

# İK V DEĞERLENDİRME NOTU

TRANSATLANTİK TİCARET VE YATIRIM  
ORTAKLIĞI'NDA YATIRIMCILARLA DEVLET  
ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN HALLİ  
MEKANİZMASINDA FİKİR AYRILIĞI

**Selen Akses, İKV Kıdemli Uzmanı**

**İKTİSADİ KALKINMA VAKFI**



## TRANSATLANTİK TİCARET VE YATIRIM ORTAKLIĞI'NDA YATIRIMCILARLA DEVLET ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN HALLİ MEKANİZMASINDA FİKİR AYRILIĞI

AB ve ABD arasında yürütülen Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı (TTYO) müzakereleri kapsamında, yatırımcılarla devlet arasındaki uyuşmazlıkların halli mekanizmasına (*Investor-to-State Dispute Settlement - ISDS*) ilişkin maddenin anlaşmanın kapsamına dâhil edilmesi, AB'de birçok farklı kesimce şiddetle eleştiriliyor. Bu tepkiler üzerine, Avrupa Komisyonu, ISDS maddesine yönelik müzakere sürecinde nasıl bir pozisyon alınması gerektiğini daha iyi anlayabilmek için bir kamu istişare süreci yürüttü. Ancak bu süreçten elde edilen sonuçlar, AB genelinde TTYO kapsamına dâhil edilmesi öngörülen ISDS'ye ilişkin hükümlere karşı ciddi kaygılar duyulduğunu ortaya çıkardı. Bu değerlendirme notunda, kamu istişaresi sonucunda bu konuya ilişkin ortaya çıkan tablonun genel hatları incelenecektir.

### Genel Tespitler

- ❖ TTYO müzakereleri kapsamında, Avrupa kanadı açısından yatırımların korunması ve ISDS önemli gündem maddesini oluşturuyor. ISDS maddesinin anlaşmanın kapsamına dâhil edilmesi hususu AB'de ciddi bir eleştiri konusu oldu. Bu tahkim sisteminin, hükümetlerin düzenleme yetkisini güçlendirmek yerine kısıtlayacağı endişesi yaygın durumda.
- ❖ AB'de ISDS'e ilişkin yürütülen kamu istişare sürecinin sonucunda yatırımların korunması ve ISDS konularına karşı ciddi kaygılar duyulduğu hususu ortaya çıktı. Bu istişare sürecine yaklaşık AB'den 150 bin katılım sağlandı. Sonuçların genel değerlendirilmesi yapıldığında, endişelerin özellikle şu konulara odaklandığı tespit edildi:
  - Hükümetlerin düzenleme hakkının korunması;
  - ISDS'nin çevre ve sosyal standartlarda gerilemeye yol açmasının önlenmesi;
  - Tahkim komisyonunun kuruluşu ve işleyişi;
  - Ulusal yasal düzenlemeler ve ISDS arasındaki bağlantı;
  - ISDS kararlarının temyiz yoluyla hukuka uygunluğunun teyit edilmesi.
- ❖ Avrupa Komisyonu, yatırımların korunmasında ISDS sürecinin şeffaf bir şekilde işlemesi için duruşmaların kamuya açık yapılması ve tüm belgelerin erişime açık olması gibi öneriler ortaya koydu.
- ❖ Avrupa Komisyonu açısından ISDS'ye yönelik pozisyonu belirlemek için AB üye hükümetleri, Avrupa Parlamentosu ve sivil toplum kuruluşları ile daha detaylı olarak bu konuları tartışma gereksinimi ortaya çıktı.
- ❖ TTYO müzakere turlarında, yatırımların korunması ve ISDS'ye ilişkin görüşmeler şimdilik askıya alındı.

1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'yla beraber, üçüncü ülkelerle yatırım anlaşmalarının müzakere edilmesi yetkisinin doğrudan ve bir bütün olarak AB'ye verilmesi üzerine, Avrupa Komisyonu, üçüncü ülkeler ile müzakere ettiği yatırım anlaşmalarının yanı sıra, ticaret anlaşmalarındaki yatırımların korunmasına ilişkin hükümlerin güçlendirilmesi de önemli bir öncelik oluşturdu. Bu nedenle de, AB'nin ABD ile yürüttüğü TTYO müzakereleri kapsamında, yatırımların korunması Avrupa kanadı açısından özellikle ISDS önemli bir gündem maddesi oluşturuyor. Ancak, ISDS maddesinin anlaşmanın kapsamına dâhil edilmesi hususu konusu dolayısıyla özellikle sivil toplum örgütleri ve Avrupa Yeşiller gibi bazı siyasi partiler tarafından eleştirildi. ISDS maddesinin anlaşmanın kapsamına dâhil edilmesi konusunda yapılan eleştirilerin başında, bu tahkim sisteminin hükümetlerin düzenleme hakkını güçlendirmek yerine kısıtlayacağı savı geliyor.

Bu tepkiler karşında, Avrupa Komisyonu, ISDS maddesinin TTYO kapsamında dâhil edilip edilmemesi konusuna ilişkin AB'deki ilgili paydaşların beklentilerini ve endişelerini daha iyi anlayabilmek amacıyla 27 Mart ve 13 Temmuz 2014 tarihleri arasında bir kamu istişare süreci yürüttü. Amerikalı yetkililer ile gerçekleştirilen görüşmelerde de, bu süreç zarfında, yatırımların korunması ve ISDS maddesinin ele alınmaması yönünde karar alındı ve böylelikle bu konularla ilgili olarak müzakereler bir süreliğine askıya alındı.

TTYO müzakere sürecinde Avrupa Komisyonu'na yol göstermesi beklenen kamu istişare sonuçları 13 Ocak 2015 tarihinde yayımlandı<sup>1</sup>. Bu istişare sürecine yaklaşık AB'den 150 bin katılım sağlandı. İstişare sürecinde katılımın en yüksek olduğu AB üye ülkelerinin başında ise, İngiltere, Avusturya ve Almanya yer alıyor. Bu üç ülke ile birlikte, Fransa, Belçika, Hollanda ve İspanya'dakiler gelen cevapların yüzde 97'sini oluşturuyor (Tablo 1). Bu birkaç ülke dışında, AB'nin diğer üye devletlerinin bu sürece yeterince dâhil olmamaları şüphesiz bazı endişelere yol açıyor. Şöyle ki, bilindiği üzere, AB ve ABD arasında hâlihazırda müzakereleri devam eden TTYO'nun yürürlüğe girebilmesi için, son aşamalarda, Avrupa Parlamentosu'nun yanı sıra AB Konseyi'nden de onay alınması gerekiyor. Bu nedenle, TTYO müzakere sürecinin tüm AB üye devletleri tarafından yakından takip edilmesi ve her üye devletten ilgili paydaşlarının istişare sürece katılıp kendi görüşlerini ve endişelerini dile getirmeleri büyük önem taşıyor. AB kurumlarının, TTYO sürecinin tüm üye devletlerce desteklenmesi ve bunun içinde özellikle ISDS gibi hassas konularında genel bir konsensüs sağlanmasına yönelik çalışmalar yürütülürken sürecin gerisinde kalan ülkelerinin katılımı daha fazla teşvik etmeleri şarttır.

---

<sup>1</sup> Avrupa Komisyonu, "Report: Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)", *Commission Staff Working Document*, SWD (2015) 3 final, 13.01.2015.

**Tablo 1: Komisyona gelen cevapların üye ülkelere göre dağılımı**

Üye Ülkeler	Cevap sayısı	Toplam yüzdesi (%)
İngiltere	52008	34,8
Avusturya	33753	22,6
Almanya	32513	21,8
Fransa	9791	6,5
Belçika	9397	6,3
Hollanda	4906	3,3
İspanya	2537	1,7
Toplam	144905	97,0
Diğer üye ülkeler	4494	3,0
Genel Toplam	149399	100

Kaynak: Avrupa Komisyonu

İstişare sürecinde elde edilen sonuçların yüzde 97'si (yaklaşık 145 bin) ilgili paydaş grupların *online* platformu aracılığı ile elde edildi. Ayrıca Avrupa Komisyonu'na, 3 binden fazla kişiden ve AB sivil toplumu temsil eden 450'e yakın kurumlardan bireysel başvuru yapıldı (Tablo 2). Bu sürece AB sivil toplumundan geniş bir katılım sağlandığı gözlemlendi. Bu kapsamda özellikle sivil toplum örgütleri, iş kuruluşları, ticaret odaları, tüketici grupları, hukuk ve danışmanlık şirketlerinin yanı sıra akademisyenlerin de TTYO'deki ISDS maddesine ilişkin görüşlerini bildirme imkânları oldu. Katılımcılar çok geniş bir yelpaze oluşturdu. Örneğin görüşlerini bildiren akademik uzmanlar ticaret ve yatırım, AB hukuku, uluslararası hukuk ve insan hakları, anayasa hukuku ve özel hukuk gibi alanlarda deneyime sahip kişilerdi. Şirketlerden sağlanan katılımda dikkat çeken husus da, sadece AB şirketleri değil Japan Tobacco, Chevron ve Philip Morris gibi AB olmayan şirketlerin de bu süreçte görüşlerini bildirmiş olmalarıdır. Bu şirketlerin de sürece dâhil olmaları gerçeği esasında birçok ISDS davalarında yer almış olmalarına bağlanabilir. Tüm bunların yanı sıra, başta Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Hollanda, İspanya, İsveç ve İngiltere olmak üzere birçok üye devletin ticaret odaları da bu süreçte ISDS'ye ilişkin görüşlerini bildirdiler. Bunun yanında, özellikle çevre alanında çalışan sivil toplum örgütleri bu kamu istişare sürecine önemli katkılar sağladılar. Nitekim ISDS üzerinde yapılan eleştirilerin birçoğu çevre konusuna değinmektedir. Şöyle ki, yabancı yatırımcıların, ev sahibi hükümetin özellikle çevre standartlarını iyileştirmeye yönelik getirmiş olduğu yeni yasal düzenlemeler yüzünden şirket kârının düşeceği iddiası ile ISDS'ye başvurmaları endişeleri dile getiriliyor.

**Tablo 2: Kategoriye göre cevaplayanların dağılımı**

Kategori	Cevap sayısı
Vatandaşlar	148830
Kurumlar:	569
▪ Akademi	8
▪ Şirketler	60
▪ Danışmanlık şirketleri	15
▪ Hükümet kurumları ve düzenleyici kurumlar	11
▪ Hukuk şirketleri	7
▪ STK	180
▪ AB iş dünyasını temsil eden meslek odaları	66
▪ AB ticaret birlikleri temsil eden ticari kurumlar	42
▪ Şemsiye STK'lar	22
▪ Düşünce kuruluşlar	21
▪ Diğer kurumlar	137
Tüm toplam çifte başvuru (tekrar başvurular)*	6346
Toplam müşterek başvuru (tekrarsız çift olmayan)	139464
Toplam bireysel başvuru	3589
Toplam cevaplar	149399

Kaynak: Avrupa Komisyonu

\* Kamu istişare sürecinde yaşanan bazı teknik nedenlerden dolayı yaklaşık 6 bin cevabın sistemde iki kere kaydedildiği tespit edildi. Avrupa Komisyonu'nca yapılan değerlendirmede bu durum dikkate alındı.

### Genel tablo

Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı kamu istişare süreci kapsamında, toplam 12 belirli ve 1 genel soruyla paydaşların AB'nin ISDS'ye yönelik pozisyonlarını değerlendirmeleri hedeflendi.

Avrupa Komisyonu'nun belirlediği 12 soru aşağıdaki alanları kapsamaktadır.

- Yatırım korunmasına ilişkin hükümlerin kapsamı;
- Yatırımcılara karşı ayrımcı muamele yapılmaması;
- Adil ve eşit muamele;
- El koyma;
- Düzenleme hakkı ve yatırımların korunması arasındaki denge;
- ISDS'te şeffaflık, çoklu talep ve ulusal mahkeme ile bağlantı;
- Hakemlerin etik yaklaşımı;
- Davranış ve nitelik;
- Önemsiz ve asılsız dava riskinin azaltılması;
- İddiaların işlenmesi;
- Anlaşmanın yorumlanmasında tarafların yol göstermesi;
- Temyiz mekanizması ve karara ilişkin tutarlıdır.

Kamu istişare sürecinde elde edilen sonuçlar, AB çapında genel anlamıyla TTYO, yatırımların korunması ve ISDS konularına karşı ciddi kaygılar duyulduğu hususunu ortaya koydu. Kamu istişare sürecine katılanların, çoğunlukla ISDS maddesinin TTYO kapsamının dışında tutulması gerektiğini savunuyorlar. ISDS'ye yönelik öne sürülen en büyük endişe, bu mekanizma aracılığıyla çok uluslu şirketlerin hükümetlere dava açabilme imkânına sahip olabilmeleridir. Bu durumun demokrasi açısından bir tehdit oluşturduğu fikrinin yaygın olduğu tespit edildi. Kamu istişare sonuçlarında göze çarpan bir başka önemli nokta da, ticaret birlikleri ve büyük şirketlerin TTYO kapsamında yatırımların korunması ve ISDS'ye ilişkin maddelerin eklenmesini desteklerken, küçük şirketlerin daha eleştirel bir yaklaşım benimsemiş olmalarıdır.

ISDS maddesinin TTYO kapsamına dâhil edilmesini destekleyenler arasında da önemli fikir ayrılığı olduğu gözlemlendi. Gelen yorumlarda, Avrupalı yatırımcıların bugüne kadar alışık oldukları koruma seviyesinin düşürülmemesi gerektiği savunuluyor. TTYO ile AB ve ABD arasında yatırım ilişkilerinin güçlendirilmesi hedeflenirken, yatırımcıların korunmasına yönelik uygulanan standartların seviyesinin düşürülmesinin karşılıklı yatırımlar için, aksine, caydırıcı bir ortam yaratılmasına sebep olabileceği düşünülüyor. Bu nedenle yatırımcıların daha fazla güvence altına alınmaları için maddelerin gözden geçirilmesi yönünde talepler bulunuyor. Ancak durum böyle iken, bazıları da, tam tersine, insan hakları, sosyal ve çevre düzenlemeler ve kurumsal sosyal sorumluluk alanlarında yatırımcılara daha fazla yükümlülük verilmesi gerektiği yönünde görüşler bildirdiler.

Tüm bunların yanı sıra, istişare sürecine katılımcıların yaptıkları yorumlar göz önünde tutulduğunda, yatırımların korunması ve ISDS'ye ilişkin maddelerin kapsamına daha fazla açıklık getirilmesi gerektiğini anlaşıyor. Örneğin, "yatırım" terimi sadece doğrudan yabancı yatırımların mı kapsıyor yoksa portföy veya spekülasyon yatırımlar da bu anlaşma çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu açık olarak anlaşılmıyor.

Diğer taraftan, paydaşlar arasında istisnalara ilişkin önemli fikir ayrılığı olduğu da gözlemlendi. Yatay istisnalar çerçevesinde, kamu hizmetleri ya da sağlık, eğitim, çevre veya finansal piyasalar gibi hassas olarak değerlendirilen sektörlerin, anlaşmanın dışında tutulması, bazı ticaret birlikleri tarafından eleştiri konusu oldu. Yayıncılık sektörü ise kültür ve medya hizmetlerinin ISDS kapsamının dışında tutulması yönünde talepte bulundu. Ancak, AB'nin talebi üzerine, görsel-işitsel sektörün TTYO kapsamının dışında bırakılmış olduğu göz önünde tutulduğunda, kültür ve medya hizmetlerinin ISDS kapsamında dâhil olma olasılığının az olacağı varsayılabilir.

Tüm bu kavram karmaşıklığının yanı sıra, kamu istişaresi sonucunda, yatırımların korunması ve ISDS'ye ilgili olarak, özellikle hükümetlerin düzenleme hakkının korunması konusunda endişeler duyulduğu ortaya atıldı. Sonuçlar, Avrupa Komisyonu'nun ISDS aracılığıyla yatırımların korunması ve hükümetlerin düzenleme haklarının korunması arasında denge sağlama çabalarına destek verdiğini gösteriyor. Ancak Avrupa Komisyonu'nun benimsediği yaklaşım aynı zamanda birçok eleştiri konusu da oldu. Avrupa Komisyonu'na yöneltilen eleştirilerin başında, hükümetlerin düzenleme hakları konusunda sadece metnin girişinde (*preamble*) yer vererek ve sonuçta bağlayıcı bir nitelik tanınmayarak bu hakka yeterince vurgu yapmaması geliyor. Ayrıca yukarıda da çok kısaca değinilen istisna listesinin sadece çevrenin ve tüketicilerin korunması ve sağlık alanları ile kısıtlandırılması olumsuz karşılanmış bulunuyor. Avrupa

Komisyonu'nun sunduğu pozisyonuna yöneltilen bir diğer eleştiri de, hükümetlerin ciddi yasal yükümlükleri karşısında, yatırımcılara verilen yükümlülüklerin zayıf kalmasıdır. Tüm bu eleştiri konusu olan alanların yeniden gözden geçirilmesi kaçınılmaz görünüyor. Ancak verilen düzenleme hakkı ile hükümetin gizli korumacı uygulamalarına da teşvik edilmemesine büyük özen gösterilmesi gerekmektedir.

Kamu istişare sonucunda, Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı taslak pozisyonuna ilişkin tahkim komisyonunun kuruluşu ve işleyişinin yanı sıra ulusal yasal düzenlemeler ve ISDS arasındaki bağlantı açısından birçok soru işaretleri olduğu da ortaya çıktı. Bunların yanında, hakemlerin etik yaklaşımlarıyla ilgili olarak, hakemlerin seçilme prosedürlerinin ve bağımsızlık kurallarının şeffaf ve sağlam temellere dayandırılarak belirlenmesi büyük önem taşıyor. Bu alanda getirilen öneriler arasında hakemlerin sosyal ve çevre alanlarında deneyime sahip olmaları hususu da dikkat verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Hakemlere yönelik bir davranış kodu (*code of conduct*) getirme önerisi genel anlamda olumlu karşılandı ancak bunun bağlayıcı olmasının önemi vurgulandı.

Kamu istişaresinden doğan bir diğer sonuç da, ISDS kararlarının temyiz yoluyla hukuka uygunluğunun gözden geçirilmesi gerekliliğidir. ISDS kapsamında bir temyiz mekanizmasının oluşturulması fikrinin çoğunlukla desteklenmesine rağmen bu mekanizmanın nasıl oluşturulacağı konusunda birçok soru işaretleri olduğu ortaya çıktı. Söz konusu temyiz mekanizmasının Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce - ICC*) ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL*) gibi kurumlar işbirliğinde uluslararası düzeyde geliştirilmesi gerektiği hususuna vurgulandı. Paydaşların dikkat çektiği bir diğer husus da, ikili yatırım antlaşmalarının çoğalmasıyla beraber, her yapılan anlaşma kapsamında taraflar arasında bir ISDS mekanizmasının oluşturulmasının, yatırımların korunmasına ilişkin belirlenen benzer hükümlerin farklı yorumlanma riskini de ortaya çıkaracağıdır. Bu nedenle tüm yatırım antlaşmaları için geçerli olarak bir mekanizmanın oluşturulması önerildi.

## ISDS ve Şeffaflık

Avrupa Komisyonu'nun yürüttüğü kamu istişaresinde yer alan sorulardan biri şeffaflık ile ilgiliydi. Bilindiği üzere, Avrupa Komisyonu 2014 yılının sonunda TTYO müzakere sürecine ilişkin şeffaflığı artırılmasına yönelik önemli girişimlerde bulundu. Bu kapsamda, TTYO müzakereleri ile ilgili üye ülkeler ve Avrupa Parlamentosu ile paylaşılmış olan tüm belgelerin kamuoyuyla paylaşılması, "erişimi kısıtlı belgelere" erişim hakkının seçilmiş birkaç Avrupa Parlamento üyelerine değil tüm üyelere tanınması ve bu "erişimi kısıtlı belgeler" olarak sınıflandırılan belgelerin sayısının azaltılması yollunda önemli adımlar atıldı. Avrupa Komisyonu, bununla da yetinmeyerek yatırımların korunmasında ISDS sürecine ilişkin şeffaflığın da sağlanması konusuna büyük hassasiyet gösteriyor.

Açılan çoğu ISDS davalarının kapalı kapılar arkasında gerçekleştirilmesi nedeniyle bu davalar hakkındaki bilgilere kamuoyu tarafından genelde hiç ya da çok az erişilebiliyor. Bu bilgi eksikliği sonucunda, anlaşmazlıkların nedenleri ve davaların gidişatı ve sonuçlarına ilişkin büyük bir belirsizliğin hakim olduğu gözlemleniyor. Bu durumu iyileştirmek amacıyla, Avrupa Komisyonu, TTYO nezdinde ISDS sürecine daha fazla

şeffaflık getirilmesini arzu ediyor. Bu doğrultuda, duruşmaların kamuya açık yapılmasını ve tüm belgelerin erişime açık olmasını isteniyor.

Kamu istişare sürecinde, Avrupa Komisyonu'nun ISDS süreciyle ilgili olarak şeffaflığa ilişkin getirdiği öneriler genel anlamda olumlu değerlendiriliyor. Ancak gizli şirket bilgileri ve ticari sırların korunması için şeffaflık hükümlerine tanılan istisnaların bazı şirketler tarafından istismar edilerek bilgilere erişimi kısıtlama çabaları olabileceği hususu kaygı uyandırıyor. Öte yandan, duruşmaların kamuya açık yapılması genel anlamda desteklenirken, mahkemelere katılma imkânının sağlanmasının bazı davaların siyasetleştirilmesi durumunu doğurabileceği keyfiyetinin de bir endişe konusu teşkil ettiği de inkâr edilemez. Bu konuyla ilgili olarak, paydaşlar bu sürecin tarafsızlığı tehdit altına sokulabileceğine dikkat çekiyorlar. Ayrıca Avrupa Komisyonu, sivil toplumun ilgililerinin ISDS mahkemesine görüşlerini sunma imkânının tanınması yönündeki talebine ilişkin düşünceler henüz netlik kazanmaması nedeniyle bu konuda Avrupalı yetkililerden daha detaylı bir pozisyon belgesi hazırlamaları bekleniliyor.

## **Sonuç**

Avrupa Komisyonu'nun yürüttüğü kamu istişare süreci sonucunda ISDS mekanizmasına ilişkin her aşamada fikir ayrılığı olduğu ortaya çıktı. Bu tablo karşısında, Avrupa Komisyonu, TTYO müzakerelerinde ISDS'ye yönelik siyasi önerileri sunmadan önce, AB üye hükümetleri, Avrupa Parlamentosu ve sivil toplum kuruluşları ile daha detaylı olarak bu konuları tartışması öngörüyor. Bu çalışmalar kapsamında, Avrupa Komisyonu'nca, 2015 yılının ilk çeyreğinde, TTYO kapsamında yatırımların korunması ve ISDS üzerinde, AB üye devletleri, Avrupa Parlamentosu ile başta iş ve ticaret birlikleri, tüketici ve çevre kuruluşları olmak üzere tüm ilgili paydaşlar ile birlikte danışma toplantıları düzenlenmesi söz konusudur. Avrupa Komisyonu, yatırımların korunması ve ISDS maddesine ilişkin AB pozisyonunda belirginlik kazandırılana kadar, Amerikalılar ile yürütülen TTYO müzakerelerinde ISDS mekanizmasıyla ilgili görüşmelerin askıya alındığı ve bu konuya ilişkin kararın görüşmelerin son aşamasında gündeme alınacağı açıklandı.