

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN YAPISINDAN KAYNAKLANAN ULUSLARARASI
YATIRIM HUKUKUNA İLİŞKİN SORUNLAR

PROBLEMS ARISING IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FROM THE
CHARACTERISTICS OF THE EUROPEAN UNION LAW

Doç. Dr./Assoc. Prof. Pınar Karacan*

Öz

Lizbon Antlaşması'nın doğrudan yatırım konusunu devredilen münhasır yetkiler kapsamına almasıyla birlikte Avrupa Birliği Hukukunun yapısından kaynaklanan özelliklerden dolayı Avrupa Birliği üyelerinin mevcut iki taraflı yatırım antlaşmaları ve hem Avrupa Birliği'nin hem de Avrupa Birliği üyesi ülkelerin taraf olduğu Enerji Şartı Antlaşması'nın durumu tartışmalı hale gelmiştir. Özellikle bu antlaşmalarda yer alan tahkim düzenlemelerinin Avrupa Birliği Adalet Divanı ile ilişkisi incelenmesi gereken konulardan biri olmuştur. Çalışma bu konulara ilişkin sorunları gerek hakem kararları gerekse Adalet Divanı'nın karar ve görüşleri ışığında tartışmayı amaçlamaktadır.

Abstract

Bilateral investment treaties between European Union Members and Energy Charter Treaty where both the European Union and the European Members area party to become controversial due to the characteristics of the European Union Law after the Lisbon Treaty where direct investment became part of the exclusive competences of the European Union. Especially the relationship between the investment arbitration clauses in these treaties and the European Court of Justice needs to be elaborated. This paper aims to discuss these topics in light of the relevant arbitral awards and the decisions and opinions of the European Court of Justice.

*Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi, İzmir, Türkiye, pinar.karacan@deu.edu.tr. Bu çalışma TÜBİTAK 2219 bursuyla bulunduğum Londra, Brunel Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapılmıştır.

** Makale Gönderim Tarihi: 27.06.2016; Makale Kabul Tarihi: 11.10.2016.

Anahtar Kelimeler: *Uluslararası yatırım hukuku, Avrupa Birliği Hukuku, İki taraflı yatırım antlaşmaları, Enerji Şartı Antlaşması, Avrupa Birliği Adalet Divanı.*

Keywords: *International investment law, European Union Law, Bilateral investment treaties, Energy Charter treaty, Court of Justice of the European Union.*

Giriş

Lizbon Antlaşması ile birlikte doğrudan yatırım konusunun devredilen münhasır yetkilerden olmasıyla birlikte Avrupa Birliği (AB) hukukunun işleyişiyle ilgili birçok bilinmeyen ortaya çıkmıştır.¹ Özellikle uluslararası yatırım hukukunda yatırımcı açısından önemli konulardan “yatırımcı-devlet” tahkiminin AB hukuku ile nasıl işleyeceği konusu önemlidir. Konu hem AB içinde özellikle “AB-içi YKTK” ile (AB üyeleri arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmaları (YKTK)) (*European Union Intra-Bilateral Investment Treaties-Intra-EU BITs*)², hem de yeni antlaşmalarda; CETA (AB- Kanada Kapsamlı Ekonomik Ticaret Antlaşması (*Comprehensive Economic and Trade Agreement-CETA*), AB-Vietnam Serbest Ticaret Antlaşması (*EU-Vietnam Free Trade Agreement*) ve görüşülen AB- ABD (Amerika Birleşik Devletleri) Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı Antlaşması (*Transatlantic Trade and Investment Partnership-TTIP*), gündeme gelen “Yatırım Mahkemesi Sistemi” (*Investment Court System*) ile daha da önem kazanmıştır.

Yatırımcı açısından “yatırımcı-devlet” tahkim imkanının verilmesi, antlaşmaların ve korunan ilkelerin güvence altına alınması açısından önemlidir. AB hukuku kapsamında “yatırımcı-devlet” tahkiminin mümkün olup olmayacağı, verilen kararların uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gereken bir konudur. AB hukukunun kendine özgü (*sui generis*) uluslararası (*supranational*) yapısı, AB hukukunun üstünlüğü (*supremacy*) ve önceliği (*primacy*) ayrıca AB hukuku içinde Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (Adalet Divanı) rolü ve münhasır yetkisi yatırım tahkimi konusunda sadece AB’ye özgü ilginç tartışmalara sebep olmaktadır. Bazen üye ülkeler açısından AB hukukundan kaynaklanan yükümlülük uluslararası yatırım antlaşmalarından kaynaklanan

¹ Lizbon Antlaşması ile yatırıma getirilen değişiklikler ve etkileri konusu için detaylı bilgi için bakınız: Pınar KARACAN, *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Yatırım Antlaşmaları*, Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay’a Armağan-Özel Sayı, Aralık 2014, s. 1421-1456 (KARACAN, *Lizbon Antlaşması*).

² Çalışmada “*bilateral investment treaties (BITs)*” kavramı “iki taraflı yatırım antlaşması” yerine antlaşmalarla uyumlu olması açısından “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmaları” (YKTK) olarak kullanılmıştır.

yükümlülük ile çatışmakta, sorumluluk doğurmaktadır. Bu duruma en son *Micula* davası³ ve sonrasında Avrupa Komisyonu'nun ilgili üye ülkelere karşı almış olduğu karar örnek gösterilebilir. AB Komisyonu beş ülkeye ihlal davası açmadan önceki basamak olarak “AB-içi YKTK”ları sona erdirmeleri için açıklamada bulunmuş, akabinde de yirmi üye ülkeye ilişkin “gayri resmi pilot yöntem” (*informal pilot proceeding*) adı altında idari bir süreç başlatıp ilgili ülkelerden bilgi talep etmiştir.⁴ *Micula* davası ve sonrasındaki gelişmeler önemli bir konuyu gündeme getirmiştir. AB hukuku ve uluslararası yatırım hukuku ilişkisi ve farklı düzenlemelerin ülkeler açısından sorumluluk doğurup doğurmayacağı konusu gündeme gelmiştir. Günümüzde çok katmanlı yönetim sistemi (*multi-layered system of governance*) yaygın bir durum halini almıştır.⁵ Bir hukuk sistemi açısından ülke için sorumluluk doğurmayan durum diğer sistemde sorumluluk doğurabilecektir. Örneğin *Micula* davası sonrasında AB Komisyonu Romanya'nın ICSID (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*-ICSID-Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme⁶) kararının yerine getirilmesinin AB hukukuna aykırı olacağını ileri sürmüştür.⁷ Ancak ICSID kararının uygulanmaması halinde de ICSID Antlaşmasına aykırı davranılmış olacak ve devletin ya da duruma göre AB'nin uluslararası hukuk açısından sorumluluğu doğmuş olacaktır.⁸ Çok katmanlı yönetim şekli geleneksel yasal rasyonaliteye yeni bakış açısı getirilmesini gerektirmektedir.⁹

Kanımcı; Lizbon Antlaşması ile getirilen değişikliğin nelere sebep olacağı yatırıma ilişkin yetki devri sürecinde yeterince düşünülmemiş, konu davalarla gündeme geldikçe tartışılmaya başlanmıştır. Ancak aşağıda tartışılacağı üzere bu konularda Adalet Divanı da görüşünü açıklayan

³ *Ioan Micula et al. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013 (*Micula*). Dava ile ilgili bilgi için bakınız: Badr ZERHDOUD, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, *The Journal of World Investment & Trade*, 15, 2014, s. 1042-1052.

⁴ “Commission Asks Member States to Terminate Their Intra-EU Bilateral Investment Treaties”, Brussels, 18 June 2015 (Söz konusu üye ülkeler: Avusturya, Hollanda, Romanya, Slovakya ve İsveç). İrlanda ve İtalya tüm “AB-içi YKTK” antlaşmalarını 2012 ve 2013 yıllarında sona erdirmişlerdir. Bu tartışmalar için bakınız: *Investment Arbitration Reporter*.

⁵ Christian TIETJE & Clemens WACKERNAGEL, *Enforcement of Intra-EU ICSID Awards, Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration*, *The Journal of World Investment & Trade*, 16, 2015, s. 205-247 (TIETJE&WACKERNAGEL).

⁶ Sözleşmenin Türkçe metni için: RG: 06.12.1988-20011.

⁷ Komisyon Kararı (Commission Decision) (EU) 2015/1470 of 30 Mart 2015, OJ L 232, 4.9.2015, 43–70.

⁸ Farklı sistemler arasındaki ilişkiyi ve etkileşimi gösteren başka bir örnek için (uluslararası ticaret hukuku ve uluslararası yatırım hukuku etkileşimi) bakınız: Pınar KARACAN, *Uluslararası Ticaret Hukuku ve Uluslararası Yatırım Hukuku Etkileşimi: Devletin Sağlık Sebebiyle Düzenleme Getirme Hakkı*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Aralık 1015, (KARACAN, *Uluslararası Ticaret*).

⁹ TIETJE&WACKERNAGEL, s. 247.

bir kararı henüz vermemiş ya da bilinçli olarak süreç geciktirilmiştir. Günümüzde yeni antlaşmalar ve özellikle TTIP kapsamında tartışılan “Yatırım Mahkemesi Sistemi” (İlk Derece Mahkemesi (*Tribunal of First Instance*) ve Temyiz Mahkemesi (*Appeal Tribunal*)) teklifi de tartışma alanını genişleten, yeni sorunlar ekleyen bir adım olmuştur.

Bu çalışma, konunun birkaç boyutunu ve konular aralarındaki etkileşimi ele alarak genel bakış açısını ele almayı ve özellikle AB hukukunun kendi dinamiklerinden kaynaklanan sorunların uluslararası yatırım hukukunun yeni gelişmelerinde nasıl sorun olabileceğini vurgulamayı amaçlamaktadır. Doktrinde bu alanda boşluk bulunmaktadır. Çalışma AB içinde “AB-içi YKTK” konusuna, Enerji Şartı Antlaşması (EŞA) (*European Charter Treaty-ECT*) ve AB hukuku ilişkisine, *Micula* davası sonrası AB hukuku içinde uluslararası yatırım tahkimine ilişkin kararların geleceğine, teklif edilen “Yatırım Mahkemesi Sistemi”nin Adalet Divanı ile nasıl bir ilişki içinde olacağına ve uluslararası yatırım tahkiminin Adalet Divanı’nın Görüşleri ışığında nasıl değerlendirilmesi gerekeceği konusuna değinmeyi amaçlamaktadır. Her biri ayrı bir çalışma konusu olacak tartışma konuları, doktrindeki boşluk göz önüne alınarak, konunun birçok boyutunu göstermek ve genel çerçeveyi belirlemek amacıyla birlikte ele alınacaktır. Çalışma yeni çalışmalara da vesile olmayı amaçlamaktadır. Konunun kapsamı düşünüldüğünde her başlık tartışmalara giriş niteliğinde ele alınacaktır. Yeni tartışılmaya başlanmış bu alanda literatüre ne kadar katkı yapılırsa, alandaki gelişme de daha sağlıklı olacak ve uluslararası yatırım hukukunun dinamiklerine uygun olan düzenlemelerin getirilmesine vesile olabilecektir.

I. Avrupa Birliği Üyeleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması

Antlaşmaları

Lizbon Andlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte devredilen yetkiler artmış ve yatırım konusu ortak ticaret politikası kapsamında münhasır yetkilerden olmuştur.¹⁰ Konu Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİA) madde 206 ve 207’de düzenlenmiştir.

Çözümlemesi gereken konu üye ülkelerin mevcut yatırım antlaşmalarının ne olacağı sorunudur. AB açısından YKTK söz konusu olduğunda iki tip antlaşma mevcuttur. Birinci grup “AB-içi YKTK” (*Intra -EU BITs*) yani iki üye ülke arasındaki iki taraflı yatırım antlaşmaları, ikinci

¹⁰ Bu bölümdeki tartışmaların bir bölümü ilk olarak KARACAN çalışmasında ele alınılmıştır ancak ilgili bölüm güncel konular doğrultusunda genişletilmiştir.

grup ise “AB-ekstra YKTK” (*Extra-EU BITs*) üye ülke ve üye olmayan üçüncü ülke arasındaki iki taraflı yatırım antlaşmalarıdır. “AB-içi YKTK” özellikle AB’ye yeni katılımlarla birlikte gündeme gelmiş “AB-ekstra YKTK” niteliğindeki antlaşmalar üye olmayan tarafın AB’ye katılımı ile birlikte iki üye ülke arasında yatırım sözleşmesi “AB-içi YKTK” özelliğini kazanmıştır.¹¹

Özellikle bu antlaşmalar “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemeler içerdiği için bu düzenlemelerin AB hukuku kapsamında geçerlilikleri ve Adalet Divanı’na rağmen üye ülkeler arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanıp uygulanmayacağı konusu önemlidir.

Antlaşmaların “AB-ekstra YKTK” olması halinde üye ülkelerin antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri bulunmaktadır.¹² Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) madde 4(3)¹³ ve ABİA madde 351¹⁴ yükümlülükleri bulunmaktadır. “AB-ekstra YKTK” için Komisyon’un açtığı ihlal davaları (*infringement*) söz konusudur. *Commission of the European Communities v Republic of Austria* (Avusturya)¹⁵, *Commission of the European Communities v Kingdom of Sweden* (İsveç)¹⁶ ve *Commission of the European Communities v Republic of Finland* (Finlandiya)¹⁷ davalarında da benzer konular tartışılmıştır. AB Komisyonu üye ülkelerin üye olmayan ülkeler ile yapılmış iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan bazı düzenlemelerin AB hukukuna aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Üye ülkeler tarafından gerekli düzenlemeler yapılmayınca AB Komisyonu üye

¹¹ KARACAN, s. 1429.

¹² KARACAN, s. 1433.

¹³ Türkçe antlaşma metni Avrupa Birliği Bakanlığının internet sayfasından alınmıştır.

“Birlik ve üye devletler, dürüst işbirliği ilkesi gereğince, Antlaşmalar’dan kaynaklanan görevlerin yerine getirilmesinde birbirlerine saygı gösterirler ve yardımcı olurlar.

Üye devletler, Antlaşmalar’dan veya Birlik kurumlarının tasarruflarından kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak üzere, genel veya özel her türlü uygun tedbiri alırlar.

Üye devletler, Birliğin görevlerinin yerine getirilmesini kolaylaştırırlar ve Birliğin hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürebilecek her türlü tedbirden kaçınırlar.”

¹⁴ “Antlaşmalar’daki hükümler, bir veya daha fazla üye devlet ile bir veya daha fazla üçüncü ülke arasında, 1 Ocak 1958’den önce veya daha sonra katılan devletler için katılım tarihlerinden önce akdedilmiş anlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükler hâle getirmez.

Bu anlaşmalar Antlaşmalar’la bağdaşmadığı ölçüde, ilgili üye devlet veya üye devletler, tespit edilen uyumsuzlukları gidermek için gerekli tüm tedbirleri alır. Bu amaçla üye devletler, ihtiyaç halinde birbirlerine yardımcı olurlar ve gerektiğinde ortak bir tavır benimserler.

Üye devletler, 1. paragrafta belirtilen anlaşmaların uygulanmasında, Antlaşmalar uyarınca her bir üye devletin sağladığı avantajların Birliğin kurulmasının ayrılmaz bir parçası olduğu ve bundan dolayı, ortak kurumların oluşturulması, bu kurumlara yetkiler verilmesi ve diğer tüm üye devletlerce aynı avantajların sağlanmasıyla ayrılmaz biçimde bağlı olduğu gerçeğini dikkate alırlar.”

¹⁵ Case C-205/06 *Commission of the European Communities v Republic of Austria* [2009] ECR I-01301.

¹⁶ Case C-249/06 *Commission of the European Communities v Kingdom of Sweden* [2009] ECR I-01335.

¹⁷ Case C-118/07 *Commission of the European Communities v Republic of Finland* [2009] ECR I-10889.

ülkelerin yükümlülüklerini ihlal ettikleri iddiasıyla ABİA madde 258¹⁸ gereği ihlal dava açmıştır. Ayrıca “Üye Ülke ve Üçüncü Ülke Arasındaki İki Taraflı Yatırım Antlaşmalarının İntikalini Düzenleyen Tüzük” (*Regulation Establishing Transition Arrangements for Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries*) kabul edilmiştir.¹⁹ Tüzük sürece ilişkin düzenleme getirdiği için yatırımcılar için belirlilik sağlamaktadır.

Ancak “AB-içi YKTK” için ise durum farklıdır. Bu antlaşmalar sona erdirilene kadar yürürlükte kalmaya devam edecek midir? Yoksa AB hukukunun üstün olması sebebiyle sona ermiş midir? Verilecek cevap soruna hangi hukuk perspektifinden bakıldığına göre değişecektir. Sonuç AB hukukunun üstünlüğü açısından bakılırsa farklı, uluslararası hukuk ve uluslararası antlaşmalar ilişkisi açısından bakılırsa farklı olacaktır.

Konu önce ilgili hakem kararları ile ele alınacaktır. Hakem kararlarında AB hukukunun nasıl ele alındığı konusu da önemlidir. Adalet Divanı’nın AB-içi YKTK” ilişkin bir kararı henüz bulunmamaktadır. Ancak çok yeni bir gelişme olarak konunun ön karar prosedürü ile Adalet Divanına gitmiş olması *Achmea* davası ile aşağıda ele alınacaktır.

Tahkim Mahkemesi örneklerine bakıldığında *Eureko v. The Slovak Republic* (*Slovak Cumhuriyeti*)²⁰ uyuşmazlığında iki üye ülke arasında iki taraflı yatırım antlaşmasının uygulanıp uygulanmayacağı ve antlaşmada öngörülen tahkim mekanizmasının AB hukukuna rağmen mümkün olup olmayacağı tartışılmıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta Hollanda sağlık sigorta şirketi olan Eureko, hükümetin ilgili piyasada yapmış olduğu değişikliklerin dolaylı kamulaştırma olması, adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine aykırı olması, tam koruma ve güvenlik esasına ve karın serbest transferi ilkesine aykırı olması sebebiyle Hollanda-Slovak Cumhuriyeti arasındaki iki taraflı yatırım antlaşmasının tahkim düzenlemelerine dayanarak tahkime gitmiş ve tazminat talep etmiştir. Tahkim sürecinde önce yetkiye ilişkin karar verilmiştir. Süreçte Komisyon AB hukukunun

¹⁸ “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 görüşe uygun hareket etmezse, Komisyon meseleyi Avrupa Birliği Adalet Divanı’na götürebilir. “

¹⁹ Regulation, No 1219/2012, *Establishing Transition Arrangements for Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries*, OJ L (351/40), (Regulation, No 1219/2012). Tüzük düzenlemeleri için bakınız: KARACAN, s. 1436.

²⁰ *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, UNCITRAL (Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension of 26 October 2010) ¶ 178, 276.

üstün olması sebebiyle mevcut antlaşmaların sona ereceğini, ayrıca Adalet Divanı'nın madde 344²¹ gereği münhasır yetkisi olması sebebiyle de zaten antlaşmada düzenlenen tahkim imkanının mümkün olmadığını bu sebeple de tahkim mahkemesinin yetkisiz olduğunu iddia etmiş ve “AB- içi yetki” itirazında (*intra-EU jurisdiction objection*) bulunmuştur. Ancak tahkim mahkemesi önce iki taraflı yatırım antlaşmasının 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne (Viyana Sözleşmesi) (*The Vienna Convention on Law of Treaties-VCLT*) madde 59²² gereği daha sonra da Viyana Sözleşmesi madde 30 gereği sona ermiş olduğu iddiasını reddetmiştir.²³ AB hukuku ile herhangi bir uyumsuzluk bulunmamıştır. Antlaşmaya göre tahkimin mümkün olup olmadığı konusunda ise mahkemenin uyuşmazlıkları uygulama konusunda tekel olmadığını belirtmiş²⁴, ABİA madde 344'ün “devlet-devlet” uyuşmazlığına ilişkin olduğunu, uyuşmazlığın “yatırımcı-devlet” arasında olması sebebiyle bu kapsamda sayılmayacağını belirtmiş ve uyuşmazlığı incelemiştir.²⁵ Ayrıca, tahkim mahkemesi AB hukukunun dikkate alınmasının ve uygulanmasının yetkisini kaldırmayacağını ve tahkim heyetinin AB hukukunu uluslararası hukuk ya da Alman hukuku olarak uygulayabileceğini belirtmiştir.²⁶ Sonuç olarak tüm bu sebeplerle tahkim mahkemesi Komisyonun “AB- içi yetki” itirazını reddetmiştir.²⁷ Daha sonra ilerleyen yıllarda esasa ilişkin karar verilmiştir.²⁸

Eastern Sugar v. Czech Republic (Çek Cumhuriyeti)²⁹ uyuşmazlığında tahkim mahkemesi antlaşmaların AB'ye üyelik ile sona ermediğine, antlaşmaların sona ereceğine ilişkin antlaşmalarda (AB Antlaşmaları, Katılım Antlaşması ve ilgili Yatırım antlaşması dahil) herhangi bir düzenleme

²¹ “Üye devletler, Antlaşmalar'ın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda, Antlaşmalar'da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmamayı taahhüt ederler.”

²² ¶ 233-267.

²³ ¶ 277.

²⁴ ¶ 282.

²⁵ ¶ 276.

²⁶ ¶ 283

²⁷ ¶ 293.

²⁸ *Achmea* Davası (Eureko davasının yeni adı), PCA Case 2008-13, 7 Aralık 2012. Çalışma sadece antlaşmaların AB hukuku içindeki yerini tartışmayı amaçladığı için karara ilişkin değerlendirme yapılmayacaktır.

²⁹ *Eastern Sugar B.V. v. The Czech Republic*, SCC No. 008/2004, (Partial Award of 27 March 2007). Davaya ilişkin ilk bölümü KARACAN, s. 1439-1440'dan alınmıştır. Bakınız: Laurence BURGER, Perreard de BOCCARD, *Latest Developments Concerning European Bilateral Investment Treaties*, 17.12.2012, Kluwer Arbitration Blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/17/latest-developments-concerning-european-bilateral-investment-treaties/> (BURGER&BOCCARD), Markus BURGSTALLER, *The Future of Bilateral Treaties of EU Member States*, edited Bungenberg&Griebel&Hindelang, International Investment Law, European Yearbook of International Economic Law, Springer 2011 (BURGSTALLER, *Future of Bilateral*); Christophe von KRAUSE, *The European Commission's Opposition To Intra-EU BITs And Its Impact On Investment Arbitration*, Posted: 28 September 2010, Kluwer Arbitration Blog <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/09/28/the-european-commissions-opposition-to-intra-eu-bits-and-its-impact-on-investment-arbitration/>

bulunmadığını belirtmiştir. Tahkim mahkemesi antlaşmaların AB antlaşmaları ile ilişkisini Viyana Sözleşmesine göre değerlendirmiştir. Yatırım antlaşmalarının AB antlaşmaları ile ileri sürüldüğü üzere konuyu kapsamadığına³⁰, yatırım antlaşmalarının yerine AB antlaşmalarının geçeceğine dair taraf niyetlerinin olmadığına³¹, antlaşmaların birbiriyle uyumlu olduğuna³², bu sebeplerle madde 59 şartlarının sağlanmadığına, sonuç olarak yatırım antlaşmasının geçerliliğini koruduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak tahkim mahkemesi “AB-içi YKTK”ların AB’ye üye olunmasıyla birlikte sona ermediğine, AB hukukunun üstünlüğü kavramının AB’nin iç konusu olduğuna, ancak iki taraflı yatırım antlaşmalarının uluslararası genel hukuk tarafından düzenlendiğine karar vermiştir.³³

Bu konuda son kararı verecek olan Adalet Divanıdır. Ancak aşağıda tartışılacağı üzere *Micula* davası sonrası Komisyon’un henüz Adalet Divanı kararı olmadan bu konuda üyeler açısından birçok zorlaştırıcı adım atarak antlaşmaların kullanımını kısıtlamadığı görülmektedir. Çok yeni bir gelişme olarak konu Adalet Divanı’na taşınmıştır. Önceki adı *Eureko v. The Slovak Republic* davası olan *Achmea* davasında³⁴ konu ön karar prosedürü ile gündeme gelmiştir. Aslında yetkiye ilişkin karar aşamasında da benzer bir fırsat yakalanmış, yetkiye ilişkin hakem kararı verildikten sonra Slovak Cumhuriyeti karara Frankfurt Bölgesel Üst Mahkemesinde (*Higher Regional Court of Frankfurt*) iptal davası (*set-aside/annulment*) açılmıştır. Frankfurt Mahkemesi de Adalet Divanının AB hukukunu yorumlamada tekel hakkı bulunmadığı gerekçesiyle iddiaları reddetmiş ve tahkim mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermiştir. Daha sonra Slovakya, Alman Yargıtay’ı (*German Federal Supreme Court*) ‘ından kararın iptalini talep etmiştir. Ancak o zaman Alman Mahkemesi bu fırsatı hakem kararının ilerlemiş olması sebebiyle ve yapılan itirazın ara karar üzerinden olması sebebiyle esası hakkında karar vermeyeceğini açıklamıştır. Daha sonra esasa ilişkin hakem kararı verildikten sonra Slovakya Frankfurt Bölgesel Üst Mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme önceki görüşünde, iki taraflı yatırım antlaşmasının uygulanacağı ve AB hukuku ile uyumlu olduğu konusunda ısrar etmiştir. Bunun üzerine Slovakya Alman Yargıtay’ına başvurmuştur. 10 Mayıs 2016 tarihinde mahkeme ön karar prosedürü ile Adalet Divanı’na gidip iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan tahkim hükümlerinin AB hukuku ile uyumu konusunda

³⁰ ¶ 159.

³¹ ¶ 167.

³² ¶ 168.

³³ Ayrıca bakınız: Jan KLEINHEISTERKAMP, *The Next 10 Year ECT Investment Arbitration: A Vision for the Future-From a European Law Perspective*, London School of Economics- Law, Society and Economy Working Papers 7/2011, (Working Paper) (KLEINHEISTERKAMP, *Next 10*), s. 9.

³⁴ Euroke Achmea birleşmesi sonrası şirketin adı Achmea olarak değiştirilmiştir ancak kolaylık açısından hakem kararında Eureko olarak kullanılmaya devam edilmiştir.

görüş alacağını belirtmiştir ve süreci başlatmıştır.³⁵ Söz konusu düzenlemelerin ABİA madde 18, 267 ve 344 açısından değerlendirilmesi istenmiştir.³⁶

II. Avrupa Birliği ve Enerji Şartı Antlaşması

Konunun EŞA açısından da incelenmesi önem arz etmektedir. Çok taraflı bu antlaşmaya³⁷ hem üye ülkeler³⁸ hem de AB taraftır. Konu “AB-içi YKTK”lara benzemekle birlikte hem antlaşmanın çok taraflı olması sebebiyle hem de üye üyelere ek olarak antlaşmaya AB’nin de taraf olması sebebiyle bu bölümde ayrıca ele alınacaktır. Çalışmada sadece üye ülkeler arasındaki uyuşmazlıkların EŞA kapsamında gündeme gelmesi değerlendirilecektir. Üye ülke ve üye olmayan EŞA tarafı ülkenin ya da yatırımcısının arasındaki uyuşmazlıklar çalışma kapsamında değildir.

Konuya ilişkin birçok soru akla gelebilir. Öncelikle AB üye ülkeleri arasında EŞA mı yoksa AB hukuku mu uygulanacaktır? AB’nin de antlaşmaya taraf olması antlaşmayı AB hukukunun parçası yapmış mıdır? Eğer AB üye ülkeleri arasında EŞA uygulanacaksa, uyuşmazlık durumunda EŞA madde 26’da öngörülen uyuşmazlık çözümü mü uygulanacaktır? Yoksa Adalet Divanı’nın münhasır yetkisi ileri sürülüp uyuşmazlık Adalet Divanında mı çözülecektir? EŞA yöntemine göre uyuşmazlık çözümüne gidilebileceği kabul edilirse tahkim mahkemesi AB hukukunu uygulayabilecek midir? Tahkim mahkemesi AB hukukunu uygularsa, nasıl uygulayacaktır ve AB hukukunun kendine özgü özelliklerini örneğin üstün olmasını dikkate alacak mıdır? Bu bölümde Tahkim Mahkemesi kararları ışığında bu sorulara cevap bulunmaya çalışılacaktır. Ancak şimdiye kadar hiçbir tahkim mahkemesi üye ülkelerarası uyuşmazlıklarda EŞA’nın uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu tartışmamıştır.³⁹ Konuya ilişkin Adalet Divanı kararı bulunmamaktadır. Ancak başka davalarda ilgili konular tartışılmıştır. Örneğin, AB hukuku kapsamında uluslararası antlaşma akdedilmesi konusunda Birliğin münhasır yetkisine ilişkin ABİA

³⁵ 3 Mart 2016.

³⁶ Luke Eric PETERSON, *European Court Of Justice Is (Finally) Invited To Weigh In On Compatibility Of Intra- EU Bilateral Investment Treaties And EU Law*, May 10, 2016, International Arbitration Reporter.

³⁷ Genel bilgi için: Pinar BAKLACI, Esen AKINTÜRK, *Enerji Şartı Antlaşması*, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2006, s. 97-113 (BAKLACI&AKINTÜRK, *Enerji Şartı*); Pinar BAKLACI, Esen AKINTÜRK, *Enerji Şartı Antlaşmasına Göre Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C XXIV, S 2, Aralık 2007, s. 305-345 (BAKLACI&AKINTÜRK, *Enerji Şartı Uyuşmazlık*).

³⁸ Ancak yakın zamanda İtalya EŞA’dan çıkmıştır. Bu çalışma kapsamında olmamakla birlikte konunun AB-EŞA ilişkisi içinde ayrıca dikkate alınması gereken bir konudur.

³⁹ Christian TIETJE, *The Applicability of ECT in Intra-EU Disputes*, Conference: ‘The EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty’, 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London.

madde 3(2)⁴⁰ değerlendirmesine ilişkin *Pringle* davası⁴¹; uluslararası hukukun AB hukukuna etkisine ilişkin *Kadi* davası⁴² ve Adalet Divanının yetkisine ve diğer mahkemelerle ilişkisine ait ise çeşitli Mahkeme Görüşleri bulunmaktadır. Dava ve görüşler ilgili bölümde ele alınacaktır. Öncelikle EŞA ve AB hukuku ilişkisi ele alınacaktır.

EŞA'ya hem AB üye ülkelerinin hem de AB'nin taraf olması sebebiyle karma antlaşmadır (*mixed agreement*). Antlaşma kapsamında hem üye ülkelerin hem de AB'nin yetkisi vardır.⁴³ Bu konuda AB Komisyonu'nun EŞA Sekreteryasına sunmuş olduğu bir açıklama bulunmaktadır.⁴⁴

*“Avrupa Toplulukları ve üye ülkeler Enerji Şartı Antlaşmasını akdetmişlerdir ve antlaşmada yer alan yükümlülükleri kendi yetkilerine uygun olarak yerine getirme konusunda uluslararası sorumludurlar.”*⁴⁵

Bu açıklamada ayrıca gereklilik halinde Komisyon ve ilgili üye ülkenin taraf ülke yatırımcısı tarafından başlatılan tahkim sürecinde kimin davalı olacağını belirleyecekleri ve bu bildirim en geç 30 gün içinde yapacakları belirtilmiştir.⁴⁶

EŞA ile başlangıçta öngörülmeleyen birçok sorun gündeme gelmiştir. Örneğin antlaşmanın AB hukuku ile uyumu konusu özellikle üçüncü ülkelerle ilişkiler açısından önemlidir. Ayrıca antlaşmanın uluslararası hukuk perspektifi açısından geçerliliği sebebiyle AB üye ülkeleri arasında da uygulanması ve konunun AB hukuku içinde nasıl sonuç doğuracağı da tartışılması gereken bir konudur.

⁴⁰ “Bir uluslararası andlaşmanın akdedilmesi, Birliğin bir yasama tasarrufunda öngörülüyorsa veya Birliğin iç yetkisini kullanabilmesi için gerekliyse ya da Birliğin ortak kurallarını etkiliyor veya bunların kapsamını değiştireyorsa, Birlik böyle bir andlaşmanın akdedilmesi konusunda münhasır yetkiye sahiptir.”

⁴¹ C-370/12, 27 Kasım 2012.

⁴² Case C-402/05 P and C-415/05, *P. Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351.

⁴³ BURGSTALLER, *Future of Bilateral*.

⁴⁴ Statement submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty, OJ, 69/115, 09.03.1998.

⁴⁵ Statement submitted by the European Communities, “*The European Communities and their Member States have both concluded the Energy Charter Treaty and are thus internationally responsible for the fulfillment of the obligations contained therein, in accordance with their respective competences.*”

⁴⁶ “*The Communities and the Member States will, if necessary, determine among them who is the respondent party to arbitration proceedings initiated by an Investor of another Contracting Party. In such case, upon the request of the Investor, the Communities and the Member States concerned will make such determination within a period of 30 days. (This is without prejudice to the right of the investor to initiate proceedings against both the Communities and their Member States.)*”

Cevaplanması gereken ilk konu; EŞA'nın kapsamı AB hukukunun özellikle de enerji hukukunun bir parçası olmuş mudur? Bu sorunun cevabı EŞA'nın AB üye ülkesi arasında uygulanıp uygulanmayacağı açısından önemlidir. AB üyesi ülkeler arasında antlaşma geçerliliğini koruyacak mıdır? Enerji konusu özellikle de enerji işbirliği konusu henüz tamamıyla AB münhasır yetki alanında değildir, bu alan üye ülke ile paylaşılan yetkilerdendir (*shared competences*).⁴⁷

Diğer konu; bir AB üyesi ülke ve üye olmayan ülke arasında EŞA'nın uygulanması durumudur. Konuya AB üyesi ülkenin uluslararası antlaşma imzalama yetkisi olup olmadığı açısından bakılabilir. EŞA'nın da içinde değerlendirileceği eski antlaşmalar açısından yukarıda ele alınan ABİA madde 351 gündeme gelecektir. Madde gereği katılım tarihlerinden önce üçüncü ülkelerle akdetmiş olan antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükler halel getirilmeyecektir. Konuya ilişkin mahkeme kararı da bulunmaktadır. *Commission v. Slovakia* davasında önceki antlaşmaların AB düzenlemelerden üstün olacağına karar vermiştir.⁴⁸ Üye ülkelerin uluslararası yeni antlaşmalara taraf olma konusu ise EŞA açısından önemli olmamakla birlikte hem ABİA madde 3(2) de AB'nin münhasır yetkileri olarak düzenlenmiş hem de *Pringle*⁴⁹ davasında gündeme gelmiştir. Davada ABİA madde 3(2) uluslararası antlaşma akdetme konusundaki münhasır yetki konusu tartışılmıştır. Davada üye ülkelerin ortak kuralları ve ilgili alanı etkileyecek konularda uluslararası antlaşma akdedemeyeceklerine karar vermiştir.⁵⁰ Sonuç olarak EŞA önceden akdedilen antlaşma olması sebebiyle bağlayıcı olmaya devam edecektir. AB üyesi ülkeler arasında uygulanıp uygulanmayacağı konusunda çözüm olarak muafiyet belirtme (*carve out*) önerilmiştir.⁵¹ Kanımca gerçekleşmesi çok olası olmamakla üye ülkelerin yapacağı ortak bir açıklama ile EŞA'nın aralarında uygulanmayacağı açıklaması çözüm olarak ileri sürülmüştür.⁵² Çözüm bulunmaması halinde “AB-içi YKTK” konusunda ele alındığı ve bu bölümde de uyuşmazlıklar kapsamında tekrar değinileceği üzere konuya uluslararası hukuk veya AB hukuku perspektifinden bakılması farklı sonuçlar doğuracak ve ülke açısından sorumluluk doğmasını engellemeyecektir.

EŞA kapsamında uyuşmazlıklara bakıldığında 88 uyuşmazlığın 53 tanesi üye ülke arasındaki

⁴⁷ TIETJE, ABİA madde 4(2)i, ABİA madde 194(2).

⁴⁸ C 264/09 *Commission v. Slovakia*.

⁴⁹ TIETJE.

⁵⁰ TIETJE.

⁵¹ KLEINHEISTERKAMP, *Next 10 Year*, s. 15-16.

⁵² TIETJE.

uyuşmazlığa ilişkindir.⁵³ Aşağıdaki uyuşmazlıklarda AB hukuku ve EŞA ilişkisi tartışılmıştır.

AES Summit Generation Ltd. et al. v. Hungary (Macaristan) İngiliz şirket AES Summit ve Macaristan şirketi AES Tisza Macaristan'a karşı EŞA düzenlemelerini ihlal ettiği gerekçesiyle tahkim yoluna gidilmiştir. Tahkim mahkemesi öncelikle uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk konusunun tartışılması ve uygulanacak hukukun EŞA ile birlikte uluslararası hukuk kural ve ilkeleri olduğuna karar vermiştir.⁵⁴ EŞA'nın düzenlemelerinin yorumlanması gerekirse Viyana Sözleşmesi madde 31 ve 32'ye başvurulabileceği belirtmiştir.⁵⁵ EŞA madde 16'nın AB hukuku ile ihtilaf olması durumunda gündeme geleceğine⁵⁶, ancak söz konusu uyuşmazlıkta AB hukuku ile ilgili bir ihtilaf bulunmadığına karar verilmiştir.⁵⁷ Kararda ayrıca katılım öncesi yapılmış antlaşmalara ilişkin ABİA madde 307'nin uyuşmazlıkta üçüncü ülke söz konusu olmadığı için uygulanmayacağı belirtilmiştir.⁵⁸ Sonuç olarak tahkim mahkemesi EŞA'nın uygulanacak hukuk olduğuna ve AB hukukunun maddi vakıa olarak (*as a relevant fact*) dikkate alınacağına karar vermiştir.⁵⁹

Electrabel S.A. v. Hungary (Macaristan)⁶⁰ Belçika şirketi Electrabel enerji üretim ve satış şirketidir. Macaristan'ın AB'ye üye olmasından sonra AB Komisyonu Electrabel'in enerji satın alma antlaşmalarının (*PPA- power purchase agreement*) AB hukukunun devlet yardımı düzenlemelerine aykırı olması sebebiyle sona erdirilmesine ilişkin bir karar almıştır. Electrabel antlaşmaların sona erdirilmesinin EŞA'ya aykırı olduğunu ve yapılan işlemin hukuka aykırı kamulaştırma olduğunu iddia etmiştir. Tahkim mahkemesi önce yetki, uygulanacak hukuk ve sorumluluğa ilişkin bir karar almıştır.⁶¹ Bu süreçte Electrabel'in birçok iddiası reddedilmiş sadece

⁵³ TIETJE.

⁵⁴ ICSID Case No ARB/07/22, 23 Eylül 2010, ¶ 7.6.4.

⁵⁵ ¶ 7.6.5.

⁵⁶ ¶ 7.6.7. Antlaşmanın Türkçe metni için bakınız: RG 12.07.2000, S. 24107, 1. Mükerrer Sayı.

EŞA madde 16 (Diğer Antlaşmalarla İlişki):

“ İki veya daha fazla Antlaşma tarafının daha önceden veya sonradan, bu Antlaşmanın 3'üncü ve 5'inci Bölümlerini ilgilendiren bir uluslararası antlaşmaya dahil olmaları durumunda:

(1) Bu Anlaşmanın 3'üncü veya 5'inci Bölümlerinde yer alan hiç bir hüküm, diğer antlaşma şartlarından veya söz konusu antlaşma kapsamında yer alan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin herhangi bir haktan daha eksik biçimde yorumlamayacaktır.

(2) Diğer Antlaşma şartları kapsamında yer alan hiç bir hüküm, bu Antlaşmanın 3'üncü ve 5'inci bölümlerinde yer alan şartlardan veya bu Antlaşma kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin herhangi bir haktan daha eksik biçimde yorumlanamayacaktır.

Hangi hüküm Yatırımcı veya Yatırım açısından daha avantajlı ise o hüküm uygulanacaktır.”

⁵⁷ ¶ 7.6.8.

⁵⁸ ¶ 7.6.10.

⁵⁹ ¶ 7.6.12.

⁶⁰ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID ARB/07/19 (Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012), Award on 25 November 2015, ayrıca bakınız: BURGER&BOCCARD.

⁶¹ 30 Kasım 2012.

bir iddia daha sonraki aşamaya bırakılmıştır. Daha sonra da ilgili karar verilmiş ve Electrabel'in iddiası reddedilmiştir.⁶² Yetki, uygulanacak hukuk ve sorumluluğa ilişkin kararda tahkim mahkemesi ABİA madde 344'ün Adalet Divanı'nın son sözü söylemesinin garantisi olduğunu ancak bu düzenlemenin tahkimi engellemediğine⁶³, kaldı ki AB'nin de EŞA'ya taraf olarak madde 26 ile birlikte bunu kabul ettiğine bu sebeple de tahkimin mümkün olduğuna karar vermiştir. Tahkim mahkemesinin AB kurumlarının düzenlemelerinin hukuka uygunluğunu denetlemesi gerekmediği için mahkemenin yetkine girecek bir durum olmadığı için sorun olmayacağını belirtmiştir.⁶⁴ Uygulanacak hukuk konusunda EŞA ve ICSID'in uluslararası hukuk kurallarıyla birlikte uygulanacağına⁶⁵, EŞA ve ICSID'in bağlayıcı olduğuna⁶⁶, AB hukukunun sadece AB Antlaşmalarından oluşmadığına ayrıca EŞA'nın AB'yi AB hukuku olarak (*as a matter of EU law*) bağladığına⁶⁷, tahkim antlaşmasının ya da uyuşmazlığın esasına ilişkin EŞA ve AB hukuku arasında uyumsuzluk bulunmadığına⁶⁸ karar vermiştir. Karar EŞA ve AB hukuku arasındaki hiyerarşi konusunu tartıştığı için de önemlidir.⁶⁹ Öncelikle uyuşmazlık konusunda AB hukuku ve EŞA tahkim düzenlemeleri arasında çelişen bir durum olmadığını tekrar vurgulamıştır.⁷⁰ Ancak uyuşmazlık olması halinde ise açık bir kural olmadığı ve uluslararası hukukun yorum kurallarının uygulanacağı belirtilmiştir. EŞA'nın AB hukuku ile uyum içinde yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır.⁷¹ Bu süreçte yukarıda bahsedilen üye ülkelerin 1958 öncesi ya da daha sonra AB'ye katılmaları durumunda katılım öncesi akdettikleri antlaşmaların durumuna ilişkin eski madde 307 yeni ABİA madde 351 EŞA değerlendirmelerinde gündeme gelmiştir. İlgili maddenin iki üye ülke arasındaki durumlarda uygulanmadığı belirtilmiştir.⁷² Üye olmayan ülke ve üye ülkenin AB'ye üye olmadan önce imzalanmış antlaşmalar açısından ise Viyana Sözleşmesi madde 30(4)b gereği takip eden antlaşmanın taraflarının aynı olmaması durumunda, tarafların bulunduğu antlaşmanın uygulanması gerektiği belirtilmiştir.⁷³ İki devlet hem katılım öncesi antlaşmaya hem de EU antlaşmalarına tarafsız Viyana Sözleşmesi madde 30(3) gereği sonraki antlaşma

⁶² 25 Kasım 2015.

⁶³ ¶ 4.147.

⁶⁴ ¶ 4.198.

⁶⁵ ¶ 4.193.

⁶⁶ ¶ 4.194.

⁶⁷ ¶ 4.19.

⁶⁸ ¶ 4.196.

⁶⁹ ¶ 4.173.

⁷⁰ ¶ 4.175.

⁷¹ ¶ 4.130.

⁷² ¶ 4.180.

⁷³ ¶ 4.181.

uygulanacaktır.⁷⁴ Hakem mahkemesi EŞA ve AB hukuku arasında çelişen düzenlemeler olması halinde, üye ülkenin EŞA'ya dayanarak AB üyesi başka bir üye ülkeye talepte bulunamayacağını ve AB hukukun uygulanacağını belirtmiştir.⁷⁵ Fakat söz konusu uyuşmazlıkta EŞA ve AB hukuku arasında herhangi bir esas uyumsuzluk bulunmadığı tekrar vurgulanmıştır.⁷⁶ Tahkim Mahkemesi ayrıca yetki itirazlarını değerlendirmiş ve yetkisi bulunduğu karar vermiştir.⁷⁷

Charanne and Construction Investments v. Spain (İspanya) Orijinal metnin İspanyolca olması sebebiyle ilgili bölüm kararın resmi olmayan İngilizce tercümesinden alınmıştır.⁷⁸ Hollanda şirketi Charanne ve Lüksemburg şirketi Construction Investments güneş enerjisi sistemiyle elektrik üreten ve satış yapan bir şirkettir. Şirket İspanya'nın ilgili rejime getirmiş olduğu değişikliklerin EŞA'yı ihlal ettiğini iddia etmiştir. Hem üye ülkeler hem de AB, EŞA kapsamında davalı olabilirler.⁷⁹ Tahkim mahkemesi EŞA ve ABİA ilgili hükümleri arasında uyumsuzluk bulunmadığına, hatta AB hukukunda üye ülkenin başka bir üye ülke yatırımcısı arasındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmesini engelleyen bir düzenleme ve tahkim mahkemesinin AB hukukunu uygulamasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığını belirtmiştir.⁸⁰ Tahkim mahkemesine göre iddia edildiği üzere ABİA madde 344 tahkim mahkemesinin yetkisini etkilememektedir, hatta AB hukukunu uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸¹ AB, EŞA'ya taraf olduğunda zaten madde 26 düzenlemesini de kabul etmiştir.⁸² Bu sebeple de tahkim mahkemesinin yetkisi vardır.⁸³ EŞA madde 16 EŞA ve EU hukuku arasında herhangi bir uyumsuzluk olmadığı için uygulanmayacaktır.⁸⁴ Uyuşmazlıkta Electrabel kararına atıf yapılmıştır.⁸⁵

Önemli olan, konunun hangi bakış açısı ile ele alınacağıdır. Uluslararası hukuk veya AB hukuku yaklaşımına göre varılan sonuç, bakış açısına göre farklı olacaktır. İlgili uyuşmazlıklar değerlendirildiğinde konuya uluslararası hukuk perspektifi ile yaklaşmış Viyana Sözleşmesi esas

⁷⁴ ¶ 4.182.

⁷⁵ ¶ 4.189.

⁷⁶ ¶ 4.196.

⁷⁷ ¶ 5.38.

⁷⁸ Case 062/2012, 21 Ocak 2016, <http://www.italaw.com/cases/2082>, unofficial translation (resmi olmayan tercümesi) by Mena Chambers-Draft 1, 3 Mart 2016.

⁷⁹ ¶ 429.

⁸⁰ ¶ 438.

⁸¹ ¶ 443.

⁸² ¶ 445.

⁸³ ¶ 450.

⁸⁴ ¶ 439.

⁸⁵ ¶ 445.

alınmıştır. AB hukuku ve EŞA arasındaki olası uyumsuzluklarda ya EŞA madde 16 kapsamında gündeme gelecek ya da Viyana Sözleşmesindeki yol izlenecektir. Uyuşmazlık iki AB üyesi arasında ise ve AB hukuku ile uyumlu değilse, AB hukuku uygulanacak, üçüncü ülke söz konusu ise ikisinin de taraf olduğu antlaşma uygulanacaktır. Sonuç olarak uluslararası hukuk perspektifinde ABİA madde 3(2) üstünlüğü ilkesi dikkate alınmayacak değerlendirme Viyana Sözleşmesi madde 27 ve 30'a göre yapılacaktır.⁸⁶

Oysa AB hukuku bakış açısında AB hukukunun “*sui generis*” kendine özgü yapısı gereği Viyana Sözleşmesi uygulanmayacaktır.⁸⁷ AB hukukunun üstünlüğü ilkesi gereği AB hukuku dikkate alınacaktır. Mahkemenin yetkisi açısından ABİA madde 344 dikkate alınacaktır.⁸⁸ AB hukuku açısından hakem mahkemesi AB hukukunu yorumlayarak AB kurumlarını veya üye ülkeleri bağlayıcı değerlendirme yapamaz. Bu çalışmada değerlendirilmemekle birlikte AB hukukunun kapsamı nedir sorusu da ayrıca cevaplanması gereken bir konudur.⁸⁹ AB perspektifinde 1958 tarihi öncesi veya daha sonra katılan devletler için katılım tarihlerinden önce akdedilmiş, antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükler hâle getirilmeyeceğine ilişkin ABİA madde 351 de dikkate alınmalıdır.⁹⁰ Ancak burada **Kadi** davası önemlidir.⁹¹ Dava uluslararası hukukun AB hukuku içindeki etkisi açısından önemli bir davadır ve davaya göre madde 351'in uygulandığı durumlarda bile düzenleme Topluluk hukuk düzeninin temelini oluşturan prensiplerin değiştirilmesine cevaz verecek şekilde yorumlanmamalıdır.⁹²

Yine bu alanda belirleyici olan Adalet Divanı'nın konuya ilişkin karar vermesi olacaktır. Ancak Adalet Divanı'nın EŞA'nın AB üyeleri arasında uygulanmayacağına ya da AB antlaşmalarına uygun olmadığına ilişkin karar vermesi durumunda bu karar tahkim mahkemelerini bağlamayacağı

⁸⁶ Bakınız: TIETJE, Konstanze VON PAPP, *The principle of autonomy of EU law and its implications for intra-EU disputes under the ECT*, Conference: ‘The EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty’, 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London .

⁸⁷ TIETJE.

⁸⁸ Petra NEMECKOVA, *The Compatibility of the Energy Charter Treaty with EU Law*, Conference: ‘The EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty’ on 11 & 12 February 2016 at Queen Mary University of London.

⁸⁹ VON PAPP, Özellikle *Commission v. Australia, Sweden, Finland* (ilk bölümde bahsedilen *Komisyon v. Avusturya, İsveç, Finlandiya*) davalarında Hukuk Sözcüsü (*Advocate General*) Madura'nın tanımına bakmak gerekir. Madura'a AB çıkarlarının engellendiği ve AB hedeflerinin ciddi şekilde tehlikeye atıldığı durum (*when EU interests frustrated or EU objectives seriously jeopardized*) olarak tanımlamıştır.

⁹⁰ VON PAPP.

⁹¹ Joined cases C-402&415/05, *Kadi & Al Barakaat Int'l Found v Council & Commission* (2008) ECR I-6351.

⁹² “It must not be read to authorize to derogation of principles that form part of the very foundation of the Community legal order”.

için zor olmakla birlikte EŞA'nın tekrar görüşülmesi ve antlaşma kapsamında değişiklik yapılması bir çözüm olabilecektir.⁹³ Ya da yukarıda belirtildiği üzere olası olmamakla birlikte AB ülkelerinin birlikte yapacağı ortak bir açıklama EŞA'nın aralarında uygulanmayacağı açıklaması bir çözüm olabilecektir.

III. Antlaşmaların Doğrudan Etki Doğurması

AB'nin taraf olduğu antlaşmaların doğrudan etki (*direct effects*) doğurup doğurmayacağı konusu önemlidir. Konu EŞA gibi CETA veya TTIP gibi diğer antlaşmalar açısından da gündeme gelebilecektir. Doğrudan etki yine AB hukukuna özgü önemli kavramlardan biridir. Bu ilkeye göre gerçek ya da tüzel kişiler AB hukukundan kaynaklanan haklarını doğrudan ulusal mahkemelerinde talep edebilmektedirler. Bu süreçte şartlar sağlanıyorsa ulusal mahkeme üye ülkenin doğrudan etki doğuran uluslararası antlaşmaya aykırı davranması sebebiyle AB hukukunu ihlal ettiğine karar verebilecektir.⁹⁴

Antlaşmalarda taraflar açıkça antlaşmanın doğrudan etki doğurmayacağını belirtebilirler.⁹⁵ Örneğin CETA antlaşması kapsamında bu imkan tartışılmıştır.⁹⁶ EŞA'nın da doğrudan etki doğurup doğurmayacağı konusu değerlendirilmelidir.⁹⁷

Uluslararası antlaşmaların doğrudan etki doğurup doğurmayacağı konusunda net bir cevap olmamakla birlikte davalara bakıldığında konu genel hatlarıyla şu şekil özetlenebilir:

Kupferburg davasında iki aşamalı bir test ileri sürülmüştür. Öncelikle antlaşmanın genel yapısı ve doğası doğrudan etkiye engel olmamalıdır. Daha sonra da söz konusu hükümler doğrudan etki

⁹³ Jan KLEINHEISTERKAMP, *Investment Protection and EU Law: The Intra and Extra Dimension of the Energy Charter Treaty*, Journal of International Economic Law, 2012, 15(1), s. 85-109, s. 105 (KLEINHEISTERKAMP, *Investment Protection*).

⁹⁴ Christoph HERRMANN, *The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy*, The Journal of World Investment & Trade, 15, 2014, s. 570-584, s. 574.

⁹⁵ Paul REYNOLDS, Master Thesis, *The EU's New Trade Policy and the Doctrine of Direct Effect: The Final Crossroads?*, Tilburg University, Master of International and European Law July 2012, Supervisor Dr. A. Dimopoulos, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=127439>

⁹⁶ Stephen W. SCHILL, Editorial: *Opinion 2/13-The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?*, The Journal of World Investment and Trade, 16, 2015, s. 379-388, s. 385. CETA madde 14 (çekinceler-reservations).

⁹⁷ Detaylı bilgi için bakınız: REYNOLDS.

doğurmak için yeterince açık ve koşulsuz olmalıdır.⁹⁸ Dünya Ticaret Örgütü antlaşmaları kapsamında konu *International Fruit* davasında tartışılmıştır.⁹⁹ GATT antlaşmasının genel niteliği ve antlaşmanın başlangıç bölümünde görüşmelerin karşılıklılık esası ve karşılıklı avantajlı düzenlemeler doğrultusunda yapılacak olmasının belirtilmesi ve antlaşmanın esnek olması sebebiyle doğrudan etki doğurmayacağına karar verilmiştir.¹⁰⁰ *Intertanko* davasında ise test tek aşamaya inmiştir.¹⁰¹ Antlaşmanın koşulsuz ve yeterince açık olması (*unconditional and sufficiently precise*) aranmıştır.¹⁰²

Adalet Divanı'nın rolü belirleyici olacaktır. Özellikle de AB'nin taraf olduğu yatırım antlaşmalarının doğrudan etki doğurup doğurmayacağı konusunda yaklaşımı önemli ve belirleyici olacaktır.¹⁰³

IV. Hakem Kararlarının Avrupa Birliği Ülkelerinde Tenfizi

Verilen hakem kararlarının AB ülkelerinde tenfizi sorunu da değinilmesi gereken konulardandır. Özellikle de ilgili hakem kararı iki AB üyesi ülke arasında ise tartışma AB hukuku tartışmalarını da içermektedir. *Micula* davası ve sonrası olan gelişmeler bu açıdan önemlidir. Söz konusu davada tahkim mahkemesi Romanya'nın İsveç-Romanya arasındaki iki taraflı yatırım antlaşmasının “adil ve hakkaniyete uygun muamele (*fair and equitable treatment-FET*) ilkesine aykırı davranması sebebiyle Romanya'yı tazminata hükmetmiştir. AB Komisyonu karar alarak (*injunction decision*) Romanya'nın hakem kararını yerine getirmemesini, kararın yerine getirilmesi halinde AB devlet yardımı (*state aid*) düzenlemelerine aykırı durum oluşacağını ileri sürmüştür.¹⁰⁴ Komisyon görüşünü AB hukukunun üstünlüğü ilkesine dayandırmıştır, bu sebeple de kararın AB içinde uygulanamayacağını iddia etmiştir. *Micula* bunun üzerine Komisyon kararına karşı dava açmıştır

⁹⁸ REYNOLDS, HERRMANN, 577, Marco BRONCKERS, *Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation Before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Agreements*, Journal of International Economic Law, 2015, 18, s. 667-668. Case 104/81, *Hauptzollamt Mainz v. C.A. Kupferberg & Cie. Kga.A.*, 1982 E.C.R. 3641.

⁹⁹ Joined Cases 21–24/72, *International Fruit Company NV and others v. Produktschap voor Groenten en Fruit*, [1972] ECR 1272

¹⁰⁰ HERRMANN, s. 577

¹⁰¹ REYNOLDS, Case 308/06, *The Queen, on the application of International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others v. Secretary of State for Transport*, [2008] ECR I-4057.

¹⁰² HERRMANN, s. 577.

¹⁰³ HERRMANN, s. 572.

¹⁰⁴ Nikos LAVRANOS, *Interference of Commission in Enforcement of Arbitral Awards: The Micula Case*, *Global Investment Protection*, 5/11/2014, <http://www.globalinvestmentprotection.com/index.php/interference-of-the-european-commission-in-the-enforcement-of-arbitration-awards-the-micula-case/>, (LAVRANOS, *Interference*)

aynı zamanda Romanya ICSID’de kararın iptalini (*annulment*) talep etmiştir. Ancak hakem kararının iptali talebi reddedilmiştir.¹⁰⁵

Ayrıca AB Komisyonu beş farklı AB üyesi ülkenin ulusal mahkemesinde (Romanya, Belçika, Fransa, Lüksemburg ve İngiltere) devam eden tahkim kararlarının tanıma ve tenfiz aşamasına dahil olmuştur.¹⁰⁶

Hakem kararının ICSID kararı olup olmamasına göre durum değişecektir. ICSID madde 53-54’e göre ICSID kararları için ayrıca tenfiz kararı gerekmemektedir.¹⁰⁷ Özellikle AB üyesi ülkeler arasında tenfiz konusunda yine uluslararası hukuk ve AB hukuku bakış açısına göre farklı sonuçlar çıkabilecektir.¹⁰⁸ Bu durumda ICSID uygulanırsa AB hukukuna, ABİA madde 107’ye (*state aid*) aykırı olacağı ancak uygulanmazsa da ICSID madde 53-54’e aykırı davranılmış olacağı ileri sürülmüştür.¹⁰⁹ Konu hangi bakış açısıyla ele alınırsa sonuç farklı olacaktır.

Yine Adalet Divanının konuya ilişkin kararı belirleyici olacaktır. Bu süreçte şartlar uygun olduğu ölçüde kararın AB ülkeleri dışında tenfizi istenebilecektir.¹¹⁰ Örneğin bu duruma Micula davasında ABD’de kararın tenfizinin talep edilmesi örnek gösterilebilir.¹¹¹

V. Adalet Divanı ve Yatırım Tahkimi İlişkisi

Aslında yukarıda incelenen “AB-içi YKTK” ve EŞA ve AB hukuku ilişkisi içinde Adalet Divanı’nın münhasır yetkisi ve ABİA madde 344 değerlendirmesi değinilen konulardan biriydi. Ancak ilgili Adalet Divanı Görüşleri de değerlendirilerek konuya sadece mahkemenin yetkisi açısından vurgu yapmak için konu ayrı bir bölüm olarak ele alınacaktır. Temel sorular şu şekilde sıralanabilir: Adalet Divanına rağmen “yatırımcı-devlet” tahkime gidilebilecek midir? Tahkimin

¹⁰⁵ 26 Şubat 2016, Luke Eric PETERSON, *Breaking: Controversial Arbitral Award Against Romania Is Upheld, Thus Affirming \$250+ Million Compensation For Micula Brothers*, Feb 26, 2016, Investment Arbitration Reporter.

¹⁰⁶ Luke Eric PETERSON, *European Commission’s Arguments Before Micula Annulment Committee Are Dismissed, But E.C. Says That Its Non-Enforceability Arguments Are Gaining Purchase In Member-State Courts*, Feb 28, 2016, Investment Arbitration Reporter.

¹⁰⁷ TIETJE&WACKERNAGEL, Markus BURGSTALLER, *Enforcement of Intra-EU ECT Arbitral Awards in the EU*, Conference: ‘The EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty’ on 11 & 12 February 2016 at Queen Mary University of London (BURGSTALLER, *Enforcement*).

¹⁰⁸ Intra-EU ICSID kararlarının değerlendirilmesi için bakınız: TIETJE&WACKERNAGEL, s. 206.

¹⁰⁹ TIETJE&WACKERNAGEL, s. 207.

¹¹⁰ Nikolaos LAVRANOS, *The Epilogue in the MOX Plant Dispute: An End Without Findings*, European Energy and Environmental Law Review June 2009, s. 418, (LAVRANOS, *Epilogue*).

¹¹¹ Luke Eric PETERSON and Jarrod HEPBURN, *Recent Post-Award Developments in the Micula v. Romania I Case*, Sep 10, 2015, Investment Arbitration Reporter.

mümkün olması durumunda tahkim mahkemesi AB hukukuna göre karar verebilecek midir? Yoksa Adalet Divanı'nın yetki dışında AB Hukukunu yorumlama konusunda da münhasır yetkisi mi vardır?¹¹²

Söz konusu konular hem hakem kararlarında hem de Adalet Divanı kararlarında ele alınmıştır. Hakem kararlarına bakıldığında:

Eureko v. The Slovak Republic davasında Tahkim Mahkemesi Adalet Divanı'nın AB hukukunu yorumlamada tekel olmadığına; AB içinde diğer mahkeme ve tahkim mahkemelerinin de AB hukukunu yorumlayıp uygulayabileceğine; ancak Adalet Divanı'nın AB hukukunun nasıl yorumlanacağı konusunda kesin ve belirleyici rolü (*final and authoritative interpretation of EU law*) olduğuna fakat bu durumun yorumlamada tekel olmaktan farklı bir şey olduğuna karar vermiştir.¹¹³ **Eastern Sugar v. Czech Republic** davasında ve **Electrabel S.A. v. Hungary**¹¹⁴ de benzer tartışmalar gündeme gelmiştir. Hakem mahkemesinin AB kurumlarının düzenlemelerinin hukuka uygunluğunu denetlemesi gerekmediği için mahkemenin yetkisine girecek bir durum olmadığı bu sebeple de sorun olmayacağını belirtmiştir.¹¹⁵ Tahkim mahkemesi Adalet Divanı'nın (ABİA madde 344) üye ülkeler arasında AB hukukunun uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklarda münhasır yetkisi olduğunu ancak bu düzenlemenin diğer mahkeme ve tahkim mahkemelerinin AB hukukunu uygulamasını engellemediğini, AB hukukunun uluslararası ticarete verdiği önem düşünüldüğünde aksinin mümkün olmadığını belirtmiştir.¹¹⁶

Adalet Divanı'nın yaklaşımı ise farklı olmuştur.¹¹⁷ **MOX Plant** davasında AB Komisyonu İrlanda'ya Adalet Divanı'nın münhasır yetkisine rağmen Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine (*United Nations Convention on the Law of the Sea-UNCLOS*) dayanarak İngiltere'ye karşı tahkim mekanizmasını başlatarak AB hukuku yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle dava

¹¹² Adalet Divanı ve tahkim ilişkine ait tartışmanın ilk hali KARACAN'da yer almıştır, (s. 1441-1444). Ancak ilgili bölüme güncel gelişmeler ayrıca da konuya ilişkin 3 Görüş eklenmiştir. August REINISCH, *The EU on the Investment Path-Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements*, Santa Clara Journal of International Law, V.12, Issue 1, Article 6, s. 111-157; Mark A. CLODFELTER, *The Future Direction of Investment Agreements in the European Union*, Santa Clara Journal of International Law, V.12, Issue 1, Article 7, s. 179-180.

¹¹³ *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, ¶ 282.

¹¹⁴ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID ARB/07/19 (Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability 30 November 2012), ayrıca bakınız: Burger&Boccard, Karacan, s. 1443.

¹¹⁵ ¶ 4.198.

¹¹⁶ ¶ 4.147. KARACAN, s. 1443.

¹¹⁷ Bu bölümdeki tartışmaların bir bölümü ilk olarak Karacan çalışmasında ele alınmıştır ancak ilgili bölüm güncel konular özellikle Adalet Divanı'nın Görüşleri de eklenerek genişletilmiştir, bakınız KARACAN, s. 1444.

açmıştır.¹¹⁸ Aynı zamanda da UNCLOS Tahkim Mahkemesi'nin yetkisine itiraz etmiştir. UNCLOS Tahkim Mahkemesi itirazı haklı bulup Adalet Divanı karar verene kadar işlemleri durdurmuştur.¹¹⁹ Daha sonra İrlanda'nın iddiasını geri çekmesi sebebiyle tahkim incelemesi sona ermiştir.¹²⁰ Adalet Divanı tahkime gidilerek üye ülkelerin Adalet Divanına gitme yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.¹²¹ Bu davanın önemi Adalet Divanı'nın uluslararası mahkeme ve tahkim ile yetkisi konusunu incelemiş olmasıdır.¹²² Ancak doktrinde *MOX Plant*¹²³ davasında incelenen tahkimin devletlerarasındaki uyuşmazlığa ilişkin olduğu iki taraflı yatırım antlaşmalarındaki “yatırımcı-devlet” tahkiminin ise devlet ve yatırımcı arasında olması sebebiyle dava kapsamına girmeyeceği ileri sürülmüştür.¹²⁴ Bu davalarda Adalet Divanı'nın AB hukuku konularında münhasır yetkili olması sebebiyle tahkime gidilmesinin AB hukukuna aykırı olduğu iddia edilmiştir. Tahkim Mahkemesi ise *MOX Plant* davasına da atıf yaparak ABİA madde 344'ün sadece üye ülke arasındaki uyuşmazlıklara uygulandığına bu sebeple de yatırımcı ve üye ülke arasındaki “yatırımcı-devlet” tahkimini kapsamadığına karar vermiştir.¹²⁵

Adalet Divanı'nın ilgili Görüşleri incelendiğinde:

Görüş (Opinion) 1/92'de Avrupa Ekonomik Alanı (European Economic Area-EEA) kapsamında rekabete ilişkin düzenlemelerin AB ile yetki konusunda uyumu değerlendirilmiştir.

*“Mahkemeye Antlaşmayla verilen yetkiler ancak madde 236 da belirtilen yöntemle uygun olarak değiştirilebilir. Ancak Topluluğun akdedeceği uluslararası antlaşmalarla mahkemeye Topluluk antlaşmalarında tasarlanmış fonksiyonlarının yapısını değiştirmeyecek yeni yetkiler bahsedebilir”*¹²⁶

¹¹⁸ Case C-459/03, *Commission v. Ireland*, [2006] ECR I-04635, Komisyonun Adalet Divanı'nın münhasır yetkisi olduğu iddiası ¶ 59-60; ayrıca bakınız: REINISCH.

¹¹⁹ Case C-459/03, ¶ 48.

¹²⁰ LAVRANOS, *Epilogue*, s. 418.

¹²¹ Case C-459/03, ¶ 121-123, 136-137, 152-155, 169 ve 1. Karar. Ayrıca bakınız: Milos OLIK, David FYRBACH, *The Competence of Investment Arbitration Tribunals to seek Preliminary Rulings from European Courts*, Czech Yearbook of International Law, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1802464

¹²² Bakınız: LAVRANOS, *Epilogue*.

¹²³ Case C-459/03, *Commission v. Ireland*, [2006] ECR I-04635.

¹²⁴ CLODFELTER, s. 179, REINISCH s. 153. Konu ayrıca *Eureko v. The Slovak Republic ve Electrabel S.A. v. Hungary* davalarında ileri sürülmüştür.

¹²⁵ Bakınız: Stephan BALTHASER, *Investment arbitration under intra-EU BITs: Recent developments in Eureko v. Slovakia*, posted on 28.08.2012, Kluwer Arbitration blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/08/28/investment-arbitration-under-intra-eu-bits-recent-developments-in-eureko-v-slovakia>

¹²⁶ Adalet Divanı Görüşleri tarafımca çevrilmiştir. Olası hatalar için metnin aslı dipnot olarak verilmiştir, “...the Powers conferred on the Court by the Treaty may be modified pursuant only to the procedure provided for in Article 236.

...

*“uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin topluluğun otonom nitelikteki yasal düzenine olumsuz bir etkisi bulunmamaktadır.”*¹²⁷

Bu kararın “yatırımcı-devlet” tahkimi konusunda etkisine bakıldığında madde 344’ün üye ülkeler arasındaki uyuşmazlık için uygulandığından “yatırımcı-devlet” arasında sorun olmayacaktır.¹²⁸

Görüş (Opinion) 1/09’da Birleştirilmiş Patent Dava Sistemi’nin (*Unified Patent Litigation System*) AB antlaşma düzenlemeleriyle uyumlu olup olmadığı incelenmiştir.¹²⁹ Üçüncü ülkelerle akdedilen uluslararası antlaşmaların Adalet Divanına yeni yetkiler verebileceği belirtilmiştir¹³⁰

*“Eğer yetkinin esaslı karakterini güvence altına alan zaruri şartlar sağlanırsa AB yasal düzeninin otonomisine ilişkin herhangi bir olumsuz etki yoktur.”*¹³¹

Görüşe göre madde 267 topluluk düzenini muhafaza etmek için gereklidir.¹³² Ayrıca, madde 267 Mahkeme ile ulusal mahkemeler arasında AB hukukunun doğru yorumlanıp, yeknesak yorumlanması konusunda ve yasal düzenin bireylere vermiş olduğu hakların korunması konusunda doğrudan işbirliğini sağlamaktadır.¹³³

“Bu sebeple AB’nin yasal çerçevesi ve kurumsal yapısı dışında başka bir uluslararası mahkemeye bireyler tarafından patent konusunda dava açabilme ve mahkemeye de AB hukukunun alanında uygulama ve yorumlama konusunda münhasır yetki verilmesi, üye ülke mahkemelerinin ön karar prosedürü ile Adalet Divanından AB hukukunun uygulanması ve yorumlanması, Mahkemenin de cevap verme konusundaki yetkisinden mahrum bırakacak, sonuç olarak AB hukukunun yapısını muhafaza etmek için zorunlu olan ve antlaşmayla AB kurumlarına ve üye

However international agreements concluded by the Community may confer new Powers on the Court, provided that in so doing it does not change the nature of the function of the Court as conceived in the EEC Treaty”, ¶ 32.

¹²⁷ “...settlement of disputes by arbitration is not liable adversely to affect the autonomy of the Community legal order”,

¶ 36

¹²⁸ SCHILL, s. 384.

¹²⁹ ¶ 1, ayrıca bakınız: HERRMANN, s. 580-581.

¹³⁰ ¶ 75

¹³¹ “...if indispensable conditions for safeguarding the essential character of those Powers are satisfied there is no adverse effect on the autonomy of the EU legal order”, ¶ 76.

¹³² ¶ 83.

¹³³ “article 267 establishes direct cooperation between the court and the national courts in correct application and uniform interpretation of the EU law and also the protection of individual rights conferred by that legal order”, ¶ 84.

ülkelere verilmiş yetkiye ilişkin temel karakteri değiştirecektir.”¹³⁴

Bu sebeple de öngörülen Patent Mahkemesi kurulmasına ilişkin antlaşma AB antlaşmalarına uygun bulunmamıştır. Yapılan bir Görüş değerlendirmesinde AB hukuk düzeninin otonomisi korunduğu sürece “yatırımcı-devlet” tahkim imkanı kapısının kapanmadığı ileri sürülmüştür.¹³⁵

Görüş (Opinion) 2/13'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımı sağlayacak taslak antlaşmanın AB antlaşmalarıyla uyumu değerlendirilmiştir.¹³⁶ Yeni bir yasal düzen olduğu belirtilmiştir.¹³⁷

*“Adalet Divanı daha önce de düzenlemelerini yorumlamaktan sorumlu ve verdiği kararların Adalet Divanı dahil kurumları bağlayacak bir mahkeme kurulmasını sağlayan bir antlaşmanın prensip olarak AB hukukuna uygun olmadığını ifade etmiştir...”*¹³⁸

...

“Adalet Divanı ayrıca uluslararası antlaşmalarının ancak yetkisinin esaslı karakterini güvence altına alan zaruri şartlar sağlanırsa yetkisini etkileyebileceğine ve sonuç olarak AB yasal düzeninin otonomisine ilişkin herhangi bir olumsuz etki olmadığını belirtmiştir”.¹³⁹

...

“Mahkeme istikrarlı olarak uluslararası antlaşmanın Antlaşmalarla belirlenmiş ve uyulması mahkeme tarafından sağlanan yetki dağılımını veya sonuç olarak AB

¹³⁴ “...by conferring on an international court which is outside the institutional and judicial framework of the European Union an exclusive jurisdiction to hear a significant number of actions brought by individuals in the field of the Community patent and to interpret and apply European Union law in that field, would deprive courts of Member States of their powers in relation to the interpretation and application of European Union law and the Court of its powers to reply, by preliminary ruling, to questions referred by those courts and, consequently, would alter the essential character of the powers which the Treaties confer on the institutions of the European Union and on the Member States and which are indispensable to the preservation of the very nature of European Union law.”, ¶89.

¹³⁵ BURGSTALLER, s. 564.

¹³⁶ Opinion of the Court, 18 December 2014, ¶ 1.

¹³⁷ ¶ 158.

¹³⁸ ¶ 182.

¹³⁹ “Nevertheless, the Court of Justice has also declared that an international agreement may affect its own powers only if the indispensable conditions for safeguarding the essential character of those powers are satisfied and, consequently, there is no adverse effect on the autonomy of the EU legal order”, ¶ 183.

yasal sisteminin otonomisini değiştiremeyeceği yönünde karar vermiştir.”¹⁴⁰

*“Bu ilke açık olarak ABİA madde 344’de korunmuştur, düzenlemeye göre üye ülke antlaşmaların uygulanması veya yorumlanmasına ilişkin uyumsuzluğu maddede belirtilen çözüm yönteminden başka yönteme başvurmayacağını taahhüt etmektedir”.*¹⁴¹

Sonuç olarak, AB’nin sözleşmeye taraf olması AB hukuku açısından özellikle otonomi ve AB hukukunun önceliği ilkeleri açısından sorunlu bulunmuştur.¹⁴²

İncelenen davalarda genelde vurgulanan Adalet Divanı’nın AB hukukunu yorumlama konusundaki münhasır yetkisi ve bu konudaki ön karar prosedürüdür. Tahkim kararlarında vurgulanan tahkim mahkemesinin bu imkandan yararlanamaması ve ön karar prosedürüne başvuramaması sebebiyle Adalet Divanının AB hukukunu yorumlama konusunda rolünün gerçekleşemeyecek olması olmuştur. Bu sebeple Adalet Divanı’nın tahkim mahkemelerinin ABİA madde 267¹⁴³ ye göre ön karar prosedürüne başvurabilmesi konusunda görüşünü değiştirmesini ileri sürülmüştür.¹⁴⁴

VI. Yatırım Mahkemesi Sistemi

Yukarı bölümde tartışıldığı üzere AB hukukuna özgü dinamikler sebebiyle özellikle iki AB üyesi arasındaki iki taraflı yatırım antlaşmaları ve hem AB’nin hem de yeni çıkan İtalya hariç tüm AB üyesi ülkelerin taraf olduğu EŞA antlaşmasının AB hukuku ile uygulanabilirliği, özellikle

¹⁴⁰ “The Court has consistently held that an international agreement cannot affect the allocation of powers fixed by the Treaties or, consequently, the autonomy of the EU legal system, observance of which is ensured by the Court.”, ¶ 201.

¹⁴¹ “That principle is notably enshrined in Article 344 TFEU, according to which Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein”, ¶ 201.

¹⁴² SCHILL, s. 379-388.

¹⁴³ “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.”

¹⁴⁴ BURGSTALLER, s. 565.

“yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemelerin Adalet Divanı’nın yetkisi karşısında uygulanabilirliği çok tartışmalı konulardır. Konuya ilişkin yeni bir gelişme AB’nin yeni antlaşmalar için teklif ettiği yatırım mahkemesi sistemidir. “Yatırım Mahkemesi Sistemi” (İlk Derece Mahkemesi (*Tribunal of First Instance*) ve Temyiz Mahkemesinden (*Appeal Tribunal*)) oluşmaktadır. Bu sebeple de AB Komisyonunun da belirttiği gibi son YKTK’lar da “yatırımcı-devlet” tahkim mekanizması içermemektedir.¹⁴⁵

Ayrı bir çalışma konusu olabilecek Yatırım Mahkemesi Sistemi doktrinde eleştirilmektedir. Önerinin çözüm olmadığı ve aslında aksaklıkların dikkate alınıp mevcut sistemde değişiklik yapılabileceği ileri sürülmüştür.¹⁴⁶ Konunun ulusal hukuk içinde ele alınması gerektiği¹⁴⁷, ulusal mahkemede sorun varsa uluslararası işbirliği ile onun üstüne gidilmesi gerektiği¹⁴⁸ ve ulusal sistemin iyileştirilebileceği belirtilmiştir.¹⁴⁹ Benzer şekilde ulusal mahkemelerin sürece daha çok dahil olması ileri sürülmüştür.¹⁵⁰ Ayrıca benzer düzenlemelerin hem yabancı hem de AB vatandaşlarına sağlanabileceği savunulmuştur.¹⁵¹ Hem CETA¹⁵² hem de TTIP antlaşması ile çok tartışılan mahkeme sistemi konusunda tartışmalar devam etmeye devam edecek ancak bu süreçte de AB hukukuna özgü dinamiklerin dikkate alınması gerekecektir.

Sonuç

Çalışmada ele alındığı üzere günümüzde çok katmanlı yönetim sistemi yaygın bir durum halini almıştır. AB hukuku ve uluslararası yatırım hukuku ilişkisi ve doğuracağı sonuçlar önemlidir. AB hukukunun kendine özgü uluslararası yapı ve üstünlüğü, ayrıca AB hukuku içinde Adalet Divanı’nın rolü yatırım tahkimi konusunda ilginç tartışmalara sebep olmaktadır. Bu çalışmada konu sadece AB üyesi ülkelerin kendi aralarındaki mevcut yatırım antlaşmaları ve EŞA açısından ele alınmış, konunun AB hukuku özelliklerinden kaynaklanan birçok boyutu olduğu ortaya

¹⁴⁵ Marc BUNGENBERG, *From: EU Commission, Upgrading the EU Investment Policy*, Note of 30 May 2006 for the attention of the 133 Committee, Brussels.

¹⁴⁶ Simon LESTER, *Rethinking the International Investment Law System*, *Journal of World Trade*, 49, no 2, 2015, s. 211-221, s. 213.

¹⁴⁷ LESTER, s. 217.

¹⁴⁸ LESTER, s. 218.

¹⁴⁹ LESTER, s. 221.

¹⁵⁰ BRONCKERS, s. 675.

¹⁵¹ BRONCKERS, s. 675.

¹⁵² Markus BURGSTALLER, *Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems*, *The Journal of World Investment & Trade*, 15, 2014, s. 551-569, s. 553-5.

konulmuştur. İlgili hakem kararları ve mahkeme kararları incelendiğinde alandaki gelişmelerin ve tartışmaların uluslararası yatırım hukukuna ek olarak özellikle AB hukuku dinamikleri ve Adalet Divanının bu konulardaki rolünün dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Achmea davası ile birlikte Adalet Divanı'nın vereceği karar tartışmalara ışık tutacaktır. TTIP antlaşmasında olduğu gibi AB'nin yeni görüşeceği yatırım antlaşmalarında konu tartışılmaya devam edecektir. Çalışmada konunun birçok boyutu ve aralarındaki etkileşim gösterilmek ve genel çerçeveyi belirlemek amacıyla ilgili konular genel hatlarıyla ele alınmıştır. Çalışma doktrindeki boşlukta göz önünde bulundurulduğunda yeni çalışmalara vesile olmayı amaçlamaktadır.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- BAKLACI, Pınar & AKINTÜRK, Esen. *Enerji Şartı Antlaşması*, Dokuz Eylül Üniversitesi, İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2006, s. 97-113 (BAKLACI&AKINTÜRK, *Enerji Şartı Antlaşması*)
- BAKLACI, Pınar & AKINTÜRK, Esen. *Enerji Şartı Antlaşmasına Göre Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XXIV, Sayı 2, Aralık 2007, s. 305-345, (BAKLACI&AKINTÜRK, *Enerji Şartı Antlaşması Uyuşmazlık*)
- BALTHASER, Stephan. *Investment arbitration under intra-EU BITs: Recent developments in Eureko v. Slovakia*, posted on 28.08.2012, Kluwer Arbitration blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/08/28/investment-arbitration-under-intra-eu-bits-recent-developments-in-eureko-v-slovakia>
- BRONCKERS, Marco. *Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation Before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Agreements*, Journal of International Economic Law, 2015, 18, s. 655-677
- BUNGENBERG, Marc. *From: EU Commission, Upgrading the EU Investment Policy*, Note of 30 May 2006 for the attention of the 133 Committee, Brussels.
- BURGER, Laurence. Perreard de BOCCARD, *Latest Developments Concerning European Bilateral Investment Treaties*, 17.12.2012, Kluwer Arbitration Blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/17/latest-developments-concerning-european-bilateral-investment-treaties/> (BURGER&BOCCARD)
- BURGSTALLER, Markus. *Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems*, The Journal of World Investment & Trade, 15, 2014, s. 551-569 (BURGSTALLER, *Dispute Settlement*)
- BURGSTALLER, Markus. *Enforcement of Intra-EU ECT Arbitral Awards in the EU*, Conference: ‘The EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty’, 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London (BURGSTALLER, *Enforcement*)

BURGSTALLER, Markus. *The Future of Bilateral Treaties of EU Member States*, edited Bungenberg&Griebel&Hindelang, International Investment Law, European Yearbook of International Economic Law, Springer 2011 (BURGSTALLER, *Future of Bilateral*)

CLODFELTER, Mark A. *The Future Direction of Investment Agreements in the European Union*, Santa Clara Journal of International Law, V.12, Issue 1, Article 7, s. 179-180

HERRMANN, Christoph. *The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy*, The Journal of World Investment & Trade, 15, 2014, s. 570-584

KARACAN, Pınar. *Lizbon Andlaşması Sonrası Avrupa Birliği Yatırım Anlaşmaları*, Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay'a Armağan-Özel Sayı, Aralık 2014, s. 1421-1456 (KARACAN, *Lizbon Andlaşması*)

KARACAN, Pınar. *Uluslararası Ticaret Hukuku ve Uluslararası Yatırım Hukuku Etkileşimi: Devletin Sağlık Sebebiyle Düzenleme Getirme Hakkı*, Kadir Has Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Aralık 1015 (KARACAN, *Uluslararası Ticaret*)

KLEINHEISTERKAMP, Jan. *Investment Protection and EU Law: The Intra and Extra Dimension of the Energy Charter Treaty*, Journal of International Economic Law, 2012, 15 (1), s. 85-109 (KLEINHEISTERKAMP, *Investment Protection*)

KLEINHEISTERKAMP, Jan. *The Next 10 Year ECT Investment Arbitration: A Vision for the Future-From a European Law Perspective*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2011, (Working Paper) (KLEINHEISTERKAMP, *Next 10 Year*)

LAVRANOS, Nikolaos. *The Epilogue in the MOX Plant Dispute: An End Without Findings*, European Energy and Environmental Law Review June 2009, s.180-184 (LAVRANOS, *Epilogue*)

LAVRANOS, Nikos. *Interference of Commission in Enforcement of Arbitral Awards: The Micula Case*, Global Investment Protection, 5/11/2014, <http://www.globalinvestmentprotection.com/index.php/interference-of-the-european-commission-in-the-enforcement-of-arbitration-awards-the-micula-case/>, (LAVRANOS, *Interference*)

LESTER, Simon. *Rethinking the International Investment Law System*, Journal of World Trade, 49, No 2, 2015, s. 211-221

NEMECKOVA, Petra. *The Compatibility of the Energy Charter Treaty with EU Law*, Conference: ‘The EU and Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty’, 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London

OLIK, Milos. & FYRBACH, David. *The Competence of Investment Arbitration Tribunals to seek Preliminary Rulings from European Courts*, Czech Yearbook of International Law, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1802464

PETERSON, Luke Eric & HEPBURN, Jarrod. *Recent Post-Award Developments in the Micula v. Romania I Case*, Sep 10, 2015, Investment Arbitration Reporter

PETERSON, Luke Eric. *Breaking: Controversial Arbitral Award Against Romania Is Upheld, Thus Affirming \$250+ Million Compensation For Micula Brothers*, Feb 26, 2016, Investment Arbitration Reporter

PETERSON, Luke Eric. *European Commission’s Arguments Before Micula Annulment Committee Are Dismissed, But E.C. Says That Its Non-Enforceability Arguments Are Gaining Purchase In Member-State Courts*, Feb 28, 2016, Investment Arbitration Reporter

PETERSON, Luke Eric. *European Court of Justice is (Finally) Invited to Weigh In on Compatibility of Intra- EU Bilateral Investment Treaties And EU Law*, May 10, 2016, International Arbitration Reporter

REINISCH, August. *The EU on the Investment Path-Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements*, Santa Clara Journal of International Law, V.12, Issue 1, Article 6, s. 111-157

REYNOLDS, Paul. Master Thesis, *The EU’s New Trade Policy and the Doctrine of Direct Effect: The Final Crossroads?*, Tilburg University^[SEP] Master of International and European Law July 2012, Supervisor^[SEP] Dr. A. Dimopoulos, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=127439>

SCHILL, Stephen W. (eds.). *Opinion 2/13-The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?*, The Journal of World Investment and Trade, 16, 2015, s. 379-388

TIETJE, Christian & WACKERNAGEL, Clemens. *Enforcement of Intra-EU ICSID Awards, Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration*, The Journal of World Investment & Trade, 16, 2015, s. 205-247 (TIETJE&WACKERNAGEL)

TIETJE, Christian. *The Applicability of ECT in Intra-EU Disputes*, Conference: ‘The EU and Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty’, 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London

Von KRAUSE, Christophe. *The European Commission’s Opposition to Intra-EU BITs And Its Impact on Investment Arbitration*, Posted: 28 Sep 2010, Kluwer Arbitration Blog <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/09/28/the-european-commissions-opposition-to-intra-eu-bits-and-its-impact-on-investment-arbitration/>

VON PAPP, Konstanze. *The principle of autonomy of EU law and its implications for intra-EU disputes under the ECT*, Conference: ‘The EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty’, 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London

ZERHDOUD, Badr. *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, *The Journal of World Investment & Trade*, 15, 2014, s. 1042-1052