

PAPER DETAILS

TITLE: ABAD'IN ACHMEA KARARI VE YATIRIMCI-DEVLET UYUSMAZLIK ÇÖZÜMÜ AÇISINDAN
YANSIMALARI

AUTHORS: Mustafa Alper ENER

PAGES: 165-208

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2226711>

ABAD'IN ACHMEA KARARI VE YATIRIMCI-DEVLET UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ AÇISINDAN YANSIMALARI

Mustafa Alper ENER*

ÖZ

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın vermiş olduğu Achmea kararı sadece Avrupa Birliği için değil etkileri dolayısıyla anlaşmaya dayanan yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümünde bir milat olarak kabul edilebilir. Bu kararın ne kadar doğru ne kadar yanlış olduğu yıllar geçtikçe ortaya çıkacak olsa da, çalışmamızda söz konusu karar özellikle Hukuk Sözcüsü Wathelet'in görüşü ile birlikte değerlendirilmektedir. Achmea kararının yansımalarını incelemekten önce Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yapısı, ön karar prosedürü, Achmea davasının arka planı, Achmea davasında görevlendirilen Hukuk Sözcüsü'nün görüşü ve son olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın verdiği yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümünü ilgilendiren en önemli kararlardan biri olan Achmea kararı incelenerek sonuç kısmında bu kararın doğurabileceği muhtemel sonuçlar ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Achmea, Ön Karar Prosedürü, Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü, Gün Batımı Hükümleri, Avrupa Birliği Adalet Divanı.

THE CJEU'S ACHMEA DECISION AND ITS ECHOES ON INVESTOR- STATE DISPUTE SETTLEMENT

ABSTRACT

The Achmea decision of the Court of Justice of the European Union might be seen as a landmark not just for European Union but because of its impacts to the entire treaty-based investor-state dispute settlement mechanism. Even though whether this decision is accurate or not will become evident in the years to come, in this paper the Achmea decision is evaluated together with the arguments used in the opinion of Advocate General Wathelet. Before discussing echoes of Achmea decision on investor-state dispute settlement, the structure of Court of Justice of the European Union and its preliminary ruling procedure, background of Achmea case, opinion of Advocate General and Achmea ruling itself examined.

Keywords: Achmea, Preliminary Ruling Procedure, ISDS, Sunset Clause, Court of Justice of the European Union.

* Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD / ANKARA, e-posta: mustafa.ener@hbu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7575-6879

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1066635

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18/11/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/01/2022

GİRİŞ

Almanya-Pakistan arasında 29 Kasım 1959 tarihinde akdedilen ilk yatırımların teşviki ve korunması anlaşmasıyla birlikte yatırımcılar ile devlet arasında doğan uyuşmazlıkların ev sahibi devlet mahkemelerinde görülmesi yerine tarafsızlık ve bağımsızlık yönü ağır basan milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi yoluna gidilmesi tercih edilmeye başlanmıştır. Bu süreç içerisinde bilinen yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davalarının sayısı 2020 yılının sonunda 1104'e yükselmiştir.¹

Her sistem gibi yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasının da geliştirilmesi, günün ihtiyaçlarına ayak uydurması ve sahip olduğu sorunlu alanların düzeltilmesi gerekmektedir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (*United Nations Commission on International Trade Law* - "UNCITRAL") özellikle Tahkim Kuralları (*UNCITRAL Arbitration Rules*), Anlaşmaya Dayanan Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Şeffaflık Kuralları (*UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*)² gibi metinlerini oluştururken ve güncellerken yaptığı kapsamlı çalışmalar bulunmaktadır. 2017 yılındaki 50. oturumunda bazı kurumlar tarafından kaleme alınan yatırımcı-devlet tahkimindeki sorunlar ve reform tekliflerini, bazı uluslararası kuruluşlar ve devletlerin bu konudaki yorumlarını gözeterek, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasında yapılabilecek olası reformlar için Çalışma Grubu III'ün çalışmalara başlaması kararı alınmıştır.³ 2016 yılında başlatılan AB-içi yatırım tahkim davaları o yıl açılan yatırım uyuşmazlığı tahkim davalarının (62) yaklaşık dörtte birini;⁴ 2017 yılında başlatılanlar o yıl açılan yatırım uyuşmazlığı tahkim davalarının (65) yaklaşık beşte birini;⁵ Achmea kararının verildiği yıl olan 2018'de başlatılanlar o yıl açılan yatırım uyuşmazlığı tahkim davalarının (71) yaklaşık

¹ UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020, IIA Issue Note, Issue 4, September 2021, s. 1.

² UNCITRAL, Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, United Nations New York, 2014.

³ United Nations, Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Fiftieth Session (3-21 July 2017), General Assembly Official Records Seventy-second Session, Supplement No. 17, A/72/17, New York, 2017, s. 2-3.

⁴ UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016, IIA Issues Note, Issue 1, May 2017, s. 1-2.

⁵ UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017, IIA Issues Note, Issue 2, June 2018, s. 1-2.

onda birini (6);⁶ AB Üye Devletlerinin AB-içi ikili yatırım anlaşmalarının sona erdirilmesi takvimini⁷ yayımladıkları yıl olan 2019'da başlatılanlar o yıl açılan yatırım uyuşmazlığı tahkim davalarının (55) yaklaşık yüzde on beşini (7)⁸ oluşturmaktadır. AB Üye Devletleri Arasındaki İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi Anlaşması'nın (Fesih Anlaşması)⁹ yayımlandığı 2020 yılına gelindiğinde ise açılan 68 anlaşmaya dayanan yatırımcı-devlet tahkimi davasından 9'u AB-içi uyuşmazlıklardır ve bunların 5'i AB-içi İkili Yatırım Anlaşmalarına, 4'ü ise Enerji Şartı Anlaşmasına dayanmaktadır.¹⁰

Çalışmamızda öncelikle Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yapısı, ön karar prosedürü, Achmea davasının arka planı ve Achmea davasında görevlendirilen Hukuk Sözcüsü'nün görüşü incelenecektir. Çalışmanın sonraki kısmında Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın verdiği yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümünü ilgilendiren en önemli kararlarından biri olan Achmea kararı incelenecek, sonuç kısmında ise bu kararın tahkim hukuku boyutundaki yansımalarının nasıl olacağı ele alınacaktır.

I. Avrupa Birliği Adalet Divanı

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD - *Court of Justice of the European Union* - CJEU), Adalet Divanı (*Court of Justice*) ve Genel Mahkeme'den (*General Court*)¹¹ teşekkül etmektedir. ABAD'ın öncüsü olan Adalet Divanı,

⁶ UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2018, IIA Issues Note, Issue 2, May 2019, s. 1-3.

⁷ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States on the Legal Consequences of the Judgement of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union, 15 January 2019, <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf> Erişim Tarihi 15.11.2021.

⁸ UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1,000 Mark: Cases and Outcomes in 2019, IIA Issues Note, Issue 2, July 2020, s. 1-3.

⁹ Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union, SN/4656/2019/INIT, OJ L 169, 29.5.2020, s. 1-41. Anlaşmanın önsözünde bu anlaşmanın AB-içi İYA'lara dayanarak açılan bütün yatırımcı-devlet tahkim yargılamalarını kapsadığı belirtilmektedir. Kapsam içerisinde ICSID Konvansiyonu ve IC-SID, PCA, SCC, ICC, UNCITRAL tahkim kurallarına göre görülen tahkim yargılamaları ve *ad hoc* tahkim de sayılmıştır. Avusturya, Finlandiya, İrlanda ve İsveç şimdiye kadar bu anlaşmaya imza atmamıştır.

¹⁰ UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020, s. 2.

¹¹ ABAD içerisinde 2004 yılında kurulan Avrupa Birliği Kamu Personeli Mahkemesi, AB'nin yargı sisteminde yapılan reform kapsamında görevinin ve görülmekte olan davaların Genel Mahkeme'ye devredilmesiyle 1 Eylül 2016 tarihi itibarıyla kapatılmıştır. Regulation (EU,

Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu Kuran Antlaşma'yla bu antlaşmanın ve uygulama yönetmeliklerinin yorum ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamak için oluşturulmuştur.¹² ABAD, AB hukukunun bütün AB üyesi ülkelerde aynı şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlamakla görevlidir. Adalet Divanı, her AB ülkesinden bir hâkim ve 11 hukuk sözcüsünden¹³ meydana gelmektedir.¹⁴ Genel Mahkeme ise 1 Eylül 2019 tarihinden itibaren her AB Üye Devletinden gelen iki hâkimden oluşmaktadır.¹⁵

ABAD("Mahkeme")önüneensıkgelendavaları;önkararmekanizmasıyla AB hukukunun yorumlanması ve milli hukukların AB hukukuna uyumunun belirlenmesi, ihlale karşı başvuru mekanizması ile milli hükümetlerin AB hukukunu uygulamasının sağlanması, iptal davası ile AB Antlaşmalarını ve temel hakları ihlal ettiği ileri sürülen düzenlemelerin denetlenmesi, menfi işlemin tespiti (ihmal) davası ile AB Parlamentosu, Konsey veya Komisyonun belirli kararları almaması durumunda harekete geçmeye zorlanması, tazminat davası ile AB'nin işlemleri veya ihmali nedeniyle hakları zarar gören kişilerin AB kurumlarına müeyyide uygulanması için açtığı davalar olarak sayabiliriz.¹⁶

Euratom) 2016/1192 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on the transfer to the General Court of jurisdiction at first instance in disputes between the European Union and its servants, OJ L 200, 26.7.2016, s. 137–139.

¹² AKÇTKA m. 31-45. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın tarihçesi için bkz. Sanem Baykal, İlke Göçmen, Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 211 vd.

¹³ 2013/336/EU: Council Decision of 25 June 2013 Increasing the Number of Advocates-General of the Court of Justice of the European Union, OJ L 179, 29.6.2013, s. 92.

¹⁴ Avrupa Birliği Antlaşması ("ABA") m. 19; Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma ("ABIHA") m. 252.

¹⁵ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Consolidated version of the Treaty on European Union Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union Protocols Annexes to the Treaty on the Functioning of the European Union Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 Tables of equivalences, OJ C 202, 7.6.2016, s. 210-226. ABAD Statüsü Hakkında Protokol (No 3) ("ABAD Statüsü") m. 48.

¹⁶ ABAD'da görülen dava türleri ve ABAD'da Adalet Divanı ve genel mahkemenin yargı yetkisinin bölüşümü için bkz. Baykal/Göçmen, s. 219-222; 379 vd.; Pelin Aktoprak, "Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Adalet Divanı Bakımından Temel Hakların İncelenmesi", 2017, 19(Özel Sayı), DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, s. 3044-3047; Servet Alyanak, "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Teşkilatlanması", 2014, 72(3), Ankara Barosu Dergisi, s. 257-259; EU Institution, Court of Justice of the European Union (CJEU), <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_en> Erişim Tarihi 15.11.2021.

Davalar, davanın önemine ve kapsamına göre üç, beş (Daireler) veya on beş hâkim (Büyük Daire)¹⁷ tarafından görülmektedir.¹⁸ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA - *Treaty on the Functioning of the European Union* - TFEU) m. 228/2, 245/2, 247 veya 286/6 uyarınca açılan davalarda 27 hâkim (tam mahkeme) tarafından dava görülmektedir.¹⁹ Öncelikle raportör hâkim tarafından dava özetlenmekte ve sonra mahkemenin genel toplantısında davanın kaç hâkim ile görüleceğine, duruşma yapılıp yapılmayacağına ve hukuk sözcüsünün görüşünün gerekli olup olmadığına karar verilmektedir.

Adalet Divanı'nda prosedür yazılı ve sözlü olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Yazılı prosedürde başvurular, taraflara ve kararı uyuşmazlığa konu olan AB kurumuna bildirim yapılması, davaya ilişkin beyanlar, savunmalar, görüşler, cevaplar ve varsa iddiaları destekleyici belgelerin Mahkeme'ye iletilmesi ile gerçekleşmektedir. Sözlü prosedür ise Mahkeme'nin vekiller, danışmanlar ve avukatlarla birlikte hukuk sözcüsünün de görüşlerini almasını ve varsa tanık ve bilirkişileri dinlemesini içermektedir. Mahkeme, hukuk sözcüsünü dinledikten sonra, davada hukuka ilişkin yeni bir mesele olmadığına kanaat getirirse, hukuk sözcüsünün görüşü olmadan dava hakkında kararını verir.²⁰

II. Ön Karar Prosedürü (*Preliminary Ruling Procedure*)

Avrupa Birliği Anlaşması ("ABA") m. 19'da, ABAD'ın Avrupa Birliği'nin üzerine kurulmuş olduğu ABA ve ABİHA'nın ("Antlaşmalar")²¹ yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamak için kurulduğu ifade edilmektedir. ABA m. 19/3-b'ye göre ABAD'ın, Üye Devletlerin mahkemeleri veya yargılama yetkisi olan makamlarının (*court or*

¹⁷ Çalışmamızda yer alan Achmea ve Komstroy davaları on beş hâkim tarafından görülen davalardandır.

¹⁸ ABAD Statüsü m. 16.

¹⁹ ABAD Statüsü m. 16.

²⁰ ABAD Statüsü m. 20.

²¹ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Consolidated version of the Treaty on European Union Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union Protocols Annexes to the Treaty on the Functioning of the European Union Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 Tables of equivalences, OJ C 202, 7.6.2016, s. 1–388.

tribunals)²² talebi üzerine AB hukukunun yorumlanması veya AB kurumları tarafından gerçekleştirilen tasarrufların geçerliliği (hukuka uygunluğu) hakkında ön karar vereceği belirtilmektedir. Ön karar prosedürü ile AB hukukunun bütün AB üyesi devletlerde yeknesak şekilde uygulanması ve doğru yorumunun belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için Adalet Divanı'na AB hukukunu yorumlama tekeli verilmiştir.²³

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 267'de ABAD'ın hangi konularda ön karar vereceği düzenlenmiştir. Buna göre, Antlaşmaların yorumlanması ile AB kurumları, organları, ofisleri ve ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumlanması hakkında ön karar vermektedir.²⁴ AB Üye Devletlerinin mahkemeleri veya yargılama yetkisi olan makamları önündeki bir davada bu konularda bir ön sorun ortaya çıktığında, mahkeme veya makam karar vermesi için o sorun hakkında ön karar verilmesini zorunlu görmekteyse ABAD'dan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilmektedir.²⁵ Bu anlamda ön karar prosedürüne başvuru sadece AB Üye Devletlerinin mahkemeleri veya yargılama yetkisi olan makamları tarafından yapılabilmektedir. Ancak, bu konularda sorunun milli mahkemelerde veya makamlarda görülen ve iç hukuka göre verilen karara karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir davada bu konularda bir sorunun ortaya çıkması durumunda, bu mahkeme veya makamın sorunu ABAD'a götürmesi zorunludur.²⁶

Ön karar prosedürünün işleyişi ABAD Statüsü m. 23'te düzenlenmektedir. ABİHA m. 267 uyarınca görülen davalarda, yargılamayı bekleten ve ABAD'a ön karar için başvuran mahkeme veya makamın kararı, o mahkeme veya makam tarafından ABAD'a bildirilir. Ardından karar ABAD'ın Başkatipliği tarafından taraflara, Üye Devletlere ve Komisyon'a ve geçerliliği veya yorumu uyuşmazlık konusu olan tasarrufu kabul eden AB kurum, organ, ofis

²² Mahkeme veya yargılama yetkisi makam kavramının hangi ölçütlere göre belirlendiği konusunda bkz. Baykal/Göçmen, s. 504-506.

²³ Carl Otto Lenz, "The Role and Mechanism of the Preliminary Ruling Procedure", 1994, 18(2), Fordham International Law Journal, s. 389.

²⁴ Ön karar prosedürüne AB hukukunun yorumlanması veya AB kurumları tarafından gerçekleştirilen tasarrufların geçerliliği yönünden hangi konularla ilgili başvurulabileceği hakkında bkz. Baykal/Göçmen, s. 499-503. Füsün Arsava, Roma Antlaşmasında Ön Karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No: 31, Ankara, 2009, s. 21 vd.

²⁵ ABİHA m. 267/2.

²⁶ ABİHA m. 267/3.

veya ajansına bildirilir.²⁷

Bildirimden itibaren iki ay içerisinde, taraflar, Üye Devletler, Komisyon ve geçerliliği veya yorumu uyuşmazlık konusu olan tasarrufu kabul eden ilgili kurum, organ, ofis veya ajans, davaya ilişkin beyanlarını veya yazılı görüşlerini ABAD'a iletme hakkına sahiptir.²⁸ Eğer söz konusu uyuşmazlık Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'nın (AEAA - *Agreement on the European Economic Area* - AEAA) uygulanmasına ilişkin alanlardan birine girmekteyse, mahkeme veya makamın kararı ABAD Başkatipliği tarafından AEAA taraf devletlerine ve bu anlaşmada belirtilen EFTA Gözetim Kurumu'na iki ay içerisinde ABAD'a beyanlarını veya yazılı görüşlerini iletmeleri için bildirilir.²⁹ Konsey ile AB üyesi olmayan bir veya birden fazla devlet arasında akdedilen anlaşmalarda yer alan bir konuya ilişkin anlaşmada o devletlerin, o anlaşmanın kapsamına giren bir sorun hakkında AB Üye Devletlerinden birinin mahkeme veya makamı tarafından ABAD'a ön karar için gönderilen bir davada ABAD'a beyanlarını veya yazılı görüşlerini iletmelerine imkân tanınırmaktaysa, sorunu içeren milli mahkeme veya makamın kararı ilgili üye olmayan devletlere de bildirilir.³⁰

Usul Kuralları uyarınca Adalet Divanı seri veya hızlandırılmış usul; özgürlük, güvenlik ve adalet alanlarına ilişkin ön karar için başvurulması durumunda ise acil usul uygulayabilir.³¹ Bu usullerde davaya ilişkin beyanların ve yazılı görüşlerin m. 23'te belirtilen sürelerden daha kısa süre içerisinde sunulması veya m. 20/4'e istisna olarak hukuk sözcüsünün görüşü olmadan karar verilmesi öngörülebilir.³² Ayrıca acil usulde m. 23'te belirtilen tarafların ve diğer ilgili kişilerin davaya ilişkin beyanlarını ve yazılı görüşlerini iletme haklarına sınırlama getirilebilir, hatta çok acil durumlarda yazılı aşamanın geçilmesine imkân sağlanabilir.³³

III. Hukuk Sözcülerinin Görüşleri

Hukuk sözcüsü, Adalet Divanı'nın bir üyesi olmakla birlikte, karar verme mekanizmalarında yer almamaktadır. Hukuk sözcüsünün görüşünün gerekli

²⁷ ABAD Statüsü m. 23/1.

²⁸ ABAD Statüsü m. 23/2.

²⁹ ABAD Statüsü m. 23/3.

³⁰ ABAD Statüsü m. 23/4.

³¹ ABAD Statüsü m. 23a/1.

³² ABAD Statüsü m. 23a/2.

³³ ABAD Statüsü m. 23a/3.

olduğuna karar verilmesi durumunda, duruşmanın yapılmasından belirli bir süre sonra hukuk sözcüsü görüşünü Mahkeme'ye sunmaktadır.³⁴ Bu görüş tamamen bağımsız bir şekilde uyuşmazlığın nasıl çözülmesi gerektiğine dair hukuk sözcüsünün kanaatlerini ve dayanaklarını içermektedir.³⁵ Mahkeme, hukuk sözcüsünün görüşüne uyup uymamakta serbesttir.

IV. Achmea Davasının Arka Planı

Almanya Federal Adalet Mahkemesi'nin Achmea davasında 3 Mart 2016 tarihinde verdiği kararıyla, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 267. maddesi kapsamında yapılan ön karar başvurusu 23 Mayıs 2016 tarihinde ABAD'a ulaşmıştır. Söz konusu davada Hollanda merkezli bir sigorta grubunun girişimi olan Achmea BV (eski adıyla Eureko BV), 2004 yılında Slovakya Cumhuriyeti'nin sağlık reformu kapsamında özel sağlık sigortası hizmetini serbest piyasaya açmasının ardından Slovakya'da 72 Milyon Euro sermaye ile Union Healthcare adıyla bağlı bir şirket kurmuştur. 2006 yılında Slovakya'da hükümetin değişmesiyle birlikte özel sağlık sigortası pazarının serbestleştirilmesi kısmen geri alınmıştır. 25 Ekim 2007 tarihli bir kanunla, özel sağlık sigortası faaliyetlerinden elde edilen kârların dağıtılması yasaklanmıştır. Slovakya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 26 Ocak 2011 tarihli bir kararında bu yasağın Slovakya Anayasası'na aykırı olduğuna karar vermiştir. Ardından Slovakya Cumhuriyeti'nde 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe giren bir kanunla söz konusu kârların dağıtılmasına tekrar izin verilmiştir.³⁶

Achmea, Slovakya Cumhuriyeti'nin koyduğu yasal sınırlamalar dolayısıyla 65 Milyon Euro zarara uğradığını ve bunun Hollanda Krallığı ile Çek ve Slovak Federatif Cumhuriyeti arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunması Anlaşması'nın (İYA) 3/1, 3/2, 4 ve 5. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiş ve söz konusu Anlaşma'nın 8. maddesine dayanarak 1 Ekim 2008'de Slovakya Cumhuriyeti aleyhine tahkime başvurmuştur. Tahkim mahkemesi ve taraflar, kayıt merciinin Daimî Tahkim Mahkemesi olması ve tahkim dilinin İngilizce olması üzerine mutabık kalmışlardır. Tahkim

³⁴ ABİHA m. 252/2.

³⁵ ABAD Statüsü m. 49/2.

³⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-284/16, Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV, ECLI:EU:C:2018:158, 6 March 2018 (ABAD Achmea Kararı), para. 7-8. Kararın tam metni için bkz. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=41922798>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

mahkemesi 1 No'lu Ara Kararı ile tahkim yerini Frankfurt - Almanya olarak belirlemiştir.³⁷

Slovakya Cumhuriyeti, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİHA) İYA ile aynı konuları düzenlediğini, bu nedenle uygulanamayacağını veya İYA'nın 1969 Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Konvansiyonu m. 30 ve m. 59 uyarınca sona erdirilmesi gerektiğini ileri sürerek tahkim mahkemesinin yetkisine itiraz etmiştir. Ayrıca, uyumsuzluğun tahkime götürülmesine ilişkin İYA'nın 8/2 maddesinin ABİHA'ya aykırı olduğunu ve bu nedenle uygulanamayacağını iddia etmiştir. Tahkim mahkemesi, 26 Ekim 2010 tarihli Yetki, Tahkime Elverişlilik ve Erteleme hakkında ara kararıyla itirazı reddetmiş ve yetkili olduğuna karar vermiştir.³⁸ Bu ara kararın iptali için Slovak Cumhuriyeti'nin Alman mahkemelerinde yaptığı başvurular ilk derece ve temyiz mahkemelerinde reddedilmiştir.

Tahkim mahkemesi, 7 Aralık 2012 tarihli Nihai Kararı³⁹ ile kâr dağıtımının engellenmesi ile sermayenin ülkeden çıkarılmasının önüne geçilmesinin İYA m. 3'te yer alan adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, m. 4'te yer alan sermayenin ülkeden serbestçe çıkarılması hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle Slovakya Cumhuriyeti'nin Achmea'ya tazminat olarak 22.1 Milyon Euro ana para ile birlikte faizini ve Achmea'nın tahkim, hukuki temsil ve danışmanlık masraflarını ödemesine hükmetmiştir.⁴⁰ Tahkim mahkemesi Achmea'nın kamulaştırma iddiasını ise reddetmiştir.⁴¹

Slovakya Cumhuriyeti hakem kararının iptali için Frankfurt Yüksek Bölge Mahkemesi'nde kararın kamu düzenine aykırı olduğu, karara konu olan tahkim anlaşmasının geçersiz ve kamu düzenine aykırı olduğu iddiası

³⁷ ABAD Achmea Kararı, para. 9-10. Achmea B.V. (formerly known as Eureko B.V.) v. The Slovak Republic, Final Award, PCA Case No. 2008-13, 7 December 2012 (7 Aralık 2012 tarihli Nihai Karar), para. 12. Opinion of Advocate General Wathelet, Case C-284/16, Slovakische Republik v Achmea BV, ECLI:EU:C:2017:699, 19 September 2017 (Wathelet), para. 20-21.

³⁸ Eureko B.V. v. The Slovak Republic, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, PCA Case No. 2008-13, 26 October 2010. 26 Ekim 2010 tarihli Yetki, Tahkime Elverişlilik ve Erteleme Hakkında Ara Karar. Karara ulaşmak için bkz. <<https://pcacases.com/web/sendAttach/775>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

³⁹ Achmea B.V. (formerly known as Eureko B.V.) v. The Slovak Republic, Final Award, PCA Case No. 2008-13, 7 December 2012. Karara ulaşmak için bkz. <<https://pcacases.com/web/sendAttach/785>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

⁴⁰ 7 Aralık 2012 tarihli Nihai Karar, para. 352.

⁴¹ 7 Aralık 2012 tarihli Nihai Karar, para. 292-293.

ile dava açmıştır. Mahkeme bu davayı 18 Aralık 2014 tarihinde reddetmiştir.⁴² Slovakya Cumhuriyeti bu ret kararını hukukun yanlış uygulanması nedeniyle Almanya Federal Adalet Mahkemesi'nde temyiz etmiştir.⁴³

Almanya Federal Adalet Mahkemesi Slovakya Cumhuriyeti'nce ileri sürülen İYA'da yer alan uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesine imkân tanıyan maddenin ABİHA'nın 18, 267 ve 344. maddeleriyle uyumlu olmadığı görüşünü paylaşmasa da, Mahkeme'nin bu konularda daha önce karar vermediğini, var olan içtihat hukukundan bunun cevabının yeterli kesinlikte çıkarılamayacağını ve Avrupa Komisyonu'nun tahkim ve iptal davası sürecinde Slovakya Cumhuriyeti'ni destekleyecek şekilde müdahil olmasını dikkate alarak davanın bekletilmesine ve ön karar için bazı soruların ABAD'a gönderilmesine karar vermiştir.⁴⁴ 23 Mayıs 2016 tarihinde ön karar talebi Mahkeme'ye ulaşmıştır.

V. Hukuk Sözcüsü Wathelet'in Görüşü

Achmea davasında Hukuk Sözcüsü Melchior Wathelet'in ("Hukuk Sözcüsü") 19 Eylül 2017 tarihinde Mahkeme'ye ulaşan görüşü⁴⁵ dava sonucunda verilen kararın arka planındaki hukuki ve siyasi yönün anlaşılmasında büyük önem arz etmektedir. Wathelet, ön karar için gönderilen sorular hakkındaki görüşlerini belirtmeden önce bazı gözlemlerini aktarmaktadır.

Bu gözlemlerden ilki, davaya müdahil olan Üye Devletlerden İYA'da yer alan uyuşmazlık çözümüne dair hükmün ABİHA'yla çelişmediğini ileri süren ve ABİHA'ya aykırı olduğunu ileri süren iki grubun sahip olduğu özelliklerdir. Almanya, Fransa, Hollanda, Avusturya ve Finlandiya'dan oluşan ilk grubun genellikle yatırımcıların vatandaşı olduğu devletler olduğu ve bu nedenle ya hiç ya da çok nadir şekilde yatırımcılar tarafından başlatılan tahkim yargılamalarıyla karşılaştıklarını belirtmektedir. İkinci grubun ise Çekya, Estonya, Yunanistan, İspanya, İtalya, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi,

⁴² Judgment of the Higher Regional Court of Frankfurt, Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschl. v. 18.12.2014, Az.: 26 Sch 3/13, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7079.pdf>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

⁴³ Wathelet, para. 25.

⁴⁴ Wathelet, para. 29-30.

⁴⁵ Opinion of Advocate General Wathelet, Case C-284/16, Slowakische Republik v Achmea BV, ECLI:EU:C:2017:699, 19 September 2017. Tam metne ulaşmak için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62016CC0284>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

Letonya, Macaristan, Polonya, Romanya ve Slovakya'dan oluştuğunu ve AB-içi yatırıma ilişkin birden fazla tahkim yargılamasında davalı olduğunu ifade etmektedir.⁴⁶ Wathelet, Slovakya'nın görüşünü destekleyen devletlerin durumunun ekonomik gerçekliklere bakıldığında şaşırtıcı olmadığını söylemektedir.⁴⁷

Hukuk Sözcüsü'nün ikinci gözlemi, İtalya haricinde, Slovakya'nın yanında AB-içi İYA'ların AB hukukuna ve ABİHA'ya uyumlu olmadığı görüşünü destekleyen devletlerin, AB-içi İYA'larını sona erdirmediklerini ve yatırımcılarının bu İYA'lardan yararlanmaya devam etmesini sağladıklarını tespit etmesidir.⁴⁸ Duruşma sırasında Slovakya'ya taraf olduğu ve AB hukukuyla uyumlu olmadığını iddia ettiği AB-içi İYA'ları neden sona erdirmeyi sorulmuştur. Slovakya Cumhuriyeti bu soruya amacının İYA'ları sona erdirdiği devletlerde kendi vatandaşı olan yatırımcıların diğer Üye Devletlerin yatırımcılarına kıyasla ayrımcılığa maruz kalmamasını amaçladığı cevabını vermiştir.⁴⁹

Wathelet'in diğer bir gözlemi ise Avrupa Komisyonu'nun ve AB kurumlarının yıllar boyunca İYA'ları Orta ve Doğu Avrupalı aday ülkelerin AB ile katılım müzakerelerinde katılıma hazırlık için imzalamaları gerekli görülen unsurlar arasında saymasıdır. Hatta AB ile zamanının aday ülkelerinden Macaristan, Polonya, Romanya, Slovakya, Hırvatistan gibi ülkelerin ortaklık anlaşmalarında Üye Devletlerle aday ülkeler arasında İYA'ların imzalanmasına dair hükümler yer almaktadır. Bu durum Hukuk Sözcüsü tarafından çelişkili olarak görülmüş olmalıdır ki şu soruyu sormuştur: Eğer, bu İYA'lar sadece katılım sürecinde geçerli ise ve Üye Devletler bunun AB Antlaşmaları ve ABİHA ile uyumlu olmadığını farkında ise neden katılım anlaşmaları bunların sona ermesine ilişkin hüküm içermemektedir ve neden bu anlaşmalar bazı Üye Devletler için 13 yıldır, bazılarında ise 30 yıldan fazla süredir devam etmektedir?⁵⁰

⁴⁶ Görüşün hazırlandığı tarihte Çekya 26, Estonya, GKRY ve Yunanistan 3'er, İspanya 33, İtalya 9, Letonya 2, Macaristan ve Polonya 11'er, Romanya 4, Slovakya ise 9 AB-içi yatırım tahkimi davasında davalı durumundadır.

⁴⁷ Wathelet, para. 36.

⁴⁸ Wathelet, para. 37.

⁴⁹ Wathelet, para. 38.

⁵⁰ Wathelet, para. 40-41.

Diğer önemli bir nokta ise Hukuk Sözcüsü'nün ABAD'ın 2 Eylül 2021 tarihinde Moldova v. Komstroy LLC⁵¹ hakkında verilen ön kararı öngörmüş gibi Enerji Şartı Anlaşması'ndan (EŞA - *Energy Charter Treaty* - ECT) bahsetmesidir.⁵² Üye Devletler ve AB tarafından ayrı ayrı imzalanan bütün tarafların eşit olduğu, yatırımların korunmasına ve yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümüne dair maddi hukuk hükümleri içeren milletlerarası bir anlaşma olan Enerji Şartı Anlaşması'nın AB Antlaşmaları ve ABİHA'ya uyumluluğuna ilişkin hiçbir Üye Devletin ABAD'dan görüş istememiş olmasını bu anlaşmaların AB hukukuyla uyumsuz olabileceğine ilişkin en ufak bir şüpheleri bile olmamasına bağlamıştır.⁵³ Wathelet, Komisyon tarafından ileri sürülen AB-içi İYA'ların AB hukukunun etkinliği açısından "sistemsel risk" oluşturduğu iddiasını ise aşırı abartılı bulmuştur. Tahkim mahkemelerinin genellikle Komisyon'un müdahil olmasına izin verdiğini ve müdahil olduğu on davanın hiçbirinde bu mahkemelerin AB'nin işlemlerinin geçerliliği veya Üye Devletlerin işlemlerinin AB hukukuna uyumunu incelemeyeceği bilgisinde olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴ Hukuk Sözcüsü mevcut mesele ile alakalı görmese de, Komisyon ve bazı Üye Devletler AB hukukuyla uyumsuzluğu iddia edilen hakem kararı örneği olarak bir tek Micula davasını⁵⁵ gösterebilmiştir.⁵⁶

Son gözlem olarak, İYA'ların diğer taraf devletin de AB'ye katılmasıyla doğrudan geçersiz olmadığı veya AB Antlaşmaları ve ABİHA ile uyumsuz hale gelmediğini, ilgili hükümlerin, bunların AB Antlaşmaları ve ABİHA ile uyumlu olduğu sürece geçerli olduğunu belirtmiştir.⁵⁷

Wathelet gözlemlerinin ardından, başvuran mahkemenin sorduğu soruları üçüncüsünden cevaplamaya başlamıştır. Başvuran mahkeme üçüncü

⁵¹ Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-741/19, Republic of Moldova v. Komstroy LLC (successor in law to the company Energoalians), ECLI:EU:C:2021:655, 2 September 2021 (Komstroy kararı). Kararın tam metni için bkz. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245528&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=635097>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

⁵² Wathelet, para. 43.

⁵³ Wathelet, para. 43.

⁵⁴ Wathelet, para. 45. Bu görüşü paylaşan Gaillard, uygulamada tahkim mahkemelerinin önüne AB hukuku meselelerinin pek gelmediğini, söz konusu Achmea davasında da AB hukukunu ilgilendirmedeğini ifade etmiştir. Emmanuel Gaillard, "The Myth of Harmony in International Arbitration", 2019, 34(3), 2018 Lalive Lecture, ICSID Review, s. 556.

⁵⁵ Ioan Micula and Others v. Romania, ICSID Case No ARB/05/20.

⁵⁶ Wathelet, para. 45.

⁵⁷ Wathelet, para. 46-47.

soru olarak ABİHA m. 18'in Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8 ile oluşturulan yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasını devre dışı bırakacak şekilde yorumlanıp yorumlanmayacağını sormuştur. ABİHA bu maddede ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Buna göre, tabiiyetten kaynaklanan nedenlerle meydana çıkabilecek her tür ayrımcılık yasaklanmaktadır. Wathelet'e göre, Slovakya ile ikili yatırım anlaşması olmayan bir AB Üye Devleti vatandaşı olan yatırımcılara AB hukukunca yasaklanan bir ayrımcılık uygulanmamaktadır.⁵⁸ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma en çok gözetilen millet kaydını (*most favored nation clause*) içermemektedir. Dolayısıyla, bir Üye Devletin anlaşma nedeniyle üçüncü bir AB Üye Devleti vatandaşına uyguladığı muameleyi, başka bir Üye Devletin vatandaşına uygulamamasında ayrımcılık bulunmamaktadır.⁵⁹ Diğer bir deyişle, Hukuk Sözcüsü burada ayrımcılığın olup olmadığının AB Üyesi Devletlerin vatandaşlarının "o Üye Devletin vatandaşlarıyla" karşılaştırılarak tespit edileceğini, anlaşma yapılan üçüncü Üye Devlet vatandaşlarıyla karşılaştırılmayacağını savunmaktadır. Bu görüşünü desteklemek için ABAD'ın içtihatlarında (Cowan davası⁶⁰ ile Petruhhin davası⁶¹) ABİHA m. 18'in AB hukukunca düzenlenen bir konuda AB Üye Devleti vatandaşlarının "o Üye Devletin vatandaşlarıyla" tamamen eşit muameleye tabii tutulmasını zorunlu kıldığını tespit etmiş olduğunu belirtmektedir.⁶² AB hukukunca düzenlenmeyen konularda ise devletler yapacakları anlaşmalarda farklı hak ve yükümlülükler öngörebileceklerdir.

Hukuk Sözcüsü, İYA'lar ile oluşturulan karşılıklı haklar ve yükümlülüklerin sadece anlaşmanın tarafı olan ülkelerin yatırımcılarına uygulanacağını, ki özü gereği bunun yatırım anlaşmalarının doğal bir sonucu olduğunu savunmaktadır. Ona göre yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizması ikili yatırım anlaşmasının ayrılmaz bir parçasıdır. Çünkü anlaşmada yer alan hükümlerin etkinliğinin denetimi bu sayede

⁵⁸ Wathelet, para. 65.

⁵⁹ Wathelet, para. 71.

⁶⁰ Judgment of the Court, Case 186/87, Ian William Cowan v. Le Trésor public (Treasury), ECLI:EU:C:1989:47, 2 February 1989 (Cowan Kararı). ABAD Cowan Kararı, para. 10.

⁶¹ Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-182/15, Aleksei Petruhhin, ECLI:EU:C:2016:630, 6 September 2016 (Petruhhin Kararı). ABAD Petruhhin Kararı, para. 29-33. Dava, uyuşturucu kaçakçılığı suçuyla bağlantılı olarak Estonya vatandaşı olan Aleksei Petruhhin'in, Rus makamlar tarafından çıkarılan ve Letonya makamlarına iletilen suçluların iadesi talebine ilişkindir.

⁶² Wathelet, para. 71-72.

gerçekleşmektedir. Bu mekanizmanın olmaması, İYA'nın yabancı yatırımcıların teşvik edilmesi amacının sağlanamaması nedeniyle anlaşmayı anlamsız hale getirecektir.⁶³ Bu sayılan nedenlerle Hollanda-Çekoslovakya İYA'da Hollandalı yatırımcıların Slovakya'ya karşı milletlerarası tahkime gidebilmesine olanak tanıyan yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasının ABİHA m. 18 kapsamında vatandaşlığa dayalı bir ayrımcılık oluşturmadığı görüşünü Mahkeme'ye sunmuştur.⁶⁴

Görüşün 81. paragrafında Almanya, Fransa, Hollanda, Avusturya ve Finlandiya'nın 7 Nisan 2016 tarihli resmi olmayan görüşünde (*non-paper*) olduğu gibi AB-içi İYA'ların tek bir çok taraflı yatırım anlaşmasıyla değiştirilebileceğini ve Üye Devletler ile AB arasındaki yetki dağılımına göre bütün Üye Devletlerden olan yatırımcılara uygulanacak bir anlaşmanın yapılmasının önünde hiçbir engel bulunmadığı da belirtilmiştir.⁶⁵

Hukuk Sözcüsü ikinci soru hakkındaki görüşünde, AB Antlaşmalarında belirlenen yetki dağılımını ve AB hukuk sisteminin özerkliğini güvenceye alan AB yargı sisteminin temel taşı olan ABİHA m. 267'nin Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8 ile oluşturulan yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasını devre dışı bırakıp bırakmayacağı konusunda, burada öngörülen tahkim mahkemesini (*arbitral tribunal*) ABİHA m. 267 anlamında “Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı” olarak telakki ettiğini, dolayısıyla tahkim mahkemesinin ABAD'a ön karar için başvurmaya hakkı olduğunu ifade etmiştir. Ön karar için ABAD'a başvurabilmesi nedeniyle birinci soruda sorulan ABİHA m. 344, Üye Devletlerin Antlaşmaların yorumu ve uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkların Antlaşmalarda öngörülenler dışında başka bir çözüm yöntemine başvurulmaması taahhüdü ile de bir uyumsuzluğun olmadığını belirtmiştir.⁶⁶

Wathelet tahkim mahkemesinin ABİHA m. 267 anlamında mahkeme veya yargılama yetkisi olan bir makam olduğuna ilişkin görüşünü yerleşmiş içtihatlarla dayandırmıştır. ABİHA m. 267'de yer alan “Üye Devletin

⁶³ Wathelet, para. 75-76.

⁶⁴ Wathelet, para. 82.

⁶⁵ Nitekim 29 Mayıs 2020 tarihinde AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanan, AB Üye Devletleri Arasındaki İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi Anlaşması'yla bu konuda önemli bir adım atılmıştır. Bu anlaşmada Enerji Şartı Anlaşması'nın 26. maddesi anlamında AB-içi yargılamalar, daha sonra AB ve Üye Devletler tarafından halledilmek üzere kapsam dışında bırakılmıştır. Bu konuya daha sonra ABAD, Komstroy kararında açıklık getirmiştir.

⁶⁶ Wathelet, para. 85.

mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı” (*any court or tribunal of a Member State*) ifadesi kapsamında bir yargı makamı addedilmesi için o makamın, kanun ile oluşturulup oluşturulmadığına, daimî olup olmadığına, yetkisinin zorunlu olup olmadığına, usulünün *inter partes* olup olmadığına, hukuk kurallarını uygulayıp uygulamadığına ve bağımsız olup olmadığına bakılmaktadır. Ayrıca söz konusu makamın önünde bir davanın görülüyor olması ve gerçekleştireceği faaliyet üzerine yargısal mahiyette bir karar doğuracak şekilde hüküm vermesi için başvurulmuş olması gerekmektedir.⁶⁷

Davadaki somut durumu bu kriterlere göre irdelemek gerekmektedir. Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8 uyarınca oluşturulan tahkim mahkemelerinin kanunla kurulup kurulmadığı konusunda Hukuk Sözcüsü, bu madde uyarınca oluşturulan mahkemelerin yetkisini hem milletlerarası bir anlaşmadan hem de Hollanda ve Çekoslovakya devletlerinin İYA’yı onaylayan ve o devletlerin hukuk sistemlerine dahil eden kanunlarından aldığını dile getirmiştir.⁶⁸

Tahkim mahkemesinin daimî olup olmadığı hususunda, daimilik kriterinin tahkim mahkemesinin kurulmasıyla ilgili olmadığı fakat tahkimin uyuşmazlık çözüm metodu olarak kurumsallaşmasının önemli olduğunu, diğer bir deyişle geçici olan tahkim heyetinin değil, tahkim yargılamasını tatbik eden tahkim kurumunun dikkate alınıp bunun daimiliğinin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁹ Merck Canada kararında ABAD, kurulması, hakemleri ve usul kuralları tarafların seçimine bağlı olsa da, kararını verdikten sonra sona erse de, tahkim mahkemesinin yasama yetkisine dayanarak kurulduğunu, zorunlu daimî yetkiye sahip olduğunu ayrıca milli düzenlemelerin uygulanacak usul kurallarının tanımını yapıp ve çerçevesini çizdiğini dikkate alarak, daimilik kriterinin sağlandığına karar vermiştir.⁷⁰ Achmea davasında daimî tahkim kurumlarının yer alması, örneğin, atamaların gerçekleşmemesi durumunda hakemlerin atanmasının daimî tahkim kurumu olan Stokholm

⁶⁷ Wathelet, para. 86.

⁶⁸ Wathelet, para. 90-99.

⁶⁹ Wathelet, para. 100-109.

⁷⁰ Order of the Court (Eighth Chamber), Case C-555/13, Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare Ltd, Alter SA, Labochem Ltd, Synthon BV, Ranbaxy Portugal - Comercio e Desenvolvimento de Produtos Farmaceuticos, Unipessoal Lda, ECLI:EU:C:2014:92, 13 February 2014 (Merck Canada). 13 Şubat 2014 tarihli Merck Canada (C 555/13, EU:C:2014:92) kararı para. 24. Wathelet para. 103-104. Bu kararda ABAD tahkim mahkemesinin daimiliğini 62/2011 sayılı Portekiz Kanunu’nun 2. maddesinden jenerik ve referans tıbbi ürünlerle ilgili endüstriyel mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin tek yol olmasından yola çıkmıştır.

Ticaret Odası'na bırakılması, uygulanacak tahkim usulü olarak UNCITRAL kurallarının seçilmesi ve davanın kayıt yeri olarak 1899 ve 1907 yıllarında Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Hakkındaki Konvansiyonlarla Lahey'de kurulan Daimî Tahkim Mahkemesi'nin belirlenmesi Hukuk Sözcüsü'nün destekleyici argümanlarıdır.⁷¹

Hukuk Sözcüsü, tahkim mahkemesinin yetkisinin zorunlu olup olmadığı konusunda 12 Haziran 2014 tarihli Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributaria e Adunçeira davasında⁷² ABAD'ın tahkim mahkemesinin kararlarının tarafları bağlayıcı olduğuna ve yetkisinin kanunlardan alması ve tarafların uyuşmazlıklarını tahkime götürme isteklerini önceden ifade etmelerinden değil, kanunlardan kaynaklandığına dayanarak, vergi mükellefi davacı uyuşmazlığını vergi tahkimine götürdüğünde tahkim mahkemesinin vergilendirme ve gümrükleme konularında zorunlu yetkisinin olduğuna karar vermesini destekleyici argüman olarak ileri sürmüştür.⁷³ Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8/7, bu madde uyarınca teşkil eden tahkim mahkemesinin kararlarının nihai ve uyuşmazlığın taraflarını bağlayıcı olduğunu düzenlemektedir. İYA m. 8/2'de ise uyuşmazlığın başvuru tarihinden itibaren altı ay içerisinde dostane çözüm yollarıyla çözülememesi durumunda Âkit Devletlerin, yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıkların tahkim mahkemesine götürülebileceğine onay verdiği ifade edilmektedir. Hukuku sözcüsü burada yatırımcıya verilen devlet mahkemelerinde veya tahkim mahkemesinde davanın açılma imkânı verilmesinin tahkim mahkemesinin yetkisinin zorunlu mahiyetini etkilemediğini, çünkü Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributaria e Adunçeira davasında vergi mükellefinin de bu seçimlik hakka sahip olduğunu belirtmiştir. Slovakya Cumhuriyeti'nin de Portekiz Cumhuriyeti gibi tahkime rızasını önceden verdiğini ve İYA'ya uygun şekilde teşkil edilen tahkim mahkemesinin yetkisinin m. 8/2 uyarınca Üye Devlet ve yatırımcıyı bağlayıcı olduğunu ifade ederek, bu tahkim mahkemelerinin zorunlu yetki kriterini taşıdığını ileri sürmüştür.⁷⁴

⁷¹ Wathelet, para. 107-108.

⁷² Judgment of the Court (Second Chamber), Case C-377/13, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributaria e Adunçeira, ECLI:EU:C:2014:1754, 12 June 2014 (Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta).

⁷³ Wathelet, para. 112-113.

⁷⁴ Wathelet, para. 110-119.

Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8 uyarınca teşkil eden tahkim mahkemelerinin usulünün *inter partes* olup olmadığı hususunda, m. 8/5 uyarınca tahkim mahkemesinin usulünü UNCITRAL tahkim kurallarını uygulayarak tespit edeceği düzenlenmiştir. İYA'nın yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan 1976 versiyonu m. 15/1'e⁷⁵ ve diğer ilgili maddelere göre tahkim mahkemesinin, taraflara eşit muamele ettiği ve yargılamanın bütün aşamalarında tarafların davalarını sunmaları için fırsat verdiği müddetçe, tahkim yargılamasını UNCITRAL tahkim kurallarına tabii olarak uygun gördüğü şekilde yürütebileceğini düzenlemektedir.⁷⁶ Tahkim mahkemelerinin uyuşmazlığın çözümünde hukuk kurallarını uygulayıp uygulamadığı kriterine göre incelendiğinde ise İYA'nın 8. maddesinin 6. fıkrasında tahkim mahkemesinin hukuk kuralları temelinde karar vereceğinin düzenlendiği ve hak ve nesafet kurallarının uygulanamayacağı dikkate alındığında bunun da gerçekleştiği görülmektedir.⁷⁷

Son kriter olan mahkemenin bağımsız olup olmadığı konusunda ise, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın hakemlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürebilecek haklı şüphe olması durumunda bunu bildirme sorumluluğu bulunduğu ve hakemin reddi imkânı ile mahkemenin bağımsızlığını güvence altına aldığı söylenebilmektedir.⁷⁸ Bu argümanlara dayanarak, Hukuk Sözcüsü, İYA m. 8 uyarınca teşkil edilen tahkim mahkemesinin ABİHAM. 267 anlamında "mahkeme veya yargılama yetkisi olan makam" olduğunu savunmuştur.⁷⁹ İYA m. 8 uyarınca teşkil edilen tahkim mahkemesinin "Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı" olduğunu ise Üye Devletler arasında uluslararası anlaşma ile kurulan Benelüks Mahkemesi'nin ve birden fazla Üye Devletin ortak mahkemelerinin, diğer Üye Devlet mahkemeleri veya yargılama yetkisi olan makamları gibi ABAD'a ön karar için başvurmak ve sorularını yöneltmek için önünde hiçbir engelin bulunmadığını ifade eden 4 Kasım 1997 tarihli Parfums Christian Dior davasına⁸⁰ dayandırmıştır.⁸¹

⁷⁵ Benzer düzenleme 2010 ve 2013 versiyonunda m. 17'de bulunmaktadır.

⁷⁶ Wathelet, para. 120-122.

⁷⁷ Wathelet, para. 123.

⁷⁸ Wathelet, para. 124-125.

⁷⁹ Wathelet, para. 126.

⁸⁰ Judgment of the Court, Case C-337/95, Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV, ECLI:EU:C:1997:517, 4 November 1997 (Parfums Christian Dior). 4 Kasım 1997 tarihli, Parfums Christian Dior (C337/95, EU:C:1997:517) kararı, para. 21.

⁸¹ Wathelet, para. 128-129.

Böylece İYA m. 8 uyarınca teşkil edilen tahkim mahkemesinin “Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı” olduğu sonucuna varmıştır.

Ayrıca bazı tahkim heyetleri gördükleri davalarda soruları hakkında ön karar için ABAD'a başvurmuşlardır. Bunlardan bazıları reddedilmiştir⁸² ancak bazı başvurular ise kabul edilmiş ve bu konularda karar verilmiştir.⁸³ Buna dayanarak Hukuk Sözcüsü, kişilerle devlet arasında olan tahkim yargılamalarında kabul edilebilirlik kriterinin önünün açıldığını gösteren belirtilerin açıkça mevcut olduğunu ifade etmiştir.

Ön karar için başvuran mahkemenin diğer bir sorusu ise ABİHA m. 344'ün, Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8 gibi yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının tahkim mahkemesinde çözümüne imkân tanıyan AB-içi İYA'larda yer alan hükümleri engelleyecek şekilde yorumlanıp yorumlanmayacağıdır. Hukuk Sözcüsü, Mahkeme'nin İYA m. 8 uyarınca teşkil edilen tahkim mahkemesinin ABİHA m. 267 anlamında mahkeme veya yargılama yetkisi olan makam olarak kabul etmesi durumunda, AB'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Katılımı hakkında 2/13 Sayılı Görüşü'nde⁸⁴ belirttiği üzere,

⁸² Judgment of the Court, Case C-102/81, Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG., ECLI:EU:C:1982:107, 23 March 1982 (Nordsee). Judgment of the Court (Fourth Chamber), Case C-125/04, Guy Denuit and Betty Cordenier v. Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA, ECLI:EU:C:2005:69, 27 January 2005 (Denuit and Cordenier). 23 Mart 1982 tarihli Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) ve 27 Ocak 2005 tarihli Denuit and Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69) kararı gibi.

⁸³ Judgment of the Court, Case 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (Union of Commercial and Clerical Employees, Denmark) v. Dansk Arbejdsgiverforening (Danish Employers' Association), acting on behalf of Danfoss A/S, ECLI:EU:C:1989:383, 17 October 1989 (Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark). 17 Ekim 1989 tarihli Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383); 12 Haziran 2014 tarihli Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C 377/13, EU:C:2014:1754) ve 13 Şubat 2014 tarihli Merck Canada (C 555/13, EU:C:2014:92) kararı gibi. Wathelet, para. 87.

⁸⁴ Avrupa Komisyonu'nun 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne) Avrupa Birliği'nin katılımını sağlayan taslak anlaşmanın AB Antlaşmalarıyla uyumlu olup olmadığına ilişkin ABAD'ın görüşünü almak için yaptığı başvuru sonucunda verilen 2/13 Sayılı Mahkeme Görüşü. Opinion 2/13 of the Court (Full Court) Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, EU:C:2014:2454, 18 December 2014 (2/13 Sayılı Görüş). Görüşün tam metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CV0002&from=EN>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

Bu görüşün 176. paragrafında ABİHA m. 267'de yer alan mahkemeler özellikle de ABAD ile mahkemeler veya yargılama yetkisi olan makamlar arasında diyalogu sağlayan ön karar prosedürü ile AB hukukunun yeknesak olarak yorumlanmasının güvenceye alınması sağ-

tahkim mahkemeleri ile ABAD arasında diyalogun mümkün olacağını, tahkim mahkemelerinin ABAD'ın içtihatlarında ortaya konan ilkelere⁸⁵ uymak zorunda olduklarını ve AB hukukunu uygulamak durumunda kalacaklarını ifade etmiştir. Böylece milletlerarası tahkime gidilmiş olması ile ABİHA m. 344 veya AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımı dolayısıyla AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar gelmeyecektir. Tahkim mahkemelerinin buna uymaması durumunda verdikleri kararlar kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle iptal edilecektir.⁸⁶

Hukuk Sözcüsü Mahkeme'nin İYA m. 8 uyarınca teşkil edilen tahkim mahkemesinin ABİHA m. 267 anlamında mahkeme veya yargılama yetkisi olan makam olarak kabul etmemesi durumunda ise ABİHA m. 344'un İYA m. 8'in uygulanmasını engelleyip engellemediği ve gerekli olması durumunda İYA m. 8'in AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımıyla ve AB hukuk sisteminin özerkliğiyle uyumlu olup olmadığı sorularının da değerlendirilmesinin gerekli olduğunu düşünmektedir.⁸⁷ Bunu cevaplamak için üç soru sormaktadır. ABİHA m. 344'e göre Üye Devletlerin, AB Antlaşmaları'nın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda, Antlaşmalar'da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmamayı taahhüt ettiği düzenlenmektedir. Bu nedenle Hukuk Sözcüsü öncelikle İYA m. 8'de yer alan yatırımcı ile Üye Devlet arasındaki bir uyuşmazlığın ABİHA m. 344 kapsamına girip girmediğini sormaktadır. Eğer bu sorunun cevabı olumlu ise yatırımcı ile Üye Devlet arasındaki böyle bir uyuşmazlığın konusunun ABİHA m. 344 anlamında AB Antlaşmalarının yorumu veya uygulanmasına ilişkin olduğu

landığı ve böylece AB hukukunun tutarlılığına, tam etkinliğine, özerkliğine ve sonuç olarak Antlaşmalarla oluşturulan bu hukukun hususi mahiyetinin sağlanmasına hizmet edilmekte olduğu belirtilmiştir.

⁸⁵ Örneğin, AB hukukunun Üye Devletlerin hukukuna ve Üye Devletler arasında verilen milletlerarası taahhütlere üstünlüğü, kendilerine ve vatandaşlarına birçok kuralın doğrudan etki ettiği, AB'nin üzerine kurulduğu ortak değerlerin tanınacağına olan aralarındaki karşılıklı güven ve AB hukukunun tam uygulanması ve AB hukukuna riayet edilmesi gibi ilkelere uymak. Hukuk Sözcüsü yatırımcı/AB vatandaşı ve Üye Devletler arasındaki uyuşmazlıkların görüldüğü tahkim mahkemelerinin bazılarında (örneğin, Achmea B.V. v. Slovak Republic (UNCITRAL) (PCA Case No 2008-13); Electrabel S.A. v. Hungary (ICSID Case No ARB/07/19); Charanne B.V. and Construction Investments S.à.r.l. v. Kingdom of Spain (SCC Case No 062/2012); RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No ARB/13/30)) halihazırda AB hukukunun üstünlüğünün kabul edildiğini belirtmiştir. Wathelet, para. 134, dipnot 99.

⁸⁶ Wathelet, para. 133-134.

⁸⁷ Wathelet, para. 136.

şeklinde vasıflandırılmasının mümkün olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekecektir. Diğer bir deyişle, uyuşmazlık konusunun Antlaşmaların yorumlanmasıyla veya uygulanmasıyla ilgili olup olmadığının cevabı aranacaktır. Son olarak, bu iki sorudan birinin cevabı olumsuz ise İYA'nın amacı dikkate alınarak, bunun AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına, dolayısıyla AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar verecek bir etkiye sahip olup olmadığının yanıtlanması gerekecektir.⁸⁸

Hukuk Sözcüsü'ne göre, daha önce verilen kararlar ışığında uluslararası bir anlaşmanın AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına ve ABAD'ın denetimini güvence altına aldığı AB hukuk sisteminin özerkliğine etki etme imkânı bulunmamaktadır. Üye Devletler AB Antlaşmalarının yorumu veya uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkları Antlaşmalar'da öngörülenler dışında bir çözüm yoluna götürmemeyi taahhüt etmişlerdir. Bu hüküm özel olarak Üye Devletlerin ABA m. 4/3'ten doğan sadakat yükümlülüğünün bir yansıması olarak anlaşılmalıdır. Slovakya ve Komisyon'un iddia ettiği gibi açıkça Üye Devletler ifadesi geçmemesi nedeniyle bu hükmün geniş yorumlanarak Üye Devletler ve kişiler arasındaki uyuşmazlıklar bakımından da uygulanması doğru değildir. ABAD kararlarında da Üye Devletler arasındaki ve Üye Devletlerle AB arasındaki uyuşmazlıkların ABİHA m. 344 kapsamına girdiği görülmektedir. Ancak kişiler arasındaki uyuşmazlıklar bu kapsamda değildir.⁸⁹ Bu noktada Wathetlet kişilerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Üye Devletler aleyhine dava açmasını örnek olarak göstermektedir. AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) katılımını sağlayan taslak anlaşmanın AB Antlaşmalarıyla uyumlu olup olmadığına ilişkin 2/13 Sayılı Mahkeme Görüşünde bu husus incelenmiş ve sadece Üye Devletler arasında ve Üye Devletlerle AB arasındaki uyuşmazlıkların ABİHA m. 344 kapsamına girdiği belirlenmiştir.⁹⁰

Esas davaya konu olan kararı veren tahkim mahkemesi de Slovakya ve Komisyonun iddialarını incelemiş ve yatırımcılar ile İYA'ya taraf olan devletler

⁸⁸ Wathetlet, para. 137.

⁸⁹ Wathetlet, para. 138-148.

⁹⁰ Opinion 2/13 (Accession of the Union to the ECHR) of 18 December 2014 (EU:C:2014:2454), para. 201-214. Bu kısımda ayrıca AİHS'e katılmayla birlikte bunun AB hukukunun bir parçası olacağı, dolayısıyla Üye Devletler arasında veya Üye Devletler ile AB arasında AİHS'e riayet etme hususunda uyuşmazlık çıkması durumunda ABAD'ın AB hukuku söz konusu olduğundan münhasır yetkisinin bulunduğu ifade edilmiştir. Buradan yola çıkarak uluslararası anlaşmalara dayanarak kişilerin Üye Devletlere karşı açtıkları davaların ABİHA m. 344 kapsamına girmediği açıkça anlaşılmaktadır.

arasındaki uyuşmazlıkların ABİHA m. 344 kapsamına girmediğini ABAD'ın 30 Mayıs 2006 tarihli *MOX Plant* davası kararına⁹¹ dayanarak savunmuştur. Buna göre ABİHA m. 344 ve sadakat ilkesinden dolayı ABAD'ın iki Üye Devlet arasındaki uyuşmazlıklar hakkında münhasır yetkisi olduğunu, yani İYA m. 10 kapsamındaki uyuşmazlıklar hakkında bu kararın emsal niteliği taşıdığını, ancak iki devlet arasında olmayıp yatırımcı-devlet arasında olan uyuşmazlıklara ABİHA m. 344'ün ve sadakat ilkesinin uygulanamayacağını ifade etmiştir.⁹²

Komisyon'un yazılı görüşünde yatırımcılar ile Üye Devletler arasındaki uyuşmazlıklarda yatırımcının aslında kendi hakkını kullanmadığını ancak tabiiyetinde olduğu devlete İYA'nın verdiği bir hakkı kullandığı iddiasını, Hukuk Sözcüsü, Komisyon'un atıf yaptığı tahkim davalarıyla çelişmesi, genelgeçer bir kabule sahip olmaması, uluslararası anlaşmaların belirli koşullarla kişilere haklar vermesi ve İYA'ların da açıkça yatırımcılardan bahsederek doğrudan onlara haklar vermesine dayanarak eleştirmektedir.⁹³ Hukuk Sözcüsü bu argümanlarla İYA m. 8'deki gibi yatırımcı ile Üye Devlet arasındaki uyuşmazlıkların ABİHA m. 344 kapsamına girmediği sonucuna varmaktadır. Uyuşmazlık konusunun Antlaşmaların yorumlanmasıyla veya uygulanmasıyla ilgili olup olmadığı sorusunun cevaplanması, aslında ilk sorunun yanıtı nedeniyle gereksiz olmaktadır. Ancak Hukuk Sözcüsü Mahkeme'nin aynı kanaatte olmama ihtimaline binaen bu soruyu da incelemiştir.⁹⁴ Ona göre, Slovakya ve Komisyon'un örnek olarak gösterdiği 2/13 Sayılı Mahkeme Görüşü'nde ve Komisyon v. İrlanda kararında⁹⁵ kriter olarak belirlenen durumun aksine Avrupa Birliği İYA'nın tarafı olmaması nedeniyle İYA AB hukukunun bir parçası haline gelmemiştir. Dolayısıyla ABİHA m. 344'te güvence altına alınan ABAD'ın münhasır yetkisi etkilenmemektedir.⁹⁶

AB hukukunun, İYA m. 3/5, 8/6 veya tahkim yeri hukuku olan Alman hukuku veyahut diğer düzenlemelere dayanarak uygulanacak hukuk olması

⁹¹ Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland, ECLI:EU:C:2006:345, 30 May 2006 (MOX Plant).

⁹² Eureka B.V. v. The Slovak Republic, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, PCA Case No. 2008-13, 26 October 2010, para. 276.

⁹³ Wathelet, para. 154-159.

⁹⁴ Wathelet, para. 159-228.

⁹⁵ Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland, ECLI:EU:C:2006:345, 30 May 2006.

⁹⁶ Wathelet, para. 165-168.

durumunda ise bu durum yatırımcı ile devlet arasında olan uyuşmazlığın AB Antlaşmalarının yorumu veya uygulanmasıyla ilgili olması sonucunu doğurmamaktadır. Çünkü tahkim mahkemesinin yargılama yetkisi İYA'nın ihlali ile sınırlandırılmıştır ve AB hukukunun ihlali iddiaları hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Tahkim mahkemesi Üye Devletin AB hukukunca var olan yükümlülüklerini ihlal edip etmediği hususunda karar vermemektedir, devletin eylem ve işlemlerinin İYA'yı ihlal edip etmediğini ilgili unsurlardan biri olarak AB hukukunu da dikkate alarak İYA kapsamında değerlendirmektedir.⁹⁷ Taraflar da tahkim mahkemesinin uyuşmazlığın esasına ilişkin kararını veya gerekçesini etkileyebilecek AB hukuku hükümlerine dayanmamıştır.⁹⁸ Ayrıca İYA'nın kapsamı ve gösterdiği hukuk kuralları AB Antlaşmalarıyla aynı değildir. Hukuk Sözcüsü'ne göre, İYA'nın kapsamı AB Antlaşmalarından daha geniştir⁹⁹, İYA'de yer alan hukuk kurallarından bazılarının AB hukukunda dengi yoktur¹⁰⁰ ve bazı kuralları¹⁰¹ kısmen AB hukuku ile aynı konuda olsa da bunlar AB Antlaşmalarıyla uyumludur.¹⁰² Dolayısıyla, İYA kapsamına giren söz konusu uyuşmazlık, AB Antlaşmalarının

⁹⁷ Wathelet, para. 175.

⁹⁸ Wathelet, para. 178.

⁹⁹ Wathelet, AB hukukunu ihlal etmeyen bu nedenle yatırımcının kayıplarının tazmini için dava açmadığı ancak ikili yatırım anlaşmaları kapsamında bunu gerçekleştirebildiği sermaye kontrolü tedbirlerine karşı açılan Theodoros Adamakopoulos and others v. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (ICSID Case No ARB/15/49), dolaylı kamulaştırma ve keyfi ve ayrımcı tedbirlere karşı açılan Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others v. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (ICSID Case No ARB/13/27) gibi davaları örnek göstermiştir. Şirketlerde azınlık haklarının korunmasında ve doğrudan vergilendirme konusunda da İYA'nın daha fazla koruma sağladığını ifade etmiştir.

¹⁰⁰ Örneğin, en çok gözetilen millet kaydı, şemsiye hükmü, gün batımı hükmü, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizması olarak milletlerarası tahkime gitme imkânı tanıyan hüküm gibi.

¹⁰¹ Hukuk Sözcüsü'ne göre, İYA'da yatırımcıya tam koruma ve güvenliğin sağlanması, adil ve hakkaniyete uygun muamelede bulunulması, yatırımcının haksız kamulaştırmaya karşı korunmasına ilişkin hükümler AB hukukuna aykırı olmadan, kapsam olarak AB Antlaşmalarında yer alan hükümlerden daha geniştir. Örneğin, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m.17'de (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) yer alan mülkiyet hakkının korunmasına dair hükümde mülkiyetin kamulaştırılması durumunda zararı için makul sürede, adil (*fair*) bir tazminatın ödeneceği belirtilmekteyken, İYA m.5/c'de ödenecek tazminatın yatırımın gerçek değerinde, davacı tarafından kabul edilen konvertibl para birimi üzerinden, davacının belirlediği ülkeye gecikmeksizin çıkarılabilecek şekilde ödeneceği ifade edilmektedir. Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012.

¹⁰² Wathelet, para. 181-228.

yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin bir uyumsuzluk değildir.¹⁰³

Hukuk Sözcüsü bu iki soruyu da tahlil ettikten sonra İYA'nın amacını dikkate alarak, bunun AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına, dolayısıyla AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar verecek bir etkiye sahip olup olmadığı hususunu ele almıştır. Wathelet, ABA m. 4/3 uyarınca Üye Devletlerin kendi ülkelerinde AB hukukunun uygulanmasını ve bu hukuka riayet edilmesini sağlamakla yükümlü olduklarını, AB hukukunun yorumunun yeknesak ve uyumlu olarak yapılması amacıyla AB Antlaşmalarıyla oluşturulan yargı sisteminde AB hukukunun Üye Devletlerde tam olarak uygulanmasının ve kişilerin AB hukukundan kaynaklanan haklarının yargısal olarak korunmasının milli mahkemelere ve ABAD'a bırakıldığını belirtmiştir.¹⁰⁴ Bu anlamda yatırımcıların İYA kapsamında milletlerarası tahkime gitmesinin, ABAD'ın tahkim mahkemelerinin ABİHA m. 267 anlamında Üye Devletlerin mahkemeleri veya yargılama yetkisi olan makamları olmadığına karar vermesi durumunda bile, AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına ve AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar vermediğini düşünmektedir. Çünkü İYA m. 8'e göre tahkim mahkemeleri tarafından verilen kararlar milli mahkemelerin incelemesinden geçecektir. Bu inceleme ya tahkim yeri mahkemelerinde hakem kararına karşı açılacak iptal davası veya hakem kararının tanınması veya tenfizinin istendiği ülke mahkemelerinde tanıma ve tenfiz talebine itiraz¹⁰⁵ olarak karşımıza çıkabilecektir.¹⁰⁶ Tahkimde AB hukukuna ilişkin bir meselenin ortaya çıkması durumunda, bu milli mahkemelerin veya yargılama yetkisi olan makamların önüne geldiğinde bunun hakem kararını incelerken uygulamaları gereken AB hukuku hükümlerinin geçerliliğinin değerlendirilmesi veya yorumun alınması için ABİHA m. 267 kapsamında ABAD'a gönderilmesine gerek olup olmadığına karar vermeleri gerekmektedir.¹⁰⁷ Görüldüğü üzere, ister iptal

¹⁰³ Wathelet, para. 228.

¹⁰⁴ Wathelet, para. 229-234.

¹⁰⁵ Bütün AB üyesi devletler Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonuna taraftır. Konvansiyon uyarınca milli mahkemeler hakem kararlarının tanınması ve tenfizini 5. maddede yer alan hususların bulunması, örneğin tanıma ve tenfizin o devletin kamu düzenine dolayısıyla AB kamu düzenine aykırı olması, durumunda reddedebilir.

¹⁰⁶ Wathelet, para. 237-239.

¹⁰⁷ Wathelet, para. 240-241. Bu yönde kararlar için bkz. 23 Mart 1982 tarihli Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) kararı para. 14, 15; Judgment of the Court, Case C-393/92, Gemeente (Municipality of) Almelo and others v. Energiebedrijf Ijsselmij NV, ECLI:EU:C:1994:171, 27

davası, ister tanıma ve tenfiz talebine itiraz yoluyla olsun, Üye Devletlerin mahkemelerinin veya yargılama yetkisi olan makamlarının AB hukukunun yeknesak yorumlanmasını sağlaması mümkündür. Achmea davasında tahkim yeri Frankfurt, Almanya'dır ve tahkim mahkemesinin verdiği karara karşı Alman Hukuk Usulü Kanunu'na göre Alman mahkemelerinde iptal davası açılması imkânı bulunmaktadır, ki dava bu kapsamda ABAD'ın önüne gelmiştir.¹⁰⁸ Diğer ihtimalleri gözettiğimizde de, örneğin, hakem kararının tanıma ve tenfizi talebiyle bir Üye Devlette başvurulmuş olması durumunda, bu devletin mahkemeleri kararın tanıma ve tenfizine karar vermeden önce AB hukuku ile uyumlu olduğunu garanti etmekten sorumlu olacaktır.¹⁰⁹ Komisyonun risk olarak gördüğü başka bir ihtimal ise tahkim yerinin üçüncü bir ülke olması veya hakem kararının tanıma ve tenfizi talebinin üçüncü ülkede yapılması durumudur ki bu durumda hakem kararının AB hukukuna uyumlu olup olmadığı incelenemeyecektir.¹¹⁰ Komisyon bu noktada AB-içi İYA'larda milletlerarası tahkim için ICSID'in seçilmesi durumunda hakem kararının taraflar için bağlayıcı olacağını ve ICSID Konvansiyonu'nda yer alan imkânlar dışında temyiz veya başka bir imkâna başvurulmasının mümkün olmadığını ve Üye Devlet mahkemelerinin ICSID hakem kararlarının AB hukukuna uyumunu inceleyebileceği herhangi bir hukuki yöntem bulunmadığını ifade etmiştir. Hukuk Sözcüsü, Komisyon'un bu endişelere sahip olmasına rağmen AB-Singapur Serbest Ticaret Anlaşması - Yatırım Koruma Anlaşması Bölüm 3 m. 9.16'da ICSID'in tahkim kurumu olarak seçilmesine anlam verememiştir.¹¹¹ Söz konusu Achmea v. Slovakya davasında ise böyle bir durum söz konusu değildir. Taraflarca kayıt mercii olarak Lahey'de bulunan Daimî Tahkim Mahkemesi, tahkim yeri olarak Frankfurt seçilmiştir ve üçüncü bir ülkede tanıma ve tenfiz talebi bulunmamaktadır. Bir Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı önünde görülen hakem kararının iptali davası söz konusudur.¹¹² Hakem kararının esasının AB hukukuna aykırılığı da mesele olarak ileri sürülmemektedir. Başvurucu mahkemede Slovakya tarafından İYA kapsamında oluşturulan uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB

April 1994 (Almelo), Almelo kararı para. 22, 23; Judgment of the Court, Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, ECLI:EU:C:1999:269, 1 June 1999 (Eco Swiss), Eco Swiss kararı para. 32, 33.

¹⁰⁸ Wathelet, para. 244-247.

¹⁰⁹ Wathelet, para. 249.

¹¹⁰ Wathelet, para. 251.

¹¹¹ Wathelet, para. 252.

¹¹² Wathelet, para. 253.

Antlaşmalarına aykırı olduğu iddia edilmektedir. Hukuk Sözcüsü'ne göre, bir hakem kararının AB Antlaşmalarına aykırı olması durumunda bunu herhangi bir Üye Devletin iptal davası veya tanıma ve tenfiz talebine itiraz ile ileri sürmemesi durumunda dahi ABİHA m. 258 ve m. 260 uyarınca, bunu göz ardı eden Üye Devlete karşı Komisyon'un dava açma imkânı bulunmaktadır.¹¹³ Komisyon ve bazı Üye Devletlerin, verilecek hakem kararlarının AB hukukuna aykırı olabileceğine dayandıkları görüşleri milletlerarası yatırım tahkiminin yanında milletlerarası ticari tahkimde de bulunan bir risktir. Ancak ABAD kararlarında¹¹⁴ kişiler arasında AB rekabet hukuku meselelerinin görüldüğü tahkim davalarında verilen kararların geçersiz olduğu iddia edilmemiştir.¹¹⁵ Kişiler arasındaki milletlerarası tahkim AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına ve AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar vermiyorsa yatırımcılar ve devletler arasındaki milletlerarası tahkimde de bu söz konusu olmayacaktır. Wathelet'e göre, devletlerin taraf olduğu tahkimler genellikle kamuya açık olduğundan daha şeffaf bir şekilde yürütüldüğü için AB Antlaşmalarının ihlal edilip edilmediği daha kolay tespit edilebilecek ve ABİHA'dan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda dava açılabilir.¹¹⁶ Diğer bir iddia ise tahkim yargılamasının Üye Devletler arasındaki karşılıklı güven ilkesini ihlal ettiğidir. Hukuk Sözcüsü tahkime ancak Üye Devletlerin onayı ile gidilebileceğini ve Achmea şirketinin de Üye Devletler tarafından sunulan seçeneklerden biri olan tahkimi seçtiğini belirtmektedir. Bu durum duruşmalar esnasında Hollanda Hükümetinin ifade ettiği şekliyle yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm metodu olarak milletlerarası tahkime gidilmesinin, Hollanda veya Slovakya'nın diğer tarafın AB hukukuna veya kabul ettikleri temel haklara uyup uymayacağı konusunda tereddüdünün bulunduğunu hiçbir şekilde ima etmemektedir.¹¹⁷ İkili yatırım anlaşmalarında yer alan bu mekanizma, milli mahkemelerde yatırımcıların uluslararası anlaşmalardaki hükümlere dayanarak iddialarını ileri sürmelerinin garantisi olmadığı için,

¹¹³ Wathelet, para. 254-255.

¹¹⁴ Bu yönde bkz. Eco Swiss kararı (C-126/97, EU:C:1999:269); Genentech kararı, Judgment of the Court (First Chamber), Case C-567/14, Genentech Inc. v. Hoechst GmbH and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, ECLI:EU:C:2016:526, 7 July 2016 (Genentech). Eco Swiss kararının AB-içi yatırım anlaşmalarına dayanan tahkimler üzerindeki etkisi için bkz. Kazım Sedat Sirmen, "The Concept of Public Policy in the Eco Swiss Decision of the Court of Justice of the European Union and Its Impact on the Intra-EU Investment Treaty Arbitrations", 2021, 12(2), Inonu University Law Review, s. 438-449.

¹¹⁵ Wathelet, para. 257-259.

¹¹⁶ Wathelet, para. 259.

¹¹⁷ Wathelet, para. 261-263.

yatırımcılara devlete karşı İYA tarafından sağlanan haklarına dayanarak dava açmaları için bir mahkeme (forum) sağlamaktadır. Wathelet'e göre bu imkân, Üye Devletler arasında bir güvensizlikten kaynaklı değil, yatırımcının akdedilen ikili yatırım anlaşmasından doğan haklarını ileri sürebileceği ve anlaşmanın tam etkinliğinin sağlanacağı tek yolun bu konuda ihtisaslaşmış bir mahkeme oluşturulmasıyla mümkün olmasından kaynaklanmaktadır.¹¹⁸

Hukuk Sözcüsü, görüşünde ifade ettiği bütün bu argümanlarla İYA m. 8'in ABİHA m. 344 ile uyumlu olduğu ve AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına ve AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar vermediği görüşündedir.¹¹⁹ ABAD'ın ABİHA m. 18, m. 267 ve m. 344'ün bir Üye Devletin Avrupa Birliği'ne katılmasından önce imzalanan ikili yatırım anlaşmasına dayanarak oluşturulan ve bir Üye Devlet yatırımcısının diğer Üye Devletteki yatırımına ilişkin uyuşmazlık çıkması durumunda bu Devlete karşı davasını tahkim mahkemesinde açmasına imkân veren yatırımcı-Devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasının uygulanmasını engellemeyeceği şeklinde yorumlanması gerektiğine karar vermesini önermektedir.¹²⁰

VI. Slovakya Cumhuriyeti v. Achmea BV, ABAD Kararı

ABAD'a Almanya Federal Adalet Mahkemesi tarafından ön karar verilmesi için gönderilen davada Slovakya Cumhuriyeti, İYA'nın 8. maddesindeki tahkim şartının, ABİHA'nın 18, 267 ve 344. maddeleriyle uygunluğuna ilişkin tereddütlerini dile getirmiştir. Başvurucu mahkeme bu tereddütlere katılmamasına rağmen, Mahkeme'nin daha önce bu meseleler hakkında kararı bulunmamasını ve bu meselelerin Üye Devletler arasında yürürlükte bulunan çok sayıda anlaşmanın benzer tahkim şartlarını içermesi nedeniyle ciddi önem arz etmesini dikkate alarak, görmekte olduğu davada karar vermesi için ABAD'a bu başvuruyu yapma gereği hissetmiştir.¹²¹

Almanya Federal Adalet Mahkemesi yargılamaya ara verilmesine ve aşağıdaki soruların ön karar için ABAD'a gönderilmesine karar vermiştir:

(1) ABİHA m. 344, AB Üye Devletleri arasında yapılan (AB-içi İYA olarak adlandırılmaktadır) yatırımların korunmasına ilişkin ikili anlaşmalarda yer alan, bir Âkit Devletin vatandaşının diğer Âkit Devletteki yatırımlarına

¹¹⁸ Wathelet, para. 264-266.

¹¹⁹ Wathelet, para. 272.

¹²⁰ Wathelet, para. 273.

¹²¹ ABAD Achmea Kararı, para. 14.

ilişkin uyuşmazlık çıkması durumunda, diğer Âkit Devlete karşı davasını tahkim mahkemesinde ileri sürebilmesine imkân tanıyan hükmün, yatırımların korunması anlaşmasının Âkit Devletlerden birinin AB'ye girmesinden önce akdedilmesi ancak uyuşmazlığın tahkime AB'ye girdikten sonra götürülmesi durumunda uygulanmasını engellemekte midir?

Eğer birinci soru olumsuz olarak cevaplanacaksa:

(2) ABİHA m. 267 böyle bir hükmün uygulanmasını engellemekte midir?

Eğer birinci ve ikinci soru olumsuz olarak cevaplanacaksa:

(3) ABİHA m. 18'in birinci fıkrası 1. soruda tarif edilen durumda böyle bir hükmün uygulanmasını engellemekte midir?¹²²

Hukuk Sözcüsü bu konuda yukarıda incelediğimiz görüşünü 19 Eylül 2017 tarihinde sunmuştur. Çek, Macar ve Leh Hükümetleri bu görüşe katılmadıklarını beyan etmişlerdir.¹²³

ABAD başvuru mahkemenin ilk iki sorusunu birlikte cevaplamıştır. ABAD, Üye Devletlerin paylaştığı ortak değerleri ve aralarında dürüst işbirliği ilkesine uymaları gerektiğini ve AB hukukunun özerkliği ve niteliklerinin korunmasının, AB hukukunun insicamını ve yeknesak biçimde yorumlanmasının sağlanmasının milli mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamların ve Adalet Divanı'nın görevi olduğunu belirtmiştir.¹²⁴ Bunun gerçekleştirilmesi için, oluşturulan yargı sisteminde ABİHA 267. maddesinde düzenlenen, mahkemeler -özellikle Adalet Divanı ve Üye Devletlerin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamları- arasında diyalogu sağlayan ön karar prosedürü sistemin temel taşı olarak yer aldığını ifade etmiştir. Ayrıca söz konusu yargı sisteminin, AB hukukunun yeknesak yorumlanmasını güvenceye alma amacına sahip olduğu, böylece AB hukukunun tutarlılığına, tam etkinliğine, özerkliğine ve sonuç olarak Antlaşmalarla oluşturulan bu hukukun hususi mahiyetinin sağlanmasına hizmet ettiğini beyan etmiştir.¹²⁵

ABAD, öncelikle Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 8'de belirtilen tahkim mahkemesinin, AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili olan uyuşmazlıkların çözümüne bakma konusunda yetkili olup olmadığı hususuna

¹²² ABAD Achmea Kararı, para. 23.

¹²³ ABAD Achmea Kararı, para. 24-25.

¹²⁴ ABAD Achmea Kararı, para. 32-36.

¹²⁵ ABAD Achmea Kararı, para. 37.

bakmıştır. İYA m. 8'de belirtilen tahkim mahkemesine AB hukukunu, özellikle iş kurma serbestisi ve sermayenin serbest dolaşımı dahil, temel özgürlüklere ilişkin hükümleri yorumlaması ve pek tabii uygulaması için başvurulabileceği görüşündedir.¹²⁶ İkinci olarak, İYA m. 8'deki gibi bir tahkim mahkemesinin (*arbitral tribunal*) AB yargı sistemi içinde yer alıp almadığı ve özellikle ABİHA m. 267 anlamında bir Üye Devletin mahkemesi veya yargılama yetkisi olan bir makamı¹²⁷ olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini irdelemiştir. Mahkeme, AB yargı sistemi içerisinde yer alan Üye Devletler tarafından yargılama yetkisi olan bir mahkemenin kurulmasının sonucunun, bu makamın verdiği kararların AB kurallarının tam etkinliğini sağlayama yetkisi olan mekanizmaların denetimine tabi olması olduğunu ifade etmiştir. Hukuk Sözcüsü'nün de dayanak olarak gösterdiği Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta davasında Mahkeme'nin, davada inceleme konusu olan makamın (mahkemenin) "Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı" statüsünü söz konusu mahkemenin Portekiz Anayasası tarafından vergi uyuşmazlıklarının çözümünde yargı sisteminin bir parçası olması durumundan hareket ederek belirlediği¹²⁸, İYA m. 8'de ifade edilen tahkim mahkemesinin ne Hollanda'nın ne de Slovakya'nın yargı sisteminin bir parçası olduğu, yetkisinin bu Üye Devletlerin mahkemeleri yanında istisnai mahiyette olduğu, tahkim mahkemesinin bu karakteristiğinin onun ABİHA m. 267 anlamında bir Üye Devletin mahkemesi veya yargılama yetkisi olan makamı olarak değerlendirilmesine engel olduğu kararına varmıştır.¹²⁹ ABAD önceki kararlarında üç Benelüks Devletince ortak olarak

¹²⁶ ABAD Achmea Kararı, para. 39-42.

¹²⁷ ABİHA m. 267'de geçen "*courts or tribunals*" tabiri Avrupa Birliği Başkanlığı'nın Türkçe çevirilerinde sadece mahkeme olarak geçmektedir. Farklı hukuk düzenlerini içerisinde barındıran AB, farklı düzenlemeleri dikkate alarak "*tribunal*" yani yargılama yetkisini Üye Devletlerin yasalarından alan makamlar, kurullar, mahkemelerin de bu madde de ifade edilen yetkileri kullanabileceğini düzenlemiştir. Hangi özelliklere sahip makamların, kurumların, mahkemelerin bu kapsama girdiği Mahkeme'nin kararlarında incelenmiştir. Bu kararlara göre ABİHA m. 267'de yer alan "Üye Devletin mahkeme veya yargılama yetkisi olan makamı" (*any court or tribunal of a Member State*) ifadesi kapsamında bir yargı makamı addedilmesi için o makamın, kanun ile oluşturulup oluşturulmadığına, daimî olup olmadığına, yetkisinin zorunlu olup olmadığına, usulünün *inter partes* olup olmadığına, hukuk kurallarını uygulayıp uygulamadığına, bağımsız olup olmadığına bakılmaktadır. Ayrıca bir davanın önünde görülüyor olması ve yaptığı yargılama üzerine yargısal mahiyette bir karar doğuracak şekilde hüküm vermesi için başvurulmuş olması gerekmektedir.

¹²⁸ Judgment of the Court (Second Chamber), Case C-377/13, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributaria e Aduaneira, ECLI:EU:C:2014:1754, 12 June 2014, para. 25, 26.

¹²⁹ ABAD Achmea Kararı, para. 43-46.

kurulan Benelüks Adalet Divanı gibi ortak mahkemelerin, herhangi bir Üye Devletin mahkemesi veya yargılama yetkisi olan makamı gibi Mahkeme'ye ön karar için başvurmasını engelleyen iyi bir sebep bulunmadığını ifade etmiştir.¹³⁰ Ancak Mahkeme, Benelüks Mahkemesi'nin amacının üç Benelüks Devletinde ortak olan hukuk kurallarının yeknesak olarak uygulanmasını sağlamak ve ortak Benelüks hukuk kurallarının nihai yorumuna kılavuzluk eden milli mahkemelerde görülen yargılamaların bir aşaması olduğunu, söz konusu tahkim mahkemesinin ise Benelüks Adalet Divanı'nın aksine, birden fazla Üye Devlet tarafından kurulan bir ortak mahkeme olmadığını ve tahkim mahkemesi ile Üye Devletlerin yargı sistemleri arasında böyle bir ilişki bulunmadığını belirtmiştir.¹³¹ Bu nedenlerle Mahkeme, tahkim mahkemesinin ABİHA m. 267 anlamında bir Üye Devletin mahkemesi veya yargılama yetkisi olan makamı olarak değerlendirilemeyeceği ve bu sebeple Mahkeme'ye ön karar için başvurma yetkisine sahip olmadığı kararına varmıştır.¹³²

Kanaatimizce Mahkeme yukarıda yer verilen tespitlerini yanlış bir yoruma dayandırmıştır. Zira söz konusu İYA kapsamında Hukuk Sözcüsü'nün de ileri sürdüğü gibi iki devletin anlaşmasıyla bir ortak mahkemenin kurulması söz konusudur. Öncelikle, Âkit Devletler uyumsuzlukların dostane yolla çözülememesi durumunda yatırımcıların tahkim mahkemesine başvurmasına rızalarını beyan etmişlerdir. Hukuk Sözcüsü bu tahkim mahkemesinin daimîliği konusunu yukarıda incelediğimiz şekilde tartışmıştır ve bu konudaki görüşü Âkit Devletlerin iradeleri nazara alındığında ABAD'ın kanaatine kıyasla daha mantıklıdır. İkinci olarak, bu mahkemenin nasıl teşekkül edeceği, usulünün ne olacağı, hangi kuralları uygulayacağı açıkça düzenlenmiş ve bu tahkim mahkemesince verilecek kararların nihai ve tarafları bağlayıcı olduğu akdedilmiştir.

ABAD üçüncü olarak, İYA m. 8'deki gibi bir tahkim mahkemesinden verilen hakem kararının, Avrupa Birliği Antlaşması m. 19 uyarınca, tahkim mahkemesinin çözmesi gereken AB hukuku meseleleri hakkında ön karar için Mahkeme'ye başvurmasını teminat altına alacak şekilde, bir Üye Devlet mahkemesinin incelemesine tabi olup olmadığını incelemiştir. Tahkim mahkemesi İYA m. 8/5'e göre, UNCITRAL tahkim kurallarını uygulayarak

¹³⁰ Parfums Christian Dior kararı, C-337/95, EU:C:1997:517, para. 21; Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-196/09, Paul Miles and Others v. Écoles Européennes (European Schools), ECLI:EU:C:2011:388, 14 June 2011, para. 40.

¹³¹ ABAD Achmea Kararı, para. 47-48.

¹³² ABAD Achmea Kararı, para. 49.

kendi usul kurallarını belirleyecek ve tahkim yerini dolayısıyla önüne gelen uyuşmazlık hakkında verdiği kararın geçerliliğini denetleyecek yargısal denetim usulüne uygulanacak hukuku da kendisi seçmektedir.¹³³ Tahkim mahkemesi Achmea'nın talebiyle tahkim yeri olarak Frankfurt'u belirlemiştir. Böylece bu hukuk Alman hukuku olmuştur. Yargısal denetim milli hukukunun izin verdiği ölçüde yapılabileceğinden Alman Hukuk Usulü Kanunu Paragraf 1059/2'ye göre tahkim anlaşmasının uygulanacak hukuka göre geçerliliği ve hakem kararının tanıma ve tenfizinin kamu düzenine aykırı olup olmadığıyla sınırlı bir denetim mümkündür.¹³⁴ ABAD'ın ticari tahkime ilişkin önceki kararlarında, hakem kararlarının Üye Devlet mahkemelerince denetiminde AB hukukunun temel hükümlerinin incelenebilmesi için gerekirse Mahkeme'ye ön karar başvurusu yapılabileceğine hükmedilmiştir.¹³⁵ Ancak ABAD, İYA m. 8'deki gibi tahkim yargılamalarını ticari tahkim yargılamalarından farklı olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre ticari tahkim yargılamaları tarafların özgür iradelerine dayanırken, İYA m. 8'deki gibi tahkim yargılamaları Üye Devletlerin kendi mahkemelerinin yetkisini kaldırdıkları bir anlaşmadan kaynaklanmaktadır.¹³⁶

Kanaatimizce burada Mahkeme'nin gözden kaçırdığı husus İYA m. 8'deki uyuşmazlığın tahkim mahkemesine götürülmesinin de tarafların özgür iradelerine dayanmakta olduğudur. Âkit Devletler buna önceden rıza göstermiştir, yatırımcılar da uyuşmazlıklarını milletlerarası tahkime götürerek bu konudaki özgür iradelerini ortaya koymuşlardır. Mahkeme'ye göre bu uyuşmazlıklarda AB hukukunun uygulanmasını veya yorumlanmasını ilgilendirebilecek durumlar ortaya çıktığında hakem kararlarının Üye Devlet mahkemelerince denetimi sırasında AB hukukunun temel hükümlerinin incelenebilmesi için Mahkeme'ye ön karar başvurusu yapılamayacaktır.¹³⁷ ABAD, ifade ettiği görüşleri dolayısıyla İYA m. 8'de öngörülen tahkim mahkemesinin karakteristiğini de dikkate alarak, bu mahkemeler önüne gelen uyuşmazlıklarda AB hukukunun yorumlanması veya uygulanması

¹³³ ABAD Achmea Kararı, para. 51.

¹³⁴ ABAD Achmea Kararı, para. 52-54.

¹³⁵ Judgment of the Court, Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, ECLI:EU:C:1999:269, 1 June 1999, para. 35, 36, 40. Judgment of the Court (First Chamber), Case C-168/05, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL, ECLI:EU:C:2006:675, 26 October 2006, para. 34-39.

¹³⁶ ABAD Achmea Kararı, para. 55.

¹³⁷ ABAD Achmea Kararı, para. 55.

durumunda AB hukukunun tam etkinliğini sağlayacak şekilde çözümlenmesini engelleyebilecek durumların çıkması ihtimali olduğunu belirtmiştir.¹³⁸ Mahkeme, İYA m. 8’de öngörülen tahkim mahkemesinin yetki alanına giren uyuşmazlıkların hem İYA’nın hem de AB hukukunun yorumlanmasıyla ilgili olabileceğini ve bu uyuşmazlıkların AB yargı sistemi içinde olmayan bir mahkemeye götürülmesi imkânının Avrupa Birliği tarafından akdedilen bir anlaşma ile değil de Üye Devletler tarafından akdedilen bir anlaşma ile sağlanmasını, hem Üye Devletler arasındaki ortak güven ilkesine hem de Antlaşmalarla oluşturulan hukukun ABİHA m. 267’de öngörülen ön karar prosedürüyle teminat altına alınan hususi mahiyetinin korunmasına zarar verebileceğini dile getirerek, İYA m. 8’in Üye Devletler arasında dürüst iş birliği ilkesine aykırı olduğuna ve AB hukukunun özerkliğine olumsuz etki edeceğine karar vermiştir.¹³⁹

Bu noktada İYA m. 8’e göre kurulmuş olan bir tahkim mahkemesinin verdiği kararın ön karar prosedürü yoluyla Mahkeme’nin önüne geldiği unutulmamalıdır. Bizce Mahkeme burada fazla endişeli davranarak faturayı Üye Devletler arasında akdedilen İYA’lar kapsamında oluşturulan bütün tahkim mahkemelerine kesmiştir. Aslında Mahkeme yorumunu yaparken AB hukukunun özerkliğine ve yeknesak biçimde uygulanmasına zarar vererek ön karar prosedürüne imkân tanımayan tahkim mahkemesi kararlarının AB kamu düzenine aykırı olduğu yönünde bir karar vererek, buna imkân verenleri AB Antlaşmalarına uygun addetseydi vermiş olduğu kararın doğurabileceği pek çok olumsuz sonucun önüne geçmiş olacaktı. AB-içi İYA’lar yürürlükten kaldırılmış olsa dahi bu İYA’larda yer alan gün batımı hükümleri (sunset clause) çerçevesinde, örneğin Hollanda-Çekoslovakya İYA¹⁴⁰ m. 8 kapsamında oluşturulacak bir tahkim mahkemesinin tahkim yeri olarak AB Üye Devletleri dışında bir ülkede olması ve verilecek kararın da AB Üye Devletleri dışında bir ülkede tanıma ve tenfizinin talep edilmesi durumunda ABAD’ın çekindiği bu durum meydana gelebilecekti. Bu nedenle AB Üye Devletleri Arasındaki İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi Anlaşması’nda gün batımı hükümlerinin kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler m. 2/2, 3 ve 4/2’de yer almaktadır.¹⁴¹

¹³⁸ ABAD Achmea Kararı, para. 56.

¹³⁹ ABAD Achmea Kararı, para. 57-59.

¹⁴⁰ Hollanda-Çekoslovakya İYA m. 13/3 kapsamında İYA’nın sona ermesinden önce yapılan yatırımlar için İYA’nın sona ermesinden itibaren 15 yıl boyunca hükümlerinin geçerli olmasına devam edeceği düzenlenmektedir.

¹⁴¹ AB Üye Devletleri Arasındaki İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi Anlaşması akdedilmeden

Ancak Fesih Anlaşması'nı imzalamayan dört AB Üye Devletin mevcut olduğu ve Fesih Anlaşması'nın henüz bütün taraf devletlerde yürürlüğe girmediği unutulmamalıdır. Ayrıca bu noktada, feshedilen anlaşmalara taraf olan devletlerin ortak rızası olsa dahi anlaşmalarda yatırımcılara verilen güvencelere haklı beklenti ile itimat ederek uzun dönemli yatırım yapan yatırımcıların haklarının korunması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Bunun sebebi, İYA'lar devletler arasında yapılmasına rağmen anlaşmaların akdedilmesiyle birlikte anlaşmalarda sağlanan hak ve güvencelerin artık devletlere değil âkit devletlere tabii olan yatırımcılara ait olmasıdır. Âkit devletlerin anlaşarak anlaşmayı sona erdirmeleri durumunda dahi yatırımcılar bu anlaşmalarla kazandıkları hak ve güvenceleri gün batımı hükmü süresi boyunca ileri sürmeye devam edebilecektir. Gün batımı hükümlerinin esas amacı yatırımcıların haklarını yatırımların korunması ve teşviki anlaşmaları sona erdirilse bile belirli bir süre daha devam ettirerek korumaktır.¹⁴²

ABAD yaptığı bu değerlendirmeler sonucunda, ABİHA m. 267 ve 344'ün Üye Devletler arasında akdedilen uluslararası bir anlaşmada yer alan ve Üye Devletlerden birinin tabiiyetinde bulunan bir yatırımcının diğer Üye Devletteki yatırımına ilişkin uyuşmazlık çıkması durumunda, yatırımın bulunduğu Üye Devlete karşı, o Üye Devletin yetkisini kabul etme taahhüdünde bulunmuş olduğu bir tahkim mahkemesine dava açabilmesini sağlayan Hollanda Krallığı ile Çek ve Slovak Federatif Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması m. 8 gibi bir hükmü engeller nitelikte olduğu şeklinde yorumlanması gerektiği kararına varmıştır.¹⁴³

önce, Almanya, Avusturya, Finlandiya, Fransa ve Hollanda'nın AB-içi yatırım anlaşmaları konusunda yayımladıkları resmi olmayan bilgi yazısında (*non-paper*) bu ülkelerin delegasyonlarının bu anlaşmalardaki ve daha önce sona erdirilmiş ancak gün batımı hükümleri devam eden AB-içi yatırım anlaşmalarındaki gün batımı hükümlerinin uygulanamayacak şekilde bütün hükümlerinin kaldırılmasına hazırlıklarını yapması gerektiği belirtilmiştir. Council of the European Union Trade Policy Committee (Services and Investment), Intra-EU Investment Treaties Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands, 7 April 2016.

¹⁴² Guled Yusuf, Godwin Tan, Case Comment United Utilities (Tallinn) BV v Estonia, "ICSID Arbitration after Achmea: the Beginning of the End or the End of the Beginning?", 2020, 35(1-2), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, s. 13; Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary, ICSID Case No. ARB/17/27, Award, para. 223-224. EŞA'da yer alan gün batımı hükümleri için bkz. Peter Cameron, International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability, Oxford University Press, New York, 2010, s. 162-164.

¹⁴³ ABAD Achmea Kararı, para 60.

SONUÇ

AB'nin politikalarında son yıllarda meydana gelen değişiminin yatırım hukukuna ve dolayısıyla yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümüne yansımaları ABAD'ın güncel kararlarında açıkça görmektediriz. Yaşanan bu değişimin en güzel özetini, Achmea davasındaki ön karar başvurusu için hazırladığı görüşünde Hukuk Sözcüsü Wathelet, Avrupa Komisyonu'nun ve AB kurumlarının yıllar boyunca İYA'ları Orta ve Doğu Avrupalı aday ülkelerin AB ile katılım müzakerelerinde neden katılıma hazırlık için imzalamaları gerekli görülen unsurlar arasında saydığını ve bu İYA'ların sadece katılım sürecinde geçerli olması düşüncesine sahip idiyeler neden katılım anlaşmalarının bu İYA'ların sona ermesine ilişkin hüküm içermediği ve neden bu anlaşmaların bazılarının 30 yıldan fazla süredir devam etmekte olduğunu sorarak, AB politikalarının tam aksi yöne nasıl evrildiğini gözler önüne sermektedir.

Wathelet ayrıca, Avrupa Komisyonu'nun ve AB kurumlarının mevcut pozisyonlarını savunurken zor durumda kaldıklarını da müşahade etmektedir. Komisyon'un yazılı görüşünde yatırımcılar ile Üye Devletler arasındaki uyuşmazlıklarda yatırımcının aslında kendi hakkını kullanmadığını ancak tabiiyetinde olduğu devlete İYA'nın verdiği bir hakkı kullandığını iddia etmesini, Hukuk Sözcüsü, Komisyon'un atıf yaptığı tahkim davalarıyla çelişmesi, genelgeçer bir kabule sahip olmaması, uluslararası anlaşmaların belirli koşullarla kişilere haklar vermesi ve İYA'ların da açıkça yatırımcılardan bahsederek doğrudan onlara haklar vermesine dayanarak eleştirmektedir.¹⁴⁴ Hukuk Sözcüsü Komisyon'un argümanlarının geçersizliğini ve çelişkilerini yatırım hukukuna dair temel kitaplara atıf yaparak yüzlerine vurmaktadır.¹⁴⁵ Burada gerçekten de Komisyon'un Brüksel'in politikalarının değişimini gerekçelendirirken akla kararı seçtiğini görülmektedir.

Achmea kararından çıkan yansımaları bakacak olursak, bunların belki de en önemlisi yatırım uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla AB-içi İYA'lara dayanarak kurulan tahkim mahkemelerinde verilen kararların AB Üye Devletlerinde uygulama kabiliyetlerini yitirmesidir. Gaillard bu kararı bir anda 200 AB-içi yatırım anlaşmasını patlatan ve tam olarak nereye varacağı henüz kestirilemeyen bir dizi kaotik yansımayı başlatan bir bombaya

¹⁴⁴ Wathelet, para. 154-159.

¹⁴⁵ Wathelet, para. 155-156.

benzetmektedir.¹⁴⁶ Bu bomba ile ABAD, AB Üye Devletlerinin taraf olduğu ve AB hukukunun uygulanacağı, ikili yatırım anlaşmaları ve Enerji Şartı Anlaşması ile kurulan tahkim mahkemelerinin önünü kesmektedir.¹⁴⁷ Bu durum AB Üye Devletleriyle ikili yatırım anlaşması akdetmiş olan diğer devletlerin yatırımcılarının ilgili anlaşmalarda öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden devlet mahkemelerine gidilmesi dışında kalan tahkim mahkemelerinin seçilmesini engellemektedir. Achmea kararı sonrasında AB-içi yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için en olası yol Üye Devletlerin, kararda da bahsi geçen Benelüks Adalet Divanı örneğinde olduğu gibi, daimî ortak bir yatırım mahkemesi kurması olarak gözükmektedir.¹⁴⁸ Yakın zamanlarda AB tarafından bu siyasi taktik, özellikle ticaret, yatırım ve çevre konularında sıkça kullanılmaya başlanması, üzerine düşünülmesi gereken bir mesele olarak AB Üye Devletleri dahil bütün devletlerce dikkate alınmalıdır. Avrupa Birliği hukuki kararların arkasına sığınarak elindeki yaptırım sopasıyla diğer ülkelere “talep ettiğim istikamette hareket etmemeniz hâlinde aramızdaki ticaret, mal ve hizmet satımı ve yatırımlar etkilenir” şantajında bulunmaktadır.¹⁴⁹ AB

¹⁴⁶ Gaillard, s. 555.

¹⁴⁷ Achmea ve Komstroy kararları birlikte değerlendirildiğinde Avrupa Birliği, UNCITRAL Çalışma Grubu III'te ve EŞA'nın güncellenmesi için yapılan çalışmalarda mevcut sistemin geliştirilmesi gibi imkânlar üzerine yoğunlaşılmasını değil de kendi görüşü yönünde daimî bir yatırım mahkemesinin kurulması üzerine odaklanılmasını sağlamaya çalıştığı görülmektedir. AB bunun siyasi yönünü takip ederken, ABAD hukuki altyapısını hazırlamaktadır.

Bu anlamda Karacan'ın Achmea ve 1/17 Sayılı Mahkeme Görüşü birlikte değerlendirerek yatırımcı-devlet tahkiminde sona yaklaşıldığı ve çok taraflı bir yatırım mahkemesine doğru sürecin evrildiği kanaatine, AB'nin ABAD'ı da yanına alarak oluşturduğu durumun göstergesi olması açısından katılmaktayız. Bkz. Pınar Karacan, “Avrupa Birliğinde “Achmea” Kararı ve “1/17 Sayılı Görüş” Işığında “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği”, 2020, 40(2), Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, s. 1532-1533. Opinion 1/17 of the Court (Full Court) Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, ECLI:EU:C:2019:341, 30 April 2019 (1/17 Sayılı Mahkeme Görüşü)

¹⁴⁸ Avrupa Birliği'nin UNCITRAL Çalışma Grubu III'ün yürüttüğü yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümünde olası reformlar hakkında gönderdiği görüşünde daimî, birinci derece mahkemesi ve temyiz mahkemesinden oluşan iki aşamalı, tam zamanlı hâkimlerin görev yaptığı bir sistemle var olan sorunların giderilebileceğinden bahsetmektedir. Buradan hareketle AB-içi yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde de benzer bir yöntemi uygulamaya geçirmeleri kuvvetle muhtemeldir. AB ve Üye Devletleri'nin UNCITRAL Çalışma Grubu III'ün yürüttüğü yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümünde olası reformlar hakkında gönderdiği görüşü için bkz. United Nations Commission on International Trade Law, Submission from the European Union and its Member States, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-seventh Session New York, 1–5 April 2019, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 January 2019.

¹⁴⁹ Avrupa Birliğinin bu tutumuna rağmen *Micula* kararını, Komisyon ve Romanya'nın itirazlarına rağmen, ABD ve İngiltere'nin tenfiz ettiğini görmekteyiz. Ayrıntılı bilgi için bkz.

ayrıca kendi Üye Devletlerine karşı da, ABİHA m. 206 ve m. 207’de yer alan yatırıma ilişkin yetkisini de arkasına alarak, bu devletleri daha önce katılım sürecinde ikili yatırım anlaşması yapmaya zorlamış olabileceğini ancak artık politikasını değiştirdiğini, Üye Devletlerin bu alanda aralarında istedikleri gibi anlaşma yapamayacaklarını ve AB’nin yeni yaklaşımını benimsemek zorunda olduklarını dayatmaktadır.

Achmea kararının diğer bir yansıması ise, uluslararası yatırım hukukunda yatırımcının bir ülkeye yatırımını yaparken dikkat ettiği unsurların en önemlilerinden olan hukuki istikrarın ve öngörülebilirliğin verilen bu kararlar derinden zedelenmesidir. ABAD, AB Üye Devletlerinin ikili yatırım anlaşmalarında karşılıklı olarak vermiş oldukları yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesine imkân veren taahhütleri ortadan kaldırmıştır. AB Üye Devletleri ikna ederek Üye Devletler arasında yapılan ikili yatırım anlaşmalarını ortadan kaldırılmasını sağlamış olsa dahi, bu anlaşmaların yürürlükte bulunduğu süreçte buna güvenerek yatırımlarını gerçekleştiren yatırımcıların menfaatlerini ciddi ölçüde zedelemiştir. Bu durum AB’de yeni yatırım yapmayı planlayan yatırımcıları önlerindeki hukuki imkânları tekrar düşünmeye ve yatırımcının korunmasına ilişkin mevcut mevzuatı yeniden değerlendirmeye sevk edecektir. Yatırımcılar şirket yapılarını tekrar gözden

Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I), ICSID Case No. ARB/05/20; Judgment of the Supreme Court of the United Kingdom [2020] UKSC 5 - 19 Feb 2020, para. 117-118, <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-judgment-by-the-supreme-court-of-the-united-kingdom-wednesday-19th-february-2020#decision_6827> Erişim Tarihi 15.11.2021; Memorandum Opinion and Order of the United States District Court for the District of Columbia - 20 Nov 2020, para. 25, <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-memorandum-opinion-and-order-of-the-united-states-district-court-for-the-district-of-columbia-friday-20th-november-2020#decision_14093> Erişim Tarihi 15.11.2021; Memorandum Opinion and Judgment of the United States District Court for the District of Columbia - 8 Nov 2021, para. 17-19, <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-memorandum-opinion-and-judgment-of-the-united-states-district-court-for-the-district-of-columbia-monday-8th-november-2021#decision_18208> Erişim Tarihi 15.11.2021.

Komisyon ABD’de görülen ICSID yatırım tahkimi kararının tenfizine ilişkin olan Micula davası’na, EŞA’ya dayanarak verilen yatırım tahkimi kararının tenfizine ilişkin olan Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. davası, Foresight Luxembourg Solar davası ve Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.A.R.L davasına, ICSID’de görülen EŞA’ya dayanarak verilen yatırım tahkimi kararının iptaline ilişkin olan EISER v. Spain davasına gözlemlerini iletmıştır. Komisyon’un diğer mahkemelere ilettiği görüşleri için bkz. Observations Provided by the Commission to Other Courts, <https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/national-courts/observations-other-courts_en> Erişim Tarihi 15.11.2021.

geçirmek durumunda kalabilecektir. Örneğin AB'de yatırım yapmadan önce yatırımını yapacağı Üye Devlet ile arasındaki ikili yatırım anlaşmasında milletlerarası tahkime gitme imkânı sağlayan hüküm bulunan üçüncü bir ülkeye yatırımını götürüp burada kuracağı başka bir şirket üzerinden yatırımını AB Üye Devletine yapmak gibi yöntemlere başvurabilecektir.¹⁵⁰ Bu kararların yatırımcıların AB'ye olan güvenini azaltabileceği hususu Litvanya'nın Fesih Anlaşması'na ilişkin deklarasyonunda, "*AB-içi İYA'ların feshi ile yatırımcıların ihlal edilen haklarını milletlerarası tahkimde savunma ihtimallerinin ellerinden alınması, yatırımcı haklarının korunmasına ve AB'deki yatırım ortamına olumsuz etki edebilecektir*" şeklinde ifade edilmektedir.¹⁵¹ AB Üye Devletlerinde uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için devlet mahkemelerine alternatif olarak, tarafsız ve bağımsız karar vereceği düşünülen tahkim mahkemelerine gitme imkânı kısıtlanan yatırımcıların, bu gelişmelerden sonra, daha öngörülebilir ve uygun bir tahkim ortamına kavuşmak amacıyla ikili yatırım anlaşmalarında imkân bulunması durumunda tahkim yeri olarak AB Üye Devletleri yerine İngiltere, İsviçre ve Türkiye gibi ülkeleri seçmeye ve verilen kararları AB dışında tenfiz etmeye yönelme ihtimali bulunmaktadır.

Achmea kararının yansımalarından bir diğeri de 2 Eylül 2021 tarihinde ABAD'ın verdiği Komstroy kararıdır. Bu karar ile Enerji Şartı Anlaşması'na göre oluşturulan tahkim heyetlerinin AB Antlaşmalarıyla uyumsuz olduğunun hukuki dayanağı ortaya çıkmıştır. Hukuk Sözcüsü Wathelet, Üye Devletler ve AB tarafından ayrı ayrı imzalanan bütün tarafların eşit olduğu ve yatırımların korunmasına ve yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümüne dair maddi hukuk hükümleri içeren milletlerarası bir anlaşma olan Enerji Şartı Anlaşması'nın AB Antlaşmaları ve ABİHA'ya uyumluluğuna ilişkin hiçbir Üye Devletin ABAD'dan görüş istememiş olmasını bu anlaşmaların AB hukukuyla uyumsuz olabileceğine ilişkin en ufak bir şüpheleri bile olmamasına bağlamıştır.¹⁵² Hukuk Sözcüsü'nün bu görüşü ABAD'ın EŞA konusunu

¹⁵⁰ Frédéric Gillion, Leonardo Carpentieri, "Construction Arbitration and BITs: Is There Still a Future for Intra-EU Investment Arbitration?", 2018, Part 2, The International Construction Law Review, s. 179-180.

¹⁵¹ Declaration of Lithuania, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union, <<https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019049&DocLanguage=en>> Erişim Tarihi 15.11.2021.

¹⁵² Hatta EŞA'nın hazırlanmasında AB'nin rolü göz önüne alındığında sanki bir AB dış anlaşmasına benzetilmektedir. Ivana Damjanovic, Ottavio Quirico, "Intra-EU Investment Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty in Light of Achmea and Vattenfall: A Matter

fark etmesine yol açmış olsa gerek ki verdiği Komstroy kararında pek çok noktada Achmea kararına atıf yapıldığı görülmektedir.¹⁵³ Bu kararda ABAD, EŞA m. 26/2-c'deki uyuşmazlık çözümü mekanizmasının bir Üye Devlet ile başka bir Üye Devletin tabiiyetinde olan yatırımcı arasındaki yatırıma ilişkin uyuşmazlıklara uygulanamayacağına hükmetmiştir.¹⁵⁴ ABAD bu kararını da Achmea kararına benzer şekilde AB hukukunun özerkliğinin ve hususi mahiyetinin korunmasına dayandırmıştır.¹⁵⁵ Enerji Şartı Anlaşması'na dayanan ve aslında EŞA'nın uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerine ilişkin olmayan bir ön karar başvurusunda, tarafları AB'nin dışında olan (Moldova ve Ukrayna) ancak tahkim yerinin Fransa olarak seçildiği bir tahkim davasının söz konusu olduğu bir uyuşmazlıktaki meseleleri incelerken ABAD'ın bu kararı vermesi kanaatimizce Achmea'nın EŞA'ya etkisine ilişkin soruların bir an evvel açıklığa kavuşturulması isteği olması muhtemeldir.

Wathelet'in görüşüne benzer şekilde bir yorumlama ile mevcut yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizması ile yola devam edilebilecek iken, Brüksel çizgisinden yürüyen ABAD'ın desteğiyle AB, uluslararası yatırım hukukunda gerçekleştirmek istediği siyasi emellerine hukuki boyut vermektedir. Komisyon'un siyasi pozisyonunu AB adına *amicus curiae* olarak sunduğu belgelerden de anlamaktayız. Örneğin, ABD Güney New York Bölgesi Bölge Mahkemesi'ne Foresight Luxembourg Solar 1 S.A.R.L. ve diğerleri v. İspanya davası için sunduğu belgede AB'nin Achmea kararı neticesinde EŞA kapsamında görülen AB-içi yatırım tahkiminin AB hukuku ile tamamen uyumsuz olduğu görüşünde olduğunu daha tartışmalar devam ederken Komstroy kararından yaklaşık on altı ay önce belirtmiştir.¹⁵⁶ Avrupa Birliği'nin ve Euratom'un EŞA'ya Âkit Taraflar olmaları ve bu anlaşmayı akdederken yatırım uyuşmazlıklarının milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesine karşı bir beyanlarının bulunmaması gözetildiğinde, AB'nin taraf olmadığı bir İYA kapsamında oluşturulan tahkim mahkemelerinin AB hukukuna uyumsuz

of Priority", Fall 2019, 26 (1), Columbia Journal of European Law, s. 115.

¹⁵³ Komstroy kararı, para. 33, 42, 43, 45, 46, 51, 52, 53, 58, 59, 60, 61, 63 ve 64.

¹⁵⁴ Komstroy kararı, para. 66.

¹⁵⁵ Komstroy kararı, para. 63, 65.

¹⁵⁶ Brief of The European Commission on Behalf of The European Union as Amicus Curiae in Support of The Kingdom of Spain, United States District Court for The Southern District of New York, Foresight Luxembourg Solar 1 S.A.R.L. et. al. v. The Kingdom of Spain, 3 May 2019, s. 23-24, <https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/foresight_amicus_curiae_2019_US_district_court_newyork_observation_en.pdf> Erişim Tarihi 15.11.2021.

olduğu sonucuna varılan Achmea kararını emsal göstermeleri, çok önceden Avrupa Birliği'nin bu görüşte olduğunu ve ABAD'ın görüşlerini etkilediğinin bir işaretidir.

Ayrıca, Hukuk Sözcüsü'nün de işaret ettiği gibi AB'nin yatırım tahkimi yargılamalarında AB hukukunun özerkliğinin korunması ve AB hukukunun yeknesak olarak yorumlanması ve uygulanması konusunda sahip olduğu sert görüşe rağmen, 2018'in Ekim ayında imzalanan AB-Singapur Serbest Ticaret Anlaşması - Yatırım Koruma Anlaşması'nda, Üye Devlet mahkemelerinin hakem kararlarının AB hukukuna uyumunu inceleyebileceği herhangi bir hukuki yöntem bulunmayan ICSID'i tahkim kurumu olarak seçilmesine anlam vermek zordur.¹⁵⁷

Her ne kadar milletlerarası ticari tahkim hakkında AB'nin görüşü AB Antlaşmaları'na uyumlu olduğu şeklinde olsa da, ABAD tarafından kabul edilen Achmea kararı neticesinde, yargılama sırasında Komisyon'un ve bazı AB üyesi devletlerin ileri sürdüğü, tahkim mahkemelerinin AB Antlaşmalarınca belirlenen yetki dağılımına ve AB hukuk sisteminin özerkliğine zarar verdiği gibi iddialar, AB hukukuna ilişkin meselelerin ortaya çıkma ihtimali bulunan bütün tahkim yargılamalarında gelecekte karşımıza çıkabilecektir. Achmea kararından, bu kararın milletlerarası ticari tahkime teşmil edilmeyeceğinin anlaşılmasına rağmen, ticari tahkimde de hakemler tarafından AB hukukunun yorumlanması ve uygulanması gerçekleştirilmektedir.¹⁵⁸ İleride AB'nin "sistemsel risk" görüp, AB Üye Devletlerine tabii olanların taraf olduğu milletlerarası ticari tahkim davalarında, tahkim yerinin AB Üye Devletleri dışında seçilmesini, burada verilen kararların da AB hukukunun yeknesak yorumlanmasını ve AB hukuk sisteminin etkinliği ve özerkliğinin denetimini güvence altına almak için AB Antlaşmalarına aykırı olduğunu savunması önünde hiçbir engel kalmamıştır. Bunun sonucunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan tahkime ve dolayısıyla Achmea kararına göre ABAD'ın

¹⁵⁷ Gerçekten de ICSID Konvansiyonu m. 54/1'e göre Konvansiyon'a taraf devletlerin mahkemeleri ICSID tahkim kararlarını bağlayıcı olarak kabul etmek ve maddi yükümlülüklerle dair hükümleri kendi ülkesinin mahkemelerinde verilmiş olan nihai karar gibi uygulamak zorundadır. Bu hakem kararını kamu düzeni yönünden inceleme imkânı bulunmamaktadır. Denetim imkânı olmaması dolayısıyla ABİHA m. 267'nin ihlali ihtimali ortaya çıkabilecektir. Thomas Hoppe, "The German Federal Court of Justice Marks a Possible Way for the CJEU's Preliminary Ruling: The Compatibility of Investment Arbitration Clauses in Intra-EU Bilateral Investment Treaties with European Union Law", 2016, 59, German Yearbook of International Law, s. 623.

¹⁵⁸ Gaillard, s. 556.

denetiminde olmayan kararların AB Üye Devletlerinde icra edilebileceğine olan güven baltalanmıştır.

Son olarak, ABAD'ın verdiği bu kararlara rağmen, 2020 yılına gelindiğinde açılan 68 anlaşmaya dayanan yatırımcı-devlet tahkimi davasından 9'unun AB-içi uyuşmazlıklar olduğu ve bunların 5'inin AB-içi İYA'lara, 4'ünün ise Enerji Şartı Anlaşmasına dayandığı görülmektedir. Yatırımcılar, AB-içi yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarını Achmea kararı ve AB Üye Devletleri Arasındaki İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi Anlaşması'na rağmen tahkime götürmeye devam etmektedir. Bu durum, AB'nin bütün engellemelerine ve mevcut yatırım tahkimi mekanizmasının eksik yönlerine rağmen yatırımcının devlete karşı korunmasında en iyi yöntemin halen milletlerarası tahkim olduğunu gösteren önemli bir istatistiktir.

KAYNAKÇA

2013/336/EU: Council Decision of 25 June 2013 Increasing the Number of Advocates-General of the Court of Justice of the European Union, OJ L 179, 29.6.2013.

Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union, SN/4656/2019/INIT, OJ L 169, 29.5.2020.

Aktoprak P, "Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Adalet Divanı Bakımından Temel Hakların İncelenmesi", 2017, 19(Özel Sayı), DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, s. 3025-3057.

Alyanak S, "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Teşkilatlanması", 2014, 72(3), Ankara Barosu Dergisi, s. 253-281.

Arsava F, Roma Antlaşmasında Ön Karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No: 31, Ankara, 2009.

Baykal S, Göçmen İ, Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Brief of The European Commission on Behalf of The European Union as

Amicus Curiae in Support of The Kingdom of Spain, United States District Court for The Southern District of New York, Foresight Luxembourg Solar 1 S.A.R.L. et. al. v. The Kingdom of Spain, 3 May 2019.

Cameron P, International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability, Oxford University Press, New York, 2010.

Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012.

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Consolidated version of the Treaty on European Union Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union Protocols Annexes to the Treaty on the Functioning of the European Union Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 Tables of equivalences, OJ C 202, 7.6.2016.

Council of the European Union Trade Policy Committee (Services and Investment), Intra-EU Investment Treaties Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands, 7 April 2016.

Damjanovic I, Quirico O, "Intra-EU Investment Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty in Light of Achmea and Vattenfall: A Matter of Priority", Fall 2019, 26 (1), Columbia Journal of European Law, s. 102-156.

Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States on the Legal Consequences of the Judgement of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union, 15 January 2019.

Gaillard E, "The Myth of Harmony in International Arbitration", 2019, 34(3), 2018 Lalive Lecture, ICSID Review, s. 553-568.

Gillion F, Carpentieri L, "Construction Arbitration and BITs: Is There Still a Future for Intra-EU Investment Arbitration?", 2018, Part 2, The International Construction Law Review, s. 167-181.

Hoppe T, "The German Federal Court of Justice Marks a Possible Way for the CJEU's Preliminary Ruling: The Compatibility of Investment Arbitration Clauses in Intra-EU Bilateral Investment Treaties with European Union Law", 2016, 59, German Yearbook of International Law, s. 615-624.

Karacan P, “Avrupa Birliğinde “Achmea” Kararı ve “1/17 Sayılı Görüş” Işığında “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği”, 2020, 40(2), Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, s. 1507-1534.

Lenz C, “The Role and Mechanism of the Preliminary Ruling Procedure”, 1994, 18(2), Fordham International Law Journal, s. 388-409.

Observations Provided by the Commission to Other Courts, <https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/national-courts/observations-other-courts_en> Erişim Tarihi 15.11.2021.

Opinion 1/17 of the Court (Full Court) Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, ECLI:EU:C:2019:341, 30 April 2019.

Opinion 2/13 of the Court (Full Court) Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, EU:C:2014:2454, 18 December 2014.

Opinion of Advocate General Wathelet, Case C-284/16, Slovakische Republik v Achmea BV, ECLI:EU:C:2017:699, 19 September 2017.

Regulation (EU, Euratom) 2016/1192 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on the transfer to the General Court of jurisdiction at first instance in disputes between the European Union and its servants, OJ L 200, 26.7.2016.

Sirmen K S, “The Concept of Public Policy in the Eco Swiss Decision of the Court of Justice of the European Union and Its Impact on the Intra-EU Investment Treaty Arbitrations”, 2021, 12(2), Inonu University Law Review, s. 438-449.

UNCITRAL, Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, United Nations New York, 2014.

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1,000 Mark: Cases and Outcomes in 2019, IIA Issues Note, Issue 2, July 2020.

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020, IIA Issue Note, Issue 4, September 2021.

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016, IIA Issues Note, Issue 1, May 2017.

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in

2017, IIA Issues Note, Issue 2, June 2018.

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2018, IIA Issues Note, Issue 2, May 2019.

United Nations Commission on International Trade Law, Submission from the European Union and its Member States, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-seventh Session New York, 1–5 April 2019, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 January 2019.

United Nations, Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Fiftieth Session (3-21 July 2017), General Assembly Official Records Seventy-second Session, Supplement No. 17, A/72/17, New York, 2017.

Yusuf G, Tan G, Case Comment United Utilities (Tallinn) BV v Estonia, “ICSID Arbitration after Achmea: the Beginning of the End or the End of the Beginning?”, 2020, 35(1-2), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, s. 1-14.

KARARLAR

Achmea B.V. (formerly known as Eureko B.V.) v. The Slovak Republic, Final Award, PCA Case No. 2008-13, 7 December 2012.

Charanne B.V. and Construction Investments S.à.r.l. v .Kingdom of Spain, SCC Case No 062/2012.

Electrabel S.A. v. Hungary, ICSID Case No ARB/07/19.

Eureko B.V. v. The Slovak Republic, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, PCA Case No. 2008-13, 26 October 2010.

Ioan Micula and Others v. Romania, ICSID Case No ARB/05/20.

Judgment of the Court (First Chamber), Case C-168/05, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL, ECLI:EU:C:2006:675, 26 October 2006.

Judgment of the Court (First Chamber), Case C-567/14, Genentech Inc. v. Hoechst GmbH and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, ECLI:EU:C:2016:526, 7 July 2016.

Judgment of the Court (Fourth Chamber), Case C-125/04, Guy Denuit and Betty Cordenier v. Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA, ECLI:EU:C:2005:69, 27 January 2005.

Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-182/15, Aleksei Petruhhin, ECLI:EU:C:2016:630, 6 September 2016.

Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-196/09, Paul Miles and Others v. Écoles Européennes (European Schools), ECLI:EU:C:2011:388, 14 June 2011.

Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-284/16, Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV, ECLI:EU:C:2018:158, 6 March 2018.

Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland, ECLI:EU:C:2006:345, 30 May 2006.

Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-741/19, Republic of Moldova v. Komstroy LLC (successor in law to the company Energoalians), ECLI:EU:C:2021:655, 2 September 2021.

Judgment of the Court (Second Chamber), Case C-377/13, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributaria e Adunecira, ECLI:EU:C:2014:1754, 12 June 2014.

Judgment of the Court, Case 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (Union of Commercial and Clerical Employees, Denmark) v. Dansk Arbejdsgiverforening (Danish Employers' Association), acting on behalf of Danfoss A/S, ECLI:EU:C:1989:383, 17 October 1989.

Judgment of the Court, Case 186/87, Ian William Cowan v. Le Trésor public (Treasury), ECLI:EU:C:1989:47, 2 February 1989.

Judgment of the Court, Case C-102/81, Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG., ECLI:EU:C:1982:107, 23 March 1982.

Judgment of the Court, Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, ECLI:EU:C:1999:269, 1 June 1999.

Judgment of the Court, Case C-337/95, Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV, ECLI:EU:C:1997:517, 4 November 1997.

Judgment of the Court, Case C-393/92, Gemeente (Municipality of) Almelo and others v. Energiebedrijf Ijsselmij NV, ECLI: EU:C:1994:171, 27 April 1994.

Judgment of the Supreme Court of the United Kingdom [2020] UKSC 5 - 19 Feb 2020.

Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary, ICSID Case No. ARB/17/27.

Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others v. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, ICSID Case No ARB/13/27.

Memorandum Opinion and Judgment of the United States District Court for the District of Columbia - 8 Nov 2021.

Memorandum Opinion and Order of the United States District Court for the District of Columbia - 20 Nov 2020.

Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I), ICSID Case No. ARB/05/20.

Order of the Court (Eighth Chamber), Case C-555/13, Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare Ltd, Alter SA, Labochem Ltd, Synthon BV, Ranbaxy Portugal - Comercio e Desenvolvimento de Produtos Farmaceuticos, Unipessoal Lda, ECLI:EU:C:2014:92, 13 February 2014.

RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/13/30.

Theodoros Adamakopoulos and others v. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, ICSID Case No ARB/15/49.