

YABANCI YATIRIMLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN İKİLİ ULUSLARARASI ANLAŞMALAR

Bu yazı Akın Hukuk Ofisinin kurucu ortağı Av. Ümit Akın tarafından 22 Şubat 2014 tarihinde, “Yurtdışında Yaşam: Oturum Koşulları ve Yatırım İmkanları” adlı konferansta yurt dışında yatırım yapan veya yapmayı planlayan çok değerli girişimcilerimizin, yatırım yapılan ülkede karşılaşılabileceği çeşitli risklere yönelik tedbirler konusunda bilgilendirilmeleri amacıyla sunulmuştur.

1. GENEL BAKIŞ

Küreselleşme olgusu, bilindiği gibi, dünya çapında tek bir pazar oluşması yolunda, ulus devletlerin sınırlarını belirsizleştirirken, sermayenin de kendi ülke sınırlarının dışına çıkışı sürecini hızlandırmış, yurt-dışında yatırım ve yabancı sermaye olgusunun oluşmasına neden olmuştur. Ancak girişimciler için yabancı yatırımın yapılacağı ülkenin farklı bir hukuk sistemine ve yatırım mevzuatına sahip olması çeşitli riskleri ve belirsizlikleri beraberinde getirebilmektedir. Bunlar yatırımcılar açısından beklenmedik zararlara ya da maliyet artışlarına yol açabilecek nitelikte olduğundan; yabancı yatırımcılar sermayelerini getirecekleri ülkelerden hukuki güvence, siyasal ve sosyal öngörülebilirlik ve kendilerine bazı kolaylık ve avantajlar sağlanmasını beklemektedirler.

Yabancı sermayenin bu beklentisi, ülkeler arasında ikili veya çoklu yatırımların teşviki ve korunması anlaşmalarının imzalanması suretiyle karşılanmaktadır.

İki taraflı yabancı yatırım anlaşmalar yurt dışında yatırım yapmak isteyen girişimlere genel olarak iki temel alanda koruma ve avantaj sağlamaktadır;

- 1) Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK)
- 2) Çifte Vergilendirmeyi Önleme (ÇVÖ)

1.1.1. Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşmaları

YKTK anlaşmalarının temel özelliği yabancı yatırımcılara sağlanacak koruma, teşvik ve vergi avantajlarının belirlenmesidir.

Bu anlaşmalarda **adil ve eşit muamele** ilkesi, temel standartlardan biridir. Adil ve eşit muamele, aralarında yabancı yatırımcının korunmasına dair anlaşma bulunan iki devletin, anlaşmanın karşı tarafı devletin yatırımcısına kendi yatırımcısına tanıdığından daha az ayrıcalıklı imkân tanımayacağını garanti altına almaktadır. Böylece yabancı yatırımcı, ev sahibi ülkenin kendi yatırımcılarıyla rekabet edebilir konuma getirilmektedir. Ancak, YKTK Anlaşmaları genellikle adil ve eşit muamele standardının kapsamını açıkça belirlememektedir. Bununla birlikte, adil ve eşit muamelenin ulusal hukuk standartlarının ötesinde uluslararası hukuk standartları dahilinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu anlayışa göre, adil ve eşit muamele ilkesi yatırıma ev sahipliği yapan devletin yabancı yatırımcıya yaptığı uygulama kendi yasalarına uygun olsa da, uluslararası adil ve eşit muamele standartlarına uygun değilse, yatırımcı adil ve eşit muameleye tabi tutulmamış sayılacaktır.

En çok gözetilen ulus kaydı da YKTK anlaşmalarının temel prensiplerinden biridir. Bu ilke, bu anlaşmanın tarafı olan devletlerden birinin, ileride yapacağı başka bir anlaşma ile başka ülkelerin yatırımcılarına daha elverişli muamele sağlaması halinde, aynı elverişli muamelenin hâlihazırdaki akit devlet yatırımcısına da sağlanmasını zorunlu kılar.

Nihayet, yabancı bir ülkede yatırım yapan girişimcilerin yatırım yaptıkları ülkelerdeki **temel hak ve menfaatlerinin uluslararası hukuk temelinde korunması**; yatırımların ev sahibi devletin alabileceği doğrudan ve dolaylı karar ve uygulamaları sonucunda **uğrayacağı zararların giderilmesi**; yatırımın kamulaştırma veya siyasi riskler neticesinde zarara uğraması durumunda uygulanacak tazminatlar ve yatırımcı ile devlet arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak çözüm yollarının belirlenmesi; kar ve ana sermaye gibi **transfer edilebilir değerlerin** ülke dışına transferi ile ilgili **güvenceler** getirilmesi de YKTK'lar kapsamında sağlanan hukuki koruma vasıtaları arasında öne çıkmaktadır.

Ülkemiz yatırımcılarının sermaye ihraç eder hale gelmesinden sonra, yurt dışında yatırımları bulunan girişimcilerin bu ülkelerdeki yatırımlarını güvenceye almak amacıyla gelişmiş ve gelişmekte olan birçok Avrupa, Asya ve Afrika ülkeleri ile yabancı yatırımların korunması ve teşvikine dair Türkiye tarafından bugüne kadar 92 ülkeyle Yatırımların Korunması ve Teşviki Anlaşmaları imzalanmıştır¹.

YKTK Anlaşmalarında genel olarak şu hususların düzenlendiği görülmektedir;

- ✓ Akit taraflardan her birinin kendi ülkesinde diğer Akit Taraf yatırımcılarının yatırımlarını mümkün olduğu kadar teşvik edip bu yatırımlara kendi mevzuatı, kuralları ve kararlarına göre izin vereceği;

¹ Türkiye'nin bugüne kadar akdettiği ve halen yürürlükte olan YKTK Anlaşmaları için Ekonomi Bakanlığı'nın Yurt Dışında Yatırım başlıklı Web sayfasına bakılabilir: <http://www.ydy.gov.tr>.

- ✓ Taraflardan her birinin diğer tarafın yatırımcıları tarafından kendi hukukî mevzuatına göre kendi ülkesi dahilinde yapılan yatırımları himaye edecek makul olmayan veya ayırıcı önlemlerle bu yatırımların yönetim, idame kullanma, istifade, tevsi, satış ve tasfiyesini engellemeyeceği; taraflardan her birinin kendi ülkesi dahilinde diğer tarafın yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara adilane ve eşit muamele edeceği;
- ✓ Bu muamelenin tarafın kendi yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara veya en ziyade müsaadeye mazhar ülke yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara uygulanan muameleden daha az elverişli olmayacağı;
- ✓ En ziyade müsaadeye mazhar devlet muamelesi serbest bölge gümrük birliği veya ortak pazar gibi kuruluşlardaki üyelik ve bağımlılık nedeni ile üçüncü ülke yatırımcılarına verilen ayrıcalıklara uygulanmayacağı;
- ✓ Taraflardan her birinin ülkesinde bir yatırıma izin verince kendi mevzuatına uygun olarak tüm yatırımın işletme, bakım gelişmesi için gerekli olan tüm izin, yetki ve lisans müracaatlarını müspet bir yaklaşımla inceleyeceği;
- ✓ Ülkesinde diğer taraf yatırımcıları tarafından yatırım yapılan tarafın bu yatırımcılara yatırımlarla ilgili olarak ülkesinden içeri ve dışarı ödemelerin serbestçe transferini temin edeceği; taraflardan birinin yatırımcılarının yatırımları ticarî olmayan risklere karşı kanunî bir sistem dahilinde sigorta edilmiş ise, bu tür bir sigortanın şartlarına uygun olarak, sigortacının bahse konu yatırımcının haklarına halefiyetinin, diğer tarafça da tanınacağı;
- ✓ Anlaşmazlık halinde öncelikle müzakere yolunun denenip sonrasında hakem heyetine başvurulacağı

1.1.2. Çifte Vergilendirmeyi Önleme (ÇVÖ) Anlaşmaları

Çifte vergileme, vergiye tabi bir gelirin birden fazla ülkede vergi konusu olması, aynı gelirin hem elde edildiği ülkede hem de geliri elde eden girişimcinin yerleşik olduğu ülkede vergilendirilmesidir. Ülkeler bu istenilmeyen durumu ortadan kaldırmak amacıyla aralarında vergi anlaşmaları yapmaktadırlar. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ile akit taraflarda mukim bulunan gerçek ve tüzel kişilerin, aynı faaliyet için bu ülkelerin her birinde ayrı ayrı vergilendirilmesini önlemek ve böylelikle uluslararası yatırımcılar bakımından vergilendirmeyi belli prensiplere bağlayarak yerli ve yabancı mükellefler arasında oluşabilecek ayrımı engellemek amaçlanmaktadır. Bu anlaşmalar, yabancı yatırım miktarının artışında son derece önemli bir araçtır².

Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında düzenlenen gelir unsurları şunlardır: Gayrimenkul varlıklardan elde edilen gelirler; Ticari kazançlar; Uluslararası taşımacılık kazançları; Temettü gelirleri; Faiz gelirleri; Gayrimaddi Hak Bedelleri (Royalty gelirleri); Sermaye değer artış kazançları; Serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen gelirler; Ücret gelirleri; Şirket yönetim kurulu üyelerinin gelirleri; Sanatçı ve sporcu gelirleri; Özel sektör

² Türkiye'nin bugüne kadar akdettiği ve halen yürürlükte olan ÇVÖ Anlaşmaları için Gelir İdaresi Başkanlığı'nın Web sayfasına bakılabilir: "www.gib.gov.tr".

çalışanlarının emekli maaşları; Kamu çalışanlarının ücret gelirleri ve emekli maaşları, Öğretmenler ve öğrencilerin elde ettikleri gelirler ve diğer gelirler gibi gelirler.

Yukarıda belirtilen gelir unsurları Anlaşmalarda ayrı ayrı ele alınmakta ve vergileme yetkisi duruma göre mukim olunan ülkeye veya gelirin elde edildiği kaynak ülkeye bırakılmakta, bazen de her iki ülke arasında paylaşılmaktadır. Vergilemenin her iki Devlette de yapıldığı durumda aynı kazançlar üzerinden mükerrer vergilendirmeyi önlemek için diğer Devlette ödenen vergi mukim olunan devlette Anlaşmanın Çifte Vergilendirmenin Önlenmesine ilişkin madde hükümleri çerçevesinde duruma göre mahsup veya istisna edilmektedir.

ÇVÖ Anlaşmalarının yabancı yatırımcıya katkıları şu şekilde özetlenebilir;

- ✓ Çifte vergilendirmenin etkilerini engelleme veya azaltma,
- ✓ Uluslararası vergilendirmeden kaçınma,
- ✓ Vergilendirmenin uyumlulaştırılması,
- ✓ Vergi kaçırma ve finansal dolandırıcılığın engellenmesi,
- ✓ Yabancı yatırımın kolaylaştırılması,
- ✓ Finansal işlemlerin şeffaflığının ve ekonomik işbirliğinin artırılması,
- ✓ Taraf Devletler Arasında karşılıklılık koşulunun yerine getirilmesinin sağlanması,
- ✓ Yukarıdaki hedefler çerçevesinde taraf devletler arasındaki yatırım miktarının artırılması.

2. ANLAŞMALAR KAPSAMINDA İHTİLAFLARIN ÇÖZÜM YOLLARI VE TAHKİM

Yabancı yatırım anlaşmaları, genellikle, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların alternatif bir çözüm yolu olarak tahkim usulünü öngörmektedir. Bu anlaşmalarca başvurulacak kurumsal tahkim mekanizmalarından en önemlileri UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law - Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Tahkim usulleri, ICSID (International Center for the Settlement of Investment Disputes - Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi) Tahkimi ve ICC (International Chamber of Commerce- Milletlerarası Ticaret Odası) Uluslararası Tahkim Divanı'dır. Bu tahkim mekanizmalarına başvuru imkanı bazen aşamalı, bazen alternatif olarak yatırımcıya sunulmaktadır.

Anlaşmalar genel olarak yabancı yatırımcılar ile ev sahibi ülkeler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünü için başlıca iki tahkim mekanizması takip etmektedir Bu mekanizmalardan ilki "ad hoc tahkim" olarak adlandırılan tahkim usulüdür. Ad hoc tahkimde taraflar hakemlerin sayısından atanmasına, uyuşmazlığa uygulanacak hukuktan tüm prosedürlere kadar tahkim sürecine ilişkin pek çok konuyu kendi iradeleri ile belirleme imkanına sahiptirler. Bu mekanizma temel olarak, UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre, her bir uyuşmazlık için ayrıca

kurulan, üç üyeli bir tahkim kurulunun oluşturulmasını öngörmektedir. Sözü edilen bu üç üyenin (hakem) birisi yatırımcı, diğeri ev sahibi ülke, üçüncüsü ise ilk atanan iki üyenin uzlaşması ile seçilmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmaların yaklaşık 60 tanesinde UNCITRAL tahkim imkanı mevcuttur. Bununla birlikte UNCITRAL tahkim imkanının öngörülmediği yabancı yatırım anlaşmalar arasında Almanya, A.B.D, Birleşik Krallık, Fransa, İsrail ve Kuveyt anlaşmaları sayılabilir.

"Ad hoc" tahkim mekanizmasına ilaveten yatırım anlaşmaları ICSID tahkimini de ayrı bir seçenek olarak sunmaktadır. ICSID 1965 yılında Washington'da imzalanan "Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Konvansiyon" ile Dünya Bankası'na bağlı olarak kurulmuş, otonom bir uluslararası örgütlenmedir. Merkezi A.B.D., Washington'da bulunan ICSID, günümüzde yabancı yatırımcılar tarafından en sık başvuru alan uluslararası tahkim müessesesi haline gelmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarına bakıldığında en sık karşılaşılan tahkim usulü ICSID'dir. Türkiye Washington Konvansiyonunu 3460 sayılı kanun ile onaylamış ve 6 Aralık 1988 tarihli Resmi Gazete'de yayımlayarak yürürlüğe sokmuştur.

Türkiye de, devletlerle diğer devletlerin yatırımcıları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin ICSID Konvansiyonuna ve yatırımları ticari olmayan risklere karşı korumak amacıyla kurulmuş olan MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency - Çok Taraflı Yatırım Garanti Kurumu)'ya taraftır. Türkiye'nin 24 Haziran 1987 yılında "Washington Konvansiyonunu imzalayarak, yetkisini kabul ettiği ICSID uluslararası tahkim mekanizmasına bu tarihten sonra imzalanan tüm yatırım anlaşmalarında yer verilmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu, fakat ICSID tahkiminin öngörülmediği anlaşmalar arasında Rusya ve İran ile imzalanan anlaşmalar sayılabilir.

Her ne kadar yabancı yatırım anlaşmaları, uyuşmazlıklarının çözümü için başka bir seçenek olarak, özellikle Avrupa'nın çeşitli büyük ekonomik merkezlerinde kurulmuş bulunan ICC Uluslararası Tahkim Divanı veya SCC (Stockholm Chamber of Commerce - Stockholm Ticaret Odası) Tahkim Enstitüsü gibi diğer uluslararası tahkim merkezlerini de sunmaktaysa da günümüzde yabancı yatırımcıların haklarının korunması açısından dünya üzerinde yer alan en etkili uluslararası tahkim mekanizması ICSID'tir. Zira, sadece ICSID tahkiminde yabancı hakem kararlarının otomatik olarak tanınması mekanizması benimsenmiştir. ICSID tahkimi sonucunda alınan bir hakem kararı, herhangi bir tanıma ve tenfiz prosedürüne gerek duyulmaksızın, adeta karar kendisine karşı icra edilecek olan devletin bir mahkemesinin kararıymış gibi doğrudan icra edilebilmektedir. Hatta söz konusu devletin hakem kararına uymaması halinde hakem kararı, o ülkenin malvarlığının bulunduğu herhangi bir ülkede de icra edilebilmekte ya da icra tehlikesi ile devleti hakem kararına uymaya zorlamak mümkün olabilmektedir. Kararlarının icra edilmesindeki bu kolaylık, diğer tahkim mercilerine kıyasla ICSID tahkiminin önemli bir avantajıdır.

ICSID dışında hangi usul benimsenmiş olursa olsun, tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararlarının icra edilebilirlik niteliği kazanabilmesi için, kural olarak, kararın uygulanacağı ülkenin mahkemeleri tarafından tanınması ve tenfiz edilmesi gerekir. Tanıma ve tenfiz prosedürü için, New York Konvansiyonu olarak bilinen

“Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihinde New York'ta Yapılan Konvansiyon” imzalanmıştır. 146 ülke New York Konvansiyonu'nu imzalayarak yürürlüğe sokmuştur. New York Konvansiyonu, 30 Eylül 1992 tarihinden beri ülkemizde de yürürlüktedir. Yabancı bir devlete karşı bir hakem kararının icra edilebilmesi için, öncelikle o devletin New York Konvansiyonu'na taraf olup olmadığının, taraf ise Anlaşma'ya herhangi bir çekince koyup koymadığının belirlenmesi gerekmektedir. New York Konvansiyonu'na taraf bir ülke mahkemesinin tanıma ve tenfiz talebini hangi hallerde reddedebileceği, anlaşmada sınırlı olarak sayılmıştır. Bu sebepler arasında mahkeme özellikle uyuşmazlık konusunun tanıma ve tenfiz talebinin yapıldığı ülke kurallarına göre tahkimle çözülmeye elverişli olmadığına ya da hakem kararının tanıma ve tenfiz talebi edildiği ülkenin kamu düzenine ilişkin kurallarına aykırı olduğuna hükmederse, tanıma ve tenfiz talebine reddedilebilmektedir.

En sık karşılaşılan tahkim mercilerinden sonuncusu ise, merkezi Paris'te bulunan ICC Uluslararası Tahkim Divanı'dır ICC tahkimi de, tıpkı ICSID gibi kurumsal bir tahkim mekanizmasıdır. Türkiye'nin taraf olduğu ve ICC tahkiminin öngörüldüğü anlaşmalara örnek olarak Azerbaycan, Kazakistan, Kırgızistan, Libya, Özbekistan ve Ukrayna gösterilebilir.

3. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yukarıda detaylıca anlatıldığı üzere yabancı yatırımların güvencesi, korunması ve yatırım miktarının artırılabilmesi için Devletlerce farklı alanlarda ikili ve çoklu anlaşmaların imzalanması yolları tercih edilmektedir. Bu yolla girişimcilerin yabancı ülkelerdeki ekonomik menfaatlerine hukuki koruma sağlanmakta ve yatırım akışının artırılması hedeflenmektedir. Bunun yanında yatırımcılara çeşitli vergi muafiyet ve kolaylıkları ve teşviklerin verilmesiyle, ülkeler kendilerini yabancı yatırımcılar için cazip kılmayı amaçlanmaktadır.

Belirtmek isteriz ki, yurt dışında yatırımda bulunmak isteyen şirketlerin yatırım yapmayı düşündükleri ülke ile yerleşik buldukları ülke arasında bir uluslararası anlaşmanın bulunup bulunmadığını bilmeleri önem taşımaktadır. Ancak, anlaşmanın mevcudiyeti yetmemekte, söz konusu anlaşmada, yabancı yatırımcılara tanınan hakların ve sağlanan güvencelerin neler olduğu ve bu hak ve güvencelerin hangi mekanizmalarla korunduğu da analiz edilmelidir.



Ebulula Mardin Caddesi
Maya Meridyen İş Merkezi Kat: 5
Akatlar Beşiktaş 34335 İstanbul Türkiye
T 0212 351 54 55
F 0212 352 70 80
E info@akinhukukofisi.com
www.akinhukukofisi.com