



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 11.09.2020
Revizyon Talebi: 30.09.2020
Son Revizyon: 28.11.2020
Kabul: 28.11.2020
Online Yayın: 21.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Avrupa Birliğinde “Achmea” Kararı ve “1/17 Sayılı Görüş” Işığında “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği

Future of the Investor–State Dispute Settlement Mechanism in the European Union After the “Achmea” Decision and “Opinion 1/17”

Pinar Karacan*

Öz

Çalışma Avrupa Birliği Uluslararası Yatırım Hukuku alanındaki gelişmeleri iki önemli Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı; “Achmea” ve “1/17 Sayılı Görüş”; ışığında değerlendirerek özellikle uluslararası yatırım hukukunda “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözüm mekanizmasındaki değişikliklere dikkat çekmeyi ve gelişmelere olan etkisini incelemeyi amaçlamaktadır. Achmea kararıyla Avrupa Birliği üyeleri arasında mevcut iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemelerin Avrupa Birliği hukukuna aykırı bulunarak uygulanamayacak olması aynı zamanda Enerji Şartı Antlaşmasında yer alan “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemelerinin uygulanabilirliğini tartışmaya açmıştır. Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında “yatırımcı-devlet” tahkimin sona eriyor olması “1/17 Sayılı Görüş”te tartışılan “Yatırım Mahkemesi Sistemi”ni daha önemli hale getirmiştir. Bu açıdan da “1/17 Görüş” incelemesi önemlidir. Çalışma bu iki karar ile ilgili konuları değerlendirmeyi, aynı zamanda alandaki Enerji Şartı Antlaşması modernizasyon çalışmaları, Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Çalışma Grubu III kapsamındaki reform sürecindeki çalışmaları, ilgili diğer Adalet Divanı kararları ve tahkim kararlarını, Avrupa Birliği içindeki düzenlemeleri dikkate alarak gelişmelere ışık tutmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Avrupa Birliği Yatırım Hukuku, Achmea, 1/17 Görüş, “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözümü, CETA

Abstract

This paper aims to discuss two important decisions of the Court of Justice of the European Union, “Achmea” and “Opinion 1/17”, regarding European Union international investment law and to evaluate their effect on the developments and changes in international investment law, especially for investor–state dispute settlement mechanisms. The “Achmea” decision, where the Court found the provisions in Intra-EU BITS regarding investor–state dispute resolution provisions to be in conflict with European Union law, launched a discussion on the applicability of the investor–state dispute settlement provisions in the Energy Charter Treaty. By ending investor–state arbitration among European Union members, the Achmea decision made the Investment Court System discussed in “Opinion 1/17” and the analysis of that decision more important. This paper, with the analysis of these two important Court decisions, aims to discuss these topics. At the same time, other developments in this area are taken into consideration, such as the modernization efforts under the Energy Charter Treaty, reform under the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group III, other relevant Court of Justice decisions or arbitral awards, and regulations within the European Union, with the goal of shedding light on the developments in this area.

Keywords

European Union Investment Law, Achmea, 1/17 Opinion, “Investor-State” Dispute Resolution, CETA

* Sorumlu Yazar: Pinar Karacan (Prof. Dr.), Dokuz Eylül Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Devletler Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: pinar.karacan@deu.edu.tr ORCID: 0000-0002-9339-3207

Atf: Karacan P, “Avrupa Birliğinde “Achmea” Kararı ve “1/17 Sayılı Görüş” Işığında “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği” (2020) 40(2) PPIL 1507. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0038>



Extended Summary

In the last few years there have been important debates regarding investor–state dispute settlement (ISDS) mechanisms in international investment law. These discussions are triggering change in the area, as we see in the current Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) and in the creation of the Investment Court System (ICS) as an alternative ISDS mechanism. European Union law is playing an important role in this change. The European Union is an important actor in the creation and development of international investment law topics. This paper primarily focuses on European Union law and significant Court of Justice of the European Union decisions in this area, aiming to evaluate the effect of the decisions for international investment law and settlement of investor–state disputes. The paper’s analysis particularly focuses on two important EU Court of Justice decisions: “Slovak Republic v. Achmea BV” and “Opinion 1/17”. Important arbitral tribunal awards are also discussed where relevant. In “Achmea”, the question was whether Article 344 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) prevents EU members from referring to the investor–state dispute settlement provisions in Intra-EU BITS (bilateral investment treaties), and, if the answer is negative, does Article 267 of the TFEU prevent the application? Finally, if the second answer is negative, does Article 18(1) of the TFEU prevent the application of these provisions? Although Advocate General Wathelt stated in his opinion that neither the provisions in the objected agreement nor the other investor–state arbitration provisions in Intra-EU BITS violate EU law, the Court decided otherwise and found the provisions to be in conflict with EU law in an unexpected and surprising decision. The Court found the provisions in Intra-EU BITS regarding ISDS provisions contradictory with EU law, ruling that only the Court of Justice has the competence to interpret and apply EU law and these provisions therefore contradict with the autonomy of EU law. The “Achmea” decision was thus an end to the investor–state arbitration provisions in Intra-EU BITS. The decision had a shocking effect, especially for the future of ISDS in EU law. The decision also opened a debate on the future of the existing Intra-EU BITS.

This paper discusses the current stage of the developments within the European Union, such as the International Agreement for the Termination of Intra-EU Bilateral Investment Treaties that was adopted on 5 May 2020 in the European Union.

In addition to its effect on Intra-EU BITS, the “Achmea” decision is also important for the application of the Energy Charter Treaty (ECT) provisions, and especially application of Article 26 of the ECT among EU members. It is important to have a decision from the Court of Justice on whether Article 26 on ISDS provisions applies between EU members through a preliminary ruling, but that opportunity was missed in the “Spain v. Novenergia II - Energy & Environment (SCA)” case. The issue has also been discussed at arbitral tribunals, such as the “Vattenfall AB and others v.

Federal Republic of Germany” dispute. The arbitral tribunal for “Vattenfall”, taking into consideration the Vienna Convention on Law of Treaties, decided that the ECT is not in the scope of the “Achmea” decision. It will be interesting to follow the changes in this discussion, especially with the modernization of the ECT arguments and possible Court of Justice decisions in the future.

In the second important decision of the Court, in “Opinion 1/17” the Court was asked to answer whether the provisions related to ISDS and the ICS were compatible with EU law. Advocate General Bolt in his decision found the investor–state dispute mechanism in the CETA compatible with the TFEU, the Treaty on European Union (TEU), and the EU Charter on Fundamental Rights. Similarly, the Court found the provisions in Chapter 8 of the CETA compatible with primary EU law. It is important to analyse the Advocate General’s opinion and the Court’s decision, especially to see the discussion on the differences in international commercial and investment arbitration and the dynamics of EU law.

The “Achmea” and “Opinion 1/17” decisions are important for both EU law and the development and change in international investment law. Of course, there are other topics in the area that are not covered by these two court decisions but are also important to analyse for an understanding of the topic and all of its aspects in order to project the future developments in ISDS in international investment law. For example, how does the Court of Justice look at investor–state arbitration provisions in international agreements? Some aspects of this topic were discussed in “Opinion 2/15” regarding the EU–Singapore Free Trade Agreement, but the issue of whether investor–state arbitration was compatible with EU law was not discussed. The Court only discussed the issue in terms of competence arguments and whether Member States or the EU would have competence to sign these treaties. It will also be interesting to see the developments in the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group III on ISDS, the outcome of the modernization of the ECT, and other relevant cases of the Court of Justice, such as the “PL Holdings S.á.r.l. v. Poland” decision. The topic will continue to be discussed and will be a part of many studies in the coming years, and the European Union will have an important role in shaping new ISDS mechanisms in international investment law.

Avrupa Birliğinde “Achmea” Kararı ve “1/17 Sayılı Görüş” Işığında “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği

Giriş

Avrupa Birliği (AB) hem uluslararası yatırım konusunda hem de bu alandaki kuralların oluşumu ve gelişimi açısından önemli bir güçtür. Günümüzde uluslararası yatırım hukuku alanında birçok değişim gerçekleşmektedir. Başlangıçtan beri evirilen uluslararası yatırım hukukunda son zamanlarda çalışmada bahsedileceği üzere “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü tartışmalarında görüldüğü üzere temel değişiklikler gerçekleşmektedir. Konuya AB yatırım hukuku açısından bakıldığında bazen uluslararası alandaki gelişme ve değişikliklerin AB’nin içindeki düzenlemelerde değişimi tetiklediği; örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) son dönemlerde müzakere ettiği “yeni nesil antlaşmalarına” (*new generation agreements*) bakıldığında ticaret konularına ek olarak yatırım, devlet alımları, hizmetler, devletin düzenleme hakkı, sağlık, çevre gibi konuları da kapsadığı ve geniş düzenlemeler bulunduğu görülmektedir. AB’nin ticarete ilişkin münhasır yetkisine Lizbon Andlaşmasıyla yatırım konusunun da eklenmiş olması bu açıdan önemlidir. AB bu kapsamdaki antlaşmaları müzakere edebilecektir ve Lizbon Andlaşması sonrasında bu kapsamda antlaşmaları müzakere etmekte ve kabul etmektedir. Bazen de AB hukukunun iç düzenlemeleri ve değişiklikleri genel uluslararası çerçeveyi etkileyebilmekte ya da değişiklikleri tetikleyebilmektedir. Örneğin AB içinde özellikle AB Komisyonunun “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne (“*investor-state*” *dispute settlement –ISDS*) ilişkin eleştirel yaklaşımı hem “1/17 Görüş” de incelenecek olan CETA “AB-Kanada Kapsamlı Ekonomik Ticaret Antlaşması” (*Comprehensive Economic and Trade Agreement-CETA*)’nda yer alan “Yatırım Mahkemesi Sistemi”nin (*Investment Court System-ICS*) oluşumunu¹ hem de çalışmada değerlendirilecek olan Enerji Şartı Antlaşması (EŞA) (*European Charter Treaty-ECT*) kapsamında tartışılan değişiklikleri etkilemiştir.

Bu çalışma AB içinde uluslararası yatırım hukukuna ilişkin güncel gelişmeleri dikkate alarak özellikle “yatırımcı-devlet” konusundaki tartışmaları değerlendirmeyi; AB’nin uluslararası yatırım hukuku alanının genel çerçevesine etkisini ve etkileşimini birkaç örnek dava üzerinden göstermeyi ve bundan sonra da tartışılmaya devam edecek konulara dikkat çekmeyi amaçlamaktadır. Çalışmada Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) “*Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV*” (*Achmea*)² kararı ve “1/17 Sayılı Görüşü” (*Opinion 1/17*)³ ilgili konular kapsamında değerlendirilecektir. Kararlar hem Hukuk Sözcüsü (HS) (*Advocate General-AG*) görüşleri hem de mahkeme kararları kapsamında ele alınacaktır.

1 Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL*) Çalışma Grubu III (*Working Group-WG III*) kapsamında reform sürecindeki çalışmalar devam etmektedir. Ayrı çalışma konusu olabilecek konu bu çalışmada değerlendirilmeyecektir.

2 “*Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV*”, 6 Mart 2018, Case C-284/16, <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0284&lang1=en&type=TXT&ancre=>>>.

3 “1/17 sayılı Görüş” (OPINION 1/17 OF THE COURT), 30 Nisan 2019 <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=750432>>>.

İlgili kararlar incelenmeden önce AB hukuku kapsamında uluslararası yatırım hukukunun çerçevesinden kısaca bahsetmek gerekir.

AB hukuku “uluslarüstü” (*supranational*) bir hukuktur.⁴ ABAD içtihatları ile ortaya çıkmış bu ilkeye göre AB hukuku üye ülkelerin hukukundan üstündür. Birlik hukuku özerkliğiyle tüm ulusal hukuk düzenlemeleri karşısında önceliğe sahiptir. Bu durumda özellikle yetki konusu önem kazanmaktadır. Devredilen yetki, münhasır yetki, paylaşılan yetki ve ikame yetki (*subsidiarity*) başlıklarında tartışılacak konular çalışma itibarıyla devredilen yetkilerin yatırım konusunda artırılmış olması ve münhasır yetkiler kapsamına alınması açısından önemlidir. Lizbon Andlaşması 2009 yılında yürürlüğe girmiş ve birçok önemli değişiklikler getirmiştir. Andlaşmanın getirdiği önemli değişikliklerden biri ortak ticaret konusunda yetki devrinin genişletilmiş olması, yatırım konusunun kapsama alınmasıdır. Andlaşmanın yürürlüğe girmesiyle birlikte yatırım konusu “ortak ticaret politikası” kapsamında münhasır yetkilerden olmuştur. Konu “Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma” (ABİA) (*Treaty on the Functioning of the European Union*)⁵ madde 206 ve 207’de düzenlenmiştir.

AB hukukunun ilkelerini, örneğin “uluslarüstü” (*supranationality*), AB Kurucu Antlaşmalarda yer alan temel ilkeler örneğin “karşılıklı güven” (*mutual trust*), dürüst işbirliği (*sincere cooperation*) gibi, anlamak hem AB’nin kendi içindeki dengelerini değerlendirmek, örneğin Komisyonun “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin yaklaşımı gibi, hem de ABAD’ın rolünü ve AB hukuku dinamiklerinde “yatırımcı-devlet” tahkiminin mümkün olup olmayacağını değerlendirmek için önemlidir. Ayrıca Lizbon Antlaşması sonrası yatırım konusunun münhasır yetkilerden olması ile birlikte AB üyeleri arasındaki mevcut iki taraflı yatırım antlaşmalarının durumunun ne olacağı, AB üyeleri arasında EŞA’nın özellikle de uyuşmazlık çözümüne ilişkin maddelerinin (madde 26) uygulanabilirliği gibi birçok konunun cevaplanabilmesi ve ilgili ABAD kararlarının anlaşılabilmesi açısından da bu ilkelerin anlaşılması önemlidir.

AB’ye özgü belirli terminolojiler de bulunmaktadır. Örneğin iki taraflı yatırım antlaşmalarında (Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmaları (YKTKA)) (*Bilateral Investment Treaties-BITs*) AB söz konusu olduğunda iki tip antlaşma mevcuttur. Birinci grup “AB-içi YKTKA“ (*Intra -EU BITs*) yani iki AB üyesi arasındaki YKTKAlar, ikinci grup ise “AB-ekstra YKTKA” (*Extra-EU BITs*) AB üyesi ve üye olmayan 3. ülke arasındaki YKTKAlar.⁶

4 *Costa v E.N.E.L.*, Case C-6/64, [1964] ECR 01141. “Sıradan uluslararası antlaşmaların aksine, Antlaşma, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, üye devletlerin hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçası olan ve bu devlet mahkemelerinin yumakla yükümlü oldukları kendi hukuk düzenini kurmuşlardır. Üye ülkelerin iç hukuk hükümleri, Birlik hukuku karakterinde olmadığı sürece her ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, özel ve özgün niteliğe sahip (bu hukuk düzenini) geçersiz kılamaz.”

5 Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (*Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*) OJ (C 326), 26.10.2012.

6 Lizbon Andlaşması ile AB hukukunda uluslararası yatırım hukukuna getirilen değişiklikler ve iki taraflı yatırım antlaşmalarına ilişkin değerlendirme için bakınız: Pınar Karacan, ‘Lizbon Andlaşması Sonrası Avrupa Birliği Yatırım Antlaşmaları’ (Aralık 2014), 2, Legal Hukuk Dergisi (Prof. Dr. Rona Aybay’a Armağan) 1421-1456 (Karacan, ‘Lizbon Andlaşması’); Pınar Karacan, ‘Avrupa Birliği Hukukunun Yapısından Kaynaklanan Uluslararası Yatırım Hukukuna İlişkin Sorunlar’ (2017), 37 (2), MHB (Prof. Dr. Yücel Sayman Armağan) 547-575 (Karacan, ‘Avrupa Birliği Yatırım’).

Aşağıda öncelikle “AB-içi YKTKA” da yer alan “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin “Achmea” kararı daha sonra da CETA’daki “Yatırım Mahkemesi Sistemi”ne ilişkin “1/17 Sayılı Görüş” incelenecektir.

I. ACHMEA Kararı

2004 yılında Slovakya sağlık sisteminde belirli reformlar yapılmış ve özel sağlık sigorta şirketlerinin pazara girişine izin verilmiştir. Hollanda şirketi olan Achmea (daha önce Eureka B.V olarak bilinen) Slovakya’da hizmet satışına ilişkin bir bağlı ortaklık açmıştır. 2004 yılında Slovakya AB üyesi olmuştur. 2006’da Slovakya yapmış olduğu reformlarla bazı değişikliklere gidip hizmet satışından elde edilen gelirlerin dağıtımına ve taksimine yasak getirmiştir. Bu düzenlemelerle ilgili olarak Achmea 2008 yılında Hollanda ve Çekoslovakya (Çek ve Slovak Cumhuriyeti) arasındaki YKTKA’ya dayanarak tahkime gitmiştir.⁷ Slovakya ilgili Antlaşmanın 8. maddesinde düzenlenen “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemenin AB hukukuna aykırı olduğu iddiası ile itiraz etmiştir.⁸ Tahkim Mahkemesi Slovakya’nın itirazı reddetmiş, Slovakya’nın YKTKA’yı ihlal ettiğine ve Achmea’ya yaklaşık 22.1 milyon Avro ödemesine karar vermiştir.⁹

Slovakya tahkim yerinin Almanya olması sebebiyle kararın iptali için Alman Mahkemesine başvurmuştur.¹⁰ Mahkeme başvuruyu reddetmiştir. Slovakya üst mahkemeye itiraz etmiştir.¹¹ Hukuk Sözcüsü Wathelt’in görüşünden anlaşıldığı üzere Slovak Cumhuriyeti üst mahkemeye itirazında kararın ve kararın verilmesine vesile olan tahkim anlaşmasının kamu düzenine aykırı olduğunu bu sebeple de geçersiz olduğunu ileri sürmüştür.¹² Slovak Cumhuriyeti kararın kamu düzenine aykırı olmasını tahkim mahkemesinin “ön karar” prosedürü ile ABİA madde 267 kapsamında ABAD’a gidememesine dayandırmıştır.¹³ Slovakya “Holland-Çekoslovakya YKTKA” madde 8’deki tahkim düzenlemesinin geçersiz olduğunu, ABİA madde 267¹⁴, 344¹⁵ ve madde

7 UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade*) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu Tahkim Kurallarına göre yürütülen tahkim mahkemesi Professor V. Lowe QC (Başkan), Albert Jan van den Berg ve V.V. Veeder QC (Hakemler) oluşmuştur. Tahkim yeri Frankfurt’tur.

8 HS Wathelt ¶ 22.

9 Clément Fouchard, Marc Krestin, ‘The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!’, (Kluwer Arbitration Blog, Mart 7 2018) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.

10 The Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Higher Regional Court, Frankfurt am Main, Germany).

11 Almanya Federal Mahkemesi, Karar ¶ 12 (Decision at ¶ 12 Bundesgerichtshof Federal Court of Justice, Germany).

12 HS Wathelt ¶ 26.

13 HS Wathelt ¶ 27.

14 Antlaşmanın Türkçe metni Avrupa Birliği Başkanlığının sayfasından alınmıştır. Madde 267: “Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir: a) Antlaşmalar’ın yorumu, b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı’ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir. Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan’a başvurmakla yükümlüdür. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer.”

15 ABİA madde 344: “Üye devletler, Antlaşmalar’ın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda, Antlaşmalar’da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmamayı taahhüt ederler.”

18¹⁶’de geçen “ayırım yapmama” ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.¹⁷

Almanya Yüksek Mahkemesi “ön karar” prosedürü ile ABAD’a başvurmuştur. “Ön karar” prosedürü ile ABAD’dan cevaplanması istenilen: (1) ABİA madde 344 düzenlemesinin yatırımın korunmasına ilişkin antlaşmanın taraf ülkenin yatırımcısı tarafından bir tarafın AB’ye üye olmadan önce akdetmiş olduğu antlaşmaya dayanarak AB’ye üye olduktan sonra yatırımın bulunduğu devlete karşı “AB-içi YKTKA”nın yatırımın korunmasına ilişkin düzenlemesine dayanarak tahkime gitmesine imkan tanıyan düzenlemesinin uygulanmasını engelleyip engellemediği konusudur. Eğer ilk soruya düzenlemenin uygulanmasını etkilemeyeceği yönünde olumsuz cevap verilecekse (2) ABİA madde 267 düzenlemesinin ilgili hükmün uygulanmasını engelleyip engellemediği konusu son olarak (1) ve (2) sorulara verilen cevap düzenlemenin uygulanmasını engellemeyeceği yönündeyse (3) ABİA madde 18 (1) düzenlemesinin hükmün uygulanmasına engel olup olmayacağı sorusudur. Mahkemeye aşamalı ve sorulara verilecek olumlu ve olumsuz cevaba göre değişecek, AB antlaşmalarının maddelerinin yorumlanmasını gerektiren 3 soru sorulmuştur.¹⁸ Hukuk Sözcüsü Wathelt’in da dikkat çektiği üzere Mahkemenin görüşü ilk kez üye ülkeler arasındaki YKTKA’nın uygunluğunu, özellikle de yatırım antlaşmalarında düzenlenen “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemeleri ABİA’nın 18(1), 267 ve 344 maddeleri doğrultusunda değerlendirecek olması sebebiyle önemlidir.¹⁹

Süreç devam ederken 2011 yılında Slovakya Anayasa Mahkemesi kâr transferi kısıtlamasına ilişkin düzenlemeyi Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş ve tekrar kârın dağıtımına izin vermiştir.²⁰

Hukuk Sözcüsü Wathelt 19 Eylül 2017’de görüşünü açıklayarak “AB-içi YKTKA”ların ve bu antlaşmalarda yer alan “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemelerin AB hukukunu ihlal etmediğini belirtmiştir.²¹

Hukuk Sözcüsü Wathelt üçüncü soruya ilişkin Mahkemenin YKTKA’nın 8. maddesinde düzenlenen “yatırımcı-devlet” tahkimi düzenlemesi ile Hollandalı yatırımcının Slovak Cumhuriyetine karşı uluslararası tahkime başvurusunun ABİA madde 18 kapsamında vatandaşlığa dayalı ayrımcılık (*discrimination on the ground of nationality*) olmadığına ilişkin görüş vermesini önermiştir.²² Ancak Hukuk Sözcüsü Mahkememin bu teklifi kabul etmesi halinde (1) ve (2) soruyu incelemesi gerektiğini

16 ABİA madde 18 (1): “Bu Antlaşmalar’ın uygulama alanı çerçevesinde ve Antlaşmalar’da öngörülen belirli hükümlere hâle gelmeksiniz, uyrukluktan kaynaklanan nedenlerle yapılan her türlü ayrımcılık yasaktır.”.

17 HS Wathelt ¶ 28.

18 HS Wathelt ¶ 30.

19 HS Wathelt ¶ 2.

20 HS Wathelt ¶ 19.

21 Case C-284/16, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CC0284&from=EN>>.

22 HS Wathelt ¶ 82.

belirtmiştir.²³ ABİA madde 344'e ilişkin değerlendirmesinde Hukuk Sözcüsü Wathelt ABAD içtihatlarına bakıldığında AB üyelerinin aralarındaki uyumsuzlukların ABİA madde 344 kapsamında olduğunu ancak bireyler arasındaki uyumsuzlukların bu kapsamda olmadığını ileri sürmüştür.²⁴ Bu sebeple “yatırımcı- devlet” arasındaki YKTKA'nın 8. maddesi kapsamında düzenlenen uyumsuzluğun ABİA madde 344 kapsamında olmayacağı görüşünde olduğunu ifade etmiştir.²⁵ Maddenin kapsamına girmemesi sebebiyle de ayrıca uyumsuzluğun AB hukukunun yorumu veya uygulanmasıyla ilgili olup olmadığının değerlendirilmesine gerek bulunmadığına, ancak Mahkeme bu sonuca katılmazsa bu konunun da inceleneceğini belirtmiştir.²⁶ Hukuk Sözcüsü Wathelt YKTKA'nın 8(6) maddesi uyarınca AB hukukunun “yatırımcı-devlet” arasındaki uyumsuzluğa uygulanacak hukukun parçası olarak uygulandığını; bu kapsamdaki uyumsuzlukların ise iki sebeple; ilk olarak tahkim mahkemesinin yetkisinin YKTKA'nın ihlaline ilişkin olması, ikinci olarak YKTKA kapsamının ve düzenlediği hukuk kurallarının kapsamının AB ve AB kurucu antlaşmalarının kapsamından farklı olması; AB hukuku ve kurucu AB antlaşmalarının yorumu ve uygulanmasına ilişkin olmadığını ileri sürmüştür.²⁷ Uyuşmazlık çözümünde Tahkim Mahkemesinin rolünün yatırımcının itiraz ettiği davranışın AB ve AB kurucu antlaşmalarındaki yükümlülüklerle ve genel olarak AB hukukuna aykırı olup olmadığının incelenmesi olmayıp aksine YKTKA'nın kaynak devlet tarafından ihlal edilip edilmediğini incelemek olduğunu belirtmiştir.²⁸

Hukuk Sözcüsü Wathelt'e göre mevcut uyumsuzlukta AB hukuku YKTKA'lardaki hak ve yükümlüklerin kapsamı ile ilgili madde 8(6)'de uygulanan hukukun parçası ve tahkim yeri (*lex loci arbitri*) olarak Alman hukuku gereği etkili olacaktır.²⁹ Ayrıca Hukuk Sözcüsü Wathelt AB hukukunun Achmea ve Slovak Cumhuriyeti uyumsuzluğunda etkisi olmadığını, Achmea hastalık sigorta sektörüne ilişkin Slovak Cumhuriyetinin almış olduğu önlemlerin AB hukuku temelli olmadığını, alınan önlemlerin YKTKA'nın 3. ve 5. maddelerini ihlal ettiğini belirtmiştir.³⁰ Hukuk Sözcüsü Wathelt'e göre Tahkim Mahkemesinin kararında görüldüğü üzere Achmea veya Slovak Cumhuriyeti Mahkemesinin uyumsuzluğun esasına ilişkin kararında veya değerlendirmesinde etkili olabilecek herhangi bir AB hukuku düzenlemesine dayanmamıştır, bu sebeple hakem kararı AB hukuku soruları açısından bir etki doğurmayacaktır.³¹

Hukuk Sözcüsü Wathelt yatırımcıların uluslararası tahkime gidebilme imkanının uluslararası yatırım hukukunun tanınmış düzenlemelerinden olduğunu ve yatırımları

23 HS Wathelt ¶ 83.

24 HS Wathelt ¶ 146.

25 HS Wathelt ¶ 153.

26 HS Wathelt ¶ 159.

27 HS Wathelt ¶ 173.

28 HS Wathelt ¶ 175.

29 HS Wathelt ¶ 176.

30 HS Wathelt ¶ 177.

31 HS Wathelt ¶ 178.

teşvik ve koruyan bir garanti olduğunu belirtmiştir.³² Hukuk Sözcüsü Wathelt yatırımcının YKTKA'nın 8. maddesine dayanarak uluslararası tahkime gitmesinin tahkim mahkemeleri ABİA 267 kapsamında kabul edilmemiş olsa bile AB ve kurucu AB antlaşmalarındaki “yetki paylaşımı” (*allocation of powers*) veya AB hukuk sisteminin özerkliğini (*autonomy*) zayıflatmayacağı görüşünde olduğunu belirtmiştir.³³ Ayrıca Hukuk Sözcüsü Wathelt hakem kararlarının tenfiz süreci olduğunu ve bu süreçlere devletin dahil olduğunu, ulusal mahkemelerin gerek iptal gerekse tenfizde rolünü olduğunu vurgulamıştır.³⁴ Hukuk Sözcüsü Wathelt kararların tenfizinde kamu düzenine aykırılığın özellikle de Avrupa kamu düzenine aykırılık konusunun değerlendirileceğini vurgulamıştır.³⁵ Üye ülkenin hakem kararının aykırılığına itiraz edemediği durumlarda bile Komisyonun ABİA'nın 258³⁶ ve 260³⁷ maddelerine dayanarak üye ülkeye karşı dava açılabilirliğini ileri sürmüştür.³⁸ Bu sebeplerle Hukuk Sözcüsü Wathelt YKTKA madde 8'in AB ve kurucu AB antlaşmalarında yetki dağılımını ve AB hukuk sisteminin özerkliğini etkilemediğini ileri sürmüştür.³⁹

Değerlendirmede uluslararası yatırım tahkimi ve uluslararası ticari tahkim ayrımı yapılmış, Hukuk Sözcüsü Wathelt aynı argümanların uluslararası ticari tahkim için de yapılabileceğini, sonuçta uluslararası ticari tahkimde de AB hukukuna aykırı kararların çıkabileceğine, bu risklere rağmen mahkemenin düzenlemenin geçerliliği sorgulamadığını ifade etmiştir.⁴⁰ Hukuk Sözcüsü Wathelt bireyler arasındaki tahkimde devletin tahkim prosedürüne taraf olduğu durumlarda AB ve AB kurucu antlaşmalarındaki yetki dağılımını zayıflatmadığına ve AB özerkliğini etkilemediğine dikkat çekilerek “yatırımcı-devlet” arasındaki tahkimde de durumun benzer olması gerektiğini kaldı ki “yatırımcı-devlet” tahkiminde devletin taraf olması sebebiyle şeffaflığın daha çok olacağına ve devletin ABİA madde 258 ve 259'dan kaynaklanan yükümlülükleri sebebiyle “yatırımcı-devlet” tahkimine yaklaşımın ticari tahkim ile benzer olması gerektiğini savunmuştur.⁴¹ Hukuk Sözcüsü Wathelt ayrıca YKTKA'nın 8. maddesinin “karşılıklı güven” ilkesine aykırı olmadığı şeklinde değerlendirme yapmıştır.⁴²

32 HS Wathelt ¶ 208.

33 HS Wathelt ¶ 237.

34 HS Wathelt ¶ 238, 239, 248.

35 HS Wathelt ¶ 248, 250.

36 ABİA madde 258: “Komisyon, üye devletlerden birinin Antlaşmalar gereğince üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmediği kanısına varırsa, bu devlete kendi görüşlerini sunma imkanı tanıdıktan sonra, bu konuda gerekçeli görüşünü bildirir. İlgili devlet, Komisyon'un belirlediği süre içinde bu görüşü uygun hareket etmezse, Komisyon meseleyi Avrupa Birliği Adalet Divanı'na götürebilir.”

37 ABİA madde 260: “1. Avrupa Birliği Adalet Divanı, bir üye devletin Antlaşmalar gereğince üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmediğini tespit ederse, bu devlet Divan'ın kararı doğrultusunda gerekli tedbirleri almak zorundadır. 2. Komisyon, ilgili üye devletin Divan'ın kararı doğrultusunda gerekli tedbirleri almadığı kanısına varırsa, bu üye devlete görüşlerini sunma imkanı tanıdıktan sonra, meseleyi Divan'a götürebilir. Komisyon, ilgili üye devlet tarafından defaten ödenmesi gereken miktarı veya gecikmeye bağlı para cezasının miktarını durumun gereklerine göre belirler. Divan, ilgili üye devletin kararına uymadığını tespit ederse, bu devlet tarafından defaten ödeme veya gecikmeye bağlı para cezası ödemesi yapılmasına karar verebilir. Bu usul, 259 maddeye halel getirmez.”

38 HS Wathelt ¶ 255.

39 HS Wathelt ¶ 256.

40 HS Wathelt ¶ 258.

41 HS Wathelt ¶ 259.

42 HS Wathelt ¶ 267.

Hukuk Sözcüsü Wathelt “ön karar” prosedüründe mahkemeye sorulan sorular konusunda mahkemenin ABİA’nın 18, 267 ve 344 maddelerinin AB üyesi olmadan önce yapılmış YKTKA’larda düzenlenmiş “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözüm mekanizmasının uygulanmasını engellemediği yönünde yorumlamasını teklif etmiştir.⁴³

Hukuk Sözcüsü Wathelt görüşünde yatırım hukuku açısından olumlu değerlendirmeler yapmış olsa da ABAD 6 Mart 2018 tarihinde verdiği kararında Görüşün tam tersi şekilde, Hollanda-Slovakya arasındaki YKTKA’nın 8. maddesindeki “yatırımcı-devlet” tahkim düzenlemesinin AB hukukunun özerkliğini olumsuz etkilediği ve düzenlemenin AB hukukuna aykırı olduğuna yönünde karar vermiştir.⁴⁴

Aşağıda öncelikle ilgili karar incelenecek daha sonra kararın bundan sonraki süreci nasıl etkileyeceği konusu değerlendirilecektir.

ABAD kararında öncelikle YKTKA madde 8’de düzenlenen uyuşmazlık çözümü için öngörülen tahkim mahkemesinin AB hukukunu uygulayıp uygulamayacağı veya yorumlayıp yorumlamayacağı konusunun tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁵ Achmea tahkim mahkemesinin madde 8(1) gereği sadece yatırım antlaşmasının ihlaline ilişkin iddiaları değerlendireceği ileri sürülse de ABAD YKTKA madde 8(6) gereği tahkim mahkemesinin ilgili taraf ülkenin yürürlükteki hukukunu ve taraflarlar arasındaki antlaşmaları da dikkate alacağını belirtmiştir.⁴⁶ Mahkemeye göre AB hukuku üye ülkede uygulanan hukukun parçasıdır ve üye ülkeler arasındaki uluslararası antlaşmalardan kaynaklanmaktadır.⁴⁷ Mahkeme ABİA madde 344 gereği üye ülkelerin AB Antlaşmalarının uygulanması ya da yorumlanmasına ilişkin bir uyuşmazlığı AB Antlaşmasında belirtilen çözüm yönteminden başkasına başvurmamayı taahhüt ettiklerini belirtmiştir.⁴⁸ Mahkeme ABAD içtihatlarına atıf yaparak ABİA madde 267 düzenlemesinin AB hukukunun yorumlanmasında yorum birliğini dolayısıyla istikrarı, AB hukukunun etkinliğini ve özerkliğini sağladığını belirtmiştir.⁴⁹

Mahkeme YKTKA madde 8 kapsamındaki tahkim mahkemesinin AB hukukunu, özellikle sermayenin kuruluşu ve serbest dolaşımına ilişkin düzenlemeler dahil temel serbestileri yorumlayıp uygulamasını isteyebileceğini belirtmiştir.⁵⁰ Bu sebeple tahkim mahkemesinin AB hukuksal sistemi içindeki yerinin ve ABİA madde 267

43 HS Wathelt ¶ 273.

44 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0284&from=EN>>, ECLI:EU:C:2018:158.

45 6 Mart 2018, Case C-284/16,

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=836746>>, Achmea Karar ¶ 39.

46 Achmea Karar ¶ 40.

47 Achmea Karar ¶ 41.

48 Achmea Karar ¶ 32.

49 Achmea Karar ¶ 37.

50 Achmea Karar ¶ 42.

kapsamına girip girmediği konusunun tespit edilmesi gerektiği belirtilmiş⁵¹ ve ABAD tahkim mahkemesinin ABİA 267 kapsamında olmadığına bu sebeple de “ön karar” prosedürüne başvuramayacağına karar vermiştir.⁵²

Mahkeme YKTKA 8(7). maddesine göre tahkim mahkemesinin verdiği kararlarının kesin olduğuna dikkat çekmiş, madde 8(5) gereği tahkim mahkemesinin kendi usul kurallarını, tahkim yerini, sonuç olarak hakem kararının geçerliliğinde değerlendirilecek usule uygulanacak hukuku belirleyeceğini belirtmiştir.⁵³

Mahkeme ticari tahkim tartışmasına değinmiş, AB hukuku açısından ticari tahkim için sorun olmadığına⁵⁴ ancak YKTKA madde 8’deki “yatırımcı-devlet” tahkimin ticari tahkimden farklı olduğuna, ticari tahkimin tarafların iradesinden doğduğuna oysa yatırım tahkimin üye ülkenin kendi mahkemesinin AB hukukunun uygulanması ve yorumlanması sözkonusu olduğu uyuşmazlıklarda yetkisini kaldıran antlaşmadan doğduğuna, bu sebeple de ticari tahkime ilişkin şartların uygulanamayacağını belirtmiştir.⁵⁵

Mahkemeye göre üye ülkeler YKTKA ile “yatırımcı-devlet” arasında uyuşmazlıkların çözümüne yönelik oluşturdukları mekanizmayla uyuşmazlıkların AB hukukunun etkin uygulanmasıyla çözümlenmesinden mahrum bırakılmaktadırlar.⁵⁶ Mahkeme yerleşmiş içtihatlarına göre uluslararası antlaşmalar ile kendi düzenlemelerini uygulayacak ve yorumlayacak bir mahkeme kurulmasını ve mahkemenin vereceği kararların ABAD dahil AB kurumlarını bağlayacağı ve ilkesel olarak AB hukukunun özerkliği ve yasal düzeni dikkate aldığı sürece AB hukuku ile uyumsuz olmadığını belirtmiştir.⁵⁷ Ancak Mahkeme bu uyuşmazlıktaki YKTKA’nın 8. maddesindeki “yatırımcı-devlet” tahkim mahkemesinin yetkisine giren uyuşmazlıkların ilgili yatırım antlaşmanın ve AB hukukunun yorumlanmasına ilişkin olabilmesine ek olarak: uyuşmazlıkların AB’nin değil de üye ülke tarafından yapılmış bir antlaşmaya dayanılarak AB sisteminin parçası olmayan bir birime gitmesini belirtmiş, YKTKA’nın 8. maddesi sadece ülkeler arasındaki “karşılıklı güven” ilkesini sorgulamış, ayrıca ABİA madde 267 “ön karar” prosedürü ile güvence altına alınmış “dürüst işbirliği”⁵⁸ ilkesiyle uyumlu olmadığına ve YKTKA 8. maddesinin AB hukukunun özerkliğini olumsuz etkilediğine karar vermiştir.⁵⁹ Bu sebeple Mahkeme 1 ve 2. soruların cevaplarının ABİA’nın 267 ve 344. maddelerinin üye ülkeler arasında akdedilen antlaşmalarla, YKTKA’nın

51 Achmea Kararı ¶ 43.

52 Achmea Kararı ¶ 46, 49, 50.

53 Achmea Kararı ¶ 51.

54 Achmea Kararı ¶ 54.

55 Achmea Kararı ¶ 55.

56 Achmea Kararı ¶ 56.

57 Achmea Kararı ¶ 57.

58 Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) (*Treaty on European Union- TEU*) ABA madde 4(3): “Birlik ve üye devletler, dürüst işbirliği ilkesi gereğince, Antlaşmalardan kaynaklanan görevlerin yerine getirilmesinde birbirlerine saygı gösterirler ve yardımcı olurlar.

59 Achmea Kararı ¶ 58.

8. maddesinde olduğu gibi üye ülkenin yatırımcısının diğer üye ülkedeki yatırıma ilişkin uyuşmazlık için üye ülkeye karşı tahkim mahkemesine gitmesini kabul eden düzenlemesini önlediği şeklinde yorumlamıştır. ⁶⁰ Mahkeme 1 ve 2. soruya vermiş olduğu cevap sebebiyle 3. sorunun cevaplanmasına gerek olmadığına karar vermiştir. ⁶¹

Hukuk Sözcüsü Wathelt'in görüşünün aksine verilen kararın mevcut "AB-içi YKTKA"ları nasıl etkileceği konusu gündeme gelmiştir. Aynı zamanda AB üyeleri arasında EŞA uyuşmazlık çözüm maddelerinin özellikle "yatırımcı-devlet" uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemelerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışılmaya başlanmıştır. Konu "1/17 sayılı Görüş" incelendikten sonra değerlendirme bölümünde tartışılacaktır. Şimdi "1/17 Sayılı Görüş" incelenecektir.

II. "1/17 Sayılı Görüş"

Belçika Eylül 2017 tarihinde ABİA'nın 218(11) maddesine dayanarak ⁶² ABAD'dan CETA'nın "yatırımcı-devlet" uyuşmazlıklarına ilişkin yatırım mahkeme sistemine ilişkin hükümlerinin (8. Bölüm, 8.18-8.45 maddeleri) ⁶³, temel haklar dahil ⁶⁴ AB hukukuna uygunluğu konusunu sormuştur. ⁶⁵ Belçika özellikle AB hukukunun yorumlanmasında ABAD'ın münhasır yetkisi, "eşit muamele ilkesini" ihlal edip etmediği (*principle of equal treatment*), AB hukukunun etkin olması şartını ve tarafsız ve bağımsız mahkemeye ulaşım hakkı (*the right of access to an independent and impartial tribunal*) ⁶⁶ konularının incelenmesi istemi ⁶⁷ ve inceleme kapsamı o yönde belirlenmiştir. ⁶⁸ Hukuk Sözcüsü Bolt'un belirttiği gibi Mahkeme önerilen uyuşmazlık çözüm mekanizmasının mümkün olup olmadığını ve bu sistemin AB hukuk sistemiyle bir arada yer alıp almayacağına karar verecektir. ⁶⁹

Hukuk Sözcüsü Bolt değerlendirmesinde "2/15 Sayılı Görüş" (Opinion 2/15)'e değinmiştir. ⁷⁰ "2/15 Sayılı Görüş" de ABAD'ın YKTKA'larda bulunan "yatırımcı-

60 Achmea Karar ¶ 60.

61 Achmea Karar ¶ 61.

62 HS Bolt ¶ 38. ABİA madde 218(11): "11. Bir üye devlet, Avrupa Parlamentosu, Konsey veya Komisyon, öngörülen anlaşmanın, Antlaşmalar'ın hükümlerine uygun olup olmadığı konusunda Adalet Divanı'nın görüşünü alabilir. Adalet Divanı'nın görüşünün olumsuz olması halinde, öngörülen anlaşma, söz konusu anlaşmada veya Antlaşmalar'da değişiklik yapılmadıkça yürürlüğe giremez."

63 HS Bolt ¶ 7-8, ¶ 21-22, Yatırım Mahkemesi Sistemi ve süreç açıklanmıştır. HS Bolt ¶ 23: Sistem hem yatırımcıların üye ülkelere, üye ülke yatırımcısının Kanada'ya ya da Kanadalı yatırımcının üye ülkeye karşı açacağı davalara ek Kanadalı yatırımcının AB'ya açacağı davaları da kapsamaktadır.

64 AB Temel Haklar Bildirgesi (*The Charter of Fundamental Rights of the European Union*).

65 HS Bolt ¶ 5. Bu konuya ve gelişimine ilişkin: Pınar Karacan, 'Yatırım Mahkemesi Sistemi: Uluslararası Yatırım Tahkimi Sonu mı Eriyor?', (Temmuz 2016), 12 (2), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan) 61-84 (Karacan, 'Yatırım Mahkemesi').

66 AB Temel Haklar Bildirgesi madde 47.

67 HS Bolt ¶ 9.

68 HS Bolt ¶ 36.

69 HS Bolt ¶ 49.

70 Bu konuda bakınız: Pınar Karacan, 'Adalet Divanı'nın 2/15 Sayılı Görüşü'nün Avrupa Birliği'nin Yeni Yatırım Antlaşmalarını Nasıl Şekillendireceğine İlişkin Bir Değerlendirme', (2017), 18 (2), Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, 187-204 (Karacan, '2/15 Sayılı Görüş').

devlet” uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin yetkiyi AB’nin üyeleriyle paylaştığına, uyuşmazlıkların üye ülke mahkeme sisteminden çıkarıldığı için üye ülkelerin de bu konuda rızasının gerektiğine karar verildiğini ancak Mahkemenin uluslararası yatırıma ilişkin YKTK’daki uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB hukuku ile uyumu konusunu incelemediğini belirtmiştir.⁷¹

Hukuk Sözcüsü Bolt Mahkemenin ilgili Antlaşmanın doğrudan etki doğurup doğurmayacağı konusunu incelemesinin gerekli olmadığını, çünkü Antlaşmanın 30.6 maddesinde tarafların CETA’ya ulusal hukuk sistemlerinde doğrudan başvurulamayacağını düzenlediğine dikkat çekmiştir.⁷²

Hukuk Sözcüsü Bolt CETA Mahkemesine CETA düzenlemelerinin uygulanması ve yorumlanması için yetki veren CETA 8. Bölüm 7. Kısmı düzenlemelerinin ABAD’ın AB hukukunun yorumlanmasında münhasır yetkisinin olduğuna ilişkin ilkeyi ihlal edip etmediği konusunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷³

Yapılan değerlendirmede yatırımların karşılıklı korunmasına ilişkin olan CETA’nın 8. Bölümündeki düzenlemelerinde olduğu gibi Antlaşma taraflarının yatırımcıya “uygun ve denk” (*adequate and equivalent*) koruma sağlamasına yönelik düzenlemeler içermesi gerektiği, ayrıca “karşılıklığın” (*reciprocity*) sağlanmasının amaçlandığı, “2/15 sayılı Görüş”de üye ülkeler ve üçüncü ülkeler arasında ABİHA madde 63’deki “sermayenin serbest dolaşımı ve ödemelerin” üçüncü ülkeleri bağlamadığı, serbest dolaşımın kurulmasına katkı sağlayacak “karşılıklılık esasına” dayalı uluslararası antlaşmalarının imzalanmasının AB Antlaşmasının 3. Bölüm (Birlik Politikaları ve İç Eylemleri), IV Başlık (Serbestiler) amaçlarının gerçekleşmesi için gerekli olduğu şeklinde sınıflandırabileceği ileri sürülmüştür.⁷⁴

Hukuk Sözcüsü Bolt değerlendirmesinde Achmea kararına da değinmiş, Kararda AB üyelerinin “Avrupa Birliği Antlaşması” (ABA) madde 2’de belirtilen ortak değerleri benimsediğinin ve AB üyeleri arasındaki “karşılıklı güven” ilkesinin önemini vurgulandığını belirtmiştir. Bolt “karşılıklı güven” ilkesinin üçüncü kişiler açısından bağlayıcı olmadığı bu sebeple CETA gibi bir antlaşmanın müzakeresinde AB kurumlarının AB yatırımcılarının üçüncü ülkede AB’de ve üye ülkelerde sahip oldukları korumaya benzer korumaya sahip olması için görüşeceğini, bu sebeple taraflar arasındaki görüşmelerde “karşılıklılık ilkesinin” koruma standartlarının temeli olarak arandığını vurgulamıştır.⁷⁵ Hukuk Sözcüsü Bolt bu sebeple CETA’daki uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB hukuku ile uygunluğuna karar vermeden önce üçüncü ülkede yatırım yapan yatırımcının korunması konusuna geniş bir

71 HS Bolt ¶ 47.

72 HS Bolt ¶ 63.

73 HS Bolt ¶ 70.

74 HS Bolt ¶ 78.

75 HS Bolt ¶ 82.

perspektifle bakılması gerektiğini⁷⁶, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) örneğinde olduğu gibi “karşılıklılık ilkesi” ve bu ilkenin yokluğu durumunda DTÖ antlaşmalarının uygulanmasında dengesizlik olabilceğini, oysa “karşılıklılık ilkesi” ile AB’nin ticari ortaklarına kıyasen dezavantajlı bir durumda kalmayacağını ve uluslararası sahnedeki yerinin korunacağını belirtilmiştir.⁷⁷

Hukuk Sözcüsü Bolt CETA uygulanmasında taraflar arasında dengenin ve “karşılıklılığın” sağlanması için yatırımcı ve devlet arasındaki uyumsuzlukların çözümü için özel bir mekanizma oluşturulduğunu vurgulamış, CETA’nın “doğrudan etkiye” (*direct effects*) sahip olmadığını antlaşmada açıkça belirttiğini⁷⁸, antlaşmanın “doğrudan etki” doğurmamasının ve antlaşmaya taraf ülke yerel mahkemelerinin CETA’da korunan standartları uygulama görevlerinin bulunmaması sebebiyle önerilen uyumsuzluk çözümü mekanizmasının uygun olduğunu belirtmiştir.⁷⁹

Hukuk Sözcüsü Bolt değerlendirmesinde Achmea kararından ve kararın mevcut durumla farklılıklarından bahsetmiştir. Bolt Achmea kararında yatırım ve ticari tahkim farkına değinildiğinden, ticari tahkimde tarafların serbetçe ifade edilmiş rızaları olduğunu oysa “yatırımcı-devlet” arasındaki yatırım tahkiminin devletler arasındaki antlaşmadan kaynaklandığını⁸⁰, Achmea Kararında YKTKA’daki “yatırımcı-devlet” tahkim düzenlemesinin AB hukukunun yeknesaklığını ve etkisini etkileyecek olması sebebiyle AB hukukunun özerkliğini olumsuz etkilediğine karar verildiğini belirtmiştir.⁸¹ Hukuk Sözcüsü Bolt Achmea kararında ABAD’ın yaklaşımını AB hukuk sisteminin “karşılıklı güven” ve üyeler arasında “dürüst işbirliği” ilkesine dayandığı, bu sebeple üye ülkenin ikili ilişkileriyle AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili olabilecek paralel uyumsuzluk çözüm mekanizması kurmasıyla doğası gereği bağdaşmayacağı yaklaşımına dayandırdığını, Mahkemenin ABİA madde 344’ü bu mekanizmayı engellediği şeklinde yorumladığını belirtmiştir.⁸² Ancak Achmea kararının “Yatırım Mahkeme Sistemi” (*Investment Court System-ICS*) incelemesinde söz konu olamayacağını, şartların farklı olduğunu vurgulamıştır.⁸³ Hukuk Sözcüsü Bolt Achmea’daki şartlardan farklı olarak bir tarafta “AB ve üyeleri” diğer tarafta Kanada arasındaki ilişkinin “karşılıklı güvene” dayanmadığı bu sebeple tarafların antlaşmada esasa ve usule ilişkin korumaları “karşılıklılık esasına” göre tanımladığı⁸⁴, üye ülkeler arasındaki üye ülkelerin uymak zorunda olduğu “karşılıklı güven” veya “dürüst

76 HS Bolt ¶ 89.

77 HS Bolt ¶ 92.

78 HS Bolt ¶ 93, ayrıca doğrudan etki konusu ¶168.

79 HS Bolt ¶ 94.

80 HS Bolt ¶ 95, 96, 101.

81 HS Bolt ¶ 104.

82 HS Bolt ¶ 105.

83 HS Bolt ¶ 106.

84 HS Bolt ¶ 107.

ışbirliği” ilkesini olumsuz etkileyemeyeceği⁸⁵, sonuç olarak Achmea kararındaki ABİA 267 ve 344 maddelerin ışığındaki değerlendirmenin “Yatırım Mahkeme Sistemi” açısından uygulanmayacağı yönünde görüş bildirmiştir.⁸⁶

Hukuk Sözcüsü Bolt CETA’da “Yatırım Mahkeme Sistemi”nde uygulanacak hukukun CETA’nın ilgili düzenlemeleriyle sınırlı olduğunu, yapılacak yorumun uluslararası hukuka göre yapılacağını, Achmea kararında tartışılan AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasının Yatırım Mahkemesi Sistemi için söz konusu olmadığını, Mahkemenin (Tribunal) antlaşma taraflarının AB hukukunun da parçası olduğu ulusal hukuklarını “maddi vakıa olarak” (*as a matter of fact*) olarak dikkate alacağını belirtmiştir.⁸⁷ Bu konu çalışmada daha sonra ele alınacak EŞA’ya yapılacak değişiklik önerileri açısından da önemlidir. AB yaptığı önerilerde eklenen bir dipnot açıklamasıyla taraf devletin ulusal hukukunun, uygulanacak hukukun parçası olmayacağı, Mahkeme (tribunal) tarafından “maddi vakıa” olarak uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir.⁸⁸

Hukuk Sözcüsü Bolt CETA 8. Bölüm F Kısımda düzenlenen “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB hukukun özerkliğini ve ABAD’ın AB hukukunu uygulama ve yorumlamadaki münhasır yetkisini etkilemediği görüşünde olduğunu belirtmiştir.⁸⁹ CETA antlaşmasındaki “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık mekanizmasının ABİA, ABA ve AB Temel Haklar Şartına uygun olduğunu ve CETA’da kurulan uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB hukukuna uygun olduğu yönünde görüşünü sunmuştur.⁹⁰

ABAD 30 Nisan 2019 tarihinde Hukuk Sözcüsü Bolt’un görüşü doğrultusunda kararını vermiştir.⁹¹ Söz konusu süreçte ABİA 218(11)’e göre ABAD’ın CETA ile oluşturulan “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözüm mekanizmasının ve oluşturulan Mahkeme (*Tribunal*) ve Temyiz Mahkemesinin (*Appeal Tribunal*) AB hukukunun ana kaynaklarıyla uyumlu olup olmadığı konusunu değerlendirmesi istenmiştir. ABAD (1) Önerilen “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü mekanizmasının AB yasal düzeninin “özerkliğiyle” uyumlu olup olmadığını, (2) “Yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü mekanizmasının “eşit muamele ilkesi” ve “etkinlik şartı” (*requirement of effectiveness*) ile uyumunu, (3) “Yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü mekanizmasının bağımsız mahkemeye başvuru hakkıyla (*the right of access to an independent tribunal*) uygunluğunu değerlendirecektir.

85 HS Bolt ¶ 108.

86 HS Bolt ¶ 109.

87 HS Bolt ¶ 110, 122, 155.

88 Madde 26’ya ilişkin teklif: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf>.

89 HS Bolt ¶ 184.

90 HS Bolt ¶ 272, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210244&doclang=EN>> Karar tarihi 25 Ocak 2019.

91 <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213502&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4976548>>.

ABAD “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü mekanizmasının AB yasal düzeninin “özerkliğiyle” uyumlu olup olmadığını değerlendirmek için öncelikle CETA Yatırım Mahkemesine AB hukukunu yorumlama ve uygulama konusunda yetki verilmediğini, Yatırım Mahkemesinin CETA hükümlerini taraflar arasındaki kurallar ve uluslararası hukuka uygun olarak yorumlayıp uygulama yetkisi olduğunu⁹², Achmea davasıyla bu farka dikkat çekilerek Achmea’da hakem mahkemesinin AB hukukunu yorumlama ve uygulamaya ilişkin karar verebileceği belirtmiştir.⁹³ ABAD’a göre “Yatırım Mahkeme Sistemi” AB hukuk kurallarının yorumu ya da uygulanmasında yetkisi olmayıp sadece CETA düzenlemelerini dikkate aldığı için ABAD’ın AB hukukunun yorumundaki münhasır yetkisine ilişkin ilkeyi etkilemeyecektir. CETA madde 8.18’e göre Yatırım Mahkemesinin bir tarafın yatırımcısının diğer tarafın antlaşma maddelerini ihlal ettiği iddiasını inceleyeceğini belirtmiştir.⁹⁴ Achmea davasının iki üye ülke arasındaki antlaşmaya ilişkin olduğu oysa bu uyuşmazlıkta “AB ve üye olmayan ülke” arasındaki antlaşmadaki düzenlemenin değerlendirildiğine,⁹⁵ üye ülkeler arasında AB hukukundan kaynaklanan “karşılıklı güven” ilkesinin olduğu ve bu ilkenin üye ülkelere istisna durumlar hariç Şart madde 47’de belirtildiği üzere bağımsız mahkemeler önünde etkili çözüm hakkı yükümlülüğü yerine getirdiğine dikkat çekilmiştir.⁹⁶ Hukuk Sözcüsü Bolt’un da belirttiği üzere “karşılıklı güven ilkesi” AB ve üye olmayan ülke arasında söz konusu değildir.⁹⁷ Kararda Antlaşmanın 8.21 maddesinde Yatırım Mahkemesinin AB hukukunu yorumlama yetkisi bulunmadığı⁹⁸, değerlendirmesini uygulanacak hukuk olarak CETA maddelerine ve uluslararası hukuk kural ve ilkelerine göre yapacağı belirtilmiştir.⁹⁹

Sonuç olarak ABAD CETA’nın 8. Bölümü düzenlemelerinin AB hukuk düzeninin “özerkliğini” olumsuz etkilemediğine¹⁰⁰, düzenlemenin AB birincil hukuku ile uyumlu olduğuna karar vermiştir.¹⁰¹

Değerlendirme

I. Achmea Sonrası Mevcut “AB-içi YKTKA”ların ve “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Düzenlemelerinin Durumu

“Yatırımcı-devlet” uyuşmazlığının AB açısından geleceği “Achmea” kararı ve “1/7 sayılı Görüş” ışığında değerlendirilecektir. Yukarıda gerek Hukuk Sözcüsü görüşleri gerekse ABAD kararları incelenmiştir. Her ne kadar “Achmea” üye ülkeler arasındaki

92 1/17 sayılı Görüş ¶ 119, 122.

93 1/17 sayılı Görüş ¶ 126.

94 1/17 sayılı Görüş ¶ 120.

95 1/17 sayılı Görüş ¶ 127.

96 1/17 sayılı Görüş ¶ 128.

97 1/17 sayılı Görüş ¶ 129.

98 1/17 sayılı Görüş ¶ 132,133, 136.

99 1/17 sayılı Görüş ¶ 133.

100 1/17 sayılı Görüş ¶ 161.

101 1/17 sayılı Görüş ¶ 245.

YKTKA’larda yer alan “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne, “1/7 sayılı Görüş” ise CETA Antlaşmasında yer alan “Yatırım Mahkemesi Sistemi”ne ilişkin olsa da iki karar da uluslararası yatırım uyuşmazlığının gelişimini etkileyecektir.

Achmea davası “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü mekanizmasının geleceği açısından verilen önemli bir karardır. ABAD AB üyeleri arasındaki YKTKA’lardaki “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık mekanizmasının mümkün olmadığına, sadece ABAD’ın AB hukukunu yorumlama ve uygulama yetkisi olduğuna bu sebeple “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemelerin AB hukuku “özerkliğine” aykırı olduğuna karar vermiştir. Achmea kararı “AB-içi YKTKA” düzenlemelerindeki “yatırımcı-devlet” tahkimini sona erdirmektedir. Konu üye ülkeler arasında YKTKA’ların geleceği açısından olduğu kadar üye ülkeler arasında EŞA kapsamında uygulanabilecek “yatırımcı-devlet” uyuşmazlıkların çözümü açısından da tartışmalı olmuştur.

Kararın sonuçlarına bakıldığında ilk olarak AB üyeleri arasındaki mevcut “AB-içi YKTKA”ların durumu gündeme gelmiş, üye ülkelerin bazılarının bu antlaşmaları sona erdirdiği, bazılarının antlaşmaları sona erdireceği yönünde açıklama yaptığı, bazılarının ise üye ülkeler arasında hem “AB-içi YKTKA”ların hem de EŞA’nın ilgili düzenlemelerin uygulamasını sona erdireceklerine ilişkin açıklama yaptıkları görülmüştür.

15 Ocak 2019 tarihinde 22 AB üyesi açıklama yaparak Achmea kararının sonuçlarına uygun olarak aralarındaki YKTKA’ları çoklu antlaşmayla (*plurilateral treaty*) veya aralarında anlaşmaları halinde ikili antlaşmalarla sona erdireceklerini; mevcut “AB-içi YKTKA”lara dayalı yeni yatırım tahkimine gidilmeyeceğine; EŞA’nın AB hukuk düzeninin ayrılmaz parçası olduğunu bu sebeple EŞA’daki “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemenin üye ülkeler arasında uygulanmasının AB Antlaşmalarına uygun olmayacağı şeklinde yorumlanmasına; son olarak AB Komisyonun’un “AB-içi Yatırımlarının Korunması Tebliği” (*Communication on Protection of Intra-EU Investments*)’nin dikkate alınacağını bildirmişlerdir.¹⁰² “AB-içi Yatırımlarının Korunması Tebliği”nde Komisyon hem “AB-içi YKTKA”lardaki “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemeye hem de üye ülkeler arasında EŞA madde 26 “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin maddenin uygulanabilirliğine değinmiştir. Bu düzenlemelerin Achmea kararı ışığında ve öncesinde de savunduğu üzere mümkün olmaması gerektiğini belirtmiş. “Yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemelerin AB Antlaşmalarıyla getirilen yasal çözümlere zarar vereceğini; AB

102 Üye Ülke Temsilcilerinin Achmea Kararının Yasal Sonuçlarına ve AB’de Uluslararası Yatırımın Korunmasına İlişkin Deklarasyonu (*Declaration of The Representatives of The Governments of The Member States, of 15 January 2019 On The Legal Consequences Of The Judgment Of The Court Of Justice in Achmea and on Investment Protection in The European Union*): <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf. “AB-içi Yatırımların Korunmasına İlişkin Tebliğ” (*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Protection of Intra-EU Investment, Brussels, 19.7.2018 COM (2018) 547*), <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=en>) (Yatırımların Korunması Tebliği).

hukukunun “özerkliğini”, etkinliğini, önceliğini, doğrudan uygulanmasını ve üye ülkeler arasındaki “karşılıklı güven” ilkesini tehlikeye atacağını belirtmiştir. Genel olarak bu Tebliğ üye ülkeler arasındaki yatırıma ilişkindir ve yatırımcıların ulusal düzenlemelere karşı korunmasını düzenlemektedir. Tebliğ’e göre ulusal düzenlemeler gerekçeli olmalıdır, getirilecek kısıtlamalar AB hukukunun örneğin “orantılılık”, “hukuki belirlilik”, “meşru beklentiler” gibi genel ilkelerine ve temel haklara uygun olmalıdır. Tebliğ ayrıca yatırımcıların haklarının AB hukukunda uygulanmasına ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Komisyon getirdiği düzenlemeyle AB içindeki uygulama ve icra sisteminin etkin olmasını amaçlamakta bu sebeple de idari kapasite geliştirmeyi, hukuk sistemini güçlendirmeyi destekleyici eylemler yapmayı ve ulusal makamların AB hukuku ihlalleri ile mücadele etmeyi amaçlamaktadır.¹⁰³

Macaristan ise 16 Ocak 2019 tarihinde ayrı bir açıklama yaparak EŞA “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemenin üye ülkeler arasında uygulanabilirliği konusunda Achmea kararının sessiz kaldığını bu sebeple üye ülkenin bu konuda görüş bildirmesinin uygun olmayacağını, üye ülkeler arasında EŞA’nın uygulanması konusunun tartışılması gerektiğini, EŞA düzenlemesinin AB üyeleri arasında uygulanıp uygulanmayacağı konusunun ancak üye ülkelerin aralarında bireysel antlaşma sağlanarak mümkün olabileceğini bildirmiştir.¹⁰⁴ Çalışmanın EŞA bölümünde Macaristan ile benzer görüşteki hakem kararlarından bahsedilecektir.

16 Ocak 2019 tarihinde 5 AB üyesi ülke, Finlandiya, Lüksemburg, Malta, Slovenya ve İsveç, “AB İçi Yatırımlarının Korunması Tebliği”ni dikkate alacaklarına ilişkin açıklama yapmışlardır. 22 ülkenin açıklamasından farklı olarak Macaristan açıklamasına benzer Achmea kararının EŞA “yatırımcı-devlet” tahkimi düzenlemesi konusunda sessiz kaldığını, bu düzenlemenin üye ülkeler arasında uygulanabileceği konusunda uluslararası tahkim kararlarının olduğunu, bu yorumun ulusal mahkeme tarafından tartışma konusu yapılması sebebiyle de ABAD kararı olmadan EŞA düzenlemesinin üye ülkeler arasında uygulanmasının ve uygulamanın AB hukuku ile uyumlu olup olmadığı konusunun tartışılmasının uygun olmayacağını, konunun yargı sürecine bırakılması gerektiğini belirtmişlerdir.¹⁰⁵

Achmea kararı akabinde AB çözüm arayışlarına girmiş, mevcut antlaşmalara ilişkin açıklamalarda bulunmuştur.¹⁰⁶ AB Komisyonu öncülüğünde üye ülkeler “AB-İçi YKTKA”ların sona erdirilmesine ilişkin çoklu bir antlaşmayı müzakere etmeye başlamışlardır.¹⁰⁷ Ayrıca üye ülkelerin açıklamalarında bahsi geçen AB Komisyonundan

103 (Yatırımların Korunması Tebliği).

104 <<https://www.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>.

105 <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7afb2de7320128/achmea-declaration.pdf>.

106 (Yatırımların Korunması Tebliği).

107 <https://ec.europa.eu/info/publications/191024-bilateral-investment-treaties_en.

AB Parlamentosu ve Konseyine “AB-içi Yatırımların Korunmasına İlişkin Tebliğ” (*Communication from the Commission to the European Parliament and The Council Protection Of Intra-Eu Investment*) bulunmaktadır.¹⁰⁸ En son 5 Mayıs 2020 tarihinde ““AB-içi YKTKA””larını Sona Erdirilmesine İlişkin Uluslararası Antlaşma” (*International Agreement for the Termination of Intra-EU Bilateral Investment Treaties*) kabul edilmiştir.¹⁰⁹ Antlaşmada sonuçlanmış, devam eden ve yeni uyuşmazlık çözüm süreçlerinin ne olacağı ve ulusal mahkemeye başvurma konusu düzenlenmiştir. Ayrıca antlaşmada “sona erme hükmü” (*sunset clause*) düzenlenmiştir.¹¹⁰ Antlaşma madde 16 şartlarına göre 11 Ekim 2020 tarihinde yürürlüğe girecektir.

AB bu alanda “AB’ye Yapılan Doğrudan Yabancı Yatırımın İncelenmesinde Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin Tüzük” kabul etmiştir (*Regulation Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union*).¹¹¹ Bu Tüzük AB’ye yapılan doğrudan yabancı yatırımın güvenlik ve kamu düzeni sebebiyle incelenmesinde üye ülkeler arasında ve üye ülkeler ve Komisyon arasında işbirliği için bir çerçeve oluşturmaktadır.

B. Enerji Şartı Antlaşması Açısından “Achmea” Kararının Etkisi:

Achmea kararı “AB-içi YKTKA”daki “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin olup, davada çok taraflı antlaşmalar ve bu antlaşmalarda bulunan benzer uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemeler tartışılmamıştır. Ancak Achmea kararı ile birlikte konu hakkında tartışmalar başlamış; örneğin AB üyeleri arasındaki uyuşmazlıklarda EŞA ve madde 26 düzenlemesinin ne olacağı, uygulanabilirliği konusu gündeme gelmiştir. EŞA, enerji sektöründe uluslararası işbirliğini destekleyen ve hukuki çerçeveyi tesis eden çok taraflı bir antlaşmadır. EŞA’da yatırım, ticaret, transit, enerji verimliliği ve ilgili çevresel hususlar, uyuşmazlıkların çözüm mekanizmaları olmak üzere beş farklı alan düzenlenmektedir. Çalışma açısından önemli olan EŞA’nın yatırım uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri, antlaşmaya taraf devletler arasındaki ve “yatırımcı-devlet” arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemeleri madde 26-28 arasında düzenlenmiştir. Antlaşmaya hem AB hem de AB üyeleri taraftır. İtalya 2016 yılında EŞA’dan çekilmiştir.¹¹² AB EŞA’ya madde 26’nın AB üyeleri arasında uygulamamasına ilişkin bir çekince bildirmemiştir.¹¹³

108 (Yatırımların Korunması Tebliği).

109 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.pdf, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN), https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en (Sona Erdirme Antlaşması).

110 (Sona Erdirme Antlaşması), Sona erme hükmü madde 2(2)’de düzenlenmiştir. Ek A’da liste halinde antlaşmalar belirtilmiştir. Ancak düzenleme özellikle “yasal beklentiler” (*legal expectations*) açısından tartışılmaya devam edecektir.

111 REGULATION (EU) 2019/452, 19 Mart 2019, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN>>.

112 <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/>.

113 EŞA için bakınız: Pınar Baklacı, Esen Akıntürk, ‘Enerji Şartı Antlaşmasına Göre Uyuşmazlık Çözüm Yolları’, (Aralık 2007), XXIV (2), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 305-345.

EŞA madde 26(1)'e göre “yatırımcı-devlet” arasında dosthane çözümlenemeyen uyuşmazlıklar, yatırımcının seçimine göre ulusal mahkemelere, tarafların arasındaki sözleşmeye dayalı tahkime veya EŞA'ya göre tahkime götürülebilir. Yatırımcı, EŞA'ya göre tahkime gitmek istemesi halinde 1965 “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme” (ICSID-Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States) kapsamında ICSID tahkimi, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Laws) Tahkim Kuralları ve kurumsal tahkim olarak Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce-SCC) olmak üzere 3 alternatif tahkim usulü bulunmaktadır. Uyuşmazlığın çözüm yöntemi olarak ICSID, UNCITRAL veya SCC tahkimlerini seçme imkanı verilerek yatırımcıya tercih imkanı sunulmaktadır. Bu durumda iki AB üyesi arasında yatırım uyuşmazlığına ilişkin tahkime gidilmesi söz konusu olacak Achmea kararında tartışılan konuların EŞA için de geçerli olup olmayacağı konusu gündeme gelecektir.

““AB-içi YKTKA”ların Sona Erdirilmesine İlişkin Uluslararası Antlaşma”nın Giriş bölümünde Antlaşmanın AB üyeleri arasındaki EŞA kapsamındaki uyuşmazlıklara uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu konu EŞA kapsamında ve EŞA için yapılan müzakerelerle belirlenecektir.

AB hukuku açısından değerlendirmede ise ABAD'ın “ön karar” prosedürü ile vereceği görüş önemli olacaktır.

İspanya (Spain) v. Novenergia II - Energy & Environment (SCA) uyuşmazlığında böyle bir fırsat doğmuş olmasına rağmen “ön karar” prosedürüne gidilmemiştir.¹¹⁴ İspanya hakem kararının iptali sürecinde mahkemeden (Svea Court Appeals) EŞA madde 26'nın AB üyeleri arasında uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu “ön karar” yolu ile ABAD'a sormasını talep etmiş ancak mahkeme talebi haklı görmemiştir.¹¹⁵

EŞA'ya ilişkin devam eden ve sonuçlanmamış başka bir “ön karar” prosedürü bulunmaktadır. Ancak konu uyuşmazlık çözüm maddelerine değil EŞA'nın yorumlanmasına ilişkindir. *Moldova v. Komstroy* davasında Paris Temyiz Mahkemesi Moldova ve Komstroy şirketi arasındaki uyuşmazlıkta EŞA'nın 1.6. maddesi ve 26(1) kapsamında “yatırım” ve “taraf devletin ülkesinde” tanımına ilişkin yorum için “ön karar” prosedürü ile ABAD'a başvurmuştur.¹¹⁶

Achmea kararının EŞA için de uygulanıp uygulanmayacağı konusu tahkimde de gündeme gelmiştir. Tahkim Mahkemesinde Achmea kararının AB üyeleri arasında

114 <https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=3646301&propId=1578>, Case No. T 4658-18; <<https://www.italaw.com/cases/6613>.

115 25.04.2019, <<https://globalarbitrationreview.com/article/1190620/swedish-court-won't-consult-ecj-on-ect>>.

116 http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=53BD22085B43256BB146632FC29194E2?docid=221354&text=&dir=&doclang=EN&occ=first&mode=doc&pageIndex=0&cid=8130312, Case C-741/19.

EŞA'nın “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin getirdiği düzenleme açısından uygulanıp uygulanmayacağı konusu “*Vattenfall AB and others v. Almanya (Federal Republic of Germany)*” uyuşmazlığında tartışılmıştır.¹¹⁷ Tahkim mahkemesi 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesini (Viyana Sözleşmesi) (*The Vienna Convention on Law of Treaties-VCLT*) dikkate alarak EŞA'nın “Achmea” kararı kapsamında olmadığına karar vermiştir.¹¹⁸ Vattenfall uyuşmazlığında sürece AB Komisyonu da dahil olmuştur.¹¹⁹ Komisyon davacının iddialarına benzer şekilde üye ülkeler arasında “Achmea” kararı gereği 26. madde tahkim imkanı olmadığını bu sebeple de tahkim mahkemesinin yetkisi olmadığını iddia etmiştir. Tahkim mahkemesi ise değerlendirmesinde davacının Achmea kararı sebebiyle ileri sürdüğü yetki itirazını reddetmiştir.¹²⁰ Tahkim mahkemesi değerlendirmesinde öncelikle uyuşmazlığa ilişkin yetkisinin EŞA'ya uygun olarak taraf iradelerinden geldiğini¹²¹, bu değerlendirmeyi EŞA hükümlerine göre uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak yorumladığını¹²², ABAD Achmea kararının o uyuşmazlıktaki tahkim antlaşmasına ilişkin olduğunu¹²³, orada mahkemenin muhakemesinin EŞA'daki “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin olmadığını¹²⁴, EŞA'nın Achmea kararındaki gibi AB üyeleri arasında bir antlaşma olmadığı, EŞA'nın AB üyeleri yanında AB'nin de ayrıca taraf olduğu çok taraflı bir antlaşma olduğunu¹²⁵, *Electrabel v. Macaristan* tahkim kararına katılarak AB hukukunu uluslararası hukuk olarak kabul ettiğini¹²⁶, EŞA madde 26 yorumunun Viyana Sözleşmesi madde 31(1)'e göre yapılması gerektiğini¹²⁷, Viyana Sözleşmesi madde 31 ilkelerine göre EŞA madde 26'nın yorumlanmasında AB hukukunun dikkate alınmayacağına ve yorum yaparken olağan anlamından farklı bir anlam çıkarılır şekilde yorumlanamayacağına¹²⁸ karar vermiştir.

İncelemede AB'nin (o tarihte Avrupa Toplulukları (AT)) EŞA'ya madde 26(3)b(ii) uyarınca yapmış olduğu bildirimden bahsedilmiş¹²⁹ ancak ne bu bildirimde ne de madde 26 ifadesinde düzenlemesindeki “yatırımcı-devlet” tahkiminin AB üyeleri arasındaki uyuşmazlıklara uygulanmayacağı yönünde bir düzenleme bulunmadığı belirtilmiştir.¹³⁰ “Bağlantı kesme hükmü” (*disconnection clause*) ve AB antlaşma uygulamasında karma antlaşmaların (*mixed agreements*) sadece üçüncü taraflara uygulanması ve AB üyeleri

117 ICSID Case No. ARB/12/12.

118 *Vattenfall AB and others v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf>>.

119 AB 2015 Teklifi, (Written Submission” as a non-disputing party (“EC 2015 Submission”).

120 Vattenfall ¶ 232.

121 Vattenfall ¶ 124.

122 Vattenfall ¶ 132, 166.

123 Vattenfall ¶ 139.

124 Vattenfall ¶ 161.

125 Vattenfall ¶ 162.

126 Vattenfall ¶ 146, 149, 150.

127 Vattenfall ¶ 153, ¶ 152, 71, 81, 88.

128 Vattenfall ¶ 165.

129 Vattenfall ¶ 185.

130 Vattenfall ¶ 187, 188.

arasında uygulanmaması konusuna değinilmiş¹³¹ ancak EŞA yürürlüğe girerken AB'nin “bağlantı kesme hükmü” koyabilecek olmasına rağmen¹³² böyle bir düzenlemenin yapılmadığı, düzenleme olmadan EŞA'nın AB üyeleri arasında “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü dahil yükümlülük doğurduğunu belirtmiştir.¹³³ Sonuç olarak tahkim mahkemesi davalının Achmea kararına dayanan itirazını zamanında yapıldığına ancak Achmea kararına dayanan yetki itirazlarının reddine karar vermiştir.¹³⁴

Vattenfall sonrasında benzer tartışmalara ilişkin tahkim kararları bulunmaktadır.¹³⁵

C. Enerji Şartı Antlaşmasının Güncellenmesi:

Bu süreçte yukarıda bahsedildiği üzere bazı AB üyeleri Achmea kararının sonuçlarına uygun olarak “AB-içi YKTKA”larla birlikte aralarında EŞA'dan kaynaklanan “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemenin AB üyeleri arasında uygulanmasının AB Antlaşmalarına uygun olmayacağı şeklinde yorumlanmasına ilişkin bildirimde bulunmuştur.¹³⁶ Yukarıda belirtildiği üzere 2020 tarihinde “AB-içi YKTKA”larını Antlaşma”da AB üyeleri arasında EŞA kapsamındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Konunun EŞA kapsamında ele alınması gerekmektedir.

Bu gelişmelerin devamında AB EŞA yenileme çalışmaları için girişimde bulunmuştur.¹³⁷ AB'nin EŞA'nın modernleştirilmesine ilişkin taslak teklifi bulunmaktadır (*Draft EU text proposals for the modernisation of the Energy Charter Treaty* (ECT)).¹³⁸ Taslak Teklifte belirtildiği üzere amaç EŞA'nın yatırımın korunmasına ilişkin düzenlemelerinin AB ve üyelerinin yakın zamanda imzaladığı antlaşmalarla uyumlu hale getirilmesi, iklim değişikliği (*climate change*) ve temiz enerji geçişi (*clean energy transition*) hedeflerinin yansıtılması ve EŞA kapsamındaki “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB'nin Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL*) Çalışma Grubu III (*Working Group-WG III*) kapsamındaki

131 Vattenfall ¶ 201.

132 Vattenfall ¶ 203.

133 Vattenfall ¶ 206.

134 Vattenfall ¶ 232.

135 *Eskosol SpA in Liquidazione v Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/15/50), : Florian Stefan, ‘Intra-EU Disputes under the Energy Charter Treaty: Quo Vadis?’, (Kluwer Arbitration Blog, Ağustos 18 2019) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/18/intra-eu-disputes-under-the-energy-charter-treaty-quo-vadis/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020; Markus Beham and Désirée Prantl, ‘Intra-EU Investment Reform: What Options for the Energy Charter Treaty?’ (Kluwer Arbitration Blog, 7 Ocak 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/07/intra-eu-investment-reform-what-options-for-the-energy-charter-treaty/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020; Nikos Lavranos, ‘Court of Justice of the EU approves CETA Investment Court System’, (Arbitration Blog, Haziran 14, 2019) <<http://arbitrationblog.practicallaw.com/court-of-justice-of-the-eu-approves-ceta-investment-court-system/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020 .

136 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf.

137 <<https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/04/EU-Proposal-for-ECT-Modernisation-V2.pdf>>, Enerji Şartı Antlaşmasının Modernleşmesine İlişkin Müzakere Direktifi (*Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty*), Brüksel, 2 Temmuz 2019, <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10745-2019-ADD-1/en/pdf>>.

138 <https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/04/EU-Proposal-for-ECT-Modernisation-V2.pdf>.

reform sürecindeki çalışmaları doğrultusunda düzenlemektir.¹³⁹ AB’nin EŞA değişiklik teklifinin AB Komisyonu’nun 19 Temmuz 2018 tarihli “AB-içi YKTKA”ların Korunmasına İlişkin Tebliğ” (*Communication on the Protection of intra-EU Investment*)’de belirttiği görüşleri etkilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁴⁰ Bu Tebliğde Achmea kararının AB üyeleri arasında EŞA madde 26 uygulaması için de uygulanacağını, AB yatırımcılarının EŞA’da belirtilen tahkim mahkemelerine başvuramayacağını ve AB’nin EŞA’ya taraf olmasının bu sonucu değiştirmeyeceğini belirtmiştir.

EŞA’ya sunulan metinde AB’nin “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin yapısal değişikliğe ilişkin bağlılığını teyid eden ve AB teklifinin genel olarak AB’nin ve AB üyelerinin daimi “Yatırım Mahkemesi Sistemi” kurmaya ve “Uluslararası Yatırım Mahkemesi” oluşturmaya yönelik hedefini etkilemediğine ve taraflarla benzer mekanizmanın EŞA kapsamına alınması için müzakere etmeye hazır olduğunu teyid eden bir açıklaması bulunmaktadır. AB madde 26 için getirdiği teklifte taraf ülkeler ve başka taraf ülkenin yatırımcısı arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde “Yatırım Mahkemesi Sistemi”nin kullanılabilirliğini belirtmiştir. Ayrıca eklenen bir dipnot açıklamasıyla ulusal hukukun uygulanacak hukukun parçası olmayacağı, “maddi vakia” olarak uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir.

10 Temmuz 2020 tarihli “EŞA’nın Modernleştirilmesine İlişkin Birinci Tur Görüşmelere İlişkin Bildirim”de tarafların EŞA’daki yatırım, yatırımcı, enerji sektöründe ekonomik aktivite, dolaylı kamulaştırma (*indirect expropriation*), adil ve hakkaniyete uygun muamele (*fair and equitable treatment*), en çok gözetilen ulus muamelesi (*most favoured nation clause*), koruyucu hüküm (*umbrella clause*) gibi tanımları görüşmüşlerdir.¹⁴¹ 8-11 Eylül’de gerçekleşecek “İkinci Tur” görüşmelerde ise transit ve uyuşmazlık çözümü gibi konular görüşülecektir.¹⁴²

D. Tahkim Geçerliliği Açısından Değerlendirme:

PL Holdings S.a.r.l. v. Polonya (Poland) davasında İsveç Temyiz Mahkemesi’nin (*Swedish Supreme Court*) “ön karar” prosedürü ile ABAD’a gitmesi konu açısından önemlidir.¹⁴³

2014 yılında PL Holdings şirketi Polonya’ya karşı YKTKA’dan kaynaklanan haklarını kamulaştırma ile ihlal ettiği iddiaları ile Polonya’ya karşı “BLEU

139 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2148>, Müzakere Direktifi (*Negotiating Directive*): <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10745-2019-ADD-1/en/pdf>, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201908.pdf>>.

140 (Yatırımların Korunması Tebliği), s.3-4.

141 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2167>.

142 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2148>, https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/Public_communication_EN.pdf, https://www.energycharter.org/media/news/article/public-communication-on-the-first-negotiation-round-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treat/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=b6cdd9f2d9d67f87cd5751584c407c91.

143 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CN0109&from=PL>; SCC Case No. V 2014/163, <https://www.italaw.com/cases/6209>; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11099.pdf>.

(Luxemburg-Belçika)-Polonya YKTKA'nın uyuşmazlık çözümüne ilişkin maddesine dayanarak Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü Kuralları (*Stockholm Chamber of Commerce – SCC*) çerçevesinde tahkime gitmiştir.¹⁴⁴ Tahkim mahkemesi 28 Haziran 2017 tarihinde Polonya'nın antlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğine ilişkin ayrı bir karar vermiştir.¹⁴⁵ 28 Eylül 2017 tarihli kesin kararında ise PL Holding lehine tazminata hükmetmiştir.¹⁴⁶ Polonya Achmea kararına dayanarak hakem kararına YKTKA'nın uyuşmazlık çözümüne ilişkin maddesinin AB hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle İsveç Svea Temyiz Mahkemesinde (Svea Court of Appeal) itiraz etmiştir.¹⁴⁷ Yatırımcı ise konunun tahkimle çözülebileceğine ve tahkime ilişkin ilgili maddenin AB hukuk düzenine aykırı olmadığını ileri sürmüştür. Yatırımcı ayrıca Polonya'nın tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazının İsveç Tahkim Kanunu ve SCC 2010 Kurallarındaki süre aşımı sebebiyle mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Tahkim mahkemesi değerlendirmesinde Achmea kararına ve ticari ve yatırım tahkimi farkına değinilmiştir. İtiraz edilen YKTKA'nın uyuşmazlık çözümü düzenlemesi Achmea kararında itiraz edilen düzenleme ile kıyaslanmıştır. Düzenlemelerin benzer olmasına rağmen Achmea'da Slovakya'nın ilgili tahkim düzenlemesinin AB hukukuna aykırı olduğu bu sebeple de tahkim mahkemesinin yetkisinin olmadığına dair itirazda bulunduğu oysa bu uyuşmazlıkta Polonya'nın savunmasında tahkim mahkemesinin yetkisine itiraz ettiğini ancak farklı sebeplere dayandığını ve ilerleyen süreçte AB hukukuna aykırılıktan bahsettiğini belirtmiştir. Achmea karardan çıkan sonuçun ABİA madde 267 ve 344'ün Polonya ve PL Holding in tahkim anlaşması yapmasına engel olmadığına, ABİA'nın AB üyelerinin birbiriyle bir üye ülkenin yatırımcı ile tahkim sürecini kabule zorunlu olduğu ve üye ülkenin uyuşmazlıkları, AB hukukunun yorumlanmasına veya uygulanmasına ilişkin olsa bile, “ön karar” prosedüründen çıkaracak bir sistem oluşturacak olan antlaşma yapmasını engellediğini belirtmiştir.¹⁴⁸

Polonya'nın süresi içinde tahkim mahkemesinin yetkisine itiraz etmemiş olması yatırımcıyla aralarında “zımnî tahkim” (*tacit arbitration*) anlaşması şeklinde yorumlanmıştır, Achmea kararının kapsamı dışında değerlendirileceği ileri sürülmüştür.¹⁴⁹ Tahkim mahkemesinin yetkisi AB hukuku ile uyumlu olmayan ilgili YKTKA düzenlemesinden değil tarafların tahkim anlaşmasında belirttikleri ortak iradelerinden kaynaklanmaktadır.¹⁵⁰ Mahkeme hakem kararının tenfizini durduran kararın uygulanmamasına ve Polonya'nın tazminat ödemesine karar vermiştir.¹⁵¹

144 <https://www.italaw.com/cases/6209>.

145 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9378.pdf>.

146 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10467.pdf>.

147 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10447.pdf>.

148 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10447.pdf>.

149 Konstantina Georgaki, 'The Decision of the Svea Court of Appeal in PL Holdings v Poland: A Mutiny against Achmea?' (Ağustos 7, 2019) <<http://cilj.co.uk/2019/08/07/the-decision-of-the-svea-court-of-appeal-in-pl-holdings-v-poland-a-mutiny-against-achmea/>>Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.

150 Konstantina Georgaki (n 149).

151 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10447.pdf>.

Polonya kararı temyiz etmiştir. Temyiz Mahkemesi ABAD’a “ön karar” prosedürüne başvurmuştur.¹⁵² Yüksek Mahkeme “ön karar” prosedürüne giderek şu soruların cevaplanmasını istemiştir: Achmea kararında yorumlandığı şekliyle ABİA madde 267 ve 344: üye ülke ile yatırımcı arasında yapılmış olan tahkim anlaşması, yatırım antlaşmasının iki AB üyesi arasında yapılmış olması sebebiyle geçersiz bir tahkim şartı içerdiği durumda her ne kadar üye ülke yatırımcı tarafından başlatılan tahkim prosedüründen sonra özgür iradesiyle yetki itirazında bulunmuş olsa da geçersiz olacağı anlamına gelir mi?¹⁵³

Sürecin önemi ABAD’ın kararında ticari tahkimin ilkelerinden olan “taraf iradesi” ilkesini AB üyesi ülkenin AB-içi YKTKA’da yer alan yatırımcının tahkim teklifini özgürce kabul edip zamanında yetki itirazında bulunmadığı durumlarda uygulaması halinde Achmea kararı sonrası “yatırımcı-devlet” tahkimini kısmen canlandırabileceği şeklinde yorumlanmıştır.¹⁵⁴ Henüz açıklanmamış karar bu açıdan önem arz etmektedir.

Sonuç

Achmea kararı ve “1/17 Görüş”te yer alan uluslararası yatırım hukuku “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin kararlar ve tartışmalar hem AB hukuku için hem de uluslararası yatırım hukukunun geleceği ve değişimi açısından önemlidir. Yukarıda incelenen ve Ekim 2020’de yürürlüğe girecek olan “AB-içi YKTKA’ların Sona Erdirilmesine İlişkin Uluslararası Antlaşma” yeni tartışmaları gündeme taşıyacaktır. Ayrıca ABAD’ın *PL Holdings S.á.r.l. v. Polonya* kararı ve EŞA değişiklikleri önemli olacaktır. Konunun başka boyutları da bulunmaktadır. Örneğin çalışmanın kapsamında olmadığı için incelenmemekle birlikte verilen hakem kararların tenfizi konusu da önemli ve tartışılan bir konudur. 19 Şubat 2020 tarihinde Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*United Kingdom Supreme Court*) ICSID kararının icrasının AB hukuku ile engelenemeyeceğine, Birleşik Krallığın ICSID madde 54 yükümlülüğü karşısında AB hukukunun “dürüst işbirliği” yükümlülüğünün uygulanmayacağına, İngiliz hukukuna göre de haklı olmadığına karar vermiş ve Temyiz Mahkemesi’nin (*Court of Appeal*) kararını hukuka aykırı bularak ICSID Kararının icrasının durdurulması kararını kaldırmıştır.¹⁵⁵ Tenfize

152 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CN0109&from=PL>; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11099.pdf>; Jake Lowther, ‘Keeping Intra-EU ISDS Alive: The Supreme Court of Sweden Requests Preliminary Ruling from the CJEU on Validity of Arbitration Agreement in Light of Achmea Decision’, (Kluwer Arbitration Blog, Mart 5 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/05/keeping-intra-eu-isds-alive-the-supreme-court-of-sweden-requests-preliminary-ruling-from-the-cjeu-on-validity-of-arbitration-agreement-in-light-of-achmea-decision/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.

153 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2020.161.01.0040.01.ENG&toc=OJ.C:2020:161:TOC.

154 Jake Lowther (n 152).

155 *Micula and others (Respondents/Cross-Appellants) v (Romania) Romania* (Appellant/Cross-Respondent), <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0177-judgment.pdf>>, karar tarihi: 19 Şubat 2020. Tenfiz ile tekrar gündeme gelen dava Avrupa Birliği Hukuku ve Uluslararası Yatırım Hukuku dinamikleri açısından bu karar da oldukça önemlidir. İlgili uyuşmazlıkta hakem mahkemesi ICSID kararıyla Romanya’nın tazminat ödemesine karar vermiştir (*Ioan Micula et al. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013 (*Micula*). Ancak AB Komisyonu Romanya’nın karara uyarak tazminat ödemesinin AB hukukuna, “Devlet Yardımları” düzenlemelerine aykırı olacağını ileri sürmüştür (Komisyon Kararı (Commission Decision) (EU) 2015/1470, 30 Mart 2015, OJ L 232, 4.9.2015). Genel Mahkeme (General Court) 18 Haziran 2019 tarihinde AB Komisyonun 2015 tarihli kararını iptal etmiştir. Komisyon 27 Ağustos 2019’da kararı temyiz etmiştir henüz mahkeme kararı açıklanmamıştır. (2019-C 638/19 *Komisyon (Commission) v. European Foods and other.*) Bu uyuşmazlık ayrıca yatırım tahkimi ve ticari tahkim farkı tartışmaları açısından da önemlidir.

ilişkin başka davalar da bulunmaktadır. Bu konuda belki ABAD'ın “ön karar” prosedürü ile başvurulması ve Mahkemenin vereceği karar AB hukuku dinamikleri açısından önemli olabilecektir. Başka bir tartışma ise uyuşmazlığın hangi kuralara göre çözüldüğü konusudur. Örneğin Achmea kararı UNCITRAL'a göre verilmiş bir karardır. Uyuşmazlığın ICSID ile mi yoksa başka tahkim yöntemleriyle mi çözüldüğü konusu tenfiz konusunda fark yaratabileceği için önemlidir. ICSID kararlarının ICSID'e taraf olan ülkelerde tenfizi gerekmecektir.¹⁵⁶

Gerek Achmea kararında gerekse “1/17 Görüş”ünde yatırım tahkimi ve ticari tahkim farkı ve değerlendirmenin farklı olacağı konusu vurgulanmıştır.¹⁵⁷ Aslında burada başlayan tartışmalar UNCITRAL Çalışma Grubu III “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü konusundaki reform çalışmalarını da etkilemektedir.¹⁵⁸ Ayrı bir çalışma konusu olabilecek bu konu tartışılmaya devam edecektir.

“1/17 Görüş”ünde AB'nin üye olmayan ülke Kanada arasındaki CETA Antlaşmasındaki “Yatırım Mahkemesi” konusu gündeme gelmiştir. Ayrıca AB'nin üye olmayan ülkelerle yapmış olduğu ve “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü için tahkimi öngören antlaşmaları da bulunmaktadır. Konu bir açıdan “2/15 sayılı Görüşte” “Avrupa Birliği-Singapur arasındaki Serbest Ticaret Antlaşması” kapsamında incelenmiştir.¹⁵⁹ Ancak ilgili “2/15 Görüş”te “yatırımcı-devlet” tahkiminin AB hukuku açısından uygun olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmamış, konu sadece yetki açısından incelenmiştir. “2/15 Görüş”ünün bu çalışma açısından önemli olan bölümünde “yatırımcı-devlet” uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin düzenlemelerin “paylaşılan yetkilerden” (*shared competences*) olduğuna karar verilmiştir.¹⁶⁰ Bu tip uyuşmazlık çözüm düzenlemeleri içeren antlaşmalardaki düzenlemelerin Achmea kararı sonrası AB hukuku ilişkisi açısından durumu ve ABAD'ın konuya ilişkin görüşü de önemli olacaktır. Ayrıca Achmea kararı sonrası üye ülkeler arasında “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin tahkim olmayacaksa uyuşmazlıklar konusunda ABAD mı yetkili olacaktır? Yoksa gelecekte bu tip uyuşmazlıklar için AB içinde özel “Yatırım Mahkemesi” mi kurulacaktır?

Achmea kararı “1/17 Görüş” ile birlikte düşünüldüğünde, “1/17 Görüş”ünde “yatırımcı-devlet” uyuşmazlıklarına ilişkin yatırım mahkeme sistemine ilişkin hükümlerinin AB açısından bir sorun olmadığına karar verilmişti, bu sebeple “yatırımcı-devlet” tahkiminde sona yaklaşıyor denilmesi çok haksız sayılmaz. Çalışmada

156 ICSID madde 54(1).

157 Ticari-yatırım tahkimi farkı için bakınız: İnci Ataman Figanmeşe, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar’, (2011), 31(1), MHB 91-152.

158 https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state.

159 2/15 Sayılı Görüş, (Opinion 2/15 of the Court), 16 Mayıs 2017: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d63e5084083f7b49bd8e26e1caebce1dfd.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLb3r0?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=473213>> bilgi için bakınız: (Karacan, “2/15 Sayılı Görüş”).

160 “2/15 sayılı Görüş” ¶ 305.

tartışıldığı üzere “yatırımcı-devlet” tahkiminin yerini “Çok Taraflı Yatırım Mahkemesi (*Multilateral Investment Court (MIC)*), Uluslararası Yatırım Mahkemesi (*International Investment Court- IIC*)) alıyor denilebilir. Çalışmada AB hukuku açısından önemli olan iki ABAD kararı, uluslararası yatırım hukukunda “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümündeki gelişmelere olan etkisi dikkate alınarak incelenmiştir. Daha kapsamlı bir değerlendirme için hepsi ayrı çalışmalara konu olabilecek alandaki diğer gelişmeler örneğin, UNCITRAL Çalışma Grubu III “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü konusundaki reform çalışmalarının sonuçları, ICSID reform çalışmaları¹⁶¹, çalışmada bahsedilen EŞA reform çalışmaları gibi konular birlikte değerlendirilmelidir. Konu gelecek günlerde de tartışılmaya devam edecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- “Avrupa Birliği’nin EŞA’nın Moderleştirilmesine İlişkin Taslak Teklifi” (*Draft EU Text Proposals for the Modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT)*), <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2148>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “Avrupa Birliğine Yapılan Doğrudan Yabancı Yatırımın İncelenmesinde Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin Tüzük” (Regulation (EU) 2019/452, *Regulation Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union*), <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “AB-içi Yatırımların Korunmasına İlişkin Tebliğ” (*Communication from the Commission to the European Parliament and The Council Protection Of Intra-Eu Investment* Brussels, 19.7.2018 COM (2018) 547 Final), (Yatırımların Korunması Tebliği) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “AB-içi YKTK’ların Sona Erdirilmesine İlişkin Uluslararası Antlaşma” (*International Agreement for the Termination of Intra-EU Bilateral Investment Treaties*), <https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020, (Sona Erdirme Antlaşması).
- Ataman Fıganmeşe İ, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar’, (2011), 31(1), MHB 91-152.
- Baklacı P, Akıntürk E, ‘Enerji Şartı Antlaşmasına Göre Uyuşmazlık Çözüm Yolları’, (Aralık 2007), XXIV(2), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 305-345.

161 Konuya ilişkin bakınız: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_4_Vol_1_En.pdf>; AB ICSID’e taraf olmamakla birlikte üye ülkeler taraftır. AB ve Üye Ülkelerin ICSID Kurallarına Teklif Edilen Değişikliklere İlişkin Görüşleri <<https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/ICSID%20reform-comments%20on%20behalp%20of%20the%20European%20Union%20and%20its%20Member%20States.pdf>>.

- Beham M and Prantl D, ‘Intra-EU Investment Reform: What Options for the Energy Charter Treaty?’ (Kluwer Arbitration Blog, Ocak 7 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/07/intra-eu-investment-reform-what-options-for-the-energy-charter-treaty/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- Fouchard C., Krestin M, ‘The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!’ (Kluwer Arbitration Blog, Mart 7 2018) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- Georgaki K, ‘The Decision of the Svea Court of Appeal in PL Holdings v Poland: A Mutiny against Achmea?’ (Ağustos 7, 2019) <<http://cilj.co.uk/2019/08/07/the-decision-of-the-svea-court-of-appeal-in-pl-holdings-v-poland-a-mutiny-against-achmea/>>Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- Karacan P, ‘Lizbon Andlaşması Sonrası Avrupa Birliği Yatırım Anlaşmaları’ (Aralık 2014), 2,Legal Hukuk Dergisi, (Prof. Dr. Rona Aybay’a Armağan) 1421-1456 (Karacan, ‘Lizbon Andlaşması’).
- Karacan P, ‘Avrupa Birliği Hukukunun Yapısından Kaynaklanan Uluslararası Yatırım Hukukuna İlişkin Sorunlar’ (2017), 37(2), MHB (Prof. Dr. Yücel Sayman Armağan’a Armağan), 547-575 (Karacan, ‘Avrupa Birliği Yatırım’).
- Karacan P, ‘Yatırım Mahkemesi Sistemi: Uluslararası Yatırım Tahkimi Sona mı Eriyor?’, (Temmuz 2016), 12(2), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Prof. Dr. İlhan Uluşan’a Armağan) 61-84 (Karacan, ‘Yatırım Mahkemesi’).
- Karacan P, ‘Adalet Divanı’nın 2/15 Sayılı Görüşü’nün Avrupa Birliği’nin Yeni Yatırım Antlaşmalarını Nasıl Şekillendireceğine İlişkin Bir Değerlendirme’, (2017), 18 (2), Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, 187-204 (Karacan, ‘2/15 Sayılı Görüş’).
- Lavrano N, ‘Court of Justice of the EU approves CETA Investment Court System’, (Arbitration Blog, Haziran 14, 2019) <<http://arbitrationblog.practicallaw.com/court-of-justice-of-the-eu-approves-ceta-investment-court-system/>>Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- Lowther J, ‘Keeping Intra-EU ISDS Alive: The Supreme Court of Sweden Requests Preliminary Ruling from the CJEU on Validity of Arbitration Agreement in Light of Achmea Decision’, (Kluwer Arbitration Blog, Mart 5 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/05/keeping-intra-eu-isds-alive-the-supreme-court-of-sweden-requests-preliminary-ruling-from-the-cjeu-on-validity-of-arbitration-agreement-in-light-of-achmea-decision>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- Stefan F, ‘Intra-EU Disputes under the Energy Charter Treaty: Quo Vadis?’, (Kluwer Arbitration Blog, Ağustos 18 2019) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/18/intra-eu-disputes-under-the-energy-charter-treaty-quo-vadis/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “*Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV (Achmea)*”, 6 Mart 2018, Case C-284/16, <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0284&lang1=en&type=TEXT&ancre=>>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “*1/17 sayılı Görüş*” (Opinion 1/17 of the Court), 30 Nisan 2019 <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=750432>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “*PL Holdings S.a.r.l. v. Polonya (Poland)*”, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CN0109&from=PL>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “*Vattenfall AB and others v Almanya (Federal Republic of Germany)*”, ICSID Case No. ARB/12/12, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf>>Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.