

14 Şubat 2009 II. Uluslararası Tahkim Sempozyumu - İstanbul

## YATIRIM TAHKİMİNİN AVANTAJ ve DEZAVANTAJLARI ve TÜRKİYE’NİN İKİLEMİ

*Dr. Hamid G. GHARAVI\**

Eğer izin verirseniz, bu sunumu iki bölüme ayırmak istiyorum. **Bölüm I**’de “yatırım tahkimi”nin, yani yatırımların teşviki ve koruması ile ilgili ikili veya çok taraflı sözleşmelerde bulunan tahkim maddelerine veya yabancı yatırımlar ile ilgili ulusal yasalara uygun olarak başlatılan tahkimlerin avantaj ve dezavantajları belirtilecektir. Sonra **Bölüm II**’de Türkiye Cumhuriyeti’nin yatırım tahkiminin avantajlarını muhafaza ederken bu dezavantajları nasıl hafifleteceği ile ilgili öneriler bulunacaktır.

### **I. Yatırım Tahkimlerinin Avantaj ve Dezavantajları**

Yatırım tahkimlerinin avantajları da dezavantajları da oldukça açıktır.

#### **Avantajlar**

Türkiye Cumhuriyeti tahkim sağlayan birçok ikili ve çok taraflı sözleşmeye imza atmıştır. Çok taraflı sözleşmelere örnek, ICSID, UNCITRAL ve Stockholm Ticaret Odası tahkimlerini sunan 1994 Enerji Şartı Sözleşmesi’dir. İkili yatırım sözleşmeleri bakımından, bildiğim kadarıyla, Türkiye Cumhuriyeti 60’tan fazla ikili yatırım sözleşmesi imzalamıştır. Bu sözleşmeler genellikle yatırımcı-devlet ihtilaflarını uluslar arası tahkime sunulması ile ilgili teklif içermektedir. Bu ikili anlaşmaların 58’i incelendiğinde, bu 58 anlaşmanın 17’sinin özellikle ICSID tahkimini istediği, diğer 41’inin yabancı yatırımcıya ICSID ile diğer tahkim türleri (UNCITRAL ve/veya Uluslararası Ticaret Odası dahil) arasında seçim yapma olanağı sunduğu görülmektedir.

---

*LCIA (Londra Uluslar arası Tahkim) Mahkemesi Üyesi Şirket Ortağı – Derains Gharavi & Lazareff.*

Ayrıca, yabancı sermaye kanunları (Türkiye’deki olmasa da) genellikle yatırımlar hakkındaki ihtilafların ICSID ya da diğer tahkim türlerine sunulmasını teklif etmektedir.

Yatırım tahkimlerinin üç ana avantajı bulunmaktadır.

Yatırım tahkiminin ilk avantajı, yatırımcıların, ikili veya çok taraflı sözleşmeler veya yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında doğrudan imzalanan belirli bir tahkim maddesinin olmadığı durumlarda da yabancı sermaye kanunlarındaki tahkim maddesine dayalı olarak tahkim başlatmalarına izin vermektedir. Bu, yurtdışındaki Türk yatırımcılar dahil, yatırımcılar için bir avantajdır, zira aksi takdirde ihtilaflarını, zaten ihtilaf halinde oldukları ev sahibi devletin mahkemelerine sunmak zorunda kalacaklardır.

İkinci avantaj, bu ikili veya çok taraflı yatırım sözleşmelerinin veya yabancı sermaye kanunlarının yatırımcılara sadece tahkim olanağını değil, aynı zamanda salt sözleşme veya yerli kurallardan daha uygun şartlara sahip olan uluslararası hukuk kapsamında koruma da sağlamasıdır. Aslında bu araçlarda belirtilen hükümler devletin ve devlet organlarının yatırımı haksız ve adaletsiz muameleden, keyfi uygulamalardan, tam koruma ve güvenlik karşıtı önlemlerden, ayrımcılıktan ve kamulaştırmadan koruması yükümlülüğünü getirmektedir.

Üçüncü avantaj, uluslararası hukukta, tahkim maddesi gibi, yatırımcının devlet veya devlet organıyla herhangi bir sözleşmesinin olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın, devlet veya devlet organlarının (yasama, yürütme veya yargı organlarının) bu yükümlülük ve koruma koşulunu ihlal eden hareket ve ihmallerine karşı sunduğu korumadır. Örnek vermek gerekirse, İngiltere’deki özel bir otelin İngiltere’deki bir ayaklanma nedeniyle zarara katlanan (herhangi bir İngiltere devlet organı ile sözleşmesi olmayan) Türk sahibi ve işletmecisi, bu ayaklanmalara İngiltere doğrudan neden olmasa veya Türk yatırımcı ile doğrudan sözleşmesi bulunmasa dahi, İngiltere’nin Türk yatırımcının otelini ayaklanmalardan koruyabilecek olmasına rağmen yeterli şekilde korumaması koşuluyla, İngiltere ile Türkiye arasındaki İYA kapsamında “eşit ve adaletli muamele” ve “tam koruma ve güvenlik” yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle İngiltere’yi sorumlu tutabilir.

Yatırım tahkimlerinin bu avantajları yalnızca yatırımları koruduğundan yatırımcılar için değil, aynı zamanda kendi toprakları üzerinde yabancı yatırımları teşvik ettiği ve kendi vatandaşlarının yurtdışındaki yatırımlarına koruma sağladığından egemen devletler için de fayda sağlamaktadır.

Örneğin, Türk yatırımcılar kendi yatırımlarının kamulaştırma veya diğer uluslararası hukuk ihlalleri nedeniyle yatırım yaptıkları devletleri sorumlu tutmak için yatırım tahkimini kullanmışlardır. Askıda olan ve lehe sonuçlanan birçok dava bulunmaktadır. En açıklayıcı örnek herhalde Türk şirketleri olan –ve benim de temsil etme şerefine nail olduğum– Telsim/Rumeli'nin bu şirketlerin Kazakistan'daki bir GSM lisansının ve Kar-Tel adındaki şebekesinin kamulaştırılması nedeniyle Kazakistan aleyhine açtığı, ve geçen sene Türkiye ile Kazakistan arasındaki ikili yatırım anlaşması uyarınca Telsim ve Rumeli lehine 160 milyon ABD Doları ödeme kararı ile sonuçlanan ICSID tahkimidir.

Öte yandan, yabancı yatırımları teşvik etmek için yaklaşık 60 ikili yatırım anlaşması imzalayan Türkiye Cumhuriyeti aleyhine de bu sözleşmeler uyarınca, bazıları iyi niyetli talepler iken bazıları da ciddi olmayan ve bezdirme niyetinde olan tahkim davaları açılmıştır. Ve burada yatırım tahkiminin dezavantajlarından bahsetmek gerekir.

### **Yatırım tahkiminin dezavantajları**

Yatırım tahkimi iki nedenden ötürü istismar ve tacize neden olmaktadır.

Birinci neden, Türkiye Cumhuriyeti'nin imzaladıkları dahil olmak üzere, ikili yatırım anlaşmalarında tahkim maddesinin ve yatırımın tanımının genellikle çok geniş olmasıdır. Genellikle yatırım “ekonomik değer yaratmak için para talebi” sözünü içerecek şekilde tanımlanır. Bu, egemen devletler aleyhine aslında yatırım olmayan proje ve işlemler nedeniyle talepte bulunulmasına neden olur. Örnek vermek gerekirse, halihazırda Yunan bir yatırımcının Yunanistan ile Arnavutluk arasındaki ikili yatırım anlaşması uyarınca, aslında yatırım olmayıp bir hizmet sözleşmesi olan, köprülerin rehabilitasyonundan kaynaklanan bir ihtilaf ile ilgili olarak açtığı bir ICSID tahkiminde Arnavutluk Cumhuriyeti'ni temsil etmekteyim.

Sistemin istismar ve tacize olanak sağlamasının ikinci nedeni, anlaşmaların kötüye kullanılması ve/veya alacakların usulsüz temlikidir. Herhangi bir ikili yatırım anlaşmasının kapsamına girmeyen veya ev sahibi devlet aleyhine dava açma hakkı olan yabancı yatırımcı konumunda olmayan bazı yatırımcılar, alacaklarını ikili yatırım anlaşması kapsamında giren bir kuruluşla sonradan veya geçmişe yönelik olarak temlik etmişlerdir. ICSID tarihinde daha komik ancak en büyük tahkim bu esasa açılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti'ni ilgilendirmektedir. Söz konusu dava, Saba Fakes adındaki Hollanda-Ürdün vatandaşının, temsil etme onurunu yaşadığım Türkiye Cumhuriyeti aleyhine başlattığı ICSID tahkimidir. Aylık geliri 5000 ABD Doları olup, Ür-

dün'deki bir akü şirketinin müdürü olan Sayın Fakes, Uzan Ailesi'nden varlıklarının TMSF tarafından ele geçirilmeden hemen önce, Telsim'in çoğunluk hisselerini satın aldığını iddia etmektedir. Ve hisselerinin şüpheli temlik uyarınca sahibi olduğunu iddia ettiği Telsim'in Türkiye Cumhuriyeti tarafından kamulaştırılması nedeniyle Türkiye'den 19 milyar ABD Doları tazminat talep etmektedir. Bu istismar ve tacizdir. Ve bu dava tek değildir, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılmış böyle yaklaşık yarım düzine tahkim davası bulunmaktadır. Ve bu talepler sonuçta reddedilse bile –ve edilecektir de– vakit almaktadır, savunması masraflıdır ve tacize yol açmaktadır. Peki egemen devletleri böyle istismar ve tacizden korumak için ne yapmak gerekir? Bu beni sunumumun ikinci bölümüne getirmektedir.

## II. Türkiye Cumhuriyeti'nin Korunma Seçenekleri

Türkiye Cumhuriyeti'nin kendisini savunmak için dört seçeneği vardır.

### ICSID Sözleşmesinin Feshi

Birinci seçenek, yani ICSID Sözleşmesi'nin feshedilmesi, ICSID Sözleşmesi kapsamında mümkündür. Şimdiye kadar bir Akit Devlet'in ICSID Sözleşmesi ile ilgili fesih bildirimini Dünya Bankası'na gönderdiği yalnızca bir vaka olmuştur. Bu, Bolivya Cumhuriyeti tarafından 2007 yılında gerçekleştirilmiştir. Diğer Akit devletler, Nikaragua Cumhuriyeti ve Venezüela Cumhuriyeti'nin de aynı şeyi yapmayı düşündüğü gözlemlenmektedir.

Bu seçenek tatmin edici değildir ve Türkiye Cumhuriyeti'ne üç nedenden ötürü tavsiye edilmemektedir.

Birincisi, ICSID Sözleşmesi'nin feshi devletlerin maruz kalma durumunu, yani istismar edici tahkimlere maruz kalma riskini sona erdirmemektedir. Bunun nedeni, Türkiye Cumhuriyeti'nin imzaladığı çok sayıdaki ikili ve çok taraflı sözleşmelerin UNCITRAL ve/veya Uluslararası Ticaret Odası tahkimleri gibi başka tahkim türlerine de olanak sağlamasıdır. Diğer bir deyişle, sorun olan, en azından söz konusu sorun, ICSID değil, Türkiye Cumhuriyeti'nin imzaladığı ikili ve çok taraflı yatırım sözleşmelerinde yatırımcılara sağlanan açık uçlu ve geniş kapsamlı tahkim maddeleridir.

İkincisi, ICSID Sözleşmesi'nin feshi, şüphesiz diğer devletler, Dünya Bankası, uluslararası kuruluşlar ve genel olarak uluslar arası yatırım topluluğu huzurunda ününü zedeleyecektir.

Üçüncüsü, fesih Türk yatırımcıların ICSID tahkiminden faydalanma hakkını tehlikeye sokacaktır. Ve Türkiye Cumhuriyeti kendi vatandaş ve şirketlerinin yurtdışında yatırım yapacağını ve ICSID dahil, yatırım konusunda sağlanan korumalardan faydalanacağını göz önünde bulundurmalıdır. Yukarıda bahsedilen, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine elde edilen Telsim/Rumeli ICSID Kararı bunun mükemmel bir örneğidir.

### **Anlaşmaların Feshi**

İkinci seçenek ikili yatırım anlaşmalarının feshidir. Örneğin, geçen sene, Ekvator imzalamış olduğu 25 ikili yatırım sözleşmesinden dokuzunu feshetmiştir. Bu, aslında ICSID ya da diğer kurumsal veya *ad hoc* (özel) kurullar huzurunda tahkim riskini ortadan kaldırmaktadır. Ancak, ICSID Sözleşmesi'nin feshi gibi, yatırımcıları caydıracak ve Türk yatırımcıların aynı sözleşmeler sayesinde yurtdışındaki yatırımlarının korunmasını engelleyecektir. Bu nedenle, aynı şekilde anlaşmaların feshi de göz önünde bulundurulmamalıdır.

### **ICSID Sözleşmesi Kapsamında Yetkiler**

ICSID Sözleşmesi ve/veya ikili anlaşmaların feshedilmelerine alternatif olarak, üçüncü seçenek Türkiye Cumhuriyeti'nin bu araçlar kapsamında tahkimi kabulünün belirtilmesidir.

Bu, ICSID Sözleşmesi kapsamında, ICSID Merkezi'ne, gelecekte bazı alan veya konuların Türkiye Cumhuriyeti tarafından ICSID yargısından çıkarılacağına bildirilmesiyle mümkündür. Bu durum ICSID Sözleşmesi Madde 25(4) ile yetkili kılınmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti bu seçeneği kısıtlı olarak 3 Mart 1989 tarihinde uygulamıştır; *“yalnızca Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı sermaye ile ilgili mevzuatına uygun olarak gerekli izni alan ve etkin olarak başlayan yatırım faaliyetlerinden kaynaklanan ihtilaflar Merkez'in yargısına tabi olacaktır. Ancak, gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı haklar ile ilgili ihtilaflar tamamıyla Türk mahkemelerinin yargısı kapsamında olacaktır ve bu nedenle Merkez'in yargılamasına sunulmayacaktır.”*

Birkaç başka devlet de aynısını yapmıştır. Ekvator Cumhuriyeti ICSID'e 29 Ekim 2007 tarihinde, ICSID Sözleşmesi Madde 25(4)'e uygun olarak petrol ve madeni ICSID yargısından hariç tutma kararı aldığını bildirmiştir.

ICSID Sözleşmesi’ni feshetmek yerine, Türkiye Cumhuriyeti ICSID Genel Sekreterliği’ne, maden ve/veya enerji alanındaki ihtilafları hariç tuttuğunu belirterek ve bu yetkilerinin ikili veya çok taraflı sözleşmelere dayalı olarak başlatılan tahkimler için geçerli olduğunu belirterek yetkisini genişletebilir.

Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, sorun ICSID değil, ICSID ya da başka bir kurumsal veya *ad hoc* (özel) tahkim olsun, ikili yatırım anlaşmalarının tahkim lehine yeni maddeler içermesidir.

Ayrıca, 25(4) sayılı maddedeki bildirimlerin, en azından bu istisnaların Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yabancı yatırımcıların kullandığı ikili yatırım anlaşmalarına konmadan da geçerli olup olmadığı belirsizdir. Bunun nedeni, Türkiye Cumhuriyeti’nin geçmişte, *PSEG ile Türkiye Cumhuriyeti* arasındaki ICSID davasında, Tahkim Kurulu’nu 3 Mart 1989’da yaptığı 25(4) sayılı madde hakkındaki bildirimini tahkim başlatıldığı sırada sözleşmede bulunmaması durumunda ICSID tahkimine onay verdiği anlamına geleceği yönünde ikna etmekte başarısız oluşudur.

### **İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalar kapsamındaki Yetkiler**

Dördüncü ve son seçenek, bir önceki seçenek ile uyumlu olarak, Türkiye Cumhuriyeti’nin gelecekte imzalayacağı veya tekrar görüşeceği tüm ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına, söz konusu anlaşmaların kapsamına girecek şekilde, yatırımın özellikle ilgili Türkiye bakanlığından veya yetkili kuruluşundan bu amaç için hazırlanmış bir yazı ile açıkça onaylanmış olması koşulunu belirtmesidir. Bu şekilde, yalnızca ev sahibi ülke tarafından onaylanan yatırım ve yatırımcıların bu anlaşmalar kapsamında ICSID huzurunda tazminat talep etme hakkı olacaktır. Bu durum, Türkiye Cumhuriyeti’nin istismar edici tahkimlerin başlatılması riskini önemli ölçüde azaltacaktır. Ayrıca, yatırım statüsünün sadece gerçekten yatırım seviyesinde olan projelere, güvenilir yatırımcılara ve/veya teşvik edilen ve istenen alanlara verilerek yatırımların denetlenmesini ve yetkilendirilmesini sağlayacaktır.

Örneğin, böyle bir hüküm Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği (“ASEAN”) Yatırımların Teşviki ve Korunması Sözleşmesi’nin II(1) Maddesi’nde bulunmaktadır, bu madde anlaşmanın kapsamını yalnızca “ev sahibi ülke tarafından yazılı olarak onaylanan ve tescil edilen ve bu koşullar ile bu Sözleşme’nin kapsamı için uygun görülen” yatırımlar ile sınırlandırmıştır.

Başka bir örnek ise, komşu İran’ın böyle bir maddeyi herhangi bir ikili yatırım anlaşmasının imzalanmasında ön koşul olarak getirdiği sözleşme uy-

gulamasıdır. İran ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki ikili yatırım anlaşmasında böyle bir maddenin bulunmasının nedeni de budur:

Anlaşma yalnızca ev sahibi Akit Devlet'in onayladığı yatırımlar için geçerli olacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin yetkili kuruluşu:

Hazine Müsteşarlığı

Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'dür (Y.S.G.M.).

Daha önceden imzalanmış olup böyle bir koşul barındırmayan ikili yatırım anlaşmaları için, Türkiye Cumhuriyeti böyle bir koşulun konulması için nota teatisi yöntemi ile akit devletlere imzalanan sözleşmelerde bir tadil teklifinde bulunabilir. Böyle bir tadil rıza ile veya anlaşmanın uluslararası kamu hukuku esasında, "koşulların değişimi doktrini" kapsamında aksi takdirde anlaşmanın feshedileceği yönünde baskı kurularak gerçekleştirilebilir.

\* \* \*

Sonuç olarak, yatırım tahkimleri Türkiye Cumhuriyeti'nin ve şirketlerinin faydalandığı ve faydalanmaya devam etmesi gereken büyük avantajlar sağlamaktadır.

Ancak, yatırım tahkimlerinin aynı zamanda istismar ve taciz içerebilen ve Türkiye Cumhuriyeti'nin mağdur olduğu ve tepki göstermedikçe de mağdur olmaya devam edeceği dezavantajları da bulunmaktadır. Ve şu anda, daha fazla zarar görmemek için nedenleri, seçenekleri ve olanakları bulunmaktadır.

