

YATIRIM TAHKİMİNDE İNŞAAT SEKTÖRÜ YATIRIMLARININ YERİ

1. Giriş ve Yatırımın Uluslararası Yatırım Hukukundaki Tanımı

İnşaat yatırımına ilişkin açılmış yatırım tahkimi davalarının çokluğu dikkate alındığında, ev sahibi ülkede yapılan bir yatırımın devletler arasında imzalanan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmalarında (“YKTK Anlaşması”) yer alan koşulları sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi dikkat çeken bir konu haline gelmektedir. Bu koşullar genel olarak

- konu bakımından, yani dava konusu uyuşmazlık yabancı bir yatırımdan mı kaynaklanmaktadır;
- kişi bakımından, yani dava konusu uyuşmazlık ev sahibi devlet ile ilgili bir yabancı yatırımcı arasında mı vuku bulmuştur; ve
- zaman bakımından, yani uyuşmazlık ilgili hukuki metnin (YKTK Anlaşması’nın) geçerli olduğu bir dönemde mi meydana gelmiştir;

olarak üç gruba ayrılabilir. Bu makalede bu konu inşaat sektörü özelinde, Türkiye’nin taraf olduğu YKTK Anlaşmalarında konu bakımından yetki (*jurisdiction ratione materiae*) anlamında değerlendirilecektir. Bir diğer ifade ile, inşaat sektöründe yabancı bir ülkeye yapılan yatırımın Türkiye YKTK Anlaşmaları ve bu anlaşmalardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde en çok kullanılan platform olan ICSID Konvansiyonu kapsamında ne zaman yabancı yatırım olarak değerlendirileceği tartışılacaktır.

ICSID Konvansiyonu’nun 25. Maddesi uyarınca: “*Merkezin yargılama yetkisi, akit ülkeler ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır.*” Konvansiyonda objektif ve genel geçer bir yatırım tanımı yapılmadığı görülmektedir. ICSID Konvansiyonu kapsamında “yatırım” kavramının net bir tanımının bulunmaması hem doktrinde ve hem de uyuşmazlık çözümü esnasında hakemler arasında önemli tartışmalara yol açarken, diğer yandan da taraflara kendi yatırım tahkimi koruması şartlarını tanımlama konusunda geniş bir takdir yetkisi ve esneklik sağlamaktadır.

Bir yatırımın hangi koşullardan oluştuğunu ve ICSID Konvansiyonu’nun 25. Maddesi’ne uygun olarak “yatırım”ın nasıl tanımlanması gerektiğini belirleyen iki ana yaklaşım vardır.

1.1. Ekonomik/Geleneksel Yaklaşım

Geleneksel ya da ekonomik yaklaşım, taraflar arasındaki anlaşmadaki “yatırım” tanımının tarafların rızasıyla olduğunu vurgulayarak anlaşmayı merkezileştirme eğilimindedir. Bu yaklaşımda değişen ve gelişen ekonomik modellere ve devletler arası ilişkilere göre yatırımın kavramının sabit kalmaması gerekliliği savunulmaktadır.¹

Douglas’a göre, “*Bir yatırımın ekonomik olarak somutlaşması için, talep sahibi tarafından kaynakların ev sahibi devletin ekonomisine tahsis edilmesini gerektirmektedir; bu da ticari bir getiri beklentisiyle risk üstlenilmesini zorunlu kılmaktadır.*”² Yatırım anlaşmalarında “yatırım” tanımının hukuki niteliği ise, olağan anlamı ekonomik değere sahip herhangi bir iddianın ileri sürülmesine yol açabilecek şekilde yorumlanır. Bir yatırımın hukuki olarak hayata geçirilmesi geleneksel yaklaşıma göre, söz konusu varlığın ev sahibi devletin sınırları içinde bulunması veya ev sahibi devletin uluslararası özel hukuku kurallarına göre ev sahibi devlette yer aldığı kabul edilmesi veya ev sahibi devletin iç hukukuna tabi olarak imal veya inşa edilmesi durumunda, yürürlükteki yatırım anlaşmasıyla tanımlanan bir veya daha fazla yatırım kategorisinin özelliklerini taşıyan bir varlık üzerindeki haklar demetinin edinilmesi olarak oldukça geniş bir şekilde tanımlanmaktadır.

İnşaat alanında ise, ev sahibi ülkede bir şey inşa etmenin tek başına meşru olarak bir yatırım olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda bazı tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalar genel olarak yüklenicilerin, inşaat tamamlandıktan sonra ev sahibi devlete herhangi bir taahhütte bulunmadan, kâr da dahil olmak üzere sabit bir miktar karşılığında yalnızca malzeme ve hizmet sağlayarak ayrıldıkları yönünde eleştiriler

¹ Sebastien Manciaux, “The Notion of Investment: New Controversies” The Journal of World Investment and Trade, s. 24

² a.g.e, s. 189

getirilmiştir. Bununla birlikte, inşaat projesinde en azından yüklenicinin önemli bir süre boyunca büyük meblağlar, teknik bilgi ve personel katkısını gerektirdiği ve bunun çoğu zaman ICSID Konvansiyonu altında “yatırım” olarak değerlendirmek için yeterli kabul edilmesi gerektiğinin artık yerleşiklik kazandığı söylenebilir.³

Sübjektivist yaklaşım olarak da adlandırılan bu görüşün altında yatan temel argüman, yatırım kavramının dış sınırlarını belirlemede YKTK Anlaşmalarına taraf devletlerin yatırım olarak yaptıkları tanımlamaların birincil rol oynaması gerekliliği yatar.⁴ Geleneksel yaklaşımdaki varlık temelli ucu açık bırakılmış yatırım tanımının finansal değeri olan çeşitli kaynak taahhütlerinin akıbetini belirlemese işlevsiz kaldığı görülmektedir.

1.2. Kısıtlayıcı Yaklaşım

“Yatırım” tanımı birçok hakem heyeti tarafından ele alınmış ve aşağıda açıklayacağımız Salini testi ve türevleri ile bazı kriterler yıllar süren tartışmalar sonucunda oluşturulmuştur. Bu şekilde “yatırım”ın taşıması gereken unsurlar, herhangi bir bağlayıcı kural etkisini göstermese de, belli bir çerçeveye oturtularak tahkime taşınan uyuşmazlıklarda yol gösterici olması amaçlanmıştır. Böylelikle “yatırım”ın tanımı yapılırken objektif bir çerçevesi çizilmesi gerekliliğinin altı çizilmiştir.

Salini v. Fas davasında hakem heyeti tarafından oluşturulan Salini testi, iddia edilen yatırımın “yatırım” olarak kabul edilebilmesi için dört ana kriteri karşılamasını gerektiğini öne sürmektedir:

- önemli miktarda katkı;
- belirli bir süre;
- risk; ve
- ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkı.

Uygulamadaki önemine rağmen, Salini testi önemli ölçüde eleştirilmiş, özellikle YKTK Anlaşması’nda yer alan “yatırım” tanımına birincil önem atfedilmesi gerektiğini savunan teorisyenler ve hakemler tarafından tartışma konusu yapılmıştır. Örneğin Biwater v. Tanzania kararında⁵, ICSID Konvansiyonu’nda “yatırım” tanımı (diğerlerinin yanı sıra) bu tanımın sözleşmeciler devletler arasında anlaşmaya konu olması beklentisiyle kasıtlı olarak boş bırakıldığı ifade edilmiştir.

2009 yılındaki Toto v. Lübnan (ICSID dava numarası: ARB/07/12) kararı da inşaat sektörünü ilgilendiren ve yatırımın tanımı yapılırken kullanılan kriterlerin ne şekilde dikkate alınması gerektiğini ele alan referans kararlardan biridir. Bahsedilen bu davada Toto, İtalya ile Lübnan arasındaki YKTK Anlaşması’na dayanarak Lübnan’a karşı, Toto’nun otoyol inşaatı projesini yürütmesine engel olacak şekilde Lübnan Hükümeti tarafından projeyi maddi zarara uğratacak müdahalelerin yapıldığını, mevzuat değişikliğine gidildiğini ve hatalı talimat ve bilgi verildiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti, Toto’nun Lübnan’da gerçekleştirdiği otoyol inşaatı projesinin ICSID Konvansiyonu ve YKTK Anlaşması anlamında “yatırım” kriterlerini taşıyıp taşımadığını değerlendirirken Salini testinde yer alan kriterlere göre incelemesini yapmış fakat bu kriterlerin sağlandığı sonucuna varsa bile, Salini testinin ICSID tarafından evrensel olarak benimsenmediği ve bu testin bağlayıcı olacak şekilde değil somut olayın niteliklerine uygun olarak nitelendirme amacıyla kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Sonuç olarak Toto v. Lübnan davasında hakem heyeti kararını verirken kesin olarak ve sadece Salini testi kullanmadığını ve kullanılmaması gerektiğinin açıkça altını çizmiştir.

Günümüzde doktrinde “*doube key-hole*” prensibi olarak nitelendirilen yaklaşıma göre yatırım kavramının hem ICSID Konvansiyonu’nun temel ilkeleri ve madde 25 anlamında hem de ilgili devletler arasındaki YKTK Anlaşmaları nezdinde ayrı ayrı ama bir bütün teşkil edecek şekilde ikili olarak incelenmesi gerektiğine vurgu

³ Tony Dymond; Gavin Chesney; Laith Najjar, “Investment Treaty Arbitration in the Construction Sector”, 2023, <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-construction-arbitration/fifth-edition/article/investment-treaty-arbitration-in-the-construction-sector>

⁴ Mavluda Sattarova, “Defining Investment Under the ICSID Convention and BITs: Or Ordinary Meaning, Telos, and Beyond” Asian Journal of International Law, 2012, s. 270

⁵ Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Dava No. ARB/05/22, par 312

yapılmaktadır.⁶ Bu anlamda Salini testine alternatif pek çok türev test de üretilerek ISCID Konvansiyonu'ndaki esneklik korunmaya çalışılmıştır.

2. Türkiye'nin Taraf Olduğu YKTK Anlaşmaları'nın İncelenmesi

Türkiye ilk YKTK Anlaşması'nı 1965 yılında Almanya ile yapmış olup takip eden yıllarda birçok devlet ile ayrı ayrı YKTK Anlaşması imzalamıştır. Günümüzde Türkiye'nin taraf olduğu yürürlükte olan 89 YKTK Anlaşması bulunmaktadır.⁷

2000'li yıllarda, hem sermaye ihraç eden hem de sermaye ithal eden ülkelerin model anlaşma metni hazırlama etkinlikleri hız kazanmış olup Türkiye de bir model anlaşma taslak metni hazırlamıştır. Düzenli olarak güncellenen bu metin, en son 2011 yılında gözden geçirilmiştir.⁸ Türkiye özelinde incelemek gerekirse bu anlaşmaların genel hatlarıyla benzer hükümler içeren, o dönem ilgili bakanlıkça kullanılmakta olan model anlaşmalardan türev anlaşmalar olduğu gözlemlense de zaman içinde evrilerek model anlaşma ve anlaşma taslaklarında belirgin değişikliklere gidildiği gözlenmektedir.

Diğer bir yandan Türkiye'nin 2000 yılı Model YKTK Anlaşması taslağı ile 2009 yılı Model YKTK Anlaşması taslağı arasında gerek uyumsuzluk çözümü gerek "yatırım"ın tanımı konusunda önemli ölçüde değişiklikler yapılmıştır. Özellikle 2011'den sonra imzalanan YKTK Anlaşmaları'nda "yatırım" tanımının kapsamının daraltıldığını görmek mümkündür. Yeni nesil YKTK Anlaşmalarındaki yatırım tanımlarına bakıldığında genel trendin yatırımın neyi kapsadığı ile birlikte neyi kapsamadığının da açıkça belirtilmesi yönünde olduğu görülmektedir. Örneğin 2017 yılında yürürlüğe giren Meksika ile imzalanmış olan YKTK Anlaşması'nda bir işletmenin %10'undan daha az hissenin borsa yoluyla ediniminin yatırım olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Aynı doğrultudan 2020 yılında yürürlüğe giren Özbekistan ile imzalanmış YKTK Anlaşması'nda da akit devletler arası mal ve hizmet satışı ve ilgili sözleşmelerde kaynaklanan bir parasal alacak hakkı ya da bir akit tarafa verilen borç, banka kredi mektubu ya da ticaretin finansmanı gibi bir ticari işlemle ilişkili olarak kredi sağlanmasının YKTK Anlaşması tahtında yatırım teşkil etmeyeceğine yer verilmiştir. Bu tür düzenlemeler geleneksel YKTK Anlaşmalarında göremeyeceğimiz kayıtlardır. Devletlerin son dönemlerde imzalanan YKTK Anlaşmaları'nda bu yola gitmesindeki amacın ev sahibi devlet ile kalıcı ekonomik ilişkiler kurmayan yatırımların ayıklamak ve belirli bir kaynağın ya da değer, kalıcı bir biçimde kullanılması anlamında doğrudan bir "yatırım" olarak adlandırılmayacak spekülasyon işlemlerin ve ticari ilişkilerin kapsam dışı bırakmak olduğu düşünülebilir. Buna ek olarak, yeni nesil YKTK Anlaşmalarında yabancı bir yatırımcının ev sahibi devlete karşı uluslararası tahkime başvurma olanağının kısıtlanmasına yönelik süre sınırı konması gibi ilave düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

Aşağıda detaylarına yer verilen ICSID tahtında görülmüş "yatırım"ın tanımı konusundaki anlaşmazlığın konu edildiği uyumsuzlıklardan hareketle, Çin ile 2015 yılında imzalanan YKTK Anlaşması ve Kırgızistan ile 2018 yılında imzalanan yakın tarihli YKTK Anlaşması'nda yatırımın tanımının ne ifade ettiğinden ziyade nelerin yatırım olarak sayılmayacağı üzerinde durulmaktadır. Bir örnek vermek gerekirse, Çin ile Türkiye arasındaki YKTK Anlaşması'nda bir şirketin yüzden onundan daha az hissesine veya oy hakkına tekabül eden ve borsa yoluyla edinilmiş kalıcı ekonomik ilişkiler kurmayan yatırımların YKTK Anlaşması kapsamında "yatırım" olarak kabul edilmeyeceği özellikle yer almaktadır. Gürcistan ve Özbekistan ile yapılan YKTK Anlaşmalarında ise YKTK Anlaşması'nın amaçları bakımından "yatırım" olarak nitelendirilebilmek için bir malvarlığı, sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, düzenli gelir veya kar beklentisi, risk üstlenilmeyi veya belirli bir süreye sahip olma gibi yukarıda detaylıca izah olunan Salini testine yapılan referanslar açıkça yer almaktadır.

⁶ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, "Principles of International Investment Law" Oxford University Press, 2008, s.61-62

⁷ <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk>

⁸ Banu Şit Köşgeroğlu, Model İkili Yatırım Anlaşması ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı, TBB Dergisi, 2013, S: 107, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1291>

3. Türk Yatırımcıların Yatırım Davalarında Verilmiş Kararların İncelenmesi

3.1. Bayındır v. Pakistan (I)⁹

Bayındır ile Pakistan arasındaki bu dava inşaat yatırımı uyuşmazlıklarındaki yatırım tanımı yönünden yatırım tahkimi içtihadını besleyen önemli bir davadır. Davacı Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. Pakistan hükümetinin ile Islamabad ile Peşaver arasında bir otoyol inşa edilmesi için sözleşme imzalanmış ancak 8 yıl boyunca inşaat programındaki gecikmeler nedeniyle projeye devam edilememiştir.

Uyuşmazlık, Pakistan hükümetinin inşaat sözleşmesini feshettiği ve Pakistan ordusunun Bayındır'ın çalıştığı inşaat alanına girdiği 2001 yılında doruğa ulaşmış ve Bayındır uyuşmazlığı Pakistan – Türkiye YKTK Anlaşması kapsamında ICSID tahkimine taşımıştır. Bayındır'ın talepleri arasında, Pakistan'ın adil ve eşitlikçi muamele, En Çok Gözetilen Ülke kaydı ve kamulaştırma durumunda tazminat ödeme gibi birtakım yükümlülüğün ihlali yer almaktadır.

Pakistan bu iddiaların Bayındır'ın talep ettiği tazminat miktarına vurguda bulunarak Türkiye ile Pakistan arasında akdedilen YKTK Anlaşması'na değil Pakistan hükümeti ile akdedilen taahhüt sözleşmesine dayandığını bu nedenle söz konusu sözleşme tahtında ICSID tahkiminin yetkili olmadığını öne sürmüştür.

Hakem heyeti ise yatırımcının ev sahibi devlet ile arasındaki taahhüt sözleşmesi tahtındaki taleplerini devletler seviyesinde imzalanan YKTK uyarınca öngörülen uyuşmazlık çözüm mekanizmasına dayanarak öne sürmesinde herhangi bir engel bulunmadığına kanaat getirmiştir.

Aynı davada Pakistan Bayındır'ın faaliyetlerinin YKTK Anlaşması anlamında bir yatırım olarak kabul edilemeyeceğini, zira Bayındır'ın Pakistan'daki ticari faaliyetlerine yönelik hak edişlerinin bir kısmının peşin olarak önden ödendiğini ileri sürmüştür ve yatırım yapılan bir varlığın bulunmadığına işaret etmiştir. Hakem heyeti ise Salini kriterlerinin “yatırım yapılan varlığa” değil açık bir şekilde “yatırım” a atıfta bulunduğundan hareketle Pakistan'ın bu savunmasını yerinde görmemiştir.¹⁰ Buna ek olarak hakem heyeti Salini testindeki kriterler kullanılarak inşaat sektöründeki faaliyetin ICSID Konvansiyonu madde 25 tahtında “yatırım” olarak nitelendirilmesinde Bayındır'ın ekipman, personel ve *know-how* aktarımını önemli bir katkı olarak değerlendirmiştir. Bu itibarla Bayındır'ın Türkmenistan'daki faaliyetlerinin sair ticari faaliyetlerden ayrıldığına karar kılmıştır. Hakem heyeti aynı zamanda inşaat yatırımının yoğun sermaye katkısından öte uzun vadeli yükümlülükleri içeren bir yatırım türü olduğunun altını çizmiştir. Bu nedenle, bu dava inşaat sektörü yatırımlarında yatırımın tanımı yapılırken referans alınan mihenk taşı niteliğinde bir dava olma özelliğini halen korumaktadır.

3.2. Garanti Koza v. Türkmenistan¹¹

Çoğunluk hisseleri Türk hissedarlara ait olan Garanti Koza, Birleşik Krallık'ta kurulmuş bir şirket olduğundan ev sahibi devlet olan Türkmenistan'a karşı davayı Birleşik Krallık ile Türkmenistan arasındaki YKTK Anlaşması'na dayanarak açmıştır. Uyuşmazlık, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen Türkmen otoyolları köprü inşası için yapılan ihale ve ihale sözleşmesine dayanmaktadır. Garanti Koza, Türkmenistan'daki yatırımının Türkmen devlet otoriteleri tarafından usulsüz bir şekilde kamulaştırıldığını ve Türkmenistan'ın YKTK Anlaşması tahtındaki yükümlülüklerini yerine getirmediği için dava açmıştır.

Davalı Türkmenistan, Birleşik Krallık ile Türkmenistan arasındaki YKTK Anlaşması'ndaki uyuşmazlık çözüm mekanizmasını düzenleyen maddenin yatırımın aktif bir şekilde yapılması gerekliliğini aradığını iddia etmiştir.¹² Bu nedenle Garanti Koza LLP'nin bir İngiliz şirketi olmasına rağmen, Türkiye'de kurulmuş olan Garanti Koza İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin görünürlük kazanmak adı kurduğu pasif, paravan bir şirket olduğunu, internet sitesinin ve antetli kağıtlarında dahi İngilizce değil Türkçe kullanıldığını, yatırımın için gerekli olan varlığın ve personelin Türkiye'den geldiğini öne sürmüştür.¹³ Bu itibarla Garanti Koza'nın Türkmenistan'daki faaliyetinin ICSID Konvansiyonu madde 25 ve YKTK Anlaşması bağlamında bir yatırım olmadığını savunmuş ancak bu iddia hakem heyeti tarafından kabul görmemiştir. Hakem heyeti her ne kadar bu iddianın Garanti Koza'nın kendi belgelerinde de dikkat çeken tutarlı bir tarafı olsa da Birleşik Krallık ile Türkmenistan arasındaki YKTK Anlaşması'nın yatırımcının Birleşik Krallık'ta fiili olarak faal olmasını gerektirmediği ve Türkmenistan'ın da Garanti Koza'nın ana şirketinin bir Türk şirketi olduğunu bildiğine ve kabul ettiğine ve bu anlamda Garanti Koza'nın Türkmenistan'daki faaliyetlerinin YKTK Anlaşması ve ICSID Konvansiyonu madde 25 altında “yatırım” olarak değerlendirilememesi sonucunu doğuracak herhangi bir durumun bulunmadığına kanaat getirmiştir. Böylelikle Türkmenistan Devletinin Garanti Koza'nın Türkiye'deki yapıya görünürlük kazandırmak için kurulan bir şirket olduğu ve asıl yatırımın Türkiye'den geldiğinden itibaren İngiltere'deki şirketin aktif bir yatırım yapmadığı iddialarına hakem heyeti katılmamış ve şirket aktif olmasa da ortada aktif bir yatırım olduğu görüşünü benimsemiştir.¹⁴

3.3. İçkale İnşaat v. Türkmenistan¹⁵

İçkale İnşaat Türkiye ile Türkmenistan arasındaki YTKK Anlaşması tahtında ev sahibi ülke olan Türkmenistan aleyhinde dava açmıştır. İçkale İnşaat bu davada Türkmen otoritelerince inşaat faaliyeti yürüttüğü projelerin kapsamının tek tarafı olarak ve ek ücret ödemeksizin değiştirildiği ve hukuka aykırı cezai şartların uygulandığı iddia etmiştir.¹⁶

Hakem heyeti Türkiye ile Türkmenistan arasındaki YTKK Anlaşması ve Salini testini değerlendirilerek uluslararası yatırım hukuku anlamında İçkale İnşaat'ın Türkmenistan'da yürüttüğü faaliyetin bir "yatırım" olduğu sonucuna varmıştır. Hakem heyeti, Salini heyeti tarafından belirlenen üç kriterin – sermaye katkısı, belirli süre ve risk üstlenimi – bağımsız ve tek başına ayrı kriterler olmadığını belirli bir ticari girişime sermaye taahhüdü anlamında birbirine bağıntılı olduğunu vurgulayarak iki devlet arasındaki yatırım tanımının buna göre yorumlanması gerektiğine kanaat getirmiştir. Yaygın uygulamanın aksine bu davada özelinde hakem heyeti Salini testinin dördüncü kriteri olan ev sahibi devlete ekonomik katkı sağlanmasının her faaliyet özelinde çekirdek kriter olarak aranmaması gerektiği zira bunun yatırım şartı olmaktan ziyade genel bir hedef olduğu kanaatindedir.

İçkale İnşaat'ın Türkmenistan'da şube açmış olması, üstlendiği projelerin süresi ve kapsamı düşünüldüğünde yüksek nitelikli yönetim ve koordinasyon içeren bu tarz işlerin salt bir ticari faaliyet olamayacağının belirtilmesi inşaat yatırımları özelinde karın yeniden yatırıma dönüştürülmesi ve uzun soluklu yoğun sermaye gerektiren işlerin bulunması gerektiği yönünde tutarlı bir içtihat ortaya konmasını sağlamıştır.

3.4. Çap ve Sehil v. Türkmenistan¹⁷

Davalı devlet Sehil'in faaliyetlerinin hem ICSID Konvansiyonu madde 25 hem de Türkiye - Türkmenistan YTKK'sı altında "yatırım" olarak nitelendirilemeyeceğini iddia etmiştir. Davacı şirket ise Türkmen otoriteleri ile akdettiği sözleşmelere dayanarak uzun soluklu bir iş ilişkisi içine girildiğini ve bu anlamda Türkmenistan'da biri şube biri yen iştirak olmak üzere ticari girişimler kurduğunu belirtmiştir. Davacı'nın iddiasına göre bu faaliyetler karın yeniden yatırıma dönüştürülmesi, ekipman ve *know-how* tedariki sağlanması sebebiyle yatırım olarak değerlendirilmesi gereken hususlardır.

Hakem heyeti kararını verirken Sehil'in Türkmenistan'da kurduğu yapılanmaya ve bu yapının üstlendiği faaliyetlere bakmış sözleşme değeri artarak devam eden ve aralarına yenileri eklenerek çoğalan projelerin Sehil'in Türkmenistan'daki faaliyetlerinin ev sahibi ülkenin ekonomik kalkınmasına katkı sağlayan belirli miktarda riskin üstlenildiği düzenli ve uzun vadeye yayılmış bir ilişkiyi işaret ettiğine kanaat getirmiştir. Davacı'nın iddiası ile paralel olarak Sehil'in taahhütleri kapsamında elde ettiği geliri yeni projeler için kullanması da Hakem Heyeti'nin devam eden ekonomik katkı kriterinin temellendirmesini sağlamıştır.

4. Sonuç

İnşaat sektörü yatırımlarının tipik olarak yüksek maliyet içeren uzun soluklu projeler olması ve teknik detayların bulunduğu hacimli belgelere dayanması nedeniyle uluslararası yatırım tahkiminde sıkça karşılaşılan uyuşmazlıkların başında gelmektedir. Bu uyuşmazlıkların çözümü bakımında ICSID Konvansiyonu ve devletler arasında akdedilen bir akit devletin tabiiyeti alındaki şirketlerin diğer akit devlette

⁹ Bayindir v. Pakistan (I), ICSID Dava No. ARB/03/29

¹⁰ Bayindir (I) davası, par: 109

¹¹ Garanti Koza LLP v. Turkmenistan, ICSID Dava No. ARB/11/20

¹² Garanti Koza davası, par: 172

¹³ Garanti Koza davası, par: 232

¹⁴ Garanti Koza davası, par: 242

¹⁵ İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Dava No. ARB/10/24

¹⁶ İçkale İnşaat davası, par: 4

¹⁷ M. Çap and Bankrupt Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan, ICSID Dava No. ARB/12/6

yapacağı yatırımlara ve ev sahibi devlet tarafından maruz kalacağı muameleye ilişkin düzenlemeleri içeren yatırımların karşılıklı teşviki anlaşmaları sıkça başvurulmuş kaynaklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uluslararası yatırım hukukunda “yatırım”ın kesin ve net bir tanımı yapılmamış bu kavram bilinçli olarak YKTK Anlaşmalarına ve somut uyuşmazlıktaki olayların yorumlanmasına bırakılmıştır. Bu anlamda çeşitli yorum yaklaşımları ve çeşitli davalardan yola çıkarak oluşturulan Salini testi gibi yol gösterici kriterler belirlenmiştir. Bu kriterlerin sözleşmesel bir bağlayıcılığı olmasa da mevcut uyuşmazlığın çözümünde gerek referans noktası gerek eleştiri konusu olarak ele alınmıştır.

Türkiye de karşılıklı yatırımın gelişmesini teşvik amacıyla pek çok devlet ile YKTK Anlaşmaları akdetmiştir. Bayındır ile Sehil gibi eski tarihli YKTK Anlaşmaları’na dayanan uyuşmazlıklarda ICSID Konvansiyonu madde 25 ve YKTK Anlaşmalarında ucu açık olarak bırakılan yatırımın tanımına Salini testi kriterlerinin uygulanması açısından inşaat sektörü projelerinde dikkate alınması gereken hususların çerçevesi belirlenmiş ve önemli bir içtihatı bilgi birikimi elde edilmiştir. Hakem heyeti inşaat sektörü temelinde yatırımın çerçevesini belirlemeye çalışırken projelerin sermaye yoğunluklu olmasından yani sıra diğer yatırım ilişkilerinden daha uzun vadeli yükümlülükleri içeren projelerden oluşuyor olmasını önemsemiştir. Yine aynı minvalde yatırımın aktif bir şekilde yapılıyor olması da içtihatlardan hareketle adeta Salini kriterlerine inşaat yatırımından özelinde ek bir şart getirmiştir. Bu davaların da etkisiyle içtihatlarda benimsenen yatırım kavramı tanımlarından yola çıkarak Türkiye, özellikle 2010 sonrası akdettiği yeni YKTK Anlaşmalarında yatırım tanımının neleri kapsayıp kapsamadığını daha net ifadelerle belirlemeye yönelik revize metinler kullanmayı tercih etmiştir.



Doğan Eymirlioğlu

Balcıoğlu Selçuk Ardıyok Keki
Ortak Avukat

deymirlioglu@baseak.com



Alptuğ Toker

Alp Arbitration
Ortak Avukat

atoker@alparbitration.com



Fulya Görer

Balcıoğlu Selçuk Ardıyok Keki
Kıdemli Avukat

fgorer@baseak.com



Ahsen Melda Arabacı

Balcıoğlu Selçuk Ardıyok Keki
Avukat

aaarabaci@baseak.com