

İK V DEĞERLENDİRME NOTU

TRANSATLANTİK TİCARET VE YATIRIM
OTAKLIĞI MÜZAKERELERİNDE YATIRIMCILARLA
DEVLET ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN HALLİ
MEKANİZMASI TARTIŞMALARI NEDEN
ÖNEMLİ?

Selen Akses, İKV Kıdemli Uzmanı

İKTİSADİ KALKINMA VAKFI



TRANSATLANTİK TİCARET VE YATIRIM OTAKLIĞI MÜZAKERELERİNDE YATIRIMCILARLA DEVLET ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN HALLİ MEKANİZMASI TARTIŞMALARI NEDEN ÖNEMLİ?

AB ve ABD arasında yürütülen Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı'na ilişkin (TTYO) müzakerelerde, yatırımcılarla devlet arasındaki uyuşmazlıkların halli mekanizması (*Investor-to-State Dispute Settlement – ISDS*) önemli bir gündem maddesini oluşturuyor. Avrupa Komisyonu'nun, TTYO kapsamında yatırımların korunmasıyla ilgili hükümleri güçlendirmeyi hedeflerken birçok eleştiriler ile karşı karşıya kalınması sonucunda, Avrupalı müzakereciler tarafından söz konusu tahkim mekanizmasına ilişkin görüşmeler şimdilik askıya alındı. Bu değerlendirme notunda, yatırımların korunmasının Avrupalı yetkililer için bu kadar önemli olmasının nedenine değinilerek, söz konusu ISDS maddesinin TTYO kapsamındaki önemine ve müzakere sürecindeki konumunu ele alınacaktır.

Genel Tespitler:

- ❖ 1 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle beraber, üçüncü ülkelerle yatırım anlaşmalarının müzakere edilmesi yetkisi doğrudan ve bir bütün olarak AB'ye verildi.
- ❖ Avrupa Komisyonu açısından, üçüncü ülkeler ile müzakere edilen yatırım ve ticaret anlaşmalarındaki yatırımların korunmasına ilişkin hükümlerin güçlendirilmesi konusu giderek önem kazandı.
- ❖ Avrupa Komisyonu açısından, yatırımcılarla devlet arasındaki uyuşmazlıkların halli mekanizmasına ilişkin yeni kuralların belirlenmesi giderek önem kazanıyor. Ancak bu hükümleri belirlerken, taraflar açısından, bir yandan hükümranlık hakkı, diğer yandan ise yatırımcıların korunması arasındaki dengeyi iyi bir şekilde sağlanması hassas bir konu oluşturuyor.
- ❖ AB'nin ABD ile yürüttüğü TTYO müzakereleri kapsamında, ISDS önemli bir gündem maddesini oluşturuyor. Ancak, ISDS maddesinin anlaşmanın kapsamına dâhil edilmesi hususu özellikle sivil toplum örgütleri ve Avrupa Yeşiller gibi bazı siyasi partiler tarafından çok eleştiriye uğradı.
- ❖ ISDS maddesinin anlaşmanın kapsamına dâhil edilmesi konusunda yapılan eleştirilerin başında bu tahkim sisteminin hükümetlerin hükümranlık hakkını güçlendirmek yerine kısıtlayacağı savı geliyor.
- ❖ TTYO kapsamında ISDS'e ilişkin AB'de bir kamu istişare sürecinin başlatılması ve bu konuyla ilgili müzakerelerin söz konusu istişarelerin sonuçlarının belirlenmesine kadar görüşülmeyeceği yönünde karar alındı.
- ❖ Avrupa Komisyonu'nun bu kamu istişare sonuçlarına ilişkin yayımlayacağı rapor önümüzdeki TTYO müzakerelerinin gidişatının ve tonunun belirlenmesi açısından büyük önem taşıyor.

AB'DE YATIRIM ANLAŞMALARINDA YENİ BİR DEVİR

1 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle beraber, üçüncü ülkelerle yatırım anlaşmalarının müzakere edilmesi yetkisi doğrudan ve bir bütün olarak AB'ye verildi. Böylelikle, yurtdışında yatırımda bulunan AB üyesi ülkelerin şirketlerinin karşılaştıkları sorunlar dikkate alınarak, yatırımcıların haklarını güçlendirme sorumluluğu AB'nin Üye Devletleri adına yatırım anlaşmaları müzakerelerini yürüten Avrupa Komisyonu'na geçti. Bu yükümlülüğü çerçevesindeki görevi sürecinde, Avrupa Komisyonu, üye ülkelerin hükümetleri ile yakın işbirliğinde çalışıyor ve tüm müzakereler sürecinde, Avrupa Parlamentosu'nu kaydedilen gelişmeler hakkında düzenli olarak bilgilendiriyor.

Geçtiğimiz son birkaç yıl içinde, Avrupa Komisyonu açısından, üçüncü ülkeler ile müzakere edilen yatırım anlaşmalarının yanı sıra, ticaret anlaşmalarındaki yatırımların korunmasına ilişkin hükümlerin güçlendirilmesi konusu giderek önem kazandı. Bunun başlıca nedeni, küreselleşme süreci kapsamında, şirketlerin yurtdışındaki yatırımlarını artırarak, günümüzde uluslararası ekonomik ilişkilerin önemli bir temellini oluşturan katma değer zincirinin gelişmesinde katkıda bulunmaları olgusu teşkil ediyor. Bu bağlamda, ülkeler arasında müzakere edilen ve imzalanan ticaret ve yatırım anlaşmalar aracılığıyla taraflar arasında karşılıklı olarak yatırımların teşvik edilebilmesi için yatırım ortamının da iyileştirilmesi büyük önem taşıyor. Bu kapsamda da, örneğin, yatırımcılarla devlet arasındaki uyuşmazlıkların halli mekanizmasına (ISDS) ilişkin yeni kuralların ve standartların belirlenmesi de giderek önem kazanıyor. Ancak bu hükümleri belirlerken, taraflar açısından, bir yandan hükümler hakkı, diğer yandan ise yatırımcıların korunması arasındaki dengeyi iyi bir şekilde sağlanması hassas bir konu oluşturuyor.

Taraflar arasında karşılıklı olarak yatırımların teşvik edilmesi için, müzakere edilen anlaşmalarda belirlenen hükümler ile yabancı yatırımcılar ile ulusal yatırımcılar için öngörülen koşulların eşitlenmesinin sağlanması gerekiyor. Bu kapsamda, Avrupalı yetkililer tarafından, yurtdışında yatırımda bulunan şirketlerin sıklıkla karşılaştıkları sorunlar dikkate alınarak, yatırım ortamlarını iyileştirme yolları aranıyor. Bu anlaşmalar ile Avrupalı şirketler için yasal belirliliğin ve öngörülebilirliğin sağlanarak taraflar arasında yatırımların gerçek anlamda teşvik edilmesi isteniliyor.

Yatırımcıların yurtdışında sıklıkla karşılaştıkları sorunların başında, yatırımın yapıldığı ev sahibi ülke tarafından zorla yatırıma el konulması, ayrımcı uygulamalarda bulunulması, tazminat mekanizmasının uygulanmaması, iş ruhsatının iptal edilmesi, vergi yasasında yabancı yatırımcılar aleyhine oluşacak yeni bir düzenlemenin getirilmesi ve uluslararası sermaye transferinin zorlaştırılması yer alıyor. Daha somut birkaç örnek vermek gerekirse, bazı durumlarda ilgili üçüncü hükümetin tazminat ödemediği, bir şirketi kamulaştırarak ya da yabancı sermayeli bir şirketin ürettiği bir ürün yasaklayarak haksız bir durum yaratabilmektedir.

Böyle bir tablo karşısında, Avrupa Komisyonu, üçüncü ülkeler ile müzakere ettikleri ticaret veya yatırım anlaşmalarında, yatırımcıların korunmasına ilişkin özellikle iki yönden iyileştirmede bulunma yollarını değerlendiriyor¹. Avrupa Komisyonu'nun birinci önceliği, yatırımların korunmasına ilişkin kuralların netleştirilmesi ve iyileştirilmesidir. Anlaşmaları müzakere ederken, Birlik, tarafların yasal kamu politikalarını

¹ Avrupa Komisyonu, "Fact Sheet: Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU Agreements", Kasım 2013.

gerçekleştirmek için tarafların hükümler hakkındaki haklarının olduğu hususunu dikkate alıyor ve teyid ediyor. Ancak Avrupa Komisyonu, bir hükümetin aldığı bir önlem yüzünden dolaylı olarak yabancı bir yatırıma el koyup koymadığına dair yargıcın bir hükme varabilmesi için, anlaşmalarda daha ayrıntılı hükümler belirleyerek yargıçlar için bir yol haritası oluşturma gereksinimi duyuyor. Avrupa Komisyonu'nun ikinci diğer önceliği ise, ISDS'in işleyişinin iyileştirilmesidir. Bir başka deyişle, Komisyonca ISDS ile anlaşmada kararlaştırılan hükümlerin etkin bir şekilde uygulanması ve yatırımcıların korunmasının sağlanmasına özen gösteriliyor.

ISDS esasında, yatırımın yapıldığı ev sahibi ülkelerin yürüttükleri politikalar veya aldıkları önlemler sonucunda başta çok uluslu şirketler olmak üzere yabancı yatırımcıların ekonomik açıdan zarar görmeleri durumuna karşı korunmak için kullanılan önemli bir araç teşkil ediyor. Şöyle ki, ISDS aracılığıyla, ev sahibi ve yatırımın menşe ülkesi arasında imzalanan uluslararası yatırım anlaşmalarının ihlali durumunda, yabancı sermayeli şirketler yatırımcılarına yatırımın yapıldığı ev sahibi ülkenin hükümetine karşı uluslararası bir mahkemede dava açma imkânı tanınıyor. Yatırımcının dava açabilmesi için aşağıdaki dört durumdan birinin vuku bulmuş olması gerekiyor². Bu dört hüküm şunlardır:

- Ayrımcılığa karşı korumacılık;
- Kamu politika aracına yönelik olmayan ve adil bir şekilde tazminat ödenmeden el konulmasına karşı korumacılık;
- Haksız bir uygulamaya karşı korumacılık,
- Sermaye transfer imkânının korunması.

Avrupa Komisyonu'nun üçüncü ülkeler ile müzakere ettiği anlaşmalar kapsamında ISDS'in işleyişinin iyileştirilmesi hedefi doğrultusunda, yatırımcıların çok sayıda önemsiz iddialarda bulunmalarını engelleyebilmek için de bazı önlemler öngörülüyor. Örneğin, davayı kaybeden yatırımcının, devlete ait olanlar ile birlikte tüm yargılama masraflarını üstelenmek zorunda olması. Bunların yanı sıra, ISDS'i kapsamında tahkim sistemini daha şeffaf hale dönüştürmek için, belgelerin kamuoyuna açık kılınması ve duruşmalara erişim imkânının verilmesi gibi önlemlerin alınması da isteniliyor. ISDS açısından Avrupa Komisyonu'nca önem verilen bir diğer husus da, çıkar çatışmalarını önlemek adına yargıçlara yönelik bağlayıcı davranış kurallarının (*code of conduct*) belirlenmesidir. Son olarak taraflara ayrıca tedbirler geliştirme imkânı verilerek anlaşmada yatırımlara ilişkin yer alan hükümlerin nasıl yorumlanacağına devletin yetki alanında kalması güvence getiriliyor.

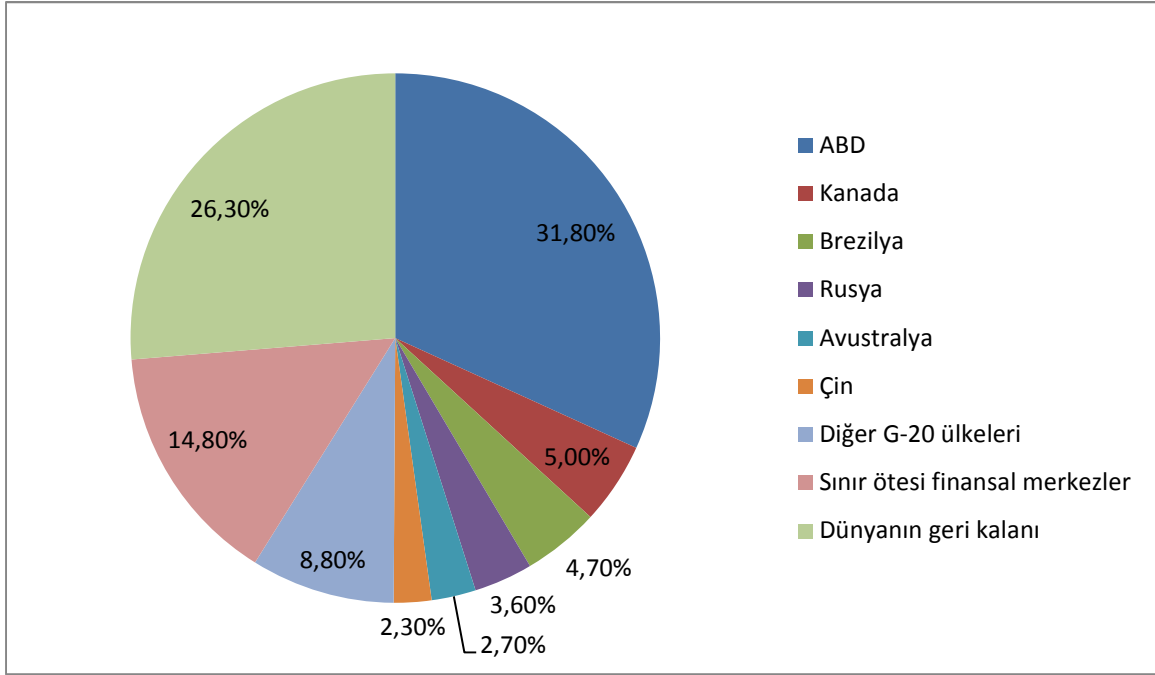
TTYO MÜZAKERELERİNDE ISDS TARTIŞMALARI

Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinin ardından, yatırımların korunmasına ilişkin hükümlere de odaklanan Avrupa Komisyonu, örneğin, Kanada ile müzakere ettiği Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret Anlaşması'nda ISDS'in işleyişini iyileştirmeye yönelik hükümlerin yer almasını sağladı. AB'nin ABD ile yürüttüğü TTYO müzakereleri kapsamında, ISDS de önemli bir gündem maddesini oluşturuyor. Şöyle ki, bir yandan AB ve ABD birbirlerinin ekonomileri için önemli birer yatırımcı konumdayken, diğer yandan 2013 yılının sonunda ISDS kapsamındaki davaların yüzde 75'inin AB ve ABD

² A.g.e

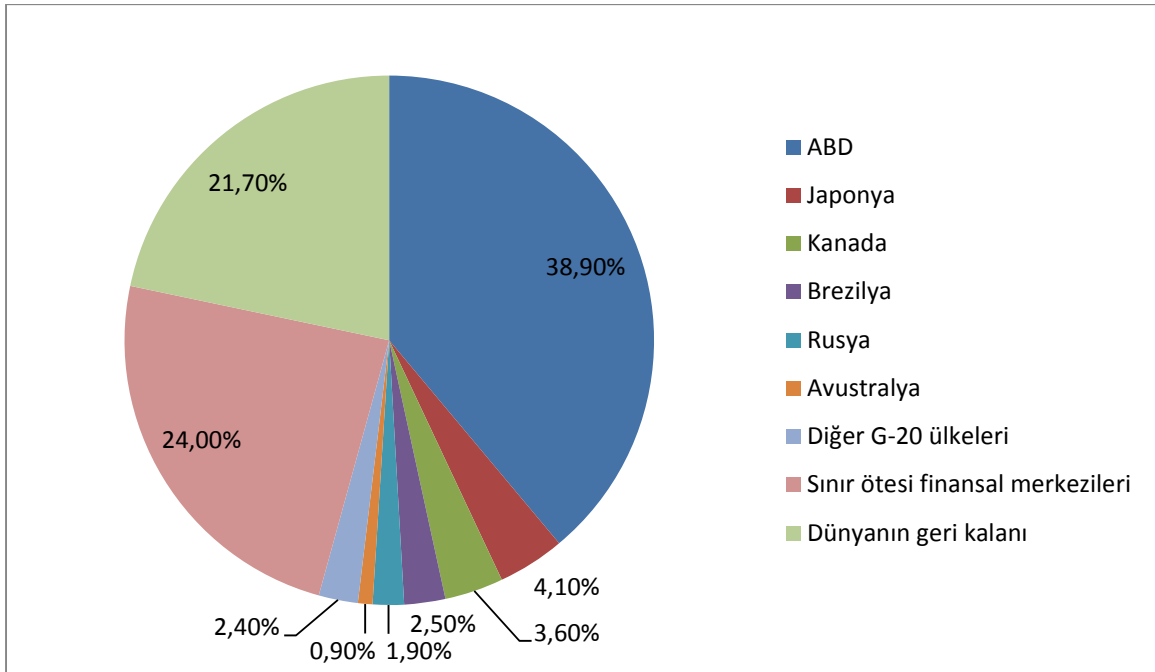
tarafından açıldığı gözlemleniyor³. Bu bağlamda, iki tarafın da ISDS konusuna karşı neden bu ölçüde hassasiyet göstermekte oldukları anlaşılıyor.

Grafik 1: AB'nin dışarıya yönelik doğrudan yabancı yatırımları (2012)



Kaynak: Eurostat

Grafik 2: AB'ye gelen yabancı doğrudan yatırımlar



Kaynak: Eurostat

³ Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı, "Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), UNCTAD IIA Issue Notes, No:1, Nisan 2014, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf, Erişim Tarihi: 2 Aralık 2014.

Avrupa Komisyonu, TTYO aracılığıyla, Avrupa şirketlerinin ABD'deki yatırımlarını daha iyi koruyabilmeleri için mevcut yatırım ile ilgili hükümlerin iyileştirmesini istiyor. Hâlihazırda, AB'nin sekiz üye ülkesinin ABD ile önceki döneme ait hazırlanmış birer yatırım anlaşması bulunuyor. Ancak, bu anlaşmalarda Avrupa Komisyonu'nca öngörülen yatırımların korunmasına ilişkin iyileştirici hükümler yer almıyor. Bu bağlamda, Avrupa Komisyonu'nun Ticaretten Sorumlu Üyesi, Karel de Gucht'un da vurguladığı gibi, "TTYO, hem yatırımların korunması ve hem de aynı zamanda toplumumuzun hükümler hakkının da korunmasına yönelik yüksek bir kıstas belirlemek için fırsat sunuyor"⁴.

Ancak Transatlantik anlaşmasının müzakere sürecinde, ISDS maddesinin anlaşmanın kapsamına dâhil edilmesi hususu özellikle sivil toplum örgütleri ve Avrupa Yeşiller gibi bazı siyasi partiler tarafından çok eleştiriye uğradı. Ayrıca, TTYO'ye ISDS'ye ilişkin bir hükmün eklenilerek yatırımcıların devletlere karşı dava açma hakkının tanınması konusundaki endişelerin Avrupa Parlamentosu'nun milletvekilleri tarafından da son zamanlarda da sıkça dile getirildiği gözlemleniyor. Avrupa Komisyonu, her ne kadar, özellikle devletin hükümler hakkı ve yatırımların korunması arasındaki dengenin sağlanacağı şekilde müzakerelerin devam edeceği taahhüdünde bulunsa da, yapılan eleştirilerin başında bu tahkim sisteminin hükümetlerin hükümler hakkını güçlendirmek yerine kısıtlayacağı savı geliyor.

Şöyle ki, yukarıda belirtildiği gibi, ISDS aracılığıyla, devletin yürüttüğü politikalar ve aldığı önlemler sonucunda yabancı sermayeli şirketlerin paylarının tehdit altına girmesi durumunda, yabancı yatırımcıya ilgili devlete karşı dava açarak tazminat talebinde bulunma hakkının tanınması söz konusu. Böylelikle, ISDS'ye başvurarak ve şirket kârını düşürdüğü iddiasını öne sürerek hükümetin çalışma alanını kısıtlamaya çalışan yabancı yatırımcıların ortaya çıkma tehlikesi bulunuyor. Böyle bir yaklaşımın, ilgili devletin çevre ve sosyal standartların yanı sıra sağlık veya çalışma koşullarının iyileştirmeye yönelik getireceği yeni düzenlemeleri de olumsuz yönde etkilenmesine yol açabileceği olasılığını yaratabilir. TTYO ve ISDS'ye yönelik öne sürülen bu endişeler, esasında, geçmiş yıllarda meydana gelen bazı davalara dayanıyor. Bunun en iyi örneklerinden biri geçtiğimiz yıllarda, bir İsveç nükleer yatırımcı Vattenfall'ın, Japonya'da meydana gelen Fukushima faciasından sonra nükleer enerjiden vazgeçme kararı alan Almanya'ya karşı dava açmasıydı⁵.

Tüm bu eleştiriler karşısında, Avrupa Komisyonu'nca ISDS'ye ilişkin görüşmelerin ve müzakerelerin askıya alınması yönünde karar alındı. TTYO kapsamında yatırımcıların korunması ve ISDS'e ilişkin AB'de bir kamu istişare sürecinin başlatılması ve bu konuyla ilgili müzakerelerin söz konusu istişarelerin sonuçlarının belirlenmesine kadar görüşülmeyeceği yönünde uzlaşmaya varıldı. İstişarelerin amacı, TTYO kapsamında AB yatırımcılarının korunması ve ISDS alanlarında daha iyi bir yaklaşımı benimsemesini sağlamak ve bu süreçte tüm paydaşlarının görüşlerini bildirmeleri için bir fırsat sunmaktır⁶. Kamu istişareleri, 27 Mart ve 13 Temmuz 2014 tarihleri arasında yürütüldü

⁴ Avrupa Komisyonu, "TTIP and the Investment Dimension: What is the State of Play?", 24 Haziran 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-494_en.htm, Erişim Tarihi: 2 Aralık 2014.

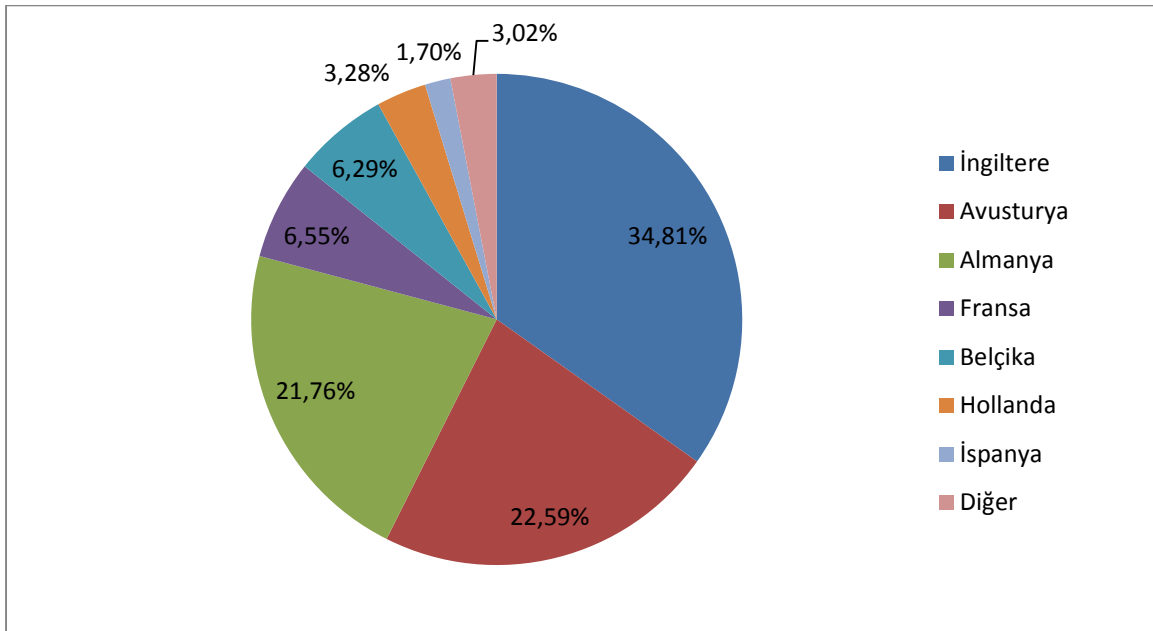
⁵ "Vattenfall vs. Germany: Nuclear Phase-Out Faces Billion-Euro Lawsuit", *Der Spiegel*, 2 Kasım 2011, <http://www.spiegel.de/international/germany/vattenfall-vs-germany-nuclear-phase-out-faces-billion-euro-lawsuit-a-795466.html>, Erişim tarihi: 1 Aralık 2014.

⁶ Avrupa Komisyonu, "European Commission launches public online consultation on investor protection in TTIP", Press Release, IP/14/292, 27 Mart 2014.

ve bu istişareler sürecinde ortaya çıkan görüşler doğrultusunda Avrupa Komisyonu tarafından bir raporun hazırlanması öngörülmüyor.

Söz konusu raporun Kasım ayında yayınlanması söz konusu iken, çalışmaların henüz tamamlanmaması nedeniyle, erteleme durumu ortaya çıktı. Buna karşın, Avrupa Komisyonu, Temmuz ayında, konu ile ilgili kamu istişare sürecine ilişkin genel istatistikleri kamuoyu ile paylaştı⁷. Bu kapsamda, örneğin istişare sürecinde katılımın en yüksek olduğu AB üye ülkelerinin başında İngiltere, Avusturya ve Almanya geliyor. Bu üç ülke ile birlikte, Fransa, Belçika, Hollanda ve İspanya'dakiler gelen cevapların yüzde 97'sini oluşturuyor. Bu süreçte dikkat edilen bir diğer önemli husus da, kurum olarak en çok katılım sağlayanların sivil toplum örgütlerinden oluşması durumudur. Bu istişare sürecine AB iş dünyasını temsil eden ticaret birlikleri ile dernekler ve şirketlerin yanı sıra düşünce kuruluşları, danışmanlık şirketleri ve hukuk büroları da katıldılar.

Grafik 3: İstişare sürecine katılan AB Üye Devletleri



Kaynak: Avrupa Komisyonu

Avrupa Komisyonu'nun bu kamu istişare sonuçlarına ilişkin yayımlayacağı rapor önümüzdeki TTYO müzakerelerin gidişatının ve tonunun belirlenmesi açısından büyük önem taşıyor. TTYO kapsamında yatırımların korunmasını güçlendirecek hükümlerin eklenmesi Avrupalılar olduğu kadar Amerikalı yatırımcılar için kaçınılmaz bir fırsat olarak değerlendirilmekte. Kuşkusuz TTYO çerçevesinde yatırımların korunmasına ilişkin standartların iyileştirilmesi ve ISDS'e ilişkin hükümlerin yer alması uluslararası standartların belirlenmesi açısından da önemli rol oynayacak. Bu anlaşma ile yatırımların korunmasına ilişkin standartların güçlendirilmesi olgusu AB veya ABD'nin bir başka üçüncü ülke ile gelecekte müzakere edecekleri anlaşmalar için de önemli bir referans noktası teşkil edecek. Özellikle AB veya ABD'nin kendi yatırım ortamından çok daha istikrarsız bir ülke ile bir anlaşma müzakere etmeleri halinde TTYO anlaşmasını

⁷ Avrupa Komisyonu, "Preliminary report (statistical overview): Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement", Temmuz 2014, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152693.pdf, Erişim Tarihi: 3 Aralık 2014.

referans olarak almaları müzakere konularını güçlendirebilir. Örneğin, AB'nin hâlihazırda Çin ile yatırım anlaşması müzakere sürecinde olduğunu göz önünde tutarsak, TTYO kapsamında ISDS'e ilişkin hükümlerin yer alması AB'nin pozisyonunu Çin'e karşı daha da güçlendirebilir. Nitekim TTYO kapsamına söz konusu hükümlerin eklenmesi bu sürece dâhil olmak isteyen Türkiye açısından da büyük önem taşıyor. Özellikle Türkiye'nin ISDS'ye başvuran ülkeler arasında da yer aldığı göz önünde tutulursa, bu konuya ilişkin hükümlere TTIP'de yer verilmesi önem taşımaktadır. Ancak Türkiye'nin bu süreci yakında takip etmesi kadar sağlam bir pozisyon içinde bulunması şarttır.