

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları: “Yatırım Kavramı” ve “En Çok Gözetilen Ulus Kayıtları”

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşmaları veya dünyada bilinen diğer adıyla *Bilateral Investment Treaties* (BITs), iki devlet arasında imzalanan, bir akit devletin tabiiyetindeki kişinin (gerçek veya tüzel kişi) diğer akit ev sahibi devlette yaptığı yatırımların uluslararası hukuk standartlarında korunmasını hedefleyen hukuki metinlerdir.

YKTK Anlaşmaları, yatırımcılar açısından yatırımlarının ev sahibi devlette korunması için kullanılan en önemli araçlardan biridir. Bu anlaşmaların temel amacı, yatırımcıyı ev sahibi devlette ortaya çıkabilecek hukuki ve politik risklere karşı korumaktır. YKTK Anlaşmaları bu işlevini yerine getirirken aynı zamanda dolaylı olarak yabancı yatırımın ülkeye girişini teşvik etmektedir. Zira söz konusu anlaşmalar ile kendisini güvende hisseden yabancı yatırımcılar, yatırımın yapılacağı ev sahibi ülkeye daha rahat yatırım yapabilmektedir.

YKTK Anlaşmalarının sayısı, yatırımcıyı koruma ve yatırım yapılacak ülkeye çekme fonksiyonları sebebiyle dünyada hızla artmaktadır. Kesin sayısı bilinmemekle birlikte, dünya genelinde yaklaşık 4000 adet YKTK Anlaşması bulunduğu tahmin edilmektedir. Türkiye açısından ise, yaklaşık 80 adet YKTK Anlaşması yürürlükte bulunmaktadır. Bunlara ilaveten Türkiye tarafından imzalanmış ancak henüz yürürlüğe girmemiş YKTK Anlaşmaları da mevcuttur.

YKTK Anlaşmaları tabiiyeti itibarıyla iki taraflı anlaşma olduklarından, her iki devletin yatırımcısı diğer akit devlette aynı statüde korunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, Türkiye'nin imzaladığı ve yürürlüğe koyduğu YKTK Anlaşmaları ile diğer akit devletin tabiiyetindeki kişinin yapmış olduğu yatırım Türkiye'de Anlaşma kapsamında korunurken, Türk müteşebbislerinin de diğer akit devlette yapmış olduğu yatırımlar da koruma kapsamındadır.

YKTK Anlaşmaları, çerçeve anlaşması mahiyetindeki metinlerdir. Anlaşmaların kapsamında yer alan konular ve bu konuların içerikleri arasında ciddi paralellikler mevcuttur. Dolayısıyla, bu anlaşmalarda yer alan hükümler de genel olarak birbiriyle benzerlik gösterir. Örnek olarak sayacak olursak, aşağıdaki hükümler genellikle iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer almaktadır:

1. Tanımlar (Özellikle Yatırım ve Yatırımcı Tanımı)
2. Yatırımların Teşviki ve Korunması
3. Yatırımlara Uygulanacak Muamele
4. Millileştirme, Kamulaştırma ve Tazminat

5. Tranferler

6. Halefiyet

7. Ev Sahibi Devlet ile Diğer Akit Devletin Yatırımcısı Arasında Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri

8. Akit Devletler Arasında Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri

9. Yürürlük Maddesi

YKTK Anlaşmaları içerisindeki önemli hükümlerin başında yatırım kavramının tanımı ve kapsamı gelmektedir. Yatırım tahkiminde tartışılan önemli konuların başında, nelerin yatırım kavramı kapsamı içerisine girdiği hususu gelmektedir. Bu nedenle Model YKTK Anlaşmalarında yatırım kavramı tanımlanırken devletler genellikle yatırım ihraç eden bir devlet mi yoksa yatırım alan bir devlet mi olduklarını göz önüne alarak yatırım kavramının içeriğini belirleme yoluna gitmektedirler. Yatırım kavramı, çok geniş bir şekilde tanımlanabileceği gibi, sınırlı bir şekilde nelerin yatırım olarak değerlendirileceğinin sayılması yoluyla da belirlenebilir. YKTK Anlaşmalarının geneli üzerinde yorum yapacak olursak, yatırım kavramının genel itibariyle geniş şekilde tanımlandığını söyleyebiliriz. Zira yatırım kavramını tamamen sayma yoluyla sınırlama, anlaşma yapma tekniği açısından çok uygun değildir. Anlaşmalar yapıldıktan sonra taraflarca fesih edilmedikleri sürece (eğer süreli bir anlaşma değilse) yürürlükte kalırlar. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, sayma yoluyla ortaya konulan yatırım türleri sınırlı kalacağından ileriki yıllarda ortaya çıkan yeni yatırım araçları veya unutulmuş yatırım türleri kapsam dışında kalır. Bu sebeple, genellikle yatırım kavramının tanımı geniş olarak kaleme alınır. Yargılama sırasında uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanmadığı iddiası gündeme gelirse, bu durumda yatırım tahkiminde geliştirilen *Salini Testi* sayesinde uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanıp kaynaklanmadığı sorunu çözüme kavuşturulabilir.

Devletler YKTK Anlaşmalarını hazırlarken yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar için öngördükleri uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda da çeşitli tercihlerde bulunmaktadır. Bu tercihler arasında sık rastlanılan, basamaklı uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu çözüm yönteminde, devletler öncelikle uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihten itibaren üç ile altı ay aralığında bir süre için uyuşmazlığın dostane yöntemler ile çözümü konusunda bir basamak öngörmektedirler. Bu birinci basamakta eğer çözüm sağlanamaz ise, ikinci basamak olarak ya doğrudan tahkim yöntemini tercih etmekte ya da bir ara basamak olarak ev sahibi devletin yargısını uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak belirlemektedirler. Bazı anlaşmalarda ise, ev sahibi devletin yargısına veya tahkim yargılamasına başvurmak arasında davacı tarafa seçimlik bir hak verilmektedir. Bu seçimlik hakkın kullanılması ile yapılan tercih, kesin olup bağlayıcı bir nitelik kazanmaktadır.

Uyuşmazlık çözüm yöntemi kullanılırken uyuşmazlığın çıktığı tarihin tespitinde sorun ortaya çıkabilmektedir. Çünkü basamaklı bir uyuşmazlık sistemi tercih edilmiş ise devlet yargısına ve/veya tahkim yargılamasına başvurabilmek için geçirilmesi gereken sürenin başlangıcının tespitinde sorun çıkabilmektedir. Bu açıdan çıkabilecek problemleri ortadan kaldırmak ve ihtilafın ortaya çıktığı zamanı belirlenebilir hale getirmek için taraflar arasındaki görüşmelerin yazılı yapılması veya yazılı bir şekilde kayıt altına alınması yerinde olacaktır.

Uyuşmazlıkların çözüm yöntemi açısından YKTK Anlaşmalarındaki diğer bir önemli husus ise, “en çok gözetilen ulus kaydı”dır. En çok gözetilen ulus kaydının geleneksel kullanım alanı maddi konulardır. Örneğin, yatırımcının geldiği devlet ile yatırıma ev sahipliği yapan devlet arasındaki YKTK Anlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydı varsa, yatırımcı bu kayda istinaden, vergi, harç, gümrük vb. konularda en avantajlı şartları talep edebilir. Ancak, son yıllarda en çok gözetilen ulus kaydı bu kullanım amacının dışında usule ilişkin meselelerde kullanılmaya başlanmıştır. *Maffezini* davası ile başlayan bu süreçte, davacı basamaklı uyuşmazlık çözüm yöntemi sistemine tabi olmadan doğrudan tahkim yargılamasına ulaşabilmek için YKTK Anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydına dayanmaktadır. Davacı, yatırıma ev sahipliği yapan devletin taraf olduğu başka bir YKTK Anlaşmasında yer alan daha avantajlı uyuşmazlık çözüm maddesine dayanarak uyuşmazlığını tahkim yargılamasına taşıyabilmektedir.

YKTK Anlaşmasının tarafı devletler ve özellikle Türkiye YKTK Anlaşmasında bulunan en çok gözetilen ulus kaydı vasıtasıyla tahkim yargılamasında basamaklı uyuşmazlık çözüm yönteminin atlanmasını istemiyorsa, bu konudaki iradelerini açıklayıcı bildirimler yapmaları gerekmektedir. Yapılması gereken husus, öncelikle Model YKTK Anlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydının tahkim yargılamasına dayanak olarak kullanılamayacağını açık olarak belirtmektir. Mevut yürürlükteki YKTK Anlaşmaları için ise, ya diğer akit devlet ile tekrar müzakere ederek mevcut anlaşmaların ilgili hükümleri revize edilmeli ya da en azından ihtilaf ortaya çıkmadan önce diğer akit devlete YKTK Anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydının usule ilişkin meselelerde kullanılamayacağına ilişkin diplomatik bir bildirimde bulunulmalıdır.

Bazı devletler bu noktada bazı değişikliklere gitmişler ve halen gitmektedirler. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri, Model Amerika Serbest Ticaret Anlaşmasının 5. Maddesinde düzenlenen en çok gözetilen ulus kaydı maddesinin dipnotunda bir açıklama yaparak uyuşmazlıkların çözüm yönteminin en çok gözetilen ulus kaydının kapsamında olmadığını ortaya koymuştur.

Benzer bir şekilde Hindistan, ilk yatırım tahkimi olan *White Industries* davasını 2012 yılında kaybettikten ve kendisi aleyhine yaklaşık on yedi adet yeni tahkim davası

açıldıktan sonra Model YKTK Anlaşmasında değişiklik yapma yolunda tartışmalara başlamıştır. Hindistan, yeni Model YKTK Anlaşmasında önemli değişiklikler yapma yolundadır. Bunların başında “yatırım” kavramının tanımı gelmektedir. Hindistan, yatırım kavramını dar ve sınırlayıcı bir şekilde belirleme yoluna gitmekte ve bu çerçevede, yabancı yatırım kapsamını doğrudan yabancı yatırımcı tarafından Hindistan’da yer alan bir şirket ile birlikte yapılan finansal yatırımları teşkil edecek şekilde daraltmaktadır.

Hindistan’ın *White Industries* davasını kaybetmesinde neden olan temel usule ilişkin etken, Avustralyalı yatırımcının en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak Hindistan ile Kuveyt arasında yapılmış YKTK Anlaşmasında yer alan daha avantajlı tahkim maddesinden istifade etmesidir. Eğer Avusturalyalı yatırımcı bu hükümden istifade etmeseydi, bu durumda Hindistan ile Avusturalya arasında mevcut olan YKTK Anlaşmasındaki uyuşmazlık çözüm yöntemine dayanmak zorunda kalacaktı ve belki de tahkim yargılamasına gitmeden uyuşmazlık çözümlenecekti. Hindistan bu durumun tekrarlamaması için, yeni Model YKTK Anlaşmasında bu konuda ciddi bir sınırlama getirileceği söylenmektedir. Belki de bir bütün olarak en çok gözetilen ulus kaydının yeni Model YKTK Anlaşmasından tamamen çıkarılması söz konusu olabilir.

Sonuç olarak, YKTK Anlaşmaları hem yatırımcının kendisini güvende hissetmesinin temel unsurlarından birini oluşturmakta hem de ev sahibi devlet açısından yabancı yatırımcının ülkeye girişinde olumlu etki meydana getirmektedir. Bu karşılıklı fayda, uyuşmazlık ortaya çıkana kadar devam etmekle birlikte uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra taraflar YKTK Anlaşmalarını kendi lehlerine olacak şekilde kullanmaktadır. Bu nedenle, devletler tahkim yargılamasında ortaya çıkan güncel gelişmeleri takip ederek yürürlükteki veya imzalanmış ancak yürürlüğe girmemiş YKTK Anlaşmalarını mevcut iradeleri yönünde revize edilmesi; Model YKTK Anlaşmalarının mevcut tahkim yargılaması pratiğine göre tasarlanması yerinde olacaktır.