

ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Ali Kemal KILAVUZ*

ÖZET

Bu çalışmada ilk olarak Enerji Şartı Anlaşmasının zeminini oluşturan tarihsel ve ekonomik süreçlere yakından bakacağız. Enerji Şartı Anlaşmasına genel olarak göz attıktan sonra, Anlaşmanın çeşitli uyuşmazlıkların çözümü için öngördüğü yöntemleri inceleyeceğiz. Bunu yaparken de Enerji Şartı Anlaşmasının yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümlerine yakından bakacağız. Çalışmanın son kısmında ise Türk hukukunda, enerji sektöründe uluslararası tahkime yönelik tarihsel sürece kısaca göz attıktan sonra, mevcut durumu ortaya koymaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler : Enerji Şartı Anlaşması, tahkim, yatırım, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi

DISPUTE RESOLUTION WITHIN THE CONTEXT OF ENERGY CHARTER TREATY

ABSTRACT

In this article we will first have a closer look at historical and economical processes that constitutes the foundation of Energy Charter Treaty. After we briefly examine into the Energy Charter Treaty, we will study the Treaty's methods for dispute resolution and we will especially focus on the investment related dispute resolution. In the last section of this article, after a brief glance on the history of arbitration in Turkish Law, we will define the current situation.

Key Words : Energy Charter Treaty, arbitration, investment, public service concession agreement

* Enerji Uzmanı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu.

GİRİŞ

Küreselleşmenin etkilerinin en çok hissedildiği sektörlerden biri olan enerji sektöründe, özellikle Soğuk Savaşın bitmesi ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB)'nin dağılmasıyla birlikte, işbirliği arayışları hız kazanmıştır. Enerji kaynakları bakımından zengin ancak yatırım için kaynakları sınırlı olan eski Sovyetler Birliği ülkeleri ile enerji kaynakları bakımından fakir ancak yatırım kaynakları açısından zengin olan gelişmiş Avrupa ülkeleri arasındaki işbirliği çalışmaları, ilk kez 1990 yılında Dublin'de Avrupa Konseyinin toplantılarında dile getirilmiş ve ilk resmi çalışmalara başlanılmıştır. 1991 yılında yayınlanan Avrupa Enerji Deklarasyonu ile de bu konudaki yol haritası belirlenmiştir. Nihayet 1994 yılında imzalanan Enerji Şartı Anlaşması ile bu çalışmalar meyvelerini vermiş ve enerji sektöründe ilk kez geniş kapsamlı ve çok taraflı bir mutabakata varılmıştır.

I. Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Enerji Sektörünün Düzenlenmesi

Enerji sektöründe uluslararası işbirliğini, taraflarının hak ve yükümlülüklerini düzenleyen Enerji Şartı Anlaşması (EŞA), 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzalanmış ve 16 Nisan 1998 yılında yürürlüğe girmiştir. Soğuk Savaşın bitmesiyle bağımsızlıklarını kazanan enerji kaynakları bakımından zengin ancak yatırım kaynakları kısıtlı gelişmekte olan ülkelerle, enerji kaynakları kısıtlı ancak sermaye açısından zengin gelişmiş ülkeler arasında, enerji sektöründe ortaya çıkacak ilişkilerin yasal çerçevesini çizmek amacıyla¹ gündeme gelen EŞA'yı daha iyi anlayabilmek için, öncelikle EŞA'nın en önemli aktörü olan Avrupa Birliği (AB)'nin enerji politikasının tarihsel gelişimine ve enerji kaynaklarının durumuna bakmak faydalı olacaktır. EŞA'nın öncülü olan Avrupa Enerji Şartına da kısaca göz attıktan sonra, EŞA'nın getirdiği kurumsal ve hukuki yapıyı yakından inceleyeceğiz.

A. Enerji Şartı Anlaşmasının İmzalanmasına Neden Olan Gelişmeler

AB'nin enerji politikasının şekillenmesi, Birliğin temelini de oluşturan 1951 tarihli Paris Anlaşmasıyla kurulan Avrupa Kömür Çelik Topluluğu ile başlamış; 1958'de Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ve Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran anlaşmaların imzalanmasıyla hız kazanmıştır². 1960'lı

¹ SUSSMAN, Edna: "The Energy Charter Treaty Affords Investor Protections and Right to Arbitration", American Bar Association Energy Committees Newsletter, August 2006, s.1.

² www.ktto.net/ab/english/abenerji.doc , s.1 ; Erişim tarihi 20.12.2009.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

yıllarda enerji talebinin yüzde 60'ı kömürle karşılanmaktayken, petrolün payı sadece yüzde ondu³. Bu tarihlerde, ortak bir enerji politikası oluşturmak amacıyla çeşitli direktifler yayınlanmış, bir takım protokoller imzalanmıştır. 1970'li yıllardaki petrol krizi ise, Birliğin yeni bir enerji stratejisi oluşturmasını zorunlu kılmış ve Avrupa Konseyi 1974 yılında kabul ettiği “Yeni Enerji Politikası Stratejisi” ile enerji tüketiminin azaltılmasını, arz güvenliğinin sağlanmasını ve enerjinin üretim ve tüketim süreçlerinde çevrenin korunmasını öngören bir politika benimsemiştir⁴. 1980'li yıllara gelindiğinde ise, enerji sektöründe tek pazar kurma ve serbestleştirme çalışmaları önem kazanmıştır. AB kurulduğundan beri, kömür ve petrolün serbestçe ve kısıtlama olmaksızın Birlik içerisinde dolaşımı mümkündür; ancak elektrik ve doğal gazın gerek nispeten yeni gelişmekte olan teknolojilere bağımlı olması, gerekse taşınması ve dağıtımının şebekelere bağlı olması nedeniyle, bu sektörlerde serbest dolaşım daha geç meydana gelmiş, on yıllarca her iki enerji sektörü de ulusal piyasalara bağımlı kalmıştır.

B. Avrupa Enerji Şartı Deklarasyonunun İmzalanması

1990'lı yılların başlarında Soğuk Savaşın sona ermesi ve enerji kaynakları bakımından zengin bağımsız devletlerin ortaya çıkması, enerji kaynakları bakımından fakir AB ülkeleri ile yatırım imkanları kısıtlı yeni bağımsız devletler arasında işbirliği fikrinin doğmasına neden oldu⁵. Avrupa Konseyinin 1990 yılında Dublin'deki toplantısında Hollanda, Doğu Avrupa ve Rusya'daki ekonomik kalkınmanın enerji sektöründe yapılacak işbirliği ile ivme kazana-çağını ifade etmiş, bu görüşün Konsey tarafından kabul edilmesiyle söz konusu işbirliğinin nasıl yürütüleceği hususunda çalışmalar yapılmıştır⁶. Şubat 1991 tarihinde Avrupa Topluluğu Komisyonu, “Avrupa Enerji Şartı” kavramını önermiş ve aynı yıl AB görüşmeleri başlatmak üzere, tüm Batı ve Doğu Avrupa ülkelerini, henüz dağılmamış olan SSCB'yi ve Avrupa dışı Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) ülkelerini Brüksel'de düzenlenen konferansa çağırmıştır. ABD, Kanada, Avustralya ve Japonya da kısa bir süre

³ YORKAN, Arzu: “Avrupa Birliği'nin Enerji Politikası ve Türkiye'ye Etkileri”, Bilgi Strateji, C.I, S.1, Güz 2009, s.25.

⁴ YORKAN, s.26.

⁵ CHALKER, James: “Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly”, International Environmental Agreements, Published online 25.10.2006, s.435.

⁶ GÜNEŞ, Cengiz: Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı, Ankara 2002, s.336.

sonra konferansa katılmıştır⁷. Nihayet 17 Aralık 1991 tarihinde, hemen hemen SSCB'nin dağılmasıyla aynı tarihlerde Lahey'de, aralarında Türkiye ve ABD'nin de bulunduğu, 38 devlet ve AB tarafından Avrupa Enerji Şartı Deklarasyonu (AEŞD) imzalanmış⁸ ve enerji sektöründe işbirliğini sağlamayı amaçlayan bir politik niyet açıklaması olarak ortaya çıkmıştır⁹. Tarafları bağlayıcı herhangi bir uluslararası sözleşme ise imzalanmamıştır. AEŞD halen 58 devlet tarafından imzalanmış olup, EŞA'nın imzalanması için zorunlu bir aşama olarak varlığını sürdürmektedir¹⁰.

C. Enerji Şartı Anlaşması

EŞA, asıl olarak, 1991 tarihli AEŞD temelinde gelişmiştir. AEŞD'nin imzalanmasıyla birlikte, tarafları bağlayıcı uluslararası bir anlaşma metninin hazırlık çalışmaları başlamış ve bu çalışmaların sonucunda enerji sektöründe uluslararası işbirliğinin sağlanması için gerekli hukuki altyapıyı oluşturacak olan EŞA, 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzaya açılmıştır. Yatırım, ticaret, enerjinin taşınması, çevre, rekabet, piyasalara giriş, teknoloji transferi, enerjinin verimli kullanımı ve uyuşmazlıkların çözümü gibi alanlarda, enerji sektöründe rol oynayan aktörlerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen ilk geniş kapsamlı ve çok taraflı uluslararası sözleşme niteliğini taşıyan EŞA halen, içinde Türkiye'nin de bulunduğu 51 ülke ile AB ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (EURATOM) tarafından imzalanmış olup¹¹, 16.04.1998 tarihinde yürürlüğe girerek uygulanmaya başlamıştır¹². AEŞD'yi imzalamış olan ABD ve Kanada da dahil 23 ülke ile 10 uluslararası kuruluş ise halen gözlemci statüsündedirler¹³. Rusya Federasyonu ise 17.12.1994 tarihinde EŞA'yı imzalama-

⁷ BAMBERGER, Craig / LINEHAN, Jan / WAELDE, Thomas: "The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase", Energy Law In Europe, Oxford 2000, s.1.

⁸ TUYGUN, Salih: ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir 2007, s.55

⁹ BAKLACI, Pınar / AKINTÜRK, Esen: "Enerji Şartı Anlaşması", İşletme Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, 2006, s.99.

¹⁰ <http://www.encharter.org/index.php?id=29&L=1> : Erişim tarihi;20.12.2009

¹¹ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf:The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.8. Erişim tarihi: 20.12.2009.

¹² Türkiye EŞA'yı 17 Aralık 1994 tarihinde imzalamış, 1 Şubat 2000 tarih ve 4519 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş, Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması ve Ekini Teşkil Eden Kararlar ile Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolü'nün Onaylanması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı 12 Temmuz 2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. 12.07.2000T ve 24107 s. Mükerrer Resmi Gazete. Bu çalışmada yer verilen EŞA'nın ilgili hükümleri Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe metinden alınmıştır.

¹³ Katılımcı ve gözlemci ülkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.encharter.org/index.php?id=61&L=1%2F>

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

sına rağmen, özellikle enerji alanındaki tekel gücünü kaybetmeme amacıyla ve öz kaynaklarıyla yatırım imkanlarını da artırmasıyla, 20.08.2009 tarihinde EŞA'yı onaylamayacağını ve taraf olmayacağını bildirmiştir.

EŞA'nın ticarete ilişkin hükümleri, Dünya Ticaret Örgütü'nü (DTÖ) kuran 1994 tarihli Marakeş Anlaşması'ndan önce imzalanmış olması nedeniyle, 1947 yılında imzalanan "The General Agreement on Tariffs and Trade" (GATT) içerisinde yer alan ticaret rejimi esas alınarak düzenlenmişti. 23-24.04.1998 tarihlerinde düzenlenen Enerji Şartı Konferansında EŞA'nın ticarete ilişkin 29 uncu maddesinde değişiklikler yapılmış, güncel DTÖ kural ve uygulamalarına paralel hale getirilmiştir. Ayrıca bu değişikliklerle, EŞA'nın kapsamı enerji ile ilgili ekipmanları¹⁴ kapsayacak şekilde genişletilmiş ve EŞA'ya taraf olan ancak henüz DTÖ'ye üye olmayan Azerbaycan, Beyaz Rusya, Bosna Hersek, Kazakistan, Tacikistan, Türkmenistan ve Özbekistan'ın enerji materyalleri, ürünleri ve enerji ile ilgili ekipmanlar referans alınmak suretiyle DTÖ uygulama ve disiplinlerini tanımalarının önü açılmıştır. Söz konusu değişiklikler halen 34 ülke tarafından onaylanmış olup¹⁵, Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır. "Enerji Şartı Antlaşmasının Ticaretle İlgili Hükümlerine Getirilen Değişikliklerin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı", 23.11.2009 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde sunulmuş olup, halen ilgili komisyonlarda görüşülmektedir¹⁶.

1) Enerji Şartı Anlaşmasının Kapsamı

Sekiz bölüm, elli madde ve çok sayıda ekten oluşan EŞA, ulusal enerji politikalarını belirlemek veya enerji üreticisi konumundaki ülkelerdeki yatırımları finanse etmek gibi bir amaç taşımadığı gibi, enerji ağlarının üçüncü kişilere açılmasına yönelik herhangi bir tavsiye veya zorunluluk da öngörmektedir¹⁷. EŞA'nın imzalanmasında iki temel anlayışın rol oynadığını söyleyebiliriz. Birincisi, liberal sisteme geçiş aşamasında olan Orta ve Doğu Avru-

¹⁴ EŞA'nın ticaret rejimine tabi olduğu kabul edilen yaklaşık 70 civarında ekipman kategorisi Ek EQ I'de düzenlenmektedir. Borular, türbinler, transformatörler gibi çeşitli ekipmanlar artık EŞA ticari rejimi kapsamındadır. Böylece yatırımcıların istedikleri ekipmanları kullanmalarına yönelik kolaylıklar sağlanmış olmaktadır.

¹⁵ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Trade_Amendment_ratification_status.pdf : Erişim tarihi:21.12.2009

¹⁶ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_sonuc?taksim_no=0&kullanici_id=7095498&sonuc_sira=40&bulunan_kayit=33&metin_arama=&icerik_arama= : Erişim tarihi:21.12.2009

¹⁷ DEMİR, Esra: "Enerji Şartı Anlaşması", <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>, Erişim tarihi: 21.12.2009

pa ülkelerinin ekonomilerinin canlandırılmasında enerji sektörünün öneminin anlaşılmasıdır. İkincisi ise, gelişmiş Batı Avrupa ülkelerinin ihtiyaçları olan enerjiyi temin ettikleri Kuzey Denizi, Orta Doğu ve Kuzey Afrika kaynaklarının güvensizliği karşısında alternatif bulmaları gerektiğini anlamaları ve bu nedenle arz güvenliğini temel sorun olarak ele almalarıdır¹⁸. Bu amaçları gerçekleştirmek için EŞA; yatırım, ticaret, enerji transiti, enerji verimliliği ve çevresel boyutu ve uyumsuzlukların çözülmesi ana başlıklarını düzenlemiştir. Yatırım ve enerjinin transiti gibi bazı başlıklar daha sert kurallarla düzenlenmişken, kimi başlıklarda ise daha esnek ve bağlayıcılığı olmayan kurallara yer verilmiş; zaman zaman bazı başlıklarda ise katı ve esnek kurallara birbirlerini tamamlayacak şekilde yer verilmiştir¹⁹. Bunların dışında EŞA'da sıklıkla diğer teknik anlaşmalara da atıfta bulunulmuştur.

Yatırıma ilişkin hükümler EŞA'nın en önemli başlıklarından biridir. EŞA'nın yatırımlara ilişkin hükümleri, enerji sektöründeki yatırımlara ilişkin ticari olmayan riskleri en aza indirmeye yönelik olup, esas olarak, yabancı yatırımcılara yerli yatırımcılarla aynı imkanların sağlanmasını öngörmektedir. Ayrıca, yatırımların kamulaştırılabileceği haller sınırlı olarak sayılmış, yatırımların serbestçe transfer edilebileceği hüküm altına alınmış ve tarafların başka bir uluslararası anlaşmaya taraf olması halinde EŞA ile yatırımın korunmasına ilişkin düzenlenen hakların hiçbir şekilde daha eksik olarak yorumlanamayacağı, başka bir deyişle uluslararası anlaşmanın EŞA'ya kıyasen yatırımcı aleyhine koşullar ve yükümlülükler getirmesi halinde EŞA'nın geçerli olacağı belirtilmiştir²⁰. Yatırım öncesi aşama için benzer korumaların getirilmesine ilişkin çalışmalar ise bir sonuca ulaşamamıştır²¹. EŞA'da ticaret ise, ilk imzalandığında GATT'ta düzenlenen ticaret rejimine tabiyken, yukarıda biraz önce bahsettiğimiz 1998 değişiklikleri ile DTÖ kural ve uygulamalarına tabi hale gelmiştir. Temel olarak ayrımcılık yapılmaması, şeffaflık ve uluslararası ticaretin kademeli olarak serbestleştirilmesine ilişkin hükümler düzenlenmektedir²². Enerjinin transit taşınması ise, enerjinin bir ülkeden başka bir ülkeye, en az bir ülkeden geçerek taşınması olup, enerjinin transit taşınmasına ilişkin EŞA hükümleri de ayrımcılık yapılmamasına ve transitin kolaylaştırılmasına yönelik olup, konuya ilişkin olarak oluşturulan Enerji Şartı Transit Grubunun

¹⁸ TUCKER, Andrew E.L.: "The Energy Charter Treaty and 'Compulsory' International State/Investor Arbitration", *Leiden Journal of International Law*, **11**, 1998, s.514

¹⁹ CHALKER, s.438

²⁰ SUSSMAN, s.2

²¹ BAMBERGER / LINEHAN / WAELDE, s.3

²² DEMİR, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>,

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

çalışmaları sürmektedir. Enerji verimliliği ve enerjinin çevresel boyutuna ilişkin olarak ise, “Enerji Şartı Enerji Verimliliği ve İlgili Çevresel Boyut Protokolü” 1994 yılında imzalanmıştır. EŞA ile uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin getirilen mekanizma ise sonraki başlıklarda ayrıntılı olarak incelenecektir.

EŞA kapsamına giren enerji maddeleri ve ürünleri, Ek EM’de ayrıntılı olarak düzenlenmekteyken, 1998 yılı değişiklikleriyle Dünya Gümrük Örgütünün Harmonize Sistemi ve AB’nin Birleşik terminolojisi bazında Ek EM I ve EM II’de düzenlenmiştir. Ayrıca enerjiyle ilgili ekipmanlar da, söz konusu değişiklik sonucunda EŞA kapsamına girmiş ve Ek EQ I ile EQ II’de düzenlenmiştir. Nükleer enerji, kömür, doğal gaz, petrol ve petrol ürünleri, LPG ve elektrik gibi enerji maddeleri bu kapsamda değerlendirilmektedir. EŞA kapsamındaki enerji sektöründeki faaliyetler ise tetkik, sondaj, rafineraj, üretim, depolama, karayolu ile taşıma, iletim, dağıtım, ticaret, pazarlama ve satıştan oluşan çok geniş bir alanı kapsamaktadır.

2) Enerji Şartı Anlaşmasında Öngörülen Kurumsal Yapı

EŞA’nın 34 üncü maddesinde, anlaşma taraflarının yetkili birer temsilci ile katılacakları Enerji Şartı Konferansı düzenlenmiştir. Anlaşmaya göre Konferans, temel karar alma organı olup, anlaşmaya taraf olan tüm devlet ve kuruluşlar Konferansta temsil edilirler. Bir ülkenin veya kuruluşun anlaşmaya taraf sayılabilmesi için, EŞA’nın hükümlerinin bağlayıcılığını kabul etmiş olması ve EŞA’nın o ülke veya kuruluşta yürürlükte olması gerekir²³.

Konferansın görevleri ise EŞA’nın 34 üncü maddesinin ikinci fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup, temel görevleri arasında EŞA ve protokoller ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek, EŞA prensip ve hükümlerinin uygulanmasını incelemek ve kolaylaştırıcı tedbirler almak, EŞA’ya ilişkin katılım talepleri hakkında karar almak, EŞA’da değişiklik yapmak, Genel Sekreteri atamak, Sekreteryanın oluşturulması için gerekli kararları almak ve Sekreterya’nın yıllık bütçesini onaylamak sayılabilir. Konferans, tarafların bir araya gelerek görüş alışverişinde bulunduğu, kararların alındığı bir forum niteliğini taşır ve görevlerini yerine getirebilmek için yılda iki kez olağan olarak toplanır²⁴. Konferans ayrıca, anlaşma taraflarının en az üçte birinin desteği olması halinde, anlaşma taraflarına bildirilmesinden sonraki 6 hafta içinde olması koşuluyla olağanüstü olarak da toplanabilir.

²³ CHALKER, s.439.

²⁴ DEMİR, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>,

Anlaşma ekleri ile Nihai Senedin 2 Nolu Ekinde yer alan kararlar EŞA'nın tamamlayıcı parçalarıdır. Konferans bunların dışında, maddelerin anlaşılmasında yol gösterici olan mutabakatlar ve tarafların belli bir konudaki görüşlerini yansıtan deklarasyon şeklindeki kararlar da alır ve bu kararlar temel olarak bağlayıcı değildir²⁵.

EŞA'nın 36 ncı maddesinin ilk fıkrasında belirtilen hallerde Konferans, kararlarını oy birliğiyle alır; ancak EŞA'da açık hüküm varsa, çeşitli konularda nitelikli çoğunluk veya oy çoğunluğuyla da karar alınabilmektedir. Anlaşmada açıkça düzenlenmeyen diğer tüm hususlarda ise basit çoğunluk yeterli olmaktadır.

Konferans, görevlerini yerine getirmek amacıyla alt organlar kurmaya yetkilidir. Bu çerçevede, Enerji Verimliliği Grubu, Yatırım Grubu, Ticaret Grubu ve Transit Grubu kurulmuş olup, bu gruplar düzenli bir çalışma programına sahiptirler. Bütçe Komitesi ile Hukuk Danışma Komitesi ise düzenli bir çalışma programına sahip olmamakla beraber Konferansa bağlı olarak çalışmaktadır²⁶.

EŞA'nın 35 inci maddesi, EŞA ve protokollerin uygulanmasını denetleyen, Konferansın ve grupların çalışmalarını düzenleyen, üye olmayan devlet ve kuruluşlarla olan ilişkilerde Konferansı temsil eden, uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynayan Enerji Şartı Sekreteryasını düzenlemektedir²⁷. Sekreterya Brüksel'de görev yapmakta olup, Sekreteryanın başkanı olan Genel Sekreter, Konferans tarafından seçilmektedir²⁸.

II. Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

Küreselleşen dünya ekonomisinin gittikçe daha fazla enerjiye gerek duyması, enerji projelerinin uzun dönemli olması ve yüksek sermaye gerektirmesi nedeniyle, enerji alanında uluslararası iş birliği önem kazanmakla beraber, bu iş birliği sonucunda gerçekleşen çeşitli faaliyetlerden uyuşmazlıkların doğması da kaçınılmaz olmaktadır. Bu kapsamda EŞA, ayrıntılı bir uyuşmazlık çözüm sistemi getirmiş olup, farklı konular açısından farklı uyuşmazlıkların

²⁵ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf: The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.61.

²⁶ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf: The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.60.

²⁷ BAKLACI / AKINTÜRK, s.100

²⁸ Türkiye'nin AB nezdindeki Daimi Temsilcisi Büyükelçi Selim Kunteralp 06.04.2010 tarihinden itibaren Genel Sekreterliğe seçilmiştir.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

çözüm yöntemleri benimsemiştir²⁹. Çalışmamızın bu bölümünde, enerji sektörüne ilişkin çeşitli konularda EŞA'nın getirdiği sistemi ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

A. Ticari Uyuşmazlıklar

Ticaret hususu EŞA'nın 5 ve 29 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. EŞA ilk halinde, ticari rejimin uygulanmasında GATT modelini örnek alırken, 1998 değişiklikleriyle DTÖ modeli temel alınmış ve böylece, ayrımcılık gözetmeyen, şeffaf ve uluslararası ticaretin kademeli olarak serbestleştirilmesini amaçlayan bir ticaret rejimine geçiş hedeflenmiştir. Bu değişikliklerle ayrıca, enerji maddeleri ve ürünlerinin yanında enerjiyle ilgili ekipmanların ticareti de EŞA kapsamına dahil edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, EŞA'nın ticarete ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için taraflardan en az birinin DTÖ'ye üye olmaması gerekmektedir. Böylelikle EŞA'ya taraf olmasına rağmen DTÖ'ye üye olmamış ülkelerin enerji maddeleri, ürünleri ve enerjiyle ilgili ekipmanlar açısından DTÖ kural ve uygulamaları hakkında bilgi ve tecrübe sahibi olmaları hedeflenmiştir. Her iki tarafın DTÖ üyesi olması halindeyse EŞA hükümleri değil, DTÖ tarafından düzenlenen ticari rejim uygulama alanı bulacaktır³⁰.

Ticari uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler 29 uncu maddede yer almaktadır. Bu hükümlerin uygulanması için, yukarıda da belirttiğimiz gibi, taraflardan en az birinin DTÖ'ye üye olmaması ve uyuşmazlığın 5 inci madde hükümlerinin uygulamasıyla ilgisi olması gerekmektedir. Bu şartların varlığı halinde uyuşmazlığın nasıl çözüleceği hususu ise Ek D'de düzenlenmiş olup, DTÖ uygulamasına benzeyen, ancak daha basit ve detaysız bir yöntem benimsenmiştir³¹. Temelinde, taraf devletler arasında çıkan uyuşmazlığın müzakereler ve paneller aracılığıyla çözülmesi, aksi halde tazminat ödenmesi veya yükümlülüklerin askıya alınması vardır. Tüm bunların dışında, EŞA'nın 28 inci maddesi uyarınca, tarafların bu hususta anlaşması halinde, ticari uyuş-

²⁹ ERDEM, Ercüment: "Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü-I", <http://www.globalenerji.com.tr/yaz140-230003-24,62@2300.html>, prg.2. Erişim tarihi: 23.12.2009.

³⁰ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf: The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.56. Böylelikle, DTÖ'nün görev alanına giren olaylarda mükerrer uygulamalardan kaçınılması hedeflenmiştir.

³¹ ERDEM, Ercüment: "Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü-II", <http://www.globalenerji.com.tr/yaz140-230003-25,63@2300.html>, prg.8. Erişim tarihi: 23.12.2009. DTÖ'nün öngördüğü sistemden temel farkı, bir temyiz merciinin bulunmaması ve panel raporlarının kabulüne ilişkin usulden kaynaklanmaktadır.

mazlıkların, ileride göreceğimiz 27 nci madde kapsamında çözülmesi de mümkündür. Ayrıca, yabancı yatırımcının da, ticari uyuşmazlıklarda 26 ncı madde kapsamında uyuşmazlığın çözümünü talep edebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir³².

B. Transit Uyuşmazlıkları

Petrol ve doğal gaz kaynakları genellikle tüketim yerlerinden uzaktadırlar ve bunların taşınması hayati önem arz eder. Elektrik de benzer şekilde, üretildiği tesislerden tüketim birimlerine taşınmalıdır. Bu nedenle EŞA'daki transite ilişkin hükümler, ticaret ve yatırımla da yakından ilgilidirler³³.

Enerjinin transitine ilişkin politik, ekonomik ve hukuki sorunlara çözüm bulma amacıyla düzenlenmiş tek çok taraflı anlaşma olması sebebiyle, gelişmiş bir transit rejimini öngören EŞA'nın 7 nci maddesi, transit serbestisi temelinde, enerji maddeleri ve ürünlerinin transitine ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Bu hükümlerin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yöntem ise altı ve yedinci fıkrada düzenlenmiştir. EŞA'ya göre, uyuşmazlık tarafı âkit devletler farklı bir çözüm yöntemi benimsemedikleri takdirde ve taraflardan birinin başvurması halinde, Genel Sekreter taraflarla uyuşmazlık hakkında görüşür ve 30 gün içerisinde bir arabulucu atar³⁴. Dolayısıyla tahkime göre daha basit ve hızlı bir çözüm yöntemi benimsenmiş olmaktadır. Arabulucu, uyuşmazlığa ilişkin konularda tecrübeli olmalı ve uyuşmazlığa taraf olan ülkelerin tabiiyetinde olmamalı veya bu ülkelerde ikamet etmemelidir. Genel Sekreter uyuşmazlığın arabulucu aracılığıyla çözülemeyeceği kanısına varırsa arabulucu atamayabilir.

Arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için gerekli tüm çabayı gösterir; ancak 90 gün içinde taraflar arasında bir anlaşma sağlayamazsa, taraflara uyuşmazlığa ilişkin bir çözüm veya çözüm yöntemi önerir ve uyuşmazlık çözümlene kadar geçerli olacak (bu süre 12 ayı geçemez) tarife başta olmak üzere tüm anlaşma şartlarını belirler.

EŞA, transit uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin prosedür karara bağlanmadan ve bir sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, enerji madde ve ürünlerinin

³² ERDEM (EŞA-II), prg.8.

³³ BAMBERGER / LINEHAN / WAELDE, s.15.

³⁴ EŞA'nın Türkçe metninde "hakem" ifadesi kullanılmaktaysa da, gerek Anlaşmanın İngilizce metninde "conciliation" teriminin kullanılması gerekse de uyuşmazlığın çözümündeki fonksiyonu nedeniyle, bu ifadenin "arabulucu" olarak anlaşılması daha uygundur. Bu hususta ayrıca bkz. ERDEM,(EŞA-II), prg.9.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

transitinin hiçbir şekilde durdurulamayacağını, kısıtlanamayacağını, anlaşma tarafının kendi kontrolünde olan bir kuruluşa bu yönde izin veremeyeceğini, kendi kontrolünde olmayan bir kuruluştan da bu yönde talepte bulunamayacağını hüküm altına almış ve transit akışın güvenliğini tesis etmeyi amaçlamıştır.

C. Rekabet Uyuşmazlıkları

Rekabete ilişkin konular EŞA'nın 6 ncı maddesinde düzenlenmiş olup, anlaşma taraflarına öncelikle, enerji sektöründeki ekonomik aktivite alanında rekabete ilişkin piyasa engellerini azaltmaya çalışma ve buna ilişkin rekabet kanunlarını yürürlüğe koyma gibi esnek yükümlülükler getirmiştir. Ayrıca rekabet konusunda deneyim sahibi taraflar, talep üzerine ve mevcut kaynaklar ölçüsünde olmak şartıyla, rekabet kurallarının geliştirilmesi ve uygulanması konusunda diğer anlaşma taraflarına teknik yardım sağlamakla da yükümlüdürler. Söz konusu madde, taraf devletler arasında ortak bir rekabet düzeni öngörmemekte, anlaşma taraflarının kendi iç hukuk düzenlerindeki mevcut rekabet kurallarının uygulanacağını düzenlemektedir³⁵.

EŞA, rekabet uyuşmazlıklarının çözümü için kapsamlı ve teknik bir yöntem öngörmemektedir. Anlaşmaya göre, anlaşma taraflarından biri, diğer anlaşma taraflarından birinin 6 ncı madde kapsamında düzenlenen rekabet kurallarını ihlal ettiği ve bu durumun da önemli bir menfaatini olumsuz yönde etkilediği kanısındaysa, durumu bu anlaşma tarafına ve onun rekabet otoritesine, durumun tespitine yarayacak gerekli bilgi ve belgelerle birlikte bildirerek gerekli önlemlerin alınmasını talep eder. Bildirimi alan anlaşma tarafı veya onun rekabet otoritesi durumu inceleyerek ve gerek görürse bildirim yapan anlaşma tarafının rekabet otoritesiyle de bilgi alışverişinde bulunarak, bir önlem alınması gerekip gerekmediğine karar verir ve kararını gerekçeleriyle birlikte bildirim yapan anlaşma tarafına bildirir. Karar bir önlem alınması gerektiği yönünde olursa, bildirim yapan anlaşma tarafını alınan önlemlerden ve gelişmelerden de haberdar edecektir. Rekabete ilişkin uyuşmazlığın çözümü için diplomatik yollara başvurulabilmekle beraber, EŞA'da diğer konular için öngörülen uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerine başvurulamayacağı hususu açıkça belirtilmiştir³⁶.

³⁵ ERDEM (EŞA-II), prg.9.

³⁶ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf: The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.58.

D. Çevreye İlişkin Uyuşmazlıklar

Anlaşmanın 19 uncu maddesi Anlaşma taraflarına, diğer uluslararası anlaşmaları da göz önüne alarak, yakıt çevriminden kaynaklanan tüm işlemlerden doğan zararlı çevresel etkileri, ekonomik açıdan verimli biçimde en aza indirmek için gayret sarf etme yükümlülüğünü getirmiştir. Bu genel yükümlülük dışında, anlaşma tarafları için konuya ilişkin daha spesifik yükümlülükler de öngörülmüştür. Konuya ilişkin “Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolü” de EŞA ile aynı tarihte imzaya açılmış olup, çevresel konuları ayrıntılı olarak düzenlemektedir³⁷.

EŞA, çevreye ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için ayrıntılı ve teknik bir düzenleme öngörmemiştir. Anlaşmaya göre, bir veya birden fazla Anlaşma tarafının talebi halinde, 19 uncu maddenin uygulanmasından veya yorumlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, söz konusu uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak bir uluslararası anlaşmanın bulunmaması şartıyla, Enerji Şartı Konferansı incelemesine sunulur. Konferans bir çeşit danışman gibi, sorunun çözümüne ilişkin önerileri taraflara iletcek, sorunun çözümü için çaba gösterecektir³⁸.

E. Yatırıma İlişkin Uyuşmazlıklar

Yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemelerin, EŞA'nın en önemli hükümlerini oluşturduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Çalışmamızın bu bölümünde EŞA kapsamında yatırımın korunması amacıyla getirilen düzenlemelere kısaca göz attıktan sonra, yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerinden ayrıntılı olarak bahsedeceğiz.

1) Yatırım ve Yatırımcı Kavramları

Yatırım kavramının üzerinde anlaşılan bir tanımı bulunmamaktadır. Mevzuatta ve bilimsel eserlerde, yapılacak tanımın tüm yatırım türlerini kapsayamayacağı endişesiyle, böyle bir tanım vermekten kaçınılmaktadır. Bu nedenle, yatırımların korunmasına ilişkin anlaşmalarda genellikle yatırım tanımlanmamakta, yatırım olarak kabul edilecek varlık ve haklar sayılmaktadır³⁹. Ancak

³⁷ Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün İngilizce metni için bkz. http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=141, s.141

³⁸ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf:The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.58

³⁹ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tah-

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

uluslararası anlaşmalarda, uzun dönemi kapsamaları, yüksek risk taşımaları ve ülkenin kalkınmasındaki önemleri nedeniyle, öncelikle doğrudan yatırımların korunmasına öncelik verildiği, portföy yatırımlarının korunmasının ikinci planda kaldığı söylenebilir.

Uluslararası bir anlaşma olan EŞA da benzer yöntemi tercih etmiş ve yatırım ve yatırımcı kavramlarını tanımlamak yerine, yatırım olarak kabul edilecek varlıkları belirtmek yolunu seçmiştir. EŞA'nın 1 inci maddesinin (6) nolu bendi yatırım, “*bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlık*⁴⁰” olarak geniş bir şekilde tanımladıktan sonra, Anlaşma kapsamında yatırım olarak kabul edilecek tüm varlıkları tek tek saymıştır. Buna göre, aynı veya aynı olmayan, taşınır ve taşınmaz servetler ve ipotek, haciz ve teminat gibi her türlü mülkiyet hakkı; bir firma veya teşebbüs, ya da bir firma veya teşebbüsteki hisse senetleri, tahviller veya diğer iştirak şekilleri, bonolar ve bir firma veya teşebbüsün borçları; bir ekonomik değere sahip olan ve bir yatırıma ilişkin olarak yapılan kontratla ilgili olan para ve hizmet performansı talepleri; fikri mülkiyet; kazanç; yasalarla, kontratlarla veya enerji sektöründeki herhangi bir ekonomik aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar, yatırım kapsamında değerlendirilmiştir⁴¹. Aynı maddenin (7) nolu bendi ise yatırımcıyı, Anlaşma tarafı açısından, söz konusu Anlaşma tarafı devlette uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak o ülkede sürekli ikamet eden veya o ülkenin vatandaşı veya uyruğuna sahip olan bir gerçek kişi; söz konusu Anlaşma tarafı devlette uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak örgütlenen bir firma ya da organizasyon; “üçüncü ülke” açısından ise, Anlaşma tarafı için belirtilen bu şartları, gerekli değişiklikleri yaparak yerine getiren gerçek kişi, firma veya organizasyon, olarak tanımlamıştır.

3) Yatırımın Korunması Kavramı

Yatırımlar, özellikle de yabancı yatırımlar, tarih boyunca çeşitli risklerle karşı karşıya kalmıştır. Bu riskler devletin egemenlik hakkından kaynaklanabileceği gibi dış faktörlerden de kaynaklanabilmektedir. Yüksek vergilerin konması, devletleştirme, kamulaştırma, müsadere, yabancı yatırımla ilgili

kimi”, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları 1(2), 2007, s.170

⁴⁰ Kontrolün varlığının tespiti her somut olay için ayrı değerlendirilecek olup, kontrolün varlığı hakkında şüphe olursa yatırımcı, kontrolün varlığını ispat etmelidir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. 3 Numaralı Mutabakat.

⁴¹ Portföy yatırımları ve fikri mülkiyet hakları dahi yatırım kavramı içinde sayılmıştır.

hukuki düzenlemelerde değişiklik yapılması, kota uygulaması, yabancı yatırımcının sınır dışı edilmesi, yatırım yapılan devletteki politik ve ekonomik istikrarsızlık bu risklerin en önemlileridir⁴². Bu risklerin varlığı yatırım maliyetlerini artırmakta, özellikle gelişmekte olan ülkeler açısından ekonomik kalkınmanın önüne büyük bir engel olarak çıkmaktadır.

Devletler bu hususları göz önüne alarak, yabancı yatırımların korunmasını ve teşvikini amaçlayan ikili veya çok taraflı anlaşmalar yaparak, yabancı yatırım ve yatırımcının korunacağını birbirlerine taahhüt etmektedirler. Ancak bu anlaşmalar devletin egemenlik hakkını belirli ölçülerde sınırladığından her zaman tartışma konusu olmuşlardır.

Özellikle enerji sektörü gibi ülke ekonomisi açısından hayati önem arz eden ve yüksek yatırım maliyetlerine sahip bir sektörde, yatırım risklerinin en aza indirilmesi önem taşımaktadır. Bu nedenle EŞA, yatırımın ve yatırımcının korunmasına özel olarak önem vermiş, diğer konu başlıklarına oranla daha ayrıntılı hükümler getirmiştir.

4) Enerji Şartı Anlaşması Kapsamında Yatırımın Korunması

EŞA, temel olarak, yatırımcı gelişmiş ülkelerle, gelişmekte olan yatırım yapılacak ülkeler arasında yapılmış, uluslararası çok taraflı bir anlaşmadır. EŞA'da yatırıma ilişkin hükümler üçüncü bölümde, 10 ila 17 nci maddeler arasında düzenlenmiştir. Yatırımlara ilişkin düzenleme geniş oranda Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA) ve ABD / İngiltere'nin yaptığı ikili anlaşmalardan etkilenmiştir⁴³. Ancak, EŞA'nın AB'nin dış politika, ekonomi ve enerji politikasının bir ürünü olduğu ve AB'nin yatırıma ilişkin birincil ve ikincil mevzuatının bu hükümlerle AB üyesi olmayan ülkeler için de uygulanabilir hale geldiği gözden kaçmamalıdır. Bunun dışında DTÖ gibi önemli kuruluşların, yazılı olmayan Avrupa hukuku kurallarının, çevrenin ve insan haklarının korunmasına ilişkin kuralların da EŞA'nın hazırlanması aşamasında göz önüne alındığı şüphesizdir⁴⁴. Tüm bunları birlikte değerlendirdiğimizde, EŞA'nın yatırıma ilişkin hükümlerinin sadece tek bir anlaşma, devlet veya kuruluştan etkilendiğini söylemek imkânsız olup, imzalandığı

⁴² TUYGUN, s.36

⁴³ WALDE, Thomas W.: "Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues", <http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article224b.htm>, prg.4. Erişim tarihi: 25.12.2009.

⁴⁴ WALDE, prg.5.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

dönemde yatırımların korunmasına ilişkin en kapsamlı kuralları düzenlediği görülmektedir.

EŞA'nın yatırıma ilişkin hükümlerini yakından incelediğimizde ilk dikkatimizi çeken husus, yatırım öncesi aşama ile yatırım aşamasının farklı düzenlendiğidir. Yatırım öncesi aşama, genel uygulama kuralları tarafından nispeten esnek bir biçimde düzenlenmişken, yatırım aşaması daha katı kurallarla ve devletlerin gönüllülüğüne bırakılmadan düzenlenmiştir⁴⁵. Aşağıda inceleyeceğimiz şekilde, yatırımcıya tanınan tahkim hakkı bu açıdan önemli bir gelişmedir. Ancak, EŞA'nın yatırım öncesi aşama için, özellikle piyasaya giriş ve serbestleşme konularında, gerekli araçlara sahip olmadığı da bir gerçektir. Her ne kadar bu konuda çalışmalar sürmekteyse de henüz bir sonuç alınamamıştır⁴⁶.

EŞA'da dikkat çeken ikinci husus ise, devlet ve kuruluşlardan ayrı olarak yatırımcının da Anlaşmanın getirdiği korunmadan faydalanmayı talep edebilmesidir. Bu yatırımın korunması hususunda önemli bir gelişme olup, yatırımcı haklarının “insan hakları” kavramı içinde değerlendirildiğine ilişkin görüşlere kaynaklık etmiştir⁴⁷.

Bu genel incelemeden sonra çalışmamızın bu bölümünde EŞA'da yatırımcının korunmasına ilişkin hükümlere yakından bakacağız⁴⁸.

a. Genel Uygulamalar

EŞA'nın 10 uncu maddesi, “Yatırımların Teşviki, Korunması ve Uygulamalar” başlığını taşımakta olup, yatırımların korunması ve teşviği için açıkça belirlenmiş zorunluluklar öngörmemekte, sadece temel standartlar koymaktadır. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre Anlaşma tarafları, diğer Anlaşma taraflarının yatırımcılarına kendi ülkelerinde yatırım yapabilmeleri için istikrarlı, adil, uygun ve şeffaf şartları tesis etmekte yükümlüdürler. Ayrıca Anlaşma tarafları, diğer Anlaşma taraflarının yatırımlarına eşit ve adil bir uy-

⁴⁵ CHALKER, s.443.

⁴⁶ TUCKER, s.519.

⁴⁷ WALDE, prg.7.

⁴⁸ Anlaşmanın 17 nci maddesi uyarınca, Anlaşma tarafı bu hakların kullanılmasını belirli şartların varlığı halinde reddedebilir. Buna göre diğer Anlaşma tarafı devlet tarafından yapılan yatırımın, üçüncü ülke vatandaşların sahip olduğu veya kontrol ettiği ve diğer Anlaşma tarafında önemli ölçüde iş hacmine sahip olmayan hukuki kuruluşlar ile diplomatik ilişki kurulmayan veya bu menfaatlerin sağlanmasının Anlaşma tarafınca alınan önlemlere aykırı sayıldığı veya yasaklandığı üçüncü ülke yatırımcıları tarafından yapıldığının tespit edilmesi halinde, bu avantajlar uygulanmaz.

gulamayı da taahhüt etmektedirler. Bu hüküm, OECD yatırım sözleşme modellerinden doğmuş olup, NAFTA tarafından birçok kararda dayanak olarak alınmıştır⁴⁹. Bunun dışında, yatırımlar istikrarlı ve devamlı korunmaya ve güvenliğe mazhar olacak ve hiç bir Anlaşma tarafı, makul olmayan veya ayırım gözetilen önlemlerle, yatırımların idaresi, idamesi, faydası, kullanma hakkı veya devredilmesi açısından eşitsizlik yaratacak biçimde davranmayacaktır. Hiç bir durumda, söz konusu yatırımlara, Anlaşma yükümlülükleri de dahil olmak üzere, uluslararası hukuk tarafından empoze edilen gereksinimlerden daha yetersiz prosedürler uygulanmayacaktır⁵⁰. Son fıkra ise “pacta sunt servanda-ahde vefa” kuralının bir yansıması olup, “Her Anlaşma tarafı, diğer bir Anlaşma tarafı yatırımcısı veya yatırımcısının bir yatırımı ile taahhüt ettiği yükümlülükleri yerine getirecektir.” hükmünü düzenlemektedir. Bu hüküm, ahde vefa ilkesinin özel bir çeşidi olan ve “Umbrella Clause” olarak bilinen kuralın uygulaması niteliğindedir. “Umbrella clause” kavramı, yatırım anlaşmalarına yaklaşık 50 yıl önce girmiş bir kavram olup, iki taraflı spesifik bir yatırım anlaşmasının ihlalinin, uluslararası nitelik taşıyan ikili veya uluslararası bir yatırım anlaşmasının ihlali olarak değerlendirilmesine imkan sağlar. Böylece, yerel boyutlu yatırım anlaşmalarının ihlali, uluslararası boyut kazanır⁵¹. Bu ihlalin boyutu ve niteliğinin nasıl olması gerektiği, ufak bir ticari anlaşmazlığın uluslararası boyut kazanması gerekip gerekmediği hususu doktrinde hâlâ tartışmalı bir husustur⁵².

b. Ayrımcılık Yapmama ve En Çok Gözetilen Ulus Kaydı

Maddenin ikinci fıkrası önemli bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu fıkraya göre Anlaşma tarafları, yatırımların yapılması aşamasında, yani yatırım öncesi aşamada, Anlaşmanın diğer taraflarına, kendi yatırımcılarına veya Anlaşmanın diğer taraflarından birinin yatırımcısına veya üçüncü bir ülkenin yatırımcısına sağladığından daha az düzeyde olmayan uygulamayı sağlamak

⁴⁹ WALDE, prg.16

⁵⁰ 17 Numaralı Mutabakatla, 1 Ocak 1970 tarihinden önce imzalanmış veya bağlayıcılık kazanmış uluslararası kararlar bu hüküm uygulamasından muaf tutulmuşlardır.

⁵¹ WONG, Jarrod: “Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes”, George Mason Law Review, C.14, 2006, s.137.

⁵² Yatırım anlaşmalarında “Umbrella Clause” hakkında detaylı bilgi için bkz. http://intl.law.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf, Erişim tarihi: 25.12.2009. Ayrıca, EK 1A’da, bireysel yatırım anlaşmalarının yatırım yapılan devlet tarafından ihlali halinde, bu son cümle uyarınca uluslararası tahkime başvurulmasına izin vermeyeceğini bildiren devletlerin listesi yer almaktadır. Bu devletler, Avustralya, Kanada, Macaristan ve Norveç’tir.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

için çaba gösterecektir. Yukarıda da açıklandığı üzere, EŞA müzakerelerinde, serbestleştirme, özelleştirme, lisanslama, piyasaya giriş gibi yatırım öncesi aşama için de katı kuralların ve korumanın getirilmesi için çalışmalarda bulunmuş, ancak bu hususun devletlerin enerji sektöründe ulusal sınırlar içerisinde yapılanma hakkını sınırlayacağı gerekçesiyle bir sonuç alınamamıştır⁵³. Bu nedenle dördüncü fıkrada, bu hususa ilişkin yükümlülükleri düzenleyecek bir “ek anlaşmanın” yapılacağından bahsedilmiştir⁵⁴; ancak, henüz bu yönde bir anlaşma ortaya çıkmamıştır⁵⁵. Ayrıca beşinci fıkrada, Anlaşma taraflarının bu hususta yeni kısıtlamalar getirmemek ve olanları da azaltmak konusunda çaba göstereceklerinden, altıncı fıkrada ise Anlaşma taraflarının kendi aralarında yatırım öncesi aşama için bu yönde ikili anlaşmalar yapabileceklerinden bahsedilmektedir.

Yedinci fıkra, yatırım sonrası aşamada Anlaşma taraflarının, Anlaşmanın diğer taraflarına, kendi yatırımcılarına veya Anlaşmanın diğer taraflarından birinin yatırımcısına veya üçüncü bir ülkenin yatırımcısına sağladığından daha az düzeyde olmayan uygulamayı sağlamak zorunluluğunu düzenler. Ancak bu kavramlar çok muğlak ve içeriğinin tespiti zor kavramlar olup, uygulamada tartışmaya açıktır. Ayrıca sekizinci fıkra ile, yatırım kavramı içinde belirtilmiş olan fikri mülkiyet, üçüncü ve yedinci fıkra ile düzenlenen imkanlar için uygulanmayacaktır.

c. Anahtar Personel Uygulaması

EŞA'nın 11 inci maddesi, Anlaşma taraflarının, diğer Anlaşma taraflarının yatırımcılarının ve bu yatırımcılar tarafından görevlendirilen anahtar personelin, yapılacak yatırım faaliyetleri için kendi ülkelerine girmelerine ilişkin taleplerini iyi niyetle incelemekle yükümlü olduklarını düzenlemektedir. Ayrıca Anlaşma tarafları, kendi ülkelerinde yatırımlara sahip yatırımcılar veya bunların yatırımları için, tâbiyet ve vatandaşlık durumuna bakmaksızın, bir anahtar personelin görevlendirilmesine de izin vereceklerdir⁵⁶.

d. Kayıpların Telafisi

Anlaşmanın 12 nci maddesi Anlaşma taraflarına, yatırımcılara, özellikle ekonomik ve politik yönden istikrara kavuşmamış ülkelerdeki savaş, silahlı

⁵³ TUCKER, s.520.

⁵⁴ Bu konuya ilişkin olarak kabul edilen 10 Numaralı Mutabakat ile, söz konusu ek anlaşmanın satış, özelleştirme ve demonopolizasyona ilişkin hükümler içereceği düzenlenmiştir.

⁵⁵ CHALKER, s.443

⁵⁶ BAMBERGER / LINEHAN / WAELDE, s.7.

çatışma, milli seferberlik, iç isyan gibi olaylardan kaynaklanan zararların telafisi için gerekli korumayı sağlamaktadır. Bu maddeye göre yatırımcı yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı yatırımının uğradığı zararların tazminini veya diğer yöntemlerle telafisini, Anlaşma tarafından, kendi yatırımcılarına veya Anlaşmanın diğer taraflarından birinin yatırımcısına veya üçüncü bir ülkenin yatırımcısına sağladığından daha az düzeyde olmayacak şekilde, talep edebilecektir. Yatırım yapıldığı taraf, eğer kendi yatırımcılarının veya üçüncü ülke yatırımcılarının bu tip zararlarının telafisine karar verirse, Anlaşma tarafı yatırımcılar da bu karardan faydalanabileceklerdir⁵⁷. Ancak yatırım yapılan Anlaşma tarafının kuvvetleri tarafından yatırımlara zarar verilirse, Anlaşma tarafı bu zararları gidermekle, telafi etmekle yükümlüdür. Burada mutlak bir zorunluluk vardır.

e. Kamulaştırma

Anlaşmanın 13 üncü maddesi yatırımcının, enerji sektöründeki yatırımlar için önemli bir husus ve temel bir risk olan kamulaştırmaya, devletleştirmeye veya benzer sonucu doğuracak işlemlere karşı korunmasını düzenlemektedir. Söz konusu maddeye göre, bir Anlaşma tarafı, diğer bir Anlaşma tarafının yatırımlarını kamulaştırmak isterse bunu, kamu menfaatine dönük bir amaç için, ayırım gözetmeksizin, tamamen kanuna uygun bir şekilde ve zamanında yeterli bir telafi sağlayarak yapmak zorundadır. Kamulaştırma değeri tespit edilirken kamulaştırma işleminden önceki (eğer kamulaştırma işleminin yapılacağı hususu yatırımın değerini etkilemişse, etkilenmeden önceki değeri) göz önüne alınmalıdır. Ödeme tarihine kadar olan süre için ticari faiz de işleyecek olup, ödeme konvertibl para birimiyle yapılmalıdır. Yabancı yatırımcının hisse sahibi olması durumunda da bu hükümler uygulama alanı bulacaktır.

f. Yatırımlara İlişkin Transferler

Anlaşmanın 14 üncü maddesi, Anlaşma tarafının, yatırımcılar için transfer serbestisini garanti etmesini öngörmektedir. İlk ve ek sermaye, geri ödemeler, sözleşmeye bağlanmış ödemeler, yurtdışından istihdam edilmiş personelin ücret ve hak edişleri, anlaşmazlığın çözümünden doğan ödemeler ile kayıpların telafisi ve kamulaştırma sonucu yapılan ödemeler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Transferler gecikmeksizin ve serbest konvertibl para cinsinden yapılmalıdır⁵⁸.

⁵⁷ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf:The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.27.

⁵⁸ Maddenin beşinci fıkrası bu hükme bir istisna getirmekte ve eski SSCB'yi oluşturan devlet-

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

g. Haklarda Halefiyet

Anlaşmanın 15 inci maddesine göre, bir Anlaşma tarafı veya bu tarafı temsil eden bir kurum (kefil taraf), başka bir Anlaşma tarafının (ev sahibi taraf) ülkesindeki bir yatırımcının bir yatırımı ile bağlantılı olarak yapılmış bir kefalet veya garanti kapsamında bir ödemede bulunursa ev sahibi taraf, yatırımcının hak ve talebinin kefil tarafa devrini kabul edecek ve kefil taraf, kefil olunan tarafın halefiyete istinaden almaya ve kullanmaya hak kazanmış olduğu hakları kullanabilecektir. Kefil taraf, kefil olunan tarafın almaya hak kazanmış olduğu ölçüde tüm haklara ve ödemelere hak kazanacaktır.

h. Diğer Anlaşmalarla İlişkiler

EŞA ile diğer uluslararası anlaşmalar arasında bir ihtilaf meydana gelirse, yatırımcının lehine olan kurallar uygulanacaktır⁵⁹.

5) Enerji Şartı Anlaşması Kapsamında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Özel Düzenlemeler

Yukarıda açıkladığımız üzere, EŞA ile yatırımcı arasında ilişkileri düzenleyen çeşitli kurallar öngörülmüştür. Ancak çok yüksek yatırım maliyetlerine sahip enerji yatırımlarında, çok sayıda riskler bulunmaktadır. Bu ise hem yatırım maliyetlerini yükseltmekte hem de kaynakların yatırıma yönelmesini kısıtlamaktadır. Bu risklerin en önemlisi hukuki risk olup, yatırım uyuşmazlıklarının tarafsız bir şekilde, makul sürelerde çözülmesi ve kararın en kısa sürede infaz edilmesi, hem yatırımcı hem de yatırım yapılan taraf için, hayati önem taşımaktadır⁶⁰.

EŞA yatırımcının korunmasına ilişkin hükümleri üçüncü bölümde düzenlemekteyken, özellikle Anlaşma taraflarının bir kısmının geçiş dönemi nedeniyle yerleşmiş ve yeterli bir hukuk sistemine sahip olmamasını da dikkate alarak, Anlaşmanın beşinci bölümü uyuşmazlıkların çözümünde yenilikçi ve zorunlu bir uyuşmazlıkların çözümü sistemi getirmiştir⁶¹. Anlaşmanın 26

lerin aralarında yapacakları anlaşmalarla, söz konusu transferlerin ödemesinin ulusal paraları ile yapılmasını talep edebileceklerini öngörmektedir. Özellikle, Rusya'nın talebiyle Anlaşma metnine konmuştur. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. BAMBERGER / LINEHAN / WAELDE, s.7.

⁵⁹ SUSSMAN, s.2.

⁶⁰ TİRYAKİOĞLU, s.173.

⁶¹ LEW, Julian D.M. / MISTELIS, Loukas A. / KRÖLL, STEFAN M.: Comparative International Commercial Arbitration, Hollanda 2003, s.773.

ncı maddesi, bir yatırımcı ile Anlaşma tarafı arasında doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemini düzenlerken, 27 nci maddesi Anlaşma tarafları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü düzenlemektedir⁶².

a. Yatırımcı ile Anlaşma Tarafı Bir Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

EŞA'nın 26 ncı maddesinde düzenlenen çözüm yöntemi, Anlaşma tarafı yatırımcının, Anlaşmanın üçüncü bölümünde yer alan yükümlülüklerin yatırım yapılan Anlaşma tarafı devlet tarafından ihlal edildiğine ilişkin iddialarını içeren yatırıma ilişkin uyuşmazlıklara uygulanmaktadır. Anlaşmanın üçüncü bölümü bir çok muğlak yükümlülük içermekte olup, kapsamı da çok geniştir; ancak, yatırım öncesi aşama için katı yükümlülüklerin bulunmaması bu sınıncaları nispeten de olsa bertaraf etmektedir⁶³. Anlaşmanın üçüncü bölümü dışındaki hükümlerden kaynaklanan diğer uyuşmazlıklarda ise bu hükme başvurulması zaten mümkün değildir⁶⁴.

26 ncı madde uyarınca, bir Anlaşma tarafı ile -bizzat Anlaşma tarafı olmasına rağmen- yatırımcı arasında, Anlaşmanın üçüncü bölümüne ilişkin bir uyuşmazlık olduğunda taraflar öncelikle, karşılıklı iyi niyet içerisinde sorunu çözmeye çalışacaklardır. Eğer taraflardan birinin iyi niyetle çözüm önerisi üç ay içerisinde sonuçlanmazsa, yatırımcının uyuşmazlığın çözümü için seçimlik bir hakkı bulunmaktadır. Bu seçimlik hak sadece yatırımcıya tanınmış olup, yatırım yapılan devlet bu imkanlara sahip değildir. EŞA sistemi, yatırım yapılan devletin yerel organ ve kuruluşlarıyla kendi hak ve çıkarlarını koruyabileceği, yatırımcının nispeten zayıf taraf olduğu düşüncesinden hareketle oluşturulmuştur⁶⁵. Bu sisteme göre yatırımcı, yatırım yapılan devletin ulusal mahkemesine veya idari makamlarına başvurma hakkına sahiptir. Yatırımcı bu yöntem dışında, daha önce Anlaşma tarafı ile ortaklaşa kabul edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemine de başvurabilir. Örneğin, yatırımcının tabi olduğu devlet ile yatırım yapılan devlet arasında bir ikili yatırım anlaşması bu-

⁶² EŞA'da düzenlenen yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin sistemin, çeşitli ikili yatırım anlaşmalarının bir yansıması olduğu kabul edilebilir. Ticari uyuşmazlıkların çözümünde de DTÖ kurallarını benimsemiştir. Ancak diğer konulardaki uyuşmazlıkların çözümü kuralları daha yenilikçidir.

⁶³ TUCKER, s.523.

⁶⁴ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf:The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.52.

⁶⁵ CHALKER, s.451.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

lunuyorsa, yatırımcı bu anlaşmadaki hükümlere başvurabilir⁶⁶. Yatırımcının başvurabileceği üçüncü yöntem ise uluslararası tahkimdir. İlk iki yöntemden birine başvuran yatırımcının, aynı uyuşmazlık için daha sonra uluslararası tahkim yoluna başvurabilmesi, Anlaşma tarafı devletin adını, Ek ID’de olmamasına bağlıdır⁶⁷. Anlaşma tarafları bu hüküm dışında uluslararası tahkim konusunda bir çekince koyamamaktadırlar⁶⁸.

Yatırımcı uluslararası tahkime gitme yönünde karar verirse⁶⁹, EŞA kapsamında üç seçeneği vardır ve tercihini yazılı olarak belirtmelidir:

aa) ICSID Tahkimi

Yatırımcı, yatırım uyuşmazlığının çözümü için 1965 tarihli “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Meydana Gelebilecek Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesine İlişkin Sözleşme⁷⁰” uyarınca oluşturulan Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezine (ICSID) ve bu kapsamdaki ICSID tahkimine başvurabilir. Kurumsal bir tahkim olan ICSID tahkimi, yatırım konusunda uzmanlaşmıştır ve Dünya Bankası nezdinde faaliyet göstermektedir⁷¹. Uluslararası bir sözleşme ile kurulmuş ve iç hukuktan bağımsız, kendini yöneten bir sistem oluşturulmuştur⁷². ICSID tahkimi sonucu verilen kararlar, icrası istenilen devletlerin mahkemelerinin kararı gibi kesin

⁶⁶ ERDEM (EŞA-I), prg 10.

⁶⁷ Aralarında Türkiye’nin de bulunduğu EK ID’de yer alan ülkelerin listesi için bkz. http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf

⁶⁸ Yukarıda incelendiği üzere, Anlaşmanın 10/1 maddesi uyarınca tahkime başvurulmasına da çekince koymak mümkündür.

⁶⁹ EŞA kapsamında ilk tahkim başvurusu Nisan 2001 tarihinde gerçekleşmiştir.

⁷⁰ Halen 156 devlet tarafından imzalanmış ve 145 ülke tarafından onaylanmıştır. Sözleşmeyi imzalayan ülkelerin listesi için bkz. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=S_howDocument&language=English: Erişim tarihi:25.12.2009.

⁷¹ Uluslararası tahkim yapısal açıdan ikiye ayrılır: Ad hoc tahkim, herhangi bir kurumsal yapısı olmayan, hakem mahkemesinin söz konusu uyuşmazlık veya uyuşmazlıklar için taraflarca özel olarak oluşturulmuş veya belli tahkim kurallarına göre oluşturulan tahkimdir. Kurumsal tahkim ise, tahkim prosedürünü yürütecek teknik ve idari organizasyona sahip ve detaylı kurallara sahip sürekli hakem heyetlerince yerine getirilen tahkimdir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2002, s.243. EŞA kapsamında her iki tahkim türüne de yer verildiği, ayrıca Sovyetler Birliği döneminde Doğu Bloku ülkelerinin güvenini kazanmış olan SCC Tahkim Enstitüsüne de başvuru imkanı getirildiği görülmektedir.

⁷² TUYGUN, s.77. Halen 123 dava ICSID Sözleşmesi bünyesinde görülmekte olup, bunlardan üçünde Türkiye davalı konumundadır. Bu davalardan ikisi enerji, biri ise telekomünikasyon sektörüne ilişkindir.

hüküm niteliğine sahip olup, taraf devletler tarafından resen infaz edilmelidir⁷³. Taraflar, tahkim sonucu verilen kararın kamu düzenine aykırı olduğundan bahisle dahi, kararın tanınmasını veya tenfizini engelleyememektedirler⁷⁴.

ICSID tahkimine başvurabilmek için, kural olarak, yatırım uyuşmazlığına taraf olan yatırımcının devleti ile yatırım yapılan devletin ICSID Sözleşmesini imzalaması gerekmektedir. Ancak, 1978 tarihinde “ICSID Uzlaştırma ve Tahkim Ek Mekanizma Kuralları” kabul edilmiş ve taraflardan sadece birinin ICSID Sözleşmesine taraf olmasında dahi tahkimin yolu açılmıştır. Ek mekanizma kurallarına göre yürütülen bu tahkim, ICSID Sekreteryası tarafından yürütülmekte olup, teknik anlamda ICSID tahkimi değildir⁷⁵.

EŞA kapsamında ICSID tahkimine başvurmak mümkündür. Eğer uyuşmazlık taraflarından biri ICSID Sözleşmesine taraf değilse, uyuşmazlık “ICSID Uzlaştırma ve Tahkim Ek Mekanizma Kuralları” uyarınca çözülür⁷⁶.

EŞA kapsamında ICSID’de görülen davalardan en önemlisi, Libananco ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki davadır. Bir Kıbrıs şirketi olan Libananco, iki hidroelektrik tesisinin EŞA’ya aykırı olarak kamulaştırıldığı iddiasıyla, ICSID Merkezi bünyesinde Türkiye’ye dava açmış olup, dava halen sürmektedir⁷⁷. Bunun dışında, elektrik sektöründe Barmek ve petrol sektöründe Azpetrol tarafından Azerbaycan’a ve Plama tarafından Bulgaristan’a karşı açılan davalar ICSID Merkezi bünyesinde yürütülmüş ve karara bağlanmışlardır⁷⁸.

bb) UNCITRAL Tahkim Kuralları

Dünyada yaygın olarak benimsenip kullanılmakta olan United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) tahkim kuralları, ad hoc tahkimde kullanılmak üzere düzenlenmiş olup, hemen hemen her türlü ad hoc tahkime uygulanabilir nitelikte olan kurallardan oluşmaktadır. Kurumsal

⁷³ ŞANLI, s.245.

⁷⁴ NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN, Günseli: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003, s.83.

⁷⁵ YILMAZ, İlhan: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul 2004, s.33.

⁷⁶ TUYGUN, s.56.

⁷⁷ Davanın detaylı gelişimi için bkz. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=ListCases&caseId=C77&actionVal=viewCase>: Erişim tarihi: 25.12.2009.

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>, 120, 166 ve 167 sayılı başlıklar: Erişim tarihi: 25.12.2009.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

bir tahkim türü değildir, belirli bir kurum tarafından izlenmez, denetlenmez ve yönetilmez⁷⁹. Bu kurallar ad hoc tahkim türünü tercih edenlerin, yerel tahkim düzenlemelerine tabi olmadan uluslararası karakterli kurallar çerçevesinde tahkim prosedürlerini yürütebilmelerini teminen, Birleşmiş Milletler (BM) Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından 1976 yılında oluşturulmuştur⁸⁰. Bu kurallar; tahkim anlaşması, hakemlerin özellikleri ve atanması, tahkim usulü ve yargılamaya ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Ad hoc tahkimde doğrudan UNCITRAL kurallarına atıfta bulunulması halinde, taraflar bu kuralları değiştiremezler; ancak tarafların anlaşarak bu kuralları değiştirmeleri, kaldırmaları, bunlara ekleme yapmaları mümkündür.

UNCITRAL tahkim kuralları çeşitli yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanmasına rağmen EŞA kapsamında henüz uygulanmamıştır.

cc) Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü

Yatırımcının EŞA kapsamında başvurabileceği üçüncü uluslararası tahkim kurumu, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsünün (SCC Tahkim Enstitüsü) tahkimidir. SCC Tahkim Enstitüsü, 1917 yılında kurulmuş olup, özellikle Sovyetler Birliği döneminde Doğu-Batı bloku arasındaki ticari ve ekonomik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinde yaygın şekilde başvurulan bir kurumsal tahkim kuruluşudur⁸¹. Odadan bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olup, 1999 yılında gözden geçirilen tahkim kuralları uygulanmaktadır. Burada taraflarca uygun bulunan maddi hukuk kuralları uygulanmakta olup, taraflarca maddi hukuk kuralı seçilmezse hakem heyeti tarafından uygulanacak hukuk tespit edilmektedir.

EŞA kapsamında, SCC Tahkim Enstitüsü bünyesinde karara bağlanan davaların en önemlileri, Nykomb vs Litvanya⁸² ve Petrobart vs Kırgızistan davalarıdır⁸³.

b. Esasa Uygulanacak Hukukun Tespiti

Anlaşmanın 26 ncı maddesi kapsamında uygulanacak hukukun tespiti, Anlaşmada tatmin edici bir şekilde düzenlenmemiştir. Maddenin dördüncü

⁷⁹ ERDOĞAN, Feyiz: Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s.137.

⁸⁰ ŞANLI, s.242.

⁸¹ ŞANLI, s.256.

⁸² Bkz. SCC Arbitration No. 118/2001

⁸³ Bkz. SCC Arbitration No. 126/2003

fikrası, “*Paragraf (4) uyarınca kurulan bir mahkeme, bu Anlaşmaya ve uluslararası hukuk prensiplerine ve uygulamadaki kurallara uyumlu olmak kaydıyla, uyuşmazlık konularında karara varacaktır.*”⁸⁴ hükmünü getirmektedir. Uyuşmazlık konusu, Anlaşmanın bir maddesinin ihlali niteliğindeyse söz konusu madde yeterli olacaktır. Ancak yatırım uyuşmazlıkları genellikle, karmaşık sözleşme ilişkilerinden kaynaklanır ve uygulanacak hukukun tespiti önem kazanır⁸⁵. Washington Sözleşmesi’nde, UNCITRAL ve SCC tahkim kurallarında bu konuya ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Washington Sözleşmesinin 42 nci maddesi, hakem heyetinin uyuşmazlığı taraflarca üzerinde anlaşılan hukuk kuralları çerçevesinde sonuca bağlayacağını, taraflar arasında anlaşma sağlanamazsa taraf devletin ulusal hukukunun ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarının uygulanacağını hükme bağlamıştır. UNCITRAL tahkim kurallarının 33 üncü maddesi ise, tarafların hangi hukukun uygulanacağını tespit etmemeleri halinde hakem heyetinin uygulanacak hukuku tespit edeceğini, her halükarda sözleşme hükümlerinin ve ticari örf ve adetlerin göz önüne alınacağını belirtmiştir. SCC tahkim kurallarının 24 üncü maddesi ise UNCITRAL tahkim kurallarına benzer bir düzenlemeye sahip olup, hakemlerin tarafların seçtiği maddi hukuk kurallarına göre, böyle bir seçim yapılmamış ise hakemlerce uygun bulunan maddi hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı sonuca bağlayacaklarını düzenlemiştir. Özellikle Anlaşmanın 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca doğan uyuşmazlık iddialarında, uluslararası kuralların münferit uyuşmazlığa uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacaksa bu uluslararası kurullarla ulusal hukukun beraber uygulanmasından doğacak çelişkilerin nasıl çözüleceği sorunu ortaya çıkmaktadır⁸⁶. Ulusal hukukun uyuşmazlığa dahil olmasıyla birlikte, yatırım yapılan devletin, yatırımcının ulusal hukuku ihlal ettiği şeklinde savunma yapması halinde durumun ne olacağı belirsiz gibi durmaktadır. Tüm bunların dışında, altıncı fıkranın ifadesinden, diğer hukuk kurallarının uygulama dışı bırakılmak mı istendiği yoksa sadece uluslararası hukuk kurallarının önceliğinin mi vurgulanmak istendiği hususu da açıkça anlaşılmamaktadır.

⁸⁴ İngilizce orijinal anlaşma metninde ifade tam olarak, “A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.” şeklindedir. Bu açıdan çeviri metninin orijinal metinle uyumsuz olduğu, “...uluslararası hukukun uygulanabilir kural ve ilkeleriyle uyumlu olmak kaydıyla...” şeklinde anlaşılmasının daha uygun olduğu değerlendirilmektedir.

⁸⁵ TUCKER, s.525.

⁸⁶ TUCKER, s.525.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

Maddenin sekizinci fıkrası uyarınca, hakem kararları taraflar için kesin ve bağlayıcıdır. Anlaşma taraflarından her biri, tüm hakem kararlarını gecikmesizin ve tam olarak uygulamak zorundadır. Hakem kararları faiz de içerebilir.

Maddenin beşinci fıkrası uyarınca ise, yatırım uyuşmazlıklarından kaynaklanan hakem kararlarının 1958 tarihinde New York'ta imzalanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesine göre tenfiz edileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu sözleşme sadece ticari ilişkilerden kaynaklanan hakem kararlarına uygulanmaktadır. Bu nedenle EŞA, tüm tahkim taleplerinin ticari ilişkilerden kaynaklandığını kabul etmiş ve bu taleplerin Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesine tabi olmasını mümkün kılmıştır⁸⁷. Washington Sözleşmesi hükümleri uyarınca taraflar, hakem kararlarının bağlayıcılığını ve uygulanacağını kabul ettiklerinden ICSID tahkimine başvurulması tarafların lehinedir.

i. Anlaşma Tarafları Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

EŞA'nın 27 nci maddesi, Anlaşma tarafları arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir. Bu madde de iki taraflı yatırım anlaşmalarından esinlenilerek düzenlenmiştir⁸⁸. 26 ncı maddeden farklı olarak, üçüncü bölümdeki yatırım uyuşmazlıklarının yanı sıra Anlaşmanın uygulanmasından ve yorumlanmasından kaynaklanan diğer uyuşmazlıklar için de bu yöntem uygulanabilir. Ancak, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, 5 inci maddede düzenlenen ticaret ile ilgili yatırım uyuşmazlıkları ile 29 uncu maddede düzenlenen ticari uyuşmazlıklarda bu yöntem uygulanmaz. 6 ncı maddede düzenlenen rekabet ve 19 uncu maddede düzenlenen çevreye ilişkin uyuşmazlıklarda da bu yöntemin kullanılması mümkün değildir. Ayrıca, Ek IA'da⁸⁹ belirtilen Anlaşma tarafları da bu yöntemin uygulanmasına izin vermemektedirler.

Söz konusu madde, Anlaşma tarafları arasında çıkacak uyuşmazlıkların öncelikle diplomasi yoluyla çözülmesi için çaba sarf edilmesi gerektiğini vurgular. Eğer Anlaşma tarafları makul bir sürede⁹⁰ diplomatik yollardan bir çözüme varamazlarsa, taraflardan birinin talebi halinde, uyuşmazlık üç ha-

⁸⁷ ERDEM (EŞA-I), prg 15.

⁸⁸ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf: The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, s.55.

⁸⁹ Bu listedeki devletler Avustralya, Kanada, Macaristan ve Norveç'tir.

⁹⁰ Makul süre EŞA'da belirlenmemiş olup, somut olayın özelliklerine göre takdir edilecektir. Bkz. ERDEM (EŞA-II), prg 4.

kemden oluşan bir ad hoc hakem heyeti tarafından çözülür. Taraflar hakem veya hakemlerin seçimi hususunda anlaşmazlarsa⁹¹, hakem seçimini Lahey’de bulunan Uluslararası Hakemlik Daimi Mahkemesi Genel Sekreteri gerçekleştirir. Hakemlerin ataması yapılırken, hakemlerin uyuşmazlık konusu olay hakkında uzmanlık ve tecrübeleri göz önüne alınmalıdır.

Uyuşmazlık konusu olaya uygulanacak diğer kurallar hususunda taraflar anlaşamazsa UNCITRAL tahkim kuralları uygulanacaktır. Ayrıca, “Mahkeme, uyuşmazlık hakkındaki kararları, bu Anlaşma ve uygulanabilir kurallar ve uluslararası hukuk dâhilinde alacaktır.”⁹²”

Mahkeme masrafları uyuşmazlık tarafları arasında eşit olarak paylaşılır, ancak mahkeme masrafların yarısından çoğunun bir Anlaşma tarafı tarafından ödenmesine karar verebilir. Hakem kararları oy çoğunluğuyla alınır. Hakem kararları uyuşmazlık tarafları için kesin ve bağlayıcıdır. Bölgesel veya yerel hükümet veya otoritelerin mahkeme kararlarını yerine getirmekte yetersiz kalması, Anlaşmaya uygun davranmamaları halinde, üçüncü fıkranın (i) bendi uyarınca, Ek P Birinci Bölümde adı geçen devletler, İkinci Bölümdeki esaslara uygun hareket etmeyi taahhüt etmektedirler⁹³. Bu listedeki iki federal devlet, Avustralya ve Kanada’dır.

Uyuşmazlık tarafları aksini kararlaştırmadıkça, yargılama Lahey’de gerçekleşir ve Daimi Hakemlik Mahkemesinin bina ve olanakları kullanılır.

III. Türk Hukukunda Enerji Sektörü Açısından Tahkime Kısa Bir Bakış

A. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim

Türkiye’de, idare hukukuna tabi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ile uluslararası karakterli ticari ve ekonomik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar farklı yönlerde gelişmişlerdir. 1999 yılındaki Anayasa değişikliği ve bu değişikliğe uygun olarak çıkarılan uyum yasalarına

⁹¹ Hakemlerin seçilmesine ilişkin hükümler maddenin üçüncü fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

⁹² Söz konusu hususu düzenleyen üçüncü fıkranın (g) bendi, Anlaşmanın İngilizce orijinal metninde “The tribunal shall decide the dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law” şeklinde olup, Türkçe ifadesinin “...uluslararası hukukun uygulanabilir kural ve ilkeleri” şeklinde anlaşılması uygun olacaktır.

⁹³ Birinci Bölümde isimleri yer alan devletlerin, mahkeme kararlarını yerine getirmek için yapmaları gereken hususları içeren bu düzenleme, DTÖ kaynaklıdır. Bkz. BAMBERGER / LINEHAN / WAELDE, s.10.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

kadar, tahkimin idare hukukunda uygulanabilirliği yargı kararlarıyla reddedilmiş, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkime ilişkin şartlar ve buna ilişkin yasal düzenlemeler kabul edilmemiştir. Şu anki uygulamayı anlayabilmek için, ilgili tarihsel gelişime kısaca göz atmakta fayda olduğunu düşünmekteyiz.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan, bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini öngören tipik idari sözleşmeler olup, idari yargının denetimine tabidirler⁹⁴. Özellikle yüksek miktarlarda yatırım yapılması gereken sektörlerde, maliyeti ve kar-zararı özel girişimciye ait olmak üzere, sözleşmelerle uzun süreli imtiyazlar verilmesi, Türk idare hukukunda sıklıkla başvurulmuş bir yöntem olarak benimsenmiştir. 1980'li yılların başlarına gelindiğinde, enerji, haberleşme, ulaşım gibi büyük miktarlarda sermaye gerektiren sektörlerde yerli yatırımcının yanı sıra, yabancı yatırımcının da yatırım yapmasının önü açılmak istenmiş ve 04.12.1984 tarih ve 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkındaki Kanun" ile özel sektöre de enerji sektöründe faaliyette bulunma olanağı sağlanmıştır⁹⁵. Bir kamu hizmetinin özel girişim tarafından masrafları karşılanarak kurulması, belirli süre işletilmesi ve bu süre sonunda tesis ve işletmenin ilgili kamu kurumuna devredilmesini sağlayan ve Yap İşlet Devret (YİD) olarak da bilinen bu model, aslında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bir uygulamasından başka bir şey değildir⁹⁶. Ancak söz konusu düzenlemede en önemli hususlardan biri, YİD modeline göre yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılarak, idare hukuku alanından çıkarılması ve dolayısıyla bunlardan doğan uyuşmazlıklarda uluslararası tahkim kurumlarına başvuru yolunun açılmasıydı⁹⁷. Söz konusu model, 28.05.1988 tarih ve 3465 sayılı "Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Otoyol Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" ile otoyollar için de ayrıca düzenlenmiştir.

⁹⁴ 1982 Anayasasının ilk halinde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri Danıştay'ın ön incelemesine tabidiler. 1999 değişiklikleriyle, Danıştay'ın görüşü alınması yeterli olmuştur.

⁹⁵ ORAK, Cem Çağatay: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006, s.46.

⁹⁶ Termik santrallerin yapımının "Yap-İşlet" modeliyle yapılmasına izin veren 08.06.1996 tarih ve 4283 sayılı Kanun, "ruhsat" sistemini esas aldığından, imtiyaz sözleşmesi kavramı dışında değerlendirilmelidir.

⁹⁷ Ancak, 3096 sayılı Kanuna dayanılarak yapılacak sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi değil, özel hukuk sözleşmesi olduğunu düzenleyen 3974 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

08.06.1994 tarih ve 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin YİD Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun” ile, köprü, tünel, baraj, enerji sektörü⁹⁸ gibi temel altyapı yatırım ve hizmetlerin YİD modeli çerçevesinde yapıtırılması, işletilmesi ve devredilmesi düzenlenmiş, bu tür yatırım alanlarına yabancı sermayenin çekilerek yatırım finansmanındaki sıkışıkların aşılması amaçlanmıştır⁹⁹. Kanunun 5 inci maddesi ise, kamu hizmetlerini gerçekleştirmeye yönelik yatırım sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu düzenlemiş, böylece Danıştay’ın ön denetimini, özellikle tahkim şartına ilişkin olanları, bertaraf etmek amaçlanmıştır¹⁰⁰. Ancak Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995 tarihli kararıyla söz konusu maddeyi iptal etmiş¹⁰¹, böylece YİD modeli kapsamında düzenlenen 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlara istinaden yapılacak sözleşmelerde tahkime yer verilip verilemeyeceği hususu belirsiz hale gelmiştir. Nitekim Danıştay bu tarihten sonra verdiği çeşitli ön inceleme kararlarında, YİD modelinden kaynaklanan sözleşmelerde doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi hususunda olumsuz bir tavır almış ve idari yargının görev alanına giren sözleşmelerde tahkimin uygulanamayacağından bahisle, söz konusu tahkim şartlarını reddetmiştir¹⁰².

Bu dönemde bu durum doktrinde ve kamuoyunda çok tartışılmış; Türkiye’nin, imzalamış olduğu ICSID ve EŞA gibi çeşitli uluslararası ve ikili anlaşmalarla çelişkiye düştüğü vurgulanmıştır. Bunun dışında, yabancı sermayenin Türkiye’de kendisine uluslararası tahkim kurumlarına başvuru imkanı tanınmaması nedeniyle Türkiye’de yatırım yapmaktan çekinmesi de yatırım maliyetlerini arttırmaktaydı. Tüm bu nedenlerle, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla Anayasada değişiklik yapılmış ve Anayasanın 47 nci maddesinin son fıkrası, “*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yapıtırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir.*” şeklinde değiştirilmiştir. 125 inci maddesinin ilk fıkrası, “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan*

⁹⁸ GÜNEŞ, s.24.

⁹⁹ NOMER / EKŞİ / ÖZTEKİN, s.111.

¹⁰⁰ 28.06.1995 tarih ve 1994/71E, 1995/23 sayılı kararın gerekçesinde, doğası ve hukuki niteliği itibarıyla idare hukuku sözleşmesi olan YİD sözleşmelerinin, yasa ile özel hukuk sözleşmelerine dönüştürülmesinin mümkün olmadığı vurgulanmış, böyle bir uygulamanın idare hukuku sözleşmelerinin idari yargı denetiminden kaçırılarak adli yargı alanına dahil edilmesi anlamına geleceği belirtilmiştir.

¹⁰¹ Bkz. Danıştay 1.Dairesinin 01.07.1996 tarih ve 1995/246 sayılı ve 10.04.1996 tarih ve 1995/178 sayılı kararları.

¹⁰² ORAK, s.50.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” şeklinde düzenlenmiş, ayrıca Danıştay’ın kamu hizmetlerine ilişkin şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin ön inceleme yetkisi, görüş bildirme olarak değiştirilmiştir.

B. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkime İlişkin Mevcut Hukuki Durum

Anayasadaki değişiklikten sonra çeşitli uyum yasalarıyla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine tahkim yolu açılmıştır. Öncelikle, 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanunla, 3996 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak; elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti tekrar 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmış ve bu Kanun kapsamında yapılacak sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuştur. 22.01.2000 tarih ve 4501 sayılı “ Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun” ile kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esaslar düzenlenmiş, ayrıca 3996 sayılı Kanuna geçici 1 inci madde eklenerek, 3996, 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara tabi proje ve işlerin de, 3996 sayılı Kanunun 5 inci maddesi hükmüne istinaden özel hukuk hükümlerine tabi sayılmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Burada çelişkili bir durumdan bahsetmek gerekmektedir. 4493 sayılı Kanunla, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmış; ancak 3096 sayılı Kanun da yürürlükten kaldırılmamıştır. Ayrıca, 3996 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmeler, Anayasanın 47 nci ve Kanunun 5 inci maddesi uyarınca özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuşken, 3096 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan sözleşmeler idare hukukuna tabi kalmışlardır¹⁰³. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, 31.03.2000 tarihinde, 3096 sayılı Kanun kapsamında hazırlanan bir imtiyaz sözleşmesini, görüş almak üzere Danıştay’a göndermiş, Danıştay ise, başlatılmış durumda olmayan projelere ilişkin düzenlemelerin ve 3096 sayılı Kanun kapsamında yapılacak yeni enerji sözleşmelerinin artık imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğini, özel hukuk hükümlerine tabi olacağını (dolayısıyla tahkim yolunun açıldığını) be-

¹⁰³ Danıştay 1.Daire 2000/57E, 2000/53K.

lirterek, 3096 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmeler üzerinde Danıştay ön görüşü uygulamasına son vermiştir¹⁰⁴.

Yukarıda da belirtildiği üzere 4501 sayılı Kanunla, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esaslar düzenlenmiştir. Anayasanın 125 inci maddesi uyarınca, uluslararası tahkime, uyuşmazlıkta yabancılik unsuru bulunması halinde başvurulabilmekte olup, 4501 sayılı Kanun yabancılik unsurunu, “Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri” olarak tanımlamıştır¹⁰⁵. Buna göre; yabancı yatırımcı ile yatırımı gerçekleştirmek için Türkiye’de kurulan ve yabancı yatırımcı veya yatırımcılar tarafından dolaylı veya doğrudan kontrol edilen proje şirketleri, tahkim yeri yurt dışında olan uluslararası tahkim sözleşmesi akdedebildikleri gibi, yatırımın finansmanının önemli ölçüde yabancı banka veya finansman kurumları tarafından yapılması kaydıyla Türk şirketleri de tahkim yeri yurt dışında olan uluslararası tahkim sözleşmesi akdedebilmektedirler¹⁰⁶, dolayısıyla Türk hukukuna veya yabancı hukuka göre karar verecek ad hoc veya kurumsal tahkim yoluna başvurabilirler.

Tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi, hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenebilir¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Anayasada “yabancılik unsuru”nun uyuşmazlığa, 4501 sayılı Kanunda sözleşmeye bağlanmasının hukuki sorun yaratıp yaratmayacağı hususundaki görüşler için bkz. ORAK s.165.

¹⁰⁵ BİLGİÇ, s.44.

¹⁰⁶ Bu şartların geçerlilik şartı olmadığına dair bkz. ŞANLI, s.223.

¹⁰⁷ ŞANLI, s.225.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

4501 sayılı Kanunda, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolunun seçilmesi halinde uygulanacak temel ilkeler tespit edilmişken, uluslararası tahkim prosedürü 05.07.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar ile 4501 sayılı Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinde uygulanır. Özellikle UNCITRAL'in 1985 tarihli Model Kanunundan yararlanılarak oluşturulan bu Kanun, tahkim yeri olarak Türkiye'nin seçilmesini teşvik edecek nitelikte modern düzenlemelere sahiptir¹⁰⁸. Türk hukukunda, ulusal tahkim Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununa, uluslararası tahkim ise 4686 sayılı Kanuna tabidir. Kanun yabancılık unsurunu çok geniş olarak tanımlamış¹⁰⁸, karma bir anlayışla tahkime konu maddi hukuk ilişkilerinde yer alan herhangi bir yabancılık unsurunun varlığını yeterli saymıştır. Ayrıca, 4501 sayılı Kanundaki yabancılık unsuru tanımının da geçerli olduğunu belirtmiştir. Söz konusu Kanun, yabancılık unsuru içeren ve tahkim yeri olarak Türkiye'nin seçildiği tahkimler bakımından, taraflar aksini belirtmedikçe, zorunlu olarak uygulanacak bir otorite kanunu niteliğindedir¹⁰⁹.

IV. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi

Yabancı hakem kararlarının tenfizi 5718 sayılı Kanunun 50-57 nci maddelerine, 1958 tarihli New York Anlaşmasına ve ICSID tahkiminde Washington

¹⁰⁸ 4686 sayılı Kanunun 2' inci maddesi, "Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

21/01/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır. hükmünü düzenlemektedir.

¹⁰⁹ ŞANLI, s.226.

Sözleşmesine göre gerçekleştirilebilir.

Türkiye, New York Anlaşmasını 08.05.1991 tarih ve 3732 sayılı Kanunla onaylamış ve 25.09.1991 tarihinde yayınlayarak yürürlüğe koymuştur. New York Anlaşması, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen kurallar getirmektedir¹¹⁰. Türkiye, sadece Türk hukukuna göre ticari sayılan işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak ve sadece Anlaşmaya taraf ülkelerde verilen hakem kararlarının söz konusu Anlaşmaya göre tenfiz edileceğini ve tanınacağını kabul etmiştir. Türkiye'den başka bir taraf ülkesinde verilen hakem kararları ile Türkiye'de verilmiş olsa dahi, yabancı sayılan hakem kararları New York Anlaşmasına göre tenfiz edilecektir. Tenfize ilişkin usul işlemleri, 5718 sayılı Kanun da göz önünde tutularak, New York Anlaşmasına göre yerine getirilir.

Ülkemiz açısından ICSID tahkimine konu olan uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıklarında taraflardan biri devlettir ve devlet bu yatırımı özel girişimcilere kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesi, yani YİD modeliyle vermektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi olmakla, uluslararası tahkime, dolayısıyla da ICSID tahkimine açılmışlardır¹¹¹. Türkiye, Washington Sözleşmesine 1989 yılından beri taraf olup, Sözleşme 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri ile Türk hukukunda uygulanabilirlik kazanmıştır. Türkiye, taşınmazların aynından doğan uyuşmazlıkların görülmesi ile münferit ikili yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların Lahey Adalet Divanına götürülmesine ilişkin hükümlere çekince koymuştur¹¹². Bunun dışında ICSID hakem kararlarının, yerel mahkemelerin nihai kararları gibi hüküm ifade edeceği kabul edilmiş, ICSID hakem kararlarının tenfizi basit usullere tabi tutulmuş ve kararlara karşı itiraz yolları tamamen kapatılmıştır. Kararın icrası ise, her devlet tarafından kendi iç hukukundaki hükümlere göre gerçekleştirilecektir. Ancak dikkat çekmek gerekir ki, ICSID hakem kararlarında taraflar sadece parasal olarak yükümlülük altına sokulabilirler.

¹¹⁰ ŞANLI, s.268.

¹¹¹ TUYGUN, s.114.

¹¹² NOMER / EKŞİ / ÖZTEKİN, s.77.

SONUÇ

Uluslararası enerji işbirliğinde çok taraflı hukuki yapıyı oluşturan EŞA'da; temel olarak, enerji sektöründe yatırım, ticaret, transit, rekabet ve çevreyi ilgilendiren konular düzenlenmektedir. Kapsamlı yapısıyla, uluslararası enerji işbirliğini teşvik etmeyi ve kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Anlaşmada ulusal kaynaklar üzerinde devlet egemenliği tanınmakta, ayrıca Avrupa için hayati önem arz eden enerji arz güvenliğinin gelişmesine yardımcı olmaya çalışılmaktadır. EŞA ile açık ve rekabetçi enerji piyasasının işlemesi ile enerji güvenliğini sağlamak; ulusal muamele veya en çok gözetilen ulus kaydı ilkelere dayalı olarak yatırımcıyı korumak; yatırımcıyı ticari olmayan hukuki ve politik risklere karşı korumak; DTÖ kurallarına dayanan şartlarda ticaret; taraf devletler arasındaki ve yatırımcılar ve ev sahibi devletler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek; enerji verimliliğini desteklemek ve enerji üretim ve kullanımının çevresel etkilerini en alt düzeye indirmeye çalışmak hedeflenmiştir.

EŞA her ne kadar tüm devletlerin katılımına açık olsa da, esas itibarıyla başta Rusya Federasyonu olmak üzere eski Sovyetler Birliğini oluşturan devletlerle gelişmiş Avrupa ülkelerinin enerji alanındaki işbirliğini amaçlamaktadır. Bunu yaparken de özellikle yatırım risklerini en aza indirecek bir sistem oluşturmaya gayret gösterilmiştir. Türkiye ile birlikte, 51 ülke ve AB ile EURATOM tarafından imzalanmıştır. Ancak bahsetmek gerekir ki, Rusya Federasyonu 20.08.2009 tarihinde EŞA'yı onaylamayacağını ve taraf olmayacağını bildirmiş ve bu durum Avrupa'nın enerji arz güvenliği konusunda sıkıntılı bir durum yaratmıştır.

1998 tarihinde EŞA'da köklü değişikliklere gidilmiş ve Anlaşma güncel DTÖ kurallarına uygun hale getirilmiş, ayrıca Anlaşmanın kapsamı enerji ile ilgili ekipmanları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Söz konusu değişiklikler Türkiye tarafından halen onaylanmamıştır.

EŞA, her ne kadar enerji sektöründeki ticaret, rekabet, çevre, enerji verimliliği sorun ve ilişkilerini düzenlese de en önemli sac ayağını yatırımlar ve yatırımcının korunması oluşturmaktadır. Bu bağlamda, EŞA'da yatırımcının korunmasına ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümler detaylı olarak düzenlenmiştir. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde benimsenen, "yatırımcıya yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için uluslararası tahkime gitme hakkı verilmesi" yatırımdaki hukuki risklerin ve maliyetlerin en az indirilmesi için öngörülen önemli bir haktır. EŞA, belirli koşulların gerçekleşmesi

Ali Kemal KILAVUZ

halinde, yatırımcıya ICSID tahkimine veya SCC Tahkim Enstitüsüne veya UNCITRAL tahkim kurallarına tabi olarak ad hoc tahkime gitme hak ve yetkisini tanımıştır. Türkiye EŞA'yı 1998 yılında onaylamış olsa da, Türkiye'de enerji sektöründe bir tarafı devlet olan yatırım sözleşmelerinde tahkim yoluna başvurulabilmesi, 1999 Anayasa değişiklikleriyle mümkün hale gelmiştir. Bu değişikliklerle birlikte çeşitli uyum yasaları çıkarılmış ve kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerinde tahkim yolu açılmıştır.

EŞA, nispeten yeni bir anlaşma olmasına rağmen, etki ve sonuçları itibarıyla önemli bir sözleşmedir. Özellikle yatırım sözleşmelerine tahkim şartı konulabilmesiyle, çeşitli hukuki ve siyasi sorunları da beraber getirmiş ve uyum yasalarının çıkarılmasıyla uygulaması hız kazanmıştır. Nitekim şu an ICSID tahkiminde görülen ve Türkiye'nin taraf olduğu Libananco davası, 10 milyar dolarlık dava konusuyla EŞA kapsamında görülen en önemli davalardan biridir. Tüm bunlara rağmen, EŞA Türk hukukunda detaylı olarak çalışılmamış, taraflara tanınan hak ve yetkiler tam olarak ortaya konamamıştır. Bunda, Anlaşmanın orijinal metninin çok açık bir dile sahip olmamasının ve resmi Türkçe çeviri metninin yanlışlıklarda dolu olmasının da rolü vardır. Her geçen gün hayatımıza daha çok girecek ve etkilerini hissettirecek EŞA'nın yakından incelenmesinin hem Türkiye devleti açısından hem de yabancı ülkelerde yatırım yapmayı düşünen Türk şirketleri tarafından detaylı olarak incelenmesinin hayati öneme sahip olduğu kaçınılmazdır.

KAYNAKÇA

GENEL ESERLER, MONOGRAFİLER, MAKALELER

BAKLACI, Pınar /

AKINTURK, Esen:“Enerji Şartı Anlaşması”, İşletme Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, 2006.

BAMBERGER, Craig /

LINEHAN, Jan /

WAEDELDE, Thomas: “The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase”, Energy Law In Europe, Oxford 2000.

BİLGİÇ, Haluk: “Ticari Tahkimde Yabancılık Unsuru”, Prof.Dr.Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir 2001.

ERDOĞAN, Feyiz: Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004.

GÜNEŞ, Cengiz: Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı, Ankara 2002.

LEW, Julian D.M. /

MISTELIS, Loukas A. /

KRÖLL, STEFAN M.:Comparative International Commercial Arbitration, Hollanda 2003.

NOMER, Ergin /

EKŞİ, Nuray /

ÖZTEKİN, Günseli: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003.

ORAK, Cem Çağatay: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006.

SUSSMAN, Edna: “The Energy Charter Treaty Affords Investor Protections and Right to Arbitration”, American Bar Association Energy Committees Newsletter, August 2006.

Ali Kemal KILAVUZ

ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2002.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki:ICSID Tahkimi”, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları 1(2), 2007, s.169-183.

TUCKER, Andrew E.L.: “The Energy Charter Treaty and ‘Compulsory’ International State/Investor Arbitration”, Leiden Journal of International Law, 11, 1998, s.513-526.

TUYGUN, Salih: ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir 2007.

WONG, Jarrod: “Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes”, George Mason Law Review, C.14, 2006.

YORKAN, Arzu: “Avrupa Birliği’nin Enerji Politikası ve Türkiye’ye Etkileri”, Bilgi Strateji, C.I, S.1, Güz 2009.

İNTERNET VASITASIYLA ULAŞILAN YAYIN VE KAYNAKLAR

CHALKER, James: “Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly”, International Environmental Agreements, Published online 25.10.2006; Erişim tarihi: 12.12.2009

DEMİR, Esra: “Enerji Şartı Anlaşması”, <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa>, Erişim tarihi:21.12.2009

ERDEM, Ercüment: “Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü/I-II”, <http://www.globalenerji.com.tr/yaz140-230003-24,62@2300.html>, Erişim tarihi: 23.12.2009.

Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü

WALDE, Thomas W.: “Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues”, <http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article224b.htm>, Erişim tarihi: 25.12.2009.

<http://www.encharter.org/index.php?id=29&L=1> : Erişim tarihi;20.12.2009.

www.ktto.net/ab/english/abenerji.doc ; Erişim tarihi 20.12.2009.

http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/ECT_Guide_ENG.pdf:The Energy Charter Treaty: A Reader’s Guide : Erişim tarihi: 20.12.2009.

www.tbmm.gov.tr : Erişim tarihi: 21.12.2009.

http://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf, Erişim tarihi: 25.12.2009.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=S howDocument&language=English>: Erişim tarihi:25.12.2009.