

İKİLİ YATIRIM ANLAŞMALARINI, MEVCUT EĞİLİMLER VE TÜRKİYE

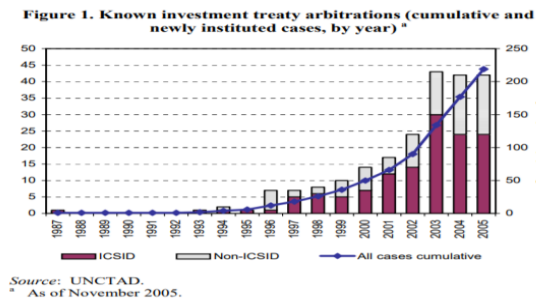
BILATERAL INVESTMENT AGREEMENTS, CURRENT TRENDS, AND TURKEY

Yazarlar/Authors: Av. Hasan Zihni GÖNEN L.L.M., Stj. Av. Furkan Bahadır ATA



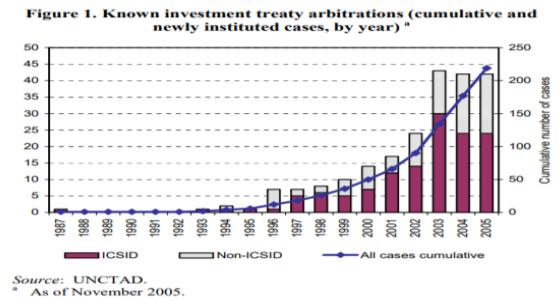
I. GİRİŞ

İkili yatırım anlaşmaları; iki devlet arasında imzalanan, akit devletlerden birinde bulunan yatırımcının diğer devlete yapmış olduğu yatırımın korunmasını sağlayan anlaşmalardır. İkili yatırım anlaşmalarının amacı siyasi riski azaltarak yabancı yatırımı canlandırmaktır. 1959 tarihinde Almanya ve Pakistan, “Yatırımların Teşviki ve Korunması için bir anlaşma” olarak tasarlanan ilk ikili yatırım anlaşmasını imzaladılar.



I. INTRODUCTION

Bilateral Investment Treaties (“BIT”) are agreements between two countries protecting investments made by investors from one contracting state in the territory of the other contracting state. The purpose of Bilateral Investment Treaties is to stimulate foreign investments by reducing political risk. In 1959, Germany and Pakistan concluded the first bilateral investment treaty, styled as a treaty “for the Promotion and Protection of Investments.”¹



¹ (Vandeveld, 2010)

1990'ların sonuna doğru ise anlaşmalara bağlı olarak ortaya çıkan davalarda büyük bir artış meydana geldi. Anlaşmaya dayalı davaların sayısı 2005'e kadar en az 219 kadar yükseldi ve böylece ikili yatırım anlaşması, uluslararası yatırım hukuku kapsamında, yabancı yatırımcıların egemen devletlere karşı haklarını korumak için birincil araç haline geldi.

Anlaşmaya dayalı ortaya çıkan yatırım tahkimlerinin sayısını tam olarak bilmek imkânsızdır. Yukarıdaki şekil kapsamlı görüşmelere ve araştırmalara dayanmakta; ancak yalnızca taraflar veya tahkim kurulları tarafından ortaya konan iddiaları temsil etmektedir.

Bununla birlikte, ikili yatırım anlaşmaları son yıllarda siyasi tartışmaların kaynağı haline gelmiştir. Bu, yatırımcı ve hükümetler arasındaki uyuşmazlık sayısının endişe verici şekilde artmasından açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Anlaşmalar zaman zaman, çoğunlukla yatırımın kaynağı gelişmiş ülkeler ile yatırımın yapıldığı gelişmekte olan ülkeler arasında adaletsiz hak ve borç dağılımına sebep olmaktadır. Bu durum, yatırım yapılan ülke üzerinde yatırımın faydası açısından olumsuz bir etkiye sebep olduğu gibi davaların artmasına da yol açmaktadır.

II. GENEL KAVRAMLAR

2.1. Yatırım ve Yatırımcı

Yatırım; sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, kazanç veya kar beklentisi ya da risk üstlenilmesi gibi özellikler de dâhil olmak üzere bir yatırımcının yatırım niteliği taşıyan her varlığını ifade eder. Bir yatırım genellikle şunlardan oluşur: 1. Girişim; 2. Hisse veya diğer katılım biçimleri; 3. Geçerli iç hukuk uyarınca verilen lisanslar, yetkiler, izinler ve benzeri haklar.

The late 1990s, the number of cases has grown enormously. The cumulative number of treaty-based cases had risen to at least 219 by November 2005 (figure 1), the bilateral investment treaty became the primary tool, within international investment law, for protecting the rights of foreign investors against sovereign states.²

The total number of treaty-based investment arbitrations is impossible to measure; the figure above is based on extensive research and interviews, but represent only those claims that were disclosed by the parties or arbitral institutions.

However, bilateral investment treaties have been a source of political controversy in recent years. This is clear from the alarming increase in the number of disputes between investors and governments. The treaties sometimes create an unequal distribution of rights and obligations between developed countries, which are the source of most foreign direct investment, and developing countries, which are mainly recipients. They lead to the increased risk of litigation and have a negative impact on the net benefit of investment to recipient countries.

II. GENERAL CONCEPTS IN BILATERAL INVESTMENT AGREEMENTS

2.1. Investment and Investor

Investment may mean every asset of an investor that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include: 1. an enterprise; 2. shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise; 3. licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to applicable domestic law.³

² (Kabir & Bischooping, 2020)

³ (BİRİŞ, 2015)

2.2. Ulusal Muamele

Bu ilkeye göre her bir taraf, diğ er tarafın yatırım ve yatırımcılarına, kendi yatırımcılarına veya taraf olmayan herhangi bir yatırımcıya uyguladığı muamelenin daha azını uygulayamayacaktır. Bu ilke ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirilmektedir. Ayrımcılık yapma yasağı, uluslararası hukukta yerleşmiş bir koruma standardıdır. Ayrımcılık yapmama ilkesi, uluslararası bir ekonomik anlaşmanın taraflarının, iç piyasa aktörlerine dış piyasa aktörlerinden daha fazla lehte davranmamasını veya farklı kökenlerden gelen dış piyasa aktörleri arasında ayırım yapılmamasını sağlar. Ayrımcılık yapmama yükümlülükleri, özellikle mal ve hizmet ticareti, fikri mülkiyet haklarının yatırım koruması olmak üzere uluslararası ekonomik hukukun tüm alanlarında bulunmaktadır. Bu ilke, sınır önlemleri ve iç düzenlemeler gibi hükümet tarafından ortaya konulan her türlü ticari engeller hakkında da uygulanır. OECD Çok Taraflı Yatırım Anlaşması Tasarısında, uluslararası yatırım bağlamında ulusal muamele ilkesi, ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcılara ve onların yatırımlarına uyum sağlama yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır.

2.3. Adil ve Hakkaniyetli Muamele

Bu ilke, hem bir yatırımcının yatırım yaparken sahip olabileceği makul beklentileri hem de haklarına yönelik devlet ihlaline karşı savunma yaparken elindeki başvurunun etkinliğini kapsamaktadır.

2.4. Kamulaştırma

Bu ilkeye göre, kamusal amaç ile kanuna uygun olarak yapılanlar haricinde hiçbir tarafın yatırımı doğrudan veya dolaylı olarak kamulaştırılmaz.

2.2. National treatment clause

Each Party shall accord investments and investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors and to investors of any non-Party.⁴ The applicability of this standard is viewed in the context of non-discrimination. Nondiscrimination is a well-established standard of protection in international law. The non-discrimination principle provides that contracting parties to an international economic treaty shall not treat domestic market actors more favorably than foreign market actors or differentiate between foreign market actors from different origins. Non-discrimination obligations are found in all fields of international economic law, notably trade in goods and services, investment protection of intellectual property rights. They apply to all types of governmental trade obstacles, such as border measures (e.g., tariffs and quantitative restrictions) and internal regulations (e.g., taxes and product standards)⁵ In the OECD Draft Multilateral Agreement on Investment, the principle of national treatment in the context of international investment is defined as the obligation of the host country to accord to foreign investors and to their investments⁶

2.3. Fair and equitable treatment clause

The term fair and equitable treatment covers both the reasonable expectations an investor may have when making an investment as well as the effectiveness of the recourse at its disposal when defending against State infringement on its rights.

2.4. The expropriation clause

BITs invariably provide that neither Party may expropriate or nationalize an investment whether directly or indirectly through measures equivalent to expropriation; except for a public purpose and in accordance with due process of law.⁷

⁴ (BİRİŞ, 2015)

⁵ (Diebold, 2011)

⁶ (BİRİŞ, 2015)

⁷ (BİRİŞ, 2015)

2.5. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı (“MFN”)

En çok gözetilen ulus kaydı, yatırım anlaşmalarında yer alabilen bir hüküm olup bu hükme dayanarak akit taraf, karşı tarafın başka anlaşmalar ile üçüncü devlet lehine tesis edilen daha elverişli koşullardan yararlanabilmektedir. En çok gözetilen ulus kaydı hükümleri, ekonomik liberalleşmenin önemli bir aracı haline gelmiştir. Söz konusu hüküm doğrultusunda yabancı yatırımcı, kendi ülkesine doğrudan tanınmayan haklardan faydalanabilmektedir. MFN klozu son yıllarda Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (“YKTK”) anlaşmalarından çıkartılması veya kapsamının daraltılması yönünden tartışılmaktadır. Zira her uluslararası anlaşma kendine özgü şartlarda akdedilmektedir.

III. İKİLİ YATIRIM ANLAŞMALARINDA UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Yatırımcılar ile ev sahibi ülke arasındaki ikili yatırım anlaşmasında tahkim genellikle Dünya Bankası'nın bir iştiraki olan Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi'nde (“ICSID”) gerçekleşir. ICSID, 1965 yılında Washington'da oluşturulan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi'ne dayanan yatırım anlaşmazlıkları için özel olarak tahkim ve uzlaştırma ile ilgilenir. Ancak, bazı İkili Yatırım Anlaşmaları yatırımcılara Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Kuralları Komisyonu'na (“UNCITRAL Kuralları”) dayalı geçici tahkim veya tahkim dâhil olmak üzere başka seçenekler sunduğundan, yatırımcıların ev sahibi ülkeye karşı dava açabilecekleri tek kurum ICSID değildir. Bununla birlikte, ICSID kararı, ICSID Sözleşmesine taraf olan bir ülkenin yerel kararı olarak kolaylıkla icra edilebilir. ICSID Sözleşmesi, yerel mahkemelerin herhangi bir nedenle ICSID kararına itiraz etmelerine, yasal yollara başvurmalarına veya ICSID kararlarına karşı

2.5. Most Favored Nation Clause (“MFN”)

Most favored nation (“MFN”) clauses link investment agreements by ensuring that parties to one treaty provide treatment no less favorable than the treatment they provide investors under other treaties. MFN clauses have become a significant instrument of economic liberalization. In line with the said provision, foreign investors can benefit from rights not directly granted to their own country. In recent years, the MFN clause has been discussed in terms of either removing it from the Mutual Promotion and Protection of Investments (“YKTK”) agreements or narrowing its scope. Because every international agreement is concluded on its own terms.⁸

III. DISPUTE RESOLUTION METHODS IN BILATERAL INVESTMENT TREATY

International arbitration between investors and the host country in BIT usually takes place at International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”), which is an affiliate of the World Bank. ICSID specifically handles arbitration and conciliation for investment disputes based on the Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States which was formed in Washington in 1965. However, ICSID is not the only institution for investors to file a lawsuit against the host country according to BIT because some BITs provide other options to investors, including ad hoc arbitration or arbitration based on United Nations Commission On International Trade Law Rules (UNCITRAL Rules).⁹ The ICSID decision can easily be executed as a domestic verdict of a country from a signatory country to the ICSID Convention. The ICSID Convention does not allow domestic courts for any reason to object or make legal remedies or appeal against the ICSID decision, although it is still possible to make repairs, changes or cancellations of ICSID decisions internally for

⁸ (Eskiyörük & Çağan, 2021)

⁹ (Dewi & Afriansyah, 2019)

temyize gitmelerine izin vermemekle birlikte, ICSID kararlarının belirli nedenlerle dâhili olarak onarılması, değiştirilmesi veya iptali mümkündür. MFN hükmünün uyuşmazlık çözüm maddesine uygulanması yönünde bir başvuruda; davacının bağlı bulunduğu ülkenin Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezine taraf olmamasına rağmen, en çok gözetilen ulus kaydı nedeniyle ICSID başvurusu kabul edilmiştir. Başka bir davada yatırımcı, ev sahibi ülke kanunlarına göre tüzel kişiliğe haiz olmamakla birlikte, en çok gözetilen ulus kaydı uyarınca dava ehliyetine sahip kabul edilmiştir. Bu sebeplerle MFN klozunun uyuşmazlık çözüm maddesine uygulanmayacağı açıkça belirtilmeye başlanmıştır.

IV. İKİLİ YATIRIM ANLAŞMALAR VE TÜRKİYE ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarının ilki 1962 yılında Almanya ile imzalanan anlaşmadır. Bugün itibarıyla taraf olduğumuz ikili yatırım anlaşmalarının sayısı 108'e ulaşmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı'na göre, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları yabancı bir ülkede yatırım yapan yatırımcılar için büyük önem taşımaktadır. Ev sahibi ülke tarafından yatırımcıya uygulanacak muamelenin sınırlarının belirlenmesi, uluslararası hukuk temelinde yatırım yaptıkları ülkelerin temel hak ve menfaatlerinin korunması, kâr transferlerinin güvence altına alınması, ev sahibi devlet tarafından olası kamulaştırma işlemlerinin koşulları ve uyuşmazlık halinde uluslararası tahkime başvurulması gibi güvenceler sağlanmaktadır. Türkiye'nin anlaşma imzaladığı ülkeler arasında hem ekonomik olarak gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkeler bulunmaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarında tanımlar, adil ve eşit muamele, ulusal muamele, en

certain reasons.¹⁰ In an application for the application of the MFN provision to the dispute resolution clause; although the applicant's country of origin is not a party to ICSID, the ICSID application was accepted due to its most favored nation registration. In another case, the investor, although not legal personality under the laws of the host country, was deemed competent under the most favored nation registration. For these reasons, it has been clearly stated that the MFN clause will not be applied to the dispute resolution clause.¹¹

IV. BITS AND IMPLICATIONS FOR TURKEY

The first of the bilateral investment agreements to which Turkey is a party is the agreement signed with Germany in 1962. As of today, the number of bilateral investment agreements that we are a party to has reached 108.¹² According to Republic of Turkey Ministry of Trade, Mutual Promotion and Protection of Investments Agreements (“YKTK”) are of great importance for investors investing in a foreign country; containing "indispensable" provisions such as determining the limits of the treatment to be applied to the investor by the host country, protecting the fundamental rights and interests of the countries in which they invest on the basis of international law, securing profit transfers, determining the conditions of possible expropriation transactions by the host state, and resorting to international arbitration in case of dispute. Among the countries with which Turkey has signed agreements are both economically developed and developing countries. There are general provisions such as definitions, fair and equal treatment, national treatment, most favored nation

¹⁰ (Dewi & Afriansyah, 2019)

¹¹ (Eskiyörük & Çağan, 2021)

¹² (Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, 2020)

çok gözetilen ülke gibi genel hükümler bulunmaktadır.

Yatırım anlaşmaları konusunda özellikle 2000'li yıllarda dikkat çeken bir diğer gelişme ise birçok devletin model ikili yatırım anlaşmaları hazırlayarak yatırımların korunması konusunda kendi standartlarını belirlemesidir. Model anlaşmalar, ikili yatırım anlaşmalarının müzakeresinin temelidir. Türkiye'nin bugüne kadar taraf olduğu anlaşmalar, genellikle ikili yatırım anlaşmalarının klasik örneklerini tutarlı bir şekilde izlemiştir. İkili yatırım anlaşmalarının ilk örneklerinden hareketle, yaygın olarak kabul edilen bu örneklerin özellikleri şu şekilde belirlenebilir:

- Kısa ve çok detaylı olmayan anlaşmalardır.
- Geniş “yatırım” kavramlarını içerirler.
- Yabancı yatırımcılara karşı ayrımcılık yapmama ilkesini benimserler,
- Ev sahibi devletlere adil ve eşit muamele sağlarlar.
- Gelirlerin transferine izin verirler.
- Kamulaştırma olursa uygun tazminat ödenmesine imkân tanırlar
- Yabancı yatırımcıların ev sahibi devlete karşı yatırım anlaşmasına dayalı uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurmalarına izin verme yükümlülüğü getirirler.

Örneğin; 7 Eylül 2000 tarihinde ülkemiz ile Yemen arasında imzalanan YKTT anlaşmasında, her iki ülke yatırımcılarının birbirlerinin ülkelerindeki yatırımları, milli muamele ve en çok gözetilen ulus esasları çerçevesinde muamele görecektir, yatırımları kamu yararı olmadan kamulaştırılmayacak

registration in the YKTK agreements to which Turkey is a party.¹³

Another remarkable development regarding investment agreements, especially in the 2000s, is that many states set their own standards for the protection of investments by preparing model bilateral investment agreements. Model agreements are the basis for negotiating bilateral investment agreements.¹⁴ The agreements to which Turkey has been a party to date have generally consistently followed the classic examples of bilateral investment agreements. Starting from the first examples of bilateral investment agreements, the characteristics of these widely accepted examples can be determined as follows:

- They are short and not too detailed agreements;
- They include broad concepts of “investment”;
- They impose non-discrimination against foreign investors,
- They provide fair and equal treatment to host states;
- They impose an obligation to allow the transfer of proceeds,
- They allow appropriate compensation to be paid if expropriation occurs,
- They impose an obligation to allow foreign investors to resort to investment treaty-based dispute resolution mechanisms against the host state.¹⁵

For example; with the YKTK agreement signed between Yemen and our country on September 7, 2000, the investments of the investors of both countries in each other's countries will be treated within the framework of national treatment and the most favored nation principles, their investments

¹³ (Eskiyörük & Çağan, 2021)

¹⁴ (Köşgeroğlu, 2013)

¹⁵ (Köşgeroğlu, 2013)

(Yeterli tazminat ödenmesi durumunda yapılabilir), yatırımcılar yatırımlarıyla ilgili her türlü kâr veya geliri serbestçe transfer edebilecek ve yatırımcı ile yatırımın bulunduğu ülkenin devleti arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde uluslararası tahkime başvurulabilecek.

Anlaşma ve sözleşme talepleri arasındaki ayrım hem Türkiye hem de Türk yatırımcılar için önemlidir. Bunun nedeni, Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında biri kapsamında yabancı bir yatırımcı tarafından başlatılan bir tahkim yargılaması sırasında sözleşme iddialarıyla karşı karşıya kalmak istememesidir. Türk yatırımcılara gelince, haklarını daha iyi korumak için sözleşmeden doğan iddiaları yatırım tahkim mahkemelerine taşımayı tercih edeceklerdir. Türkiye hali hazırda yürürlükte olan 76 ikili yatırım anlaşmasına taraftır. Bu anlaşmaların yaklaşık 67'si, yatırımcıların YKTK kapsamında sözleşmeye dayalı taleplerde bulunmalarına olanak tanıyacak olan yatırımcı-devlet anlaşmazlık çözüm hükümleri açısından geniş bir dil benimsemektedir. Öte yandan, bu YKTK'lerin yalnızca 9'u, bir yatırım anlaşmazlığının dar bir yorumunu sağlamakta ve yabancı yatırımcıların, bu yatırım anlaşmaları kapsamında oluşturulan bir tahkim mahkemesi önünde sözleşmeye dayalı taleplerde bulunmalarını yasaklamaktadır.

Türkiye'nin anlaşma imzaladığı ülkeler arasında hem ekonomik olarak gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkeler bulunmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş bir şirket olan İçkale İnşaat Limited Şirketi ile Türkmenistan arasında imzalanan YKTK Anlaşması Türkiye'nin tarafı olduğu ikili yatırım anlaşmalarından biridir. Bu anlaşma sayesinde yatırımcı olan İçkale İnşaat Limited Şirketi'ne ev sahibi olan Türkmenistan

cannot be expropriated without the public interest, It is stipulated that it can be done by paying sufficient compensation, that the investors can freely transfer all kinds of profit or income related to their investments, and that international arbitration can be resorted to in the resolution of the dispute arising between the investor and the state of the country where the investment is located.¹⁶

The distinction between treaty and contract claims is important for both Turkey and also for Turkish investors. This is because Turkey would not want to face contract claims during an arbitral proceeding commenced by a foreign investor under one of the BITs to which it is a party. As for the Turkish investors, they would prefer to bring contractual claims before investment arbitration tribunals in order to better protect their rights.¹⁷ Turkey is party to 76 BITs that are currently in force. Some 67 of these treaties adopt a wide language with respect to their investor-State dispute resolution provisions, which would possibly allow investors to bring contractual claims under the BIT. On the other hand, only 9 of these BITS provide for a narrow interpretation of an investment dispute, barring foreign investors to bring contractual claims before an arbitral tribunal constituted under these investment treaties.¹⁸

Among the countries with which Turkey has signed agreements are both economically developed and developing countries. The Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Turkmenistan on the YKTK, signed between İçkale İnşaat Limited Şirketi, a company established in accordance with the laws of the Republic of Turkey, and Turkmenistan, is one of the bilateral investment agreements to which Turkey is a

¹⁶ (Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, 2020)

¹⁷ (Arslan, 2021)

¹⁸ (Arslan, 2021)

tarafından çeşitli güvenceler sağlanmaktadır. Ancak anlaşma ve sözleşme talepleri arasındaki ayırım ve istisnalar Türk yatırımcı için oldukça önemlidir. Anlaşmanın içeriğinden ne anlaşılması gerektiği ve terimlerin ne şekilde yorumlanacağı gibi taraflar arasında çeşitli sorunlar çıkabilmektedir. Birden fazla dilde çevirilerin olması ve bu çevirilerin birbiri ile bağdaşmıyor olması da yine taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların nedenlerinden birisidir.

V. İÇKALE İNŞAAT LİMİTED ŞİRKETİ V. TÜRKMENİSTAN, ICSID CASE NO. ARB/10/24

Gayrimenkul ve altyapı projelerinin tasarımı, geliştirilmesi ve uygulanması ile uğraşan bir Türk şirketi olan İçkale İnşaat Limited Şirketi (“İçkale”), 2004 yılında Türkmenistan’da bir şube açtı. Ardından İçkale, Türkmenistan’ın kurucu cumhurbaşkanının vefatından sonra devlete ait iş ortaklarının direnişiyle karşılaşmaya başladı. İçkale, ek tazminat ödenmeden çalışmaların kapsamının genişletildiğini, ödemelerde haksız gecikmelerin yaşandığını ve ev sahibi devletin haksız cezalar uyguladığını iddia etti. Davacı, yatırım anlaşmasının (“anlaşma”) yerel mahkemelere başvurunun isteğe bağlı olduğunu belirten bir tür yol ayrımı maddesi (“**fork-in-the-road**”) içerdiğini ve bir yatırımcı bu seçeneği seçerse, ancak yerel mahkemelerin bir yıl içinde karar vermemesi durumunda anlaşmazlığı daha sonra tahkime sunabileceğini ileri sürdü. Davacıya göre, anlaşmanın yalnızca İngilizce ve Rusça versiyonları dikkate alınmalıdır ve Rusça versiyonu ise İngilizceden yanlış çevrilmiştir. Davalı ise, yerel dava şartının anlaşmanın üç versiyonundan, yani İngilizce, Rusça ve Türkçe versiyonlarından açıkça anlaşıldığını ileri sürmüştür. Özellikle Rusça versiyonuna göre, söz konusu ibare ancak “şu şartla” veya “şayet”

party. Thanks to this agreement, Turkmenistan, which is the host state, provides various assurances to İçkale İnşaat Limited Şirketi, which is an investor company. However, the distinction and exceptions between treaty and contract demands are very significant for the Turkish investor. Various problems may arise between the parties, such as what should be understood from the agreement’s content and how the terms should be interpreted. The fact that there are translations in more than one language and these translations are not compatible with each other is also one of the reasons for the conflicts that may arise between the parties.

V. İÇKALE İNŞAAT LİMİTED ŞİRKETİ V. TÜRKMENİSTAN, ICSID CASE NO. ARB/10/24

İçkale İnşaat Limited Şirketi (İçkale), a Turkish company engaged in the design, development and implementation of real estate and infrastructure projects, opened a branch office in Turkmenistan in 2004. Subsequently, İçkale began to encounter resistance from its state-owned business partners, which it attributed in large part to the political dynamics following the death of Turkmenistan’s founding President. İçkale alleged that the scope of works was expanded without additional compensation, that there were unjustified delays in payment and that the host state imposed unfair penalties. The claimant argued that the BIT contains a type of fork-in-the-road clause, which sets out that resorting to local courts is optional, but that if an investor chooses that option, it can only subsequently submit the dispute to arbitration if the local courts have not rendered a decision within a year. For the claimant, only the English and Russian versions of the BIT need be considered, and the Russian version was inaccurately translated from the English version. The respondent argued that the domestic litigation requirement is apparent from all three versions of the BIT, that is, the English, Russian and Turkish versions. According to the Russian version in particular, the phrase in question could

şeklinde anlaşılabilir. Mahkeme, hem uzman görüşleri hem de sözlü kanıtlar dâhil olmak üzere bilirkişi kanıtlarını dikkatlice gözden geçirdikten sonra, davalının bilirkişinin doğru çeviriye ilişkin kanıtını kabul etmeye karar verdi. İngilizce versiyonu belirsiz kalırken, Rusça versiyonu açık ve netti.

Mahkeme ayrıca MFN koruması konusunu da ele almak zorunda kaldı. Davacı, adil ve hakkaniyetli muamele ("**FET**"), tam koruma ve güvenlik ("**FPS**"), ayrımcılık yapmama standardı ve şemsiye madde ile ilgili iddiaları ilerletmek için anlaşmanın MFN maddesine ve istisna dışı maddeye dayandı. İçkale'ye göre, anlaşmanın ilgili maddelerinde yer alan "muamele" terimi, en azından diğer yabancı yatırımcılara sağlanan esaslı korumaları kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Türkmenistan ise, MFN maddesinin böyle bir "ithalata" izin vermediğini ve her halükarda maddenin uygulama kapsamının "benzer durumlar" ile sınırlı olduğunu savundu. Mahkeme, her bir tarafın yatırımlara, benzer durumlarda herhangi bir üçüncü devletin yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara uygulanan muameleden daha az elverişli olmayan bir şekilde muamele etmeyi kabul ettiğini önermek için MFN maddesinin şartlarının olağan anlamını buldu. Özellikle, "benzer durumlarda uygulanan muamele" ifadesinin, MFN yükümlülüğünün ilgili fiili durumların bir karşılaştırmasını gerektirdiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, İçkale'nin maddi korumalar da dâhil olmak üzere, açıkça MFN maddesinin kapsamından çıkarılmayan tüm konuların, kapsamı içinde sayılması gerektiği yönündeki iddiasına katılmamıştır. Mahkeme, Türkmenistan tarafından imzalanan diğer yatırım anlaşmalarında yer alan esaslı yatırım koruma standartlarını ithal etmek için anlaşmanın istisna maddesine dayanabileceği tezini de kabul etmemiştir.

only be understood as "on the condition that" or "provided that." Furthermore, the English version's "provided that, if" clause did not have an ordinary meaning. Having carefully reviewed the expert evidence, including both the expert opinions and the oral evidence, the tribunal decided to accept the respondent's expert's evidence on the proper translation. While the English version remained obscure, the Russian version was clear and unambiguous.

The tribunal also had to address the issue of MFN protection. The claimant sought to rely on the BIT's MFN clause and non-derogation clause to advance claims relating to fair and equitable treatment ("**FET**"), full protection and security ("**FPS**"), non-discrimination standard and the umbrella clause. According to İçkale, the term "treatment" in the relevant articles of the BIT should be understood to cover at least the substantive protections provided to other foreign investors. Turkmenistan argued that the MFN clause does not allow such "importation" and that in any event the scope of application of the clause is limited to "similar situations" The tribunal found the ordinary meaning of the MFN clause's terms to suggest that each party agreed to treat investments in a manner no less favourable than the treatment accorded in similar situations to investments by investors of any third state. In particular, the words "treatment accorded in similar situations" suggested that the MFN obligation required a comparison of the relevant factual situations. The tribunal disagreed with İçkale's argument that any matters, including substantive protections, which are not expressly excluded from the scope of the MFN clause should be considered to be within its scope. Nor was the tribunal able to agree with the argument that it can rely on the BIT's derogation clause to import substantive investment protection standards included in other investment treaties concluded by Turkmenistan.

VI. YENİ ONAYLANAN GÜRCİSTAN-TÜRKİYE İKİLİ YATIRIM ANLAŞMASI

İki ülke arasında 19 Temmuz 2016 tarihinde Ankara'da imzalanan "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Gürcistan Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma" 1 Haziran 2021 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlandı.

Yeni YKTK metninde öne çıkan gelişmelerden bazıları şöyle:

- Tüzel kişi olarak kurulmuş yatırımcı tanımı, kar amacı gütmek amacıyla kurulmuş bir kuruluş olarak basitleştirilmiştir.
- MFN hükmü aynı şekilde kalmıştır.
- Yatırım döneminin kapsamı değişmedi. Ancak, bu kapsama giren faaliyetler, aşağıdaki özelliklere sahip olmak kaydıyla, yalnızca anlaşma anlamında yatırım olarak yorumlanacaktır:
 - Sermaye, varlık veya diğer kaynakların taahhüdü
 - Düzenli kazanç veya kar beklentisi
 - Risk varsayımı
 - Belirli bir süre için süreklilik

YKTK, Gürcistan'ın bağımsızlığını müteakip iki ülke arasında 30 Temmuz 1992'de imzalanan ilk ikili yatırım anlaşmasının yerini almıştır. Anlaşmaya göre, Türkiye ile Gürcistan, yatırımlara adil ve hakkaniyete uygun muamele edilmesi, yatırımlar için istikrarlı bir ortamın sürdürülmesi ile ekonomik kaynakların etkin kullanımının en üst seviyeye çıkarılması ve yaşam standartlarının geliştirilmesi konularında mutabık kaldı. İki ülke, yatırım fırsatlarına dair bilgi teatisi yolu dâhil olmak üzere, kendi ülkesinde diğer ülkenin

VI. NEWLY RATIFIED GEORGIA-TURKEY BILATERAL INVESTMENT TREATY

The "Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Georgia on the Mutual Promotion and Protection of Investments" signed in Ankara on 19 July 2016 between the two countries was published in the Official Gazette on 1 June 2021.

Some of the prominent developments in the text of the new agreement are as follows:

- The definition of an investor incorporated as a legal entity is simplified to an entity established for the purpose of generating profits.
- The MFN provision remains untouched.
- The scope of the term investment remains unchanged. However, activities that fall within this scope will only be construed as investments within the meaning of the treaty, provided that the activities have the following characteristics:
 - the commitment of capital, assets, or other resources,
 - the expectation of regular gain or profit,
 - the assumption of risk,
 - continuity for a certain period of time.

The Treaty replaces the initial bilateral investment treaty concluded on 30 July 1992 between the two countries following the independence of Georgia. According to the agreement, Turkey and Georgia agreed on fair and equitable treatment of investments, maintaining a stable environment for investments, maximizing the effective use of economic resources, and improving living standards. The two countries will encourage the other country's investors in their own country, including exchanging information on investment opportunities. The parties

yatırımcılarını teşvik edecek. Taraflar karşılıklı olarak bir yatırımla bağlantılı gerekli izinlerin verilmesi ile danışmanlar ve uzmanların faaliyetleri için gerekli olan izinlerin verilmesini kolaylaştıracak.

VII. SONUÇ

Karşılıklı yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözüm hükümleri ile yatırım sözleşmeleri arasındaki ilişki, bir tahkim mahkemesinin konu bakımından yargı yetkisinin belirlenmesinde önemli etkilere sahiptir. Bu yüzden, yargı yetkisi klozu, tahkim heyetinin sözleşme temelli iddialarını dinleyebilmesi üzerinde önemli etkiye sahiptir. Eğer yargı yetkisi klozu, tüm uzlaşmaları ya da herhangi bir yatırım anlaşmazlığını kapsıyorsa hakem heyeti bir yatırım sözleşmesinin ihlaline karar verebilir. Ancak tahkim şartı daha dar bir dil benimsiyorsa, anlaşmadan doğan ihlaller olmasından dolayı hakem heyetinin yargı yetkisini kısıtlayacaktır. Bir yatırım sözleşmesinde yer alan münhasır yetki hükmü ile karşı karşıya kalındığında, hakem heyetinin, bu iddiaların kendi yetki alanına girip girmediğini belirlemek için önüne getirilen iddiaların niteliğini incelemesi gerekir. Talepler tamamen veya esasen anlaşma talepleri ise bu takdirde mahkemenin konu bakımından yargı yetkisi içerisinde olacaktır. Buna karşılık, esas olarak bir yatırım sözleşmesinin ihlaline dayanan iddialar, başka bir mahkemenin münhasır yargı yetkisine tabi olacaktır; bu, bir ikili yatırım anlaşması kapsamında oluşturulan tahkim mahkemesinin bu tür iddialar için yargı yetkisine sahip olmayacağı anlamına gelir.

will mutually facilitate the issuance of the necessary permits in connection with an investment and the licenses needed for the activities of consultants and experts.

VII. CONCLUSION

The relationship between dispute resolution clauses contained in BITs and investment contracts has important implications for the determination of the jurisdiction *ratione materiae* of an arbitral tribunal. This is because the formulation of a forum selection clause in a BIT may affect the arbitral tribunal's ability to hear contract-based claims. If the forum selection clause encompasses the settlement of all or any investment disputes, the arbitral tribunal may decide on the violation of an investment contract. However, if the arbitration clause adopts a narrower language, it would limit the jurisdiction of the tribunal by the breaches of the BIT itself. When faced with an exclusive jurisdiction clause contained in an investment contract, it is necessary for an arbitral tribunal to examine the nature of the claims brought before it in order to determine whether those claims fall within its jurisdiction. If the claims are purely or essentially treaty claims – meaning that they concern the alleged breach of a BIT without the need to refer to the breach of a contract – they would be within the jurisdiction *ratione materiae* of the tribunal. In contrast, the claims which are essentially based on the breach of an investment contract would be subject to the exclusive jurisdiction of another tribunal, meaning that the arbitral tribunal constituted under a BIT would lack jurisdiction for such claims.¹⁹

¹⁹ (Arslan, 2021)

REFERENCES

- (2020, September 4). Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı: ticaret.gov.tr adresinden alındı
- Arslan, K. B. (2021). TREATY AND CONTRACT CLAIMS IN INVESTMENT ARBITRATION AND THE VIVENDI CASE. *Justice Academy of Turkey*, 21, s. 14-27.
- BİRİŞ, B. (2015). INVESTOR PROTECTION AND BILATERAL INVESTMENT TREATIES. *Perspectives of Business Law Journal*, 1-6.
- Dewi, Y., & Afriansyah, A. (2019, January 1). DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM IN BILATERAL INVESTMENT TREATIES (BITS). *Yuridika*, 34(1).
- Diebold, N. F. (2011). STANDARDS OF NON-DISCRIMINATION IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW. *The International and Comparative Law Quarterly*, 60(4), s. 831-865.
- Eskiyörük, S., & Çağan, G. (2021, April). Yeni Nesil İkili Yatırım Anlaşmalarında Güncel Eğilimler. *LEGAL Hukuk Dergisi*, 19(220), s. 1608-1644.
- Kabir, M., & Bischooping, S. (2020, January 1). The Rise of the Nonstate Actor: The New Face of the Bilateral Investment. *Virginia Journal of International Law*, 1-26.
- Köşgeroğlu, B. Ş. (2013). Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(107), 143-172.
- Vandeveld, K. J. (2010). *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*. Oxford University Press.