; 02.06.1988 tarihli 19830 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Uygun Bulma Kanunu için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf (Erişim Tarihi: 06.12.2023).

Draft Norway Model BIT, 2015, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3350/download> (Erişim Tarihi: 18.01.2023).

Energy Charter Treaty (Enerji Şartı Anlaşması). Anlaşmanın Türkçe metni için bkz. RG: 06.02.2000-23956 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>. (Erişim Tarihi: 21.05.2024). Anlaşma’nın İngilizce metni için bkz. <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

Free Trade Agreement Between the Republic of Turkey and The United Kingdom of Great Britain And Northern Ireland, 21.12.2020. Anlaşma’nın İngilizce ve Türkçe metni için bkz. <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/serbest-ticaret-anlasmalari/yururlukte-bulunan-stalar/birlesik-krallik> (Erişim Tarihi: 13.02.2024).

General Agreement on Trade in Services (Hizmet Ticareti Genel Anlaşması), 1995 (GATS). Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (Matrah Aşındırma ve Kâr Aktarımından Korunmak İçin Vergi Anlaşmalarıyla Bağlantılı Tedbirlerin Uygulanması Hakkındaki Çok Taraflı

Anlaşma), 07.06.2017 (*Çok Taraflı Vergi Anlaşması*), <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

Netherlands Model BIT, 2019, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download> (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

North American Free Trade Agreement between Canada, The United States and Mexico (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması), 1992 (NAFTA). Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2412/download> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

Norway Model BIT, 19.12.2007, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2873/download> (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

OECD, Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Claimants%27%20Amended%20Memorial/Legal%20Authorities/CL-0020.PDF (Erişim Tarihi: 21.03.2024).

OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris: 2017 (*OECD Model Vergi Anlaşması 2017*), https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.OECD (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

The General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması), 1947 (GATT). Anlaşmanın değişiklikleri de içeren İngilizce metni için bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

The Treaty Between the United States of America and Mongolia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 06.10.1994. Anlaşma'nın tam metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2029/download> (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment,

04.11.2005, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2380/download> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 27.08.1993, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1065/download> (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Treaty Between the United States of America and the Republic of Moldova Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 21.04.1993 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2019/download> (Erişim Tarihi: 23.05.2024).

Treaty Between the United States of America and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, 03.12.1985. ABD-Türkiye İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın İngilizce metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2356/download> 20.4.1989 tarihli ve 20145 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Uygun Bulma Kanunu'nda yer alan Türkçe metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc072/kanuntbmmc072/kanuntbmmc07203533.pdf (Erişim Tarihi: 02.02.2024).

Treaty establishing the European Economic Community, Rome, 25.03.1957 (*Roma Anlaşması*). Anlaşmanın Fransızca metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT> (Erişim Tarihi: 23.05.2024).

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, 13.12.2007 (*Lizbon Anlaşması*), http://publications.europa.eu/resource/cellar/688a7a98-3110-4ffe-a6b3-8972d8445325.0007.01/DOC_19 (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

United Kingdom Model Bilateral Investment Treaty 2008 (*İngiltere Model Anlaşması 2008*), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2847/download> (Erişim Tarihi: 20.02.2024).

United Nations Convention on the Law of the Sea, 10.12.1982 (Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi). İngilizce metni için bkz. https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf Türkçe metni için bkz. https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafilsoz/bm/bm_26.pdf (Erişim Tarihi: 23.05.2024).

United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi), New York, 10.06.1958. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>. Türkçe metni için bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141817Newyork%20Konvansiyonu%20Türkçe.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

United Nations Department of Economic & Social Affairs, Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017 Update, New York: 2017 (*BM Model Vergi Anlaşması*), https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

United States Model Bilateral Investment Treaty, 2012. <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (Erişim Tarihi: 19.05.2024).

United States-Mexico-Canada Agreement, 30.11.2018 (USMCA), <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

Vienna Convention on the Law of Treaties (Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi), United Nations, 23.05.1969, https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2024).

RAPORLAR

African Tax Administration Forum, Understanding the Overlaps Between Trade and Investment Obligations and Tax Measures — Setting a Foundation for Dialogue on the AfCFTA, 2022, https://events.ataftax.org/includes/preview.php?file_id=198&language=en_US (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

Allison Christians/Thomas Lassourd/Kudzai Mataba/Eniye Ogbebor/Alexandra Readhead/Stephen Shay/Zach Pouga Tinhaga, A Guide for Developing Countries on How to Understand and Adapt to the Global Minimum Tax, International Institute for Sustainable Development, 2023.

Birleşmiş Milletler Vergi Konularında Uluslararası İşbirliği Uzmanlar Komitesi 23. Toplantı Raporu, 16.04.2021, E/2022/45-E/C.18/2021/4, <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2022-02/N2140002E.pdf> (Erişim Tarihi: 04.01.2023).

Birleşmiş Milletler Vergi Konularında Uluslararası İşbirliği Uzmanlar Komitesi 24. Toplantı Raporu, 18.03.2022, E/C.18/2022/CRP.5, <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/202203/CRP.5%20Tax%20Trade%20and%20Investment.pdf> (Erişim Tarihi: 04.01.2023).

Birleşmiş Milletler Vergi Konularında Uluslararası İşbirliği Uzmanlar Komitesi 26. Toplantı Raporu, 12.03.2023, E/C.18/2023/CRP.2, https://financing.desa.un.org/sites/default/files/202304/CRP.2%20Tax%20Trade%20and%20Investment%2026%20CITC%2012%20March%202023_Final.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2023).

Erika Lunder/Robert Meltz/Kenneth Thomas, “Retroactive Taxation of Executive Bonuses: Constitutionality of H.R. 1586 and S. 651”, Congressional Research Service Report for Congress, 25.03.2009,

https://www.everycrsreport.com/files/20090325_R40466_b3e1b22c9e72b23e24667f6d39536ac9aded01ed.pdf (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

ICSID, Annual Report, 2023, s. 26, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR2023_ENGLISH_web_spread.pdf (Erişim Tarihi: 20.12.2023).

Nations Unies, Huitième rapport sur les actes unilatéraux des États, A/CN.4/557, 2005 https://legal.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_557.pdf (Erişim Tarihi: 18.05.2024).

Nations Unies, Rapport de la Commission du droit international Cinquante-huitième session, A/61/10,2006, https://legal.un.org/ilc/documentation/french/reports/a_61_10.pdf (Erişim Tarihi: 19.05.2024).

OECD, Action 14 Final Report 2015 – Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris: 2015 (*Action 14 Final Report*).

OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, 2013.

OECD, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing, 2004.

OECD, Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Turkey (Stage 2): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris: 2021.

OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2021.

OECD, Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax: Reconsidering Tax Incentives After the GloBE Rules, OECD Publishing, 2022.

OECD, The Multilateral Agreement on Investment Draft Consolidated Text, DAF/MAI(98)7/REV1, 22.04.1998, s. 86-87 <https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

Subcommittee on Dispute Avoidance and Resolution, “Chapter 5 on MAP Arbitration of the Handbook on Avoidance and Resolution of Tax Disputes”, Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters Twentieth Session (Birleşmiş Milletler Vergi Konularında Uluslararası İşbirliği Uzmanlar Komitesi Yirminci Toplantı), E/C.18/2020/CRP.2, 2020, <https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-03/CRP2%20Chapter%205%20%28MAP%20Arbitration%29.pdf> (Erişim Tarihi: 06.12.2023).

UNCTAD, Expropriation: A Sequel, United Nations Publication, UNCTAD/DIAE/IA/2011/7, 2012 (*Expropriation*).

UNCTAD, Fair and Equitable Treatment: A Sequel, United Nations Publication, 2012 (FET).

UNCTAD, International Investment Agreements and Their Implications for Tax Measures: What Tax Policymakers Need to Know, 2021 (*IAs and Tax Measures*), https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d3_en.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2023).

UNCTAD, The Global Minimum Tax and Investment Treaties: Exploring Policy Options, 2023, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2023d7_en.pdf (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

UNCTAD, The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment in Developing Countries, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, 2009.

UNCTAD, Transparency, Series on issues in international investment agreements, United Nations, 2004, https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit20034_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.05.2024).

UNCTAD, World Investment Report: International Tax Reforms and Sustainable Investment, 2022 (World Investment Report 2022), s. 90-91,

https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022_en.pdf (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

World Bank, “Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment”, International Legal Materials, C. 31, 1992.



İNTERNET SAYFALARI

Aditi Shah, “Vodafone wins international arbitration against India in \$2 bln tax dispute case – sources”, Reuters, 25.09.2020, <https://www.reuters.com/article/uk-india-vodafone-group-arbitration-idUKKCN26G1CL/> (Erişim Tarihi: 02.12.2023).

Damien Charlotin, “Analysis: In Now-Public Award, BIT Tribunal Finds That Retroactive Change to Tax Law Was “Grossly Unfair”; India Ordered To Withdraw Tax Demand And Compensate For Forced Sale Of Investment”, IA Reporter, 29.12.2020, <https://www.iareporter.com/articles/analysis-in-now-public-award-bit-tribunal-finds-that-retroactive-change-to-tax-law-was-grossly-unfair-india-ordered-to-withdraw-tax-demand-and-compensate-for-forced-sale-of-invest/> (Erişim Tarihi: 16.05.2024).

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping> (Erişim Tarihi: 21.05.2024)

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

<https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf> (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

Luke Eric Peterson, The Global Governance of Foreign Direct Investment: Madly Off in All Directions, Friedrich Ebert Stiftung, Geneva: 2005, s. 18 <https://library.fes.de/pdf-files/iez/global/50084.pdf> (Erişim Tarihi: 16.01.2024).

Mindy Herzfeld, “Could Bilateral Investment Treaties Kill Pillar 2?”, Tax Notes International, 16 Haziran 2023, <https://www.taxnotes.com/tax-notes-today-international/harmonization/could-bilateral-investment-treaties-kill-pillar-2/2023/06/26/7gw8j?highlight=herzfeld> (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

OECD, Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of

the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, Ocak 2020, <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2024).

Peter Hongler/Irma Mosquera/Filip Debelva/Vikram Chand/Julien Chaisse, “UTPR — Potential Conflicts With International Law?”, Tax Notes International, 10 Temmuz 2023, <https://www.taxnotes.com/special-reports/digital-economy/utpr-potential-conflicts-international-law/2023/07/07/7gy40> (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

Robert Finley, “OECD’s Latest MAP Peer Reviews Report Uneven Progress”, Tax Notes International, 16.04.2021, <https://www.taxnotes.com/tax-notes-today-international/competent-authority-matters/oecd-latest-map-peer-reviews-report-uneven-progress/2021/04/16/4v9p8> (Erişim Tarihi: 06.12.2023).

Robert Finley, “OECD’s New Round of Action 14 Peer Reviews Reports Mixed Progress”, Tax Notes International, 02.10.2021, <https://www.taxnotes.com/tax-notes-international/competent-authority-matters/oecd-new-round-action-14-peer-reviews-reports-mixed-progress/2021/08/02/76y0j> (Erişim Tarihi: 06.12.2023).

Shruti Srivastava, “Cairn, Vodafone Wins Make India Scrap ‘Nightmare’ Tax”, Bloomberg, 05.08.2023, https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-08-05/india-seeks-to-scrap-retrospective-taxes-after-firms-fight-back?utm_source=website&utm_medium=share&utm_campaign=copy (Erişim Tarihi: 02.12.2023).

U.S. President, Message from the President of The United States Transmitting Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Lithuania for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, with Annex and Protocol, Signed at Washington on January 14, 1998, US Government Printing Office, 106. U.S. Congress, Senate, Treaty Doc. 106-42 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1929/download> (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Aleyna Kalender
Tez Başlığı : Vergilendirmeye İlişkin Uyuşmazlıkların Yatırım Tahkimi Yoluyla Çözümlemesi
Savunma Tarihi : 14/08/2024
Danışman : Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener

Prof. Dr. Ziya Akıncı

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk

Prof. Dr. Ulun AKTURAN
Enstitü Müdürü