



Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Tahkimi Yoluyla Çözümü

- Bu makale Kolejli İşadamları Derneği Dergisi'nin Haziran 2017 sayısında yayımlanmıştır. -

A. Giriş

Türkiye ekonomisinin büyümesiyle, Türk şirketlerinin yurtdışında yaptıkları yatırımlar da hız kazanmaktadır. Birçok Türk şirketinin çeşitli yabancı ülkelerde özellikle inşaat ve enerji sektörlerinde yatırımları bulunmaktadır. Gerçekçi bir yaklaşımla, Türk girişimcilerince gerçekleştirilen yatırımların büyük çoğunluğunun ticari, hukuki ve politik zorlukların üst düzeyde olduğu coğrafyalarda yoğunlaştığını söylemek mümkündür. Bedel ve kapsamı göz önüne alındığında, bu yatırımların hukuki güvenliğinin sağlanması ve gerçekleştirildikleri ülkenin olası politik ve hukuki risklerinden korunması zorunlu hale gelmektedir.

B. Yatırım Anlaşmaları ve Olası Yatırım Riskleri

Devletler, ülkelere gelen yabancı yatırımı artırmak amacıyla aralarında yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki hakkında anlaşmalar¹ ("Yatırım Anlaşmaları") imzalamaktadırlar.² Devletler, Yatırım Anlaşmaları'yla ülkelerinde yatırım yapan akit ülke şirket ve vatandaşlarının yatırımlarını korumayı ve yatırım koşullarını iyileştirmeyi taahhüt ederler. Anlaşmalar içerisinde çoğunlukla yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümüne ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Bu şekilde, yabancı yatırımcı, yatırım yaptığı ülkedeki idari otoritenin politik baskısından, keyfi uygulamalarından, yatırımın idare tarafından hukuken veya fiilen kamulaştırılması riskinden korunacak ve böyle bir riskin gerçekleşmesi halinde, tarafsızlığı son derece tartışmalı olabilecek yerel mahkeme kararlarına maruz kalmayacaktır. Yukarıda belirtilen olumsuzlukların gerçekleşmesi halinde, yatırımcının zararı yatırımın yapıldığı ülkece tazmin edilecektir. Bu meyanda, Yatırım Anlaşmaları'nın yabancı yatırımcılar açısından bir hukuki zırh olduğunu söylemek mümkündür.

Yatırım Anlaşmaları yanında, Dünya Bankası, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının kurumsal ve etkin bir yapı altında çözümlenmesi amacıyla, Devletler ve Diğer Devletlerin Uyuşmazlıklarını Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme'yi³ ("Sözleşme") hazırlamış olup; Sözleşme'yle Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez⁴ ("ICSID") kurulmuştur. Sözleşme, bugün itibarıyla 153 ülke tarafından onaylanmıştır.⁵

¹ Bilateral Investment Treaties (BITs)

² Türkiye Cumhuriyeti'nin Yatırım Anlaşması akdettiği ülkelerin güncel listesine <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/214> adresinden ulaşılabilir.

³ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States

⁴ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

⁵ Sözleşme'yi onaylayan ülkelerin listesine <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> adresinden ulaşılabilir. Sözleşme, Rusya hariç olmak üzere, Türk şirketlerinin yoğunlukla iş yaptığı birçok ülke (Kazakistan, Türkmenistan, Kuveyt, Ukrayna, Katar, Ürdün, Azerbaycan, Irak, Libya vb.) tarafından onaylanmıştır.

ICSID, kendisine Sözleşme'yle verilen yetkiler dahilinde, taraf devletler ile taraf devletlerin uyuşunda bulunan şirket veya bireyler arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını arabuluculuk veya tahkim yoluyla çözümlenmektedir. Uyuşmazlıkların çözümlü yüksek oranla tahkim yoluyla sağlanmaktadır.⁶

C. ICSID'in Yargı Yetkisine Girmek için Gerekli Şartlar

Bir uyuşmazlığın ICSID'in yargı yetkisinin kapsamına girebilmesi için Sözleşme'nin 25. maddesinde belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

1. Taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi bulunması gerekir.

Bir devletin Sözleşme'ye taraf olması onun doğrudan ICSID tahkimine tabi olacağı anlamına gelmez. Uyuşmazlığın ICSID tahkimiyle çözümlenmesi için tarafların bu hususta yazılı onayı gerekmektedir. Bu onay, yatırımcı ile yatırım yapılan ülke arasında yapılacak bir anlaşmayla ya da çoğunlukla olduğu gibi yatırımcının uyuşunda bulunduğu devlet ile yatırım yapılan devlet arasındaki Yatırım Anlaşması'yla oluşturulur. Tarafların tahkim sözleşmesinden dönmesi kural olarak mümkün değildir.

2. Tahkime konu uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanması gerekir.

ICSID tahkim süreçlerinde taraflar arasında en çok tartışılan konu, uyuşmazlığa konu ticari faaliyetin yatırım vasfında olup olmadığıdır. Hangi faaliyetlerin yatırım sayılacağı Sözleşme kapsamında düzenlenmemiştir. Bu sebeple, ticari faaliyetin sınıflandırılmasında kullanılacak ölçütler, daha önce verilmiş tahkim kararları ve taraf devletler arasında imzalanmış Yatırım Anlaşması'nda belirtilen yatırım tanımlarıdır. Yatırım tanımları açısından devletler arasındaki Yatırım Anlaşmaları'nda ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, bazı Yatırım Anlaşmaları'nda taraf devlete ait hazine bonoların satın alınması dahi yatırım olarak değerlendirilmiş ve uyuşmazlık ICSID tahkimiyle çözümlenmiştir.

3. Yatırımı gerçekleştiren şirketin veya bireyin yabancılık unsurunu gerçekleştirmesi gerekir.

Uyuşmazlığın, ICSID tahkimine tabi olması için yatırımı yapan şirket veya bireyin yatırımın yapıldığı ülke yönünden yabancı olması gerekir. Ancak, bu noktada belirtmek gerekir ki, yatırımın yapıldığı ülkede ve o ülkenin kanunlarına göre kurulmuş bir yatırımcı şirketin çoğunluk veya kontrolü sağlayan hisselerinin yabancı bir birey veya şirkete ait olması halinde, şirket yabancılık unsurunu gerçekleştirmiş sayılacaktır. Uygulamada, yatırımın yapıldığı ülke vatandaşlarının yabancılık unsurunu sağlamak amacıyla yurtdışında paravan şirket kurup ICSID tahkiminin yararlarından faydalanmaya çalıştıkları görülmektedir. Ancak, hakem heyetleri bu tip uygulamaları çoğunlukla reddetmektedir.

D. Neden ICSID Tahkimi?

Diğer tahkim türlerinde (ICC, UNCITRAL, Stockholm Chamber of Commerce vb.) olduğu gibi ICSID tahkimi de olağan mahkeme süreçlerine göre çok daha hızlıdır. Ayrıca, uyuşmazlıkla ilgili karar verecek hakem heyeti, taraflar ve ICSID tarafından atanacak olup teknik bilgiye sahip uzman kişilerden oluşacaktır. Yatırımcı, ICSID tahkimi

⁶ 2016 yılında ICSID'e yapılan 45 başvurudan yalnızca bir tanesi arabuluculuk yoluyla çözümlenmiştir. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID_AR16_English_CRA_b12_spreads.pdf

yoluyla, tarafsızlığı ve bağımsızlığı tartışmalı olan yerel mahkemelerin yargı yetkisine tabi olmayacak ve uyuşmazlık, tarafsız ve yetkin hakem heyetince çözümlenecektir.

Ancak bunlar dışında, ICSID tahkiminin en önemli özelliği, verilen tüm kararların Sözleşme'ye taraf devletlerin hepsi için bağlayıcı olmasıdır. Başka bir deyişle, taraf devletin aleyhine verilen kararın diğer taraf devletlerde de icra edilebilmesi mümkündür. Uygulamada çeşitli zorlukları olmakla birlikte, örneğin, bir Türk şirketi, ICSID tahkim yargılaması sonucunda lehine verilen tazminat kararını Sözleşme'ye taraf Hollanda'da icraya koyabilecek ve aleyhine karar verilen X devletin Hollanda'da bulunan ticari uçak filosunu haczedebilecektir.

Buna ek olarak, ICSID tahkimi neticesinde verilen kararlar kesindir. Kararın başka bir merci ve makam tarafından denetlenmesi veya bozulması söz konusu değildir. Bu konuda tek istisna kararın usule aykırı verilmemesi veya hakem tarafsız davranmadığının ispatı durumunda kararın iptali halidir.

E. Sonuç

Globalleşen yatırım ortamı, girişimciler için yeni yatırım fırsatlarının yanında, yatırımların korunması için farklı hukuki koruma tedbirleri alma zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda, yurtdışında yatırım yapacak Türk şirketlerinin, yatırımın yapılacağı ülke ile Türkiye arasında akdedilmiş bir Yatırım Sözleşmesi olup olmadığı ve bunun ne gibi hukuki korumalar içerdiği konularında yetkin bir hukukçuya danışması ve yatırım planını buna göre şekillendirmesi doğru olacaktır.