

Dr. Murat ERBİLEN

**YABANCI YATIRIM
SÖZLEŞMELERİNİN YENİDEN
MÜZAKERESİ VE UYARLANMASI**

SUNUŞ

“Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Yeniden Müzakeresi ve Uyarlanması” adlı bu eser, Türk hukukunda önemli bir boşluğu dolduracak niteliktedir. Bilindiği üzere, ülkemizin ekonomisi ve kalkınması bakımından yabancı yatırımların çok büyük bir önemi bulunmaktadır. Buna karşın, yabancı yatırım kavramı, buna ilişkin sözleşmeler, bu sözleşmelerin uyarlanması konuları bugüne kadar yeterince incelenmemiştir.

Dr. Murat Erbilen, bu eserinde yabancı yatırım sözleşmelerini, yabancı yatırım kavramının ne olduğunu devletler arası anlaşmalar bağlamında etraflıca ele almış, yatırımcı kavramı, yabancı yatırım sözleşmelerinin türleri ve bu sözleşmelerin uyarlama bağlamında müzakere edilmesini detaylı bir inceleme konusu yapmıştır.

Ülkemizde son yıllarda sıkça gördüğümüz PPP ya da Türkçesi ile KÖİ olarak kısaltılan Kamu-Özel İşbirliği sözleşmeleri, JV (Joint Venture) olarak ifade edilen Ortak Girişim Sözleşmeleri, İmtiyaz Sözleşmeleri, Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri gibi büyük çaplı inşaat ve altyapı sözleşmelerinin eserde yabancı yatırım sözleşmeleri perspektifinden incelenmesi çok önemli bir katkı sağlamaktadır. Yabancı yatırım sözleşmelerinin kendi içinde bir yandan kamuyu diğer yandan özel sektörü içine alan uluslararası karakteri bu sözleşmelerin bu eserdeki gibi geniş bir bakış açısı ile derinlemesine incelenmesini gerekli kılmıştır.

Tarafların bir sözleşmeyi imzalaması ile birlikte sözleşmenin müzakere safhası doğal olarak kapanmıştır. Bir sözleşmenin imzası sonrasında kural olarak o sözleşmenin yeniden müzakeresinden bahsedilemez. Bununla birlikte bazı şartların varlığı ile birlikte sözleşmenin imzası sonrasında gerek sözleşmenin kendisi gerekse hukuk sistemi taraflara yeniden müzakere etme yükümlülükleri yükleyebilir. Bu eserde Dr. Erbilen tarafından yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından yeniden müzakerenin çerçevesi de belirlenmektedir.

Son yıllarda yaşadığımız pandemi süreci farklı alanlarda uyarlama davalarını çok önemli bir hale getirmiştir. Yabancı bir yatırım sözleşmesinin uyarlanıp uyarlanmayacağı ve uyarlanabilecek ise bunun şartlarının belirlenmesi de çok önemli bir meseledir. Bir özel hukuk sözleşmesi için gerçekleşen uyarlama şartları, bir yabancı yatırım sözleşmesi için de gerçekleşebilir. Böyle bir halde, olağan dışı şartlar altında kusuru bulunmayan taraf çok büyük risklere maruz kalabilir. Bu halde yabancı yatırım sözleşmelerinin yeniden müzakeresi ve uyarlanması kabul edilebilecek midir? Yabancı yatırım sözleşmelerinin yeniden müzakeresi ve uyarlamaya ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunlar bu eserde Dr. Erbilten tarafından titiz bir şekilde irdelenmiştir.

Dr. Erbilten'i alanında çok incelenmemiş bir konuyu inceleyerek Türk Hukuku'na bu eseri kazandırdığı için tebrik ederim. 20.01.2025

Prof. Dr. Fikret EREN
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Öğretim Üyesi

ÖNSÖZ

Yabancı yatırım sözleşmeleri, kısaca, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında akdedilen, maddi ve gayri maddi varlıkların ev sahibi devlete transferini öngören ve yabancı yatırımcının kâr ya da bir menfaat elde etme amaçladığı sözleşmelerdir. Yabancı yatırımlara, devletler arasında yapılan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması andlaşmaları kapsamında koruma sağlanmaktadır. Yabancı yatırım sözleşmelerinin yapılması ev sahibi devletlerin kendi ülkelerinde hizmet ve faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde sıklıkla başvurulmuş bir yol haline gelmiştir. Yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki ilişki ve standartlar uzun yıllardır hakem kararları ile şekillenmektedir. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması, Türk hukuku ve Kıta Avrupası hukuklarında ele alınan konulardan biridir. Yeniden müzakere ise belirsizliğin ve istikrarsızlığın artışıyla küresel olarak son yıllarda farklı hukuk sistemlerinde gündeme gelen bir konudur. Yabancı yatırım sözleşmelerinin yeniden müzakeresi ve uyarlanması üzerine bir çalışma yapılması fikri, ayrı ayrı her bir konunun güncelliği ve uygulamada sık karşılaşılabilecek hale gelmeleriyle ortaya çıkmıştır. Konunun Türk hukukunda ve farklı uluslararası kaynaklarda derinlemesine incelenmemiş olması farklı kaynakların, hakem kararlarının, uluslararası organizasyonlar nezdindeki uygulamaların karşılaştırmalı olarak incelenmesini ve kapsamlı bir çalışma yapılmasını gerektirmiştir.

Bu çalışma Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Doktora Tezi olarak hazırlanmış, Sayın Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar danışmanlığında, jüri önünde savunularak başarılı bulunmuştur. Değerli jürinin görüş ve önerileri dikkate alınarak tez, son haline getirilmiş ve basıma hazırlanmıştır. Tezin tamamlanması ve sunulmasındaki desteğinden dolayı değerli hocam Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar'a şükranlarımı sunarım. Çalışma için fikirlerini esirgemeyen başta değerli hocam Prof. Dr. Faruk Kerem Giray olmak üzere tüm hocalarımıza teşekkür ederim.

Değerli hocalarım, Dr. Jur. Bülent Sözer ve Prof. Dr. Nuray Ekşi'nin bu çalışmaya katkıları çok önemli boyuttadır. Yakın zamanda vefat eden değerli hocam Dr. Jur. Bülent Sözer'in üzerimde emeği büyüktür ve hukuki konuları ele alışındaki titizlik ve derinlik bu çalışmaya da ilham kaynağı olmuştur. Çalışmanın son aşamasına kadar tez danışmanlığını yapan, görüşlerini esirgemeyen, değerli hocam Prof. Dr. Nuray Ekşi'ye de müteşekkirim.

Çalışmaları ve dersleri ile ilham kaynağı olmuş, değerli hocam, Prof. Dr. Fikret Eren, bu çalışma için sunuş yazısı yazarak, çalışmayı ve şahsımı onurlandırmıştır. Bu çalışmada da pek çok fikrinden istifade ettiğim, fikirleri ve eserleri ile Türk hukukuna ışık tutmuş, değerli hocama en derin saygı ve şükranlarımı arz ederim.

Çalışmayı baştan sona değerlendirip yorumlarını esirgemeyen, değerli hocalarım, Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu'na ve Prof. Dr. Erdem Büyüksağış'a değerli yorum ve önerileri için en kalbi şükranlarımı sunmaktayım.

Bu çalışmanın kitap haline getirilmesinde çok büyük emeği olan, fikirlerini ve katkısını hiçbir zaman esirgemeyen, dostluğunu ve desteğini her zaman hissettiğim, aynı ofisi paylaşmaktan onur duyduğum, Av. Dr. Eyüp Kul'a en derin teşekkürlerimi sunmaktayım.

Bu çalışmanın yazılması ve hazırlanmasında, Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin katkısı büyüktür. Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ziyaretçi araştırmacı olarak şahsımı kabul eden, Prof. Hans Smit ve Prof. George A. Bermann'a ve başta dekan ve Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Programlar Direktörü Sayın Adam Kolker olmak üzere, tüm kütüphane ve fakülte çalışanlarına en derin şükranlarımı sunarım.

Çalışmaya ilişkin şekli düzenlemeler ve araştırmalarından dolayı genç meslektaşlarım Av. Muhammed Esad Çatak, Av. Turan Akkuş, Av. Alper Kıyak'a yine teşekkürü bir borç bilirim.

Bu çalışma, uzun ve meşakkatli bir inceleme ile araştırma sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu süre içerisinde desteklerini hiç esirgemeyen, insani değerlerin ve eğitimin önemini her fırsatta dile getiren, haklarını istesem

de ödeyemeyeceğim, anne ve babama en kalbi duygularla şükranlarımı sunarım.

Son olarak, bu çalışmanın hazırlanmasında benimle birlikte en çok fedakarlığı yapmak zorunda kalan, her zaman yanımda olan, eşim Evrim'e ve kızım Alisa Nazlı'ya teşekkür etmek istiyorum. Sizleri seviyorum.

Çalışmayı basım ve yayına hazırlayan On İki Levha Yayını çalışanları ile sayın Erol Öz'e teşekkür ederim. Çalışmanın konu ile ilgilenenlere, tüm hukukçu, meslektaş ve öğrencilere faydalı olmasını dilerim.

Av. Dr. Murat Erbilen
Levent, İstanbul
19.01.2025

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	V
ÖNSÖZ	VII
KISALTMALAR.....	XVII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİ

I. Yabancı Yatırım Sözleşmesi Kavramı	5
II. Yabancı Yatırım Sözleşmesinin Temel Unsurları Olarak Yabancı Yatırım ve Yabancı Yatırımcı.....	11
A. Yabancı Yatırımlar	11
1. Yabancı Yatırımların Tarihi Gelişimi	11
2. Yabancı Yatırımın Tanımı.....	19
a. İkili Yatırım Anlaşmalarındaki Yatırım Tanımları.....	20
b. ICSID Konvansiyonu ve Yatırım Tanımı.....	28
c. Diğer Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Tanımları	33
i. Enerji Şartı Anlaşması (Energy Charter Treaty).....	34
ii. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (MIGA-Multilateral Investment Guarantee Agency) .	36
iii. Amerika Birleşik Devletleri, Meksika ve Kanada Ticaret Anlaşması (USMCA)	38
d. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uyarınca Yatırım Kavramı.....	39
3. Yabancı Yatırımın Türleri, Özellikleri ve Sınırlamalar.....	41
a. Yabancı Yatırımların Türleri	41

i. Doğrudan Yatırımlar	41
ii. Dolaylı (Portföy) Yatırımlar	46
b. Yabancı Yatırımın Tipik Özellikleri	50
i. Kısa Süreli Olmama	53
ii. Önemli Miktarda Maddi ya da Gayri Maddi Katkı	55
iii. Risk Üstlenilmesi.....	57
iv. Ev Sahibi Devletin Kalkınmasına Katkı.....	60
4. Yabancı Yatırımlara İlişkin Sınırlamalar ve Özellikli Durumlar	61
a. Sözleşme Öncesi Yapılan Masraflar	61
b. Yabancı Yatırımcının Ev Sahibi Devlette Kurduğu Şirket'in Durumu	65
c. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Ev Sahibi Devleti de İçine Alan Yapısı	66
B. Yabancı Yatırımcı.....	68
1. Gerçek Kişi Yatırımcı.....	69
a. Uluslararası Hukukta Genel Olarak Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı.....	69
b. Yatırım Andlaşmalarında Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı..	73
c. ICSID Konvansiyonu Kapsamında Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı.....	74
2. Tüzel Kişi Yatırımcı.....	77
a. İkili Yatırım Andlaşmalarındaki Tüzel Kişi Yatırımcı Tanımları	77
b. ICSID Konvansiyonu'na Göre Tüzel Kişi Yatırımcı Kavramı	81
c. Diğer Çok Taraflı Andlaşmalarda Tüzel Kişi Yatırımcı Kavramı	85
3. Tüzel Kişi Yatırımcıya İlişkin Bazı Özellikli Durumlar	86
a. Özel Hukuk-Kamu Hukuku Tüzel Kişileri.....	86
b. Dolaylı Hissedarlık.....	88
III. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Türleri	90

A. Kamu Özel İşbirliği (PPP) Sözleşmeleri	92
B. Ortak Girişim (Joint Venture) Sözleşmeleri	93
C. İmtiyaz Sözleşmeleri.....	96
D. Anahtar Teslim (Turnkey) Sözleşmeler	98
E. Üretim Paylaşımı Sözleşmeleri (Production Sharing Agreements).....	98
F. Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret ve Benzeri Sözleşmeler	99

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNİN YENİDEN MÜZAKERESİ

I. Yeniden Müzakerenin Hukuki Dayanağı ve Usulü	103
A. Yeniden Müzakerenin Hukuki Dayanağı.....	103
1. Genel Olarak	103
2. Sözleşme Hükmüne Dayalı Yeniden Müzakere	106
3. Sözleşmede Örtülü Yeniden Müzakere Yükümlülüğünün Bulunduğu Görüşü	110
4. Tarafların Seçtikleri Hukuka Göre Yeniden Müzakere.....	112
5. Hakemlerin Tespit Ettikleri Hukuka Göre Yeniden Müzakere.....	115
6. Uluslararası Hukukun Uygulanması.....	118
a. Uluslararası Andlaşmalar	120
b. Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku.....	123
c. Hukukun Genel Prensiplerinin Uygulanması	129
B. Yeniden Müzakerenin Usulü.....	131
1. Genel Olarak	131
2. Değişen Koşullar ve Tetikleyici Olay Kavramları	138
3. Muhatabın İyi Niyetle Müzakere Yükümlülüğü.....	141
4. Muhatabın Teklifi Kabul Etme Yükümlülüğünün Bulunmaması	145

II. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinde Yeniden Müzakerenin Önemi	148
A. Genel Olarak	148
B. Sözleşmede Yeniden Müzakere ve Benzeri Düzenlemeler	154
1. Yeniden Müzakere Klozları	154
2. İstikrar Klozları (Stabilization Clauses)	159
3. Aşırı İfa Güçlüğü (Hardship) Klozları	166
4. Mücbir Sebep (Force Majeure) Klozları	170
III. Yeniden Müzakerenin Başarısız Olmasının Sonuçları	174

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNİN UYARLANMASI

I. Genel Olarak	177
II. Yabancı Yatırımlara Uygulanacak Hukuk	179
III. Karşılaştırmalı Hukukta Uyarılama ve Benzeri Hukuki Müesseseler .	182
A. Türk Hukuku	182
1. Genel Olarak	182
2. Türk Medeni Kanunu'nun 2. Maddesi Uyarınca Uyarılama ..	183
3. Türk Borçlar Kanunu'nun 480/2 Maddesinin Kıyasen Tüm Sözleşmelere Uygulanması	185
4. Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 138. Maddesinin Değerlendirilmesi	188
5. İşlem Temelinin Çökmesi	190
a. Durumlarda Esaslı Değişiklik	193
b. Öngörülemezlik	196
c. Borçludan Kaynaklanmamış Olması	199
d. Borçludan İfanın Beklenmesinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması	200
e. Edimin İfa Edilmemiş Olması ya da İhtirazı Kayıtlı İfa Edilmiş Olması	201

B. Fransız Hukuku.....	201
C. Alman Hukuku	204
D. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi.....	207
1. Frustration Teorisi	207
2. Ticari Elverişsizlik (Impracticability)	218
3. İmkânsızlık (Impossibility).....	221
E. İsviçre Hukuku.....	223
IV. Yabancı Yatırım Sözleşmesinin Uyarlanmasının Koşulları	225
A. Genel Olarak	225
B. Sözleşmenin Yapıldığı Sıradaki Mevcut Durumlarda Esaslı Değişiklik	229
C. Öngörülmezlik.....	232
D. Uyarlama Talep Eden Tarafın Riski Üstlenmemiş Olması	234
E. Diğer Tarafın Yeniden Müzakereye Davet Edilmiş Olması	236
V. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Uyarlanması Usulü ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar	237
A. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Uyarlama Usulü	237
1. Genel Olarak	237
2. Otomatik Uyarlama	239
3. Endekse Dayalı Uyarlama.....	242
4. Tek Taraflı Uyarlama	245
a. Sözleşmenin Bir Tarafının Uyarlama Konusunda Yetkilendirmesi	245
b. En Çok Gözetilen Taraf Kaydı.....	246
5. Arabulucunun Müdahalesi	248
6. Hâkimin ya da Hakemin Müdahalesi.....	251
a. Sözleşme Hükümlerine Göre Uyarlama.....	258
i. Uyarlama Klotları.....	259
ii. Tahkim Klotları	261
b. Uygulanacak Hukuka Göre Uyarlama	263

B. Yeniden Müzakere ve Uyarlamaya İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar	265
1. ICSID Uygulamasında Uyuşmazlık Yokluğu Görüşü	265
2. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Uyarlanması'nın Ekonomik Yönü.....	267
3. New York Konvansiyonu Çerçevesinde Uyarlama Kararının Tenfizi	269
4. ICSID Hakem Kararlarının Yetki Aşımı Nedeniyle İptali İstemi	275
SONUÇ	279
KAYNAKÇA.....	287