

YATIRIMCI-DEVLET UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİMİN ROLÜ

Ahmet BERKER

Özet

Yatırımcıların yatırım yapacakları ülkeyi seçmelerinde ekonomik etkenler kadar hukuki altyapı da önemli rol oynamaktadır. Yatırımcı, yatırımını güvence altına almak için, yatırım yaptığı ülkede hukuki haklarının etkin bir şekilde korunacağına inanmalıdır. Yatırımcıların yatırımlarının korunması için en önemli araçlardan biri ise yatırımın yapıldığı ülkenin devleti ile arasında çıkabilecek olan uyuşmazlıkların tarafsız ve adil bir şekilde sonuçlandırılmasıdır. Özellikle yabancı yatırımcılar, herhangi bir uyuşmazlık çıkması halinde yatırım yaptıkları devletin kendi mahkemeleri önünde taraf olmaktan kaçınmaktadırlar. Bu nedenle tahkim, son yıllarda yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaktadır.

İkili yatırım anlaşmaları yatırımcıların korunmaları için gerekli alt yapıyı oluştururken, uyuşmazlıkların çözümü için tahkim usulünü öngörmektedirler. Enerji sektöründe ise bu ikili anlaşmaların yanı sıra 53 ülke tarafından imzalanan ve Türkiye'nin de taraf olduğu 1994 tarihli Enerji Şartı Anlaşması, enerji alanında uluslararası işbirliğini amaçlarken, yine uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yolunu seçmektedir.

Bu kısa bildiri kapsamında, yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin rolü, ilk olarak tahkimin neden yatırımcı tarafından en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm modeli olduğunun ortaya konmasıyla daha iyi anlaşılabilir. Daha sonra, Türkiye'nin taraf olduğu Enerji Şartı ve İkili Yatırım Anlaşmaları kapsamında nasıl bir tahkim düzeninin öngörüldüğü incelenecektir. Son olarak uygulamada tahkime ilişkin gelişmeler ve Türkiye'de tahkim uygulamasının geldiği nokta tespit edilecektir.

Giriş

Bir devletin egemenlik hakkının en önemli uygulamalarından biri kendi sınırları içerisindeki doğal kaynaklarını dilediği gibi kullanma ve kontrol etme hakkına sahip olmasıdır. Enerji sektörü de devletin kendi doğal kaynakları üzerindeki egemenlik hakkını kullanarak, yasal ve idari düzenlemeler aracılığıyla kontrol altında tuttuğu sektörlerin başında gelmektedir. Son yıllarda enerji sektöründeki özelleştirmelerin artması ile sektör özel kişilere de açılmış olmakla beraber, yerli ve yabancı yatırımcıların enerji alanındaki yatırımları üzerinde devletin kontrolü özellikle lisans ve izin sistemi altında devam etmektedir. Ancak devlet bir taraftan yabancı yatırımcıyı ülkeye çekebilmek adına bu alanda yatırımı teşvik edici düzenlemeler çıkarmakta, diğer taraftan yine yasama ve yürütme erklerini kullanarak söz konusu düzenlemeleri tek taraflı olarak değiştirme hakkını da her zaman elinde bulundurmaktadır.

Dolayısıyla, özellikle yabancı yatırımcıların yatırım yapacakları ülkeyi seçmelerinde ekonomik etkenler kadar, devletin yatırım yapacakları alana müdahale sınırları ve dolayısıyla hukuki altyapı da önemli rol oynamaktadır. Yatırımcı, yatırımını güvence altına almak için, yatırım yaptığı ülkede ilgili alandaki mevcut hukuki düzenlemelerin keyfi bir şekilde değiştirilmeyeceğine ve hukuki haklarının etkin bir şekilde korunacağına inanmalıdır.

Bu sebeple son yıllarda devletler, yabancı yatırımı çekebilmek adına kendi iç hukuklarında yatırımcı lehine özel düzenlemelere gitmenin yanında uluslararası anlaşmalar vasıtasıyla egemenlik haklarını kısıtlamaktadırlar. Böylece yatırımcıların özellikle idarenin keyfi davranışlarına karşı uluslararası taahhütlerle korunma imkanı doğmaktadır. Söz konusu uluslararası anlaşmalar bir yandan yatırımcıyı devletin keyfi ve tek taraflı işlemlerinden korumakta, diğer yandan yatırımcının hukuki haklarının korunması için gerekli altyapıyı düzenlemektedir.

Bu kapsamda yatırımcıların yatırımlarının korunması için en önemli araçlardan birinin yatırımın yapıldığı ülkenin devleti ile arasında çıkabilecek olan uyuşmazlıkların tarafsız ve adil bir şekilde sonuçlandırılması olduğu şüphesizdir. Yabancı yatırımcılar,

yatırım yaptıkları devletin yasal düzenlemelerdeki değişikliklerde keyfi davranması veya yatırımı engelleyici adımlar atması halinde kendisini koruyacak bir mekanizmaya ihtiyaç duymakta; böyle bir uyuşmazlık çıkması halinde ise kendisi de uyuşmazlığın tarafı olan devletin mahkemelerinde yargılanmaktan kaçınmaktadır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine tarafların seçeceği hakem/hakemler vasıtasıyla çözölmesini öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim, dünyada yatırım uyuşmazlıkları için en çok tercih edilen yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye de taraf olduğu pek çok ikili ve çoklu yatırım anlaşmaları ile tahkim şartını kabul etmiş bulunmaktadır. Bu kısa bildiri kapsamında, yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin rolü, ilk olarak tahkimin neden yatırımcı tarafından en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm modeli olduğunun ortaya konmasıyla daha iyi anlaşılabilir. Daha sonra, Türkiye'nin taraf olduğu Enerji Şartı ve İkili Yatırım Anlaşmaları kapsamında nasıl bir tahkim düzeninin öngöröldüğü incelenecektir. Son olarak uygulamada tahkime ilişkin gelişmeler ve Türkiye'de tahkim uygulamasının geldiğı nokta tespit edilecektir.

1) Yatırımcıların tahkimi tercih etmelerinin başlıca sebepleri

Son yıllarda yatırımcılar tarafından tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin başında tahkim gelmektedir. Peki tahkimi yabancı yatırımcı açısından bu kadar cazip kılan etkenler nelerdir? Bu etkenleri incelemeye geçmeden önce tahkimin nasıl bir prosedür olduğunun kısa bir şekilde açıklanması faydalı olacaktır.

Tahkim, uyuşmazlık taraflarının ortak iradeleri ile, uyuşmazlığın devlet mahkemeleri nezdinde değıl, taraflarca seçilen hakem/hakemler aracılığıyla sonuçlandırılmasıdır. Bu durumda hakemler tarafından verilen kararlar kararın verildiğı ülke açısından mahkeme kararı niteliğinde olup, devletin icra mercileri tarafından mahkeme kararı gibi icra edilebilmektedirler. Tahkim anlaşmasının tarafları, tahkimin hangi usul kuralları çerçevesinde yürütöleceğine serbest olarak karar verebilmektedirler; taraflar belirli bir kuruluşun veya devletin tahkim kurallarına atıfta bulunabilecekleri gibi tamamen kendi iradeleri ile de bu kuralları belirleyebilirler. Tahkimde, yargılamanın dilinden hakemlerin hangi ülke vatandaşı olacaklarına kadar

pek çok konuda taraflar söz sahibi olabilmektedir. Görüldüğü gibi bu prosedürün en önemli özelliği taraflara tahkim yargılaması boyunca usul kuralları açısından çok geniş takdir hakkı sağlanmasıdır.

Tahkimin avantajlarının başında da tarafların bu süreç içerisindeki hakimiyetleri gelmektedir. Yerel mahkemelerin uyguladıkları ve ilgili kanunda düzenlenen usul kuralları, tahkimde tarafların arzusuna bırakılmaktadır. Diğer taraftan tahkim yargılamasında hakemlerin tarafların iradeleri ile seçildiği göz önüne alındığında, uyuşmazlık konusu alanda özel ihtisas sahibi uzman kişiler taraflarca hakem olarak tayin edilebilmektedir. Böylece yargılamanın kalitesi artmakta, uyuşmazlık konusunun teknik özelliklerine hakim kişiler tarafından çözüme kavuşturulması da şüphesiz tarafların uyuşmazlığı çözen mercie olan güvenlerini arttırmaktadır. Enerji sektörünün özel uzmanlık gerektiren sektörlerin başında geldiği göz önüne alındığında, özellikle enerji hukuku ve inşaat hukuku alanında uzmanlaşmış hukukçular tarafından bu tür uyuşmazlıkların çözümü daha sağlıklı sonuçlar vermektedir. Günümüzde mahkemelerin ağır iş yükleri ve hakimlerimizin karşılaştıkları çok çeşitli uyuşmazlıklar göz önüne alındığında uyuşmazlık tarafları, kendilerini kendi seçtikleri ve konularında uzman hakemlere emanet etme konusunda daha rahat davranmaktadırlar.

Tahkim, yabancı yatırımcılar açısından ise daha da büyük avantajlar sağlamaktadır. Yabancı bir ülkede yatırım yapan yatırımcının uyuşmazlığında karşı taraf genelde ya devlet ya da yerli yatırımcı olmaktadır. Yabancı yatırımcıların ise, yerel mahkemelerin, özellikle uyuşmazlığın tarafının devlet olması halinde, tamamen tarafsız karar vereceği konusunda şüpheleri bulunmaktadır. Bu durumda, yabancı yatırımcının alternatif yol olarak, tarafların kendi seçtikleri hakemlerden oluşan bir tahkim kurulu yargılamasını tercih etmeleri anlayışla karşılanmalıdır.

Diğer taraftan yukarıda belirtildiği gibi, taraflar tahkimin dili ve usul kurallarını da serbestçe tayin edebilmektedirler. Bu durumda yabancı yatırımcı tamamen bilmediği bir dilde ve tamamen yabancı olduğu usul kuralları ile yargılanma riskinden kurtulmaktadır.

Son olarak 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyon'u ile yabancı hakem kararlarının tenfizi basitleştirilmiş bir prosedür ile mümkün olmaktadır. Türkiye tarafından 1991 tarihinde onaylanarak yürürlüğe girmiş olan New York Konvansiyon'u bugün itibariyle 144 ülkede uygulanmakta olup, bu ülkeler dahilinde verilmiş olan hakem kararlarının Türkiye'de tenfizinde Konvasniyon'da öngörülen basitleştirilmiş bir prosedür uygulanmaktadır.

2-) Enerji'de tahkim : İkili Yatırım Anlaşmaları ve Enerji Şartı Anlaşması

Tahkimde esas olan, tarafların aralarında akdettikleri sözleşme ile veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yapmak suretiyle tahkim şartını düzenlemeleridir. Tahkim şartı düzenlenirken taraflar, ulusal veya uluslararası bir tahkim kuruluşunun (ICSID / ICC gibi) çatısı altında ve söz konusu kurumun tahkim kuralları çerçevesinde tahkimin yürütülmesi konusunda anlaşabilecekleri gibi, yargılamanın gerçekleştirileceği yerin tahkim kanununa da atıfta bulunabilirler.

Diğer yandan, devletler, akdetmiş oldukları uluslararası anlaşmalar ile de kendi ülke vatandaşlarına yatırım yaptıkları ülkenin devletine karşı tahkim yoluna başvurma imkanı sunmaktadırlar. Enerji sektöründe de bu tür tahkim şartlarına ikili veya çoklu uluslararası anlaşmalarda rastlamak mümkündür.

Kural olarak tahkim şartı sadece onu imzalayan taraflar arasında hüküm doğurmaktadır. Ancak uluslararası anlaşmalara konulan tahkim şartları, henüz tarafı belli olmayan bir uyuşmazlık için, devletin kendi yatırımcısına tarafı olmadığı ya da kendi imzalamadığı bir tahkim anlaşmasına dayanarak tahkim yoluna başvurma fırsatı tanımaktadır. Ancak tahkim maddesinin metni, bu tür doğrudan bir başvuru hakkının yatırımcıya tanınıp tanınmaması açısından dikkatlice incelenmelidir.

Enerji sektöründe ise bu tür tahkim şartları en çok ikili ve çoklu yatırım anlaşmaları yatırımcılar tarafından başvurulmaktadır. Türkiye de pek çok ülke ile akdetmiş olduğu ikili yatırım anlaşmalarında tahkimi kabul etmektedir. Diğer yandan enerji sektöründe uluslararası dayanışma ve yardımlaşma amacıyla akdedilen ve

Türkiye'nin de taraf olduğu Uluslararası Enerji Şart Anlaşması da yatırımcıya yatırım yaptığı devlet aleyhine tahkime başvurma imkanı sağlamaktadır. Bu anlaşmalar, korudukları menfaatler ve öngördükleri tahkim prosedürleri aşağıda kısaca incelenecektir.

a) İkili Yatırım Anlaşmaları ve ICSID tahkimi

İkili yatırım anlaşmaları genel itibari ile iki devlet arasında akdedilen ve bir devletin vatandaşının diğer devlet topraklarında yatırım yapması halinde söz konusu yatırımcının korunması amacını güden anlaşmalardır. Son yıllarda özellikle gelişmiş ülkelerdeki yatırımcılar, gelişen ülkelerdeki serbest ekonomi ve liberalleşme dalgaları ile bu ülkelerde çeşitli alanlarda yatırım yapmaktadırlar. Enerji sektörü de yatırımcılar tarafından en çok tercih edilen alanların başında gelmektedir. Türkiye son yıllarda enerji sektöründeki özelleştirmeler ile enerji piyasasını özel teşebbüslere de açmış bulunmakta, yabancı yatırımcıların da enerji sektöründe yatırımlarına izin vermektedir. Yabancı yatırımcıyı ülkelere çekmek isteyen devletler çeşitli teşvik yöntemleri kullanmaktadırlar. Bunların başında da yukarıda kısaca belirtilen ve yabancıların yatırımlarını korunmasını uluslararası bir devlet güvencesine bağlayan ikili anlaşmalar yer almaktadır.

İkili yatırım anlaşmaları genel olarak ülkedeki yabancı yatırımın uluslararası anlaşmalar yoluyla devlet tarafından güvence altına alınması sonucunu doğurmaktadır. Böylece devletler arası yatırımın korunması ve teşviki sağlanmaktadır. İlk akdedilen ikili yatırım anlaşması 1959 yılında Almanya ve Pakistan arasında akdedilmiş olup, o tarihten bu yana Türkiye de dahil pek çok ülke ikili yatırım anlaşmaları ile ülkelerinde yatırımı teşvike çalışmaktadırlar. Şu an itibari ile dünya çağında akdedilen ikili yatırım anlaşması sayısı 2500 civarındadır.

Bu tür ikili yatırım anlaşmalarında yatırımın tanımı yapıldıktan sonra, genel olarak yatırım olarak tanımlanan değerlere ve yatırımcıya benzer hukuki korunmanın sağlandığı görülmektedir. Devletler genel olarak birbirlerinin yatırımcılarına ve yatırımlarına kendi ülke vatandaşlarına sundukları imkanlardan daha az imkan sunmamayı (ulusal işlem ilkesi), her yatırımcıya eşit davranmayı (eşit ve adil davranma ilkesi), her ülke vatandaşına aynı oranda ayrıcalık ve hak tanımayı (en çok

gözetilen ulus ilkesi) ve bedelsiz, keyfi, doğrudan veya dolaylı kamulaştırma yapmamayı taahhüt etmektedirler. Her ne kadar her ikili yatırım anlaşması tarafları arasında özel olarak müzakere edilmekte ise de, genel olarak öngörülen koruma düzeyi bu anılan taahhütleri içermektedir.

Günümüzde devletler arası imzalanan yatırım anlaşmalarının pek çoğu yabancı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim yolunu öngörmektedirler. Enerji sektöründe de yabancı yatırımcılar, kendi devletleri ile yatırım yaptıkları devlet arasında imzalanmış olan bir ikili yatırım anlaşması olması halinde, bu anlaşmaya dayanarak tahkim yargılaması başlatmaktadırlar. Her ne kadar bu tür tahkim anlaşmaları pek çok farklı şekilde düzenlenebiliyor ise de, yatırımcı açısından geniş güvence sağlayan ICSID tahkimi ikili yatırım anlaşmalarında en çok başvuru alan tahkim prosedürüdür.

ICSID, 1966 yılında yürürlüğe giren “Devletler ve Diğer Devletler Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü Hakkında Konvansiyon” kapsamında, Uluslararası İhtilafların Halline Dair Uluslararası Merkez olarak kurulmuştur. Merkezin kuruluş amacı, yatırımcı ile devlet arasında çıkan uluslararası yatırım anlaşmazlıklarının, uyuşmazlık taraflarının yetkilendirmesi halinde ICSID nezdinde yürütülecek olan tahkim yargılaması ile çözümlenmesidir. Bir Dünya Bankası kuruluşu olan ICSID’in merkezi Dünya Bankası’nın da merkezi olan Washington’dur. Ancak buradan tahkim yargılamasının bu merkezde görülmesi gerektiği sonucu çıkmamalıdır. Zira daha önce de belirtildiği gibi, taraflar, tahkim yargılamasının nerede yapılacağını belirleme konusunda serbesttirler.

Türkiye’nin 1989 yılında onaylayarak yürürlüğe koyduğu Konvansiyon 2009 itibari ile 155 ülke tarafından imzalanmış; bunlardan 143’ü tarafından da yürürlüğe konmuştur. [www.worldbank.org/icsid]

ICSID Konvansiyonu’nun amacı gelişmekte olan ülkelerin ekonomik gelişimini sağlamak amacıyla yabancı yatırımın teşviki ve bu alanda uluslararası işbirliğinin sağlanması olarak özetlenebilir. ICSID tahkimi için yetki ICSID Sözleşmesi’nin 25. maddesinde yer almaktadır. Bu madde uyarınca sözleşme tarafı bir devlet ile başka bir sözleşme tarafı devletin yatırımcısı arasında yatırımdan kaynaklanan bir

uyuşmazlık çıkması ve tarafların ICSID’i yetkili kılmaları halinde ICSID uyuşmazlığa bakmaya yetkili olacaktır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bazı ikili yatırım anlaşmaları yatırımcıya doğrudan ICSID’e gitme imkanı tanırken, bazıları ise bunun için taraflar arasında ayrıca bir tahkim şartı olması koşulunu ileri sürmektedir. Bu sebeple, ikili yatırım anlaşmazlıklarında yer alan tahkim şartlarının iyi değerlendirilmeleri gerekmektedir.

b) Enerji şartı Anlaşması

Enerji şartı Anlaşması 1994 yılında imzalanarak Nisan 1998 yılında yürürlüğe girmiş ve enerji alanında uzun vadeli bir işbirliğini amaçlayan uluslararası bir anlaşmadır. Türkiye’nin de 1994 yılında imzalayarak 2001’de yürürlüğe koyduğu bu Uluslararası Anlaşma, bugün itibari ile 53 ülke tarafından imzalanmıştır. [www.encharter.org]

Enerji şartı Anlaşması’nın 3. bölümü yatırımın teşviki ve korunmasına ilişkin hükümlere yer vermektedir. Söz konusu hükümler incelendiğinde, yukarıda anılan ve ikili yatırım anlaşmalarında yer alan koruma standartlarının Enerji şartı Anlaşması kapsamında da benzer şekilde düzenlendiği görülmektedir. Enerji şartı’nın 10. maddesi taraf devletlerin genel yükümlülüklerine yer verirken; yatırımcılara adil ve eşit davranma, ayrımcılık yapmama, sürekli koruma sağlama, ulusal işlem ilkesi ve en çok gözetilen ulus ilkesi bu maddede düzenlenen yükümlülüklerin başlıcalarıdır. Yabancı yatırımın doğrudan veya dolaylı olarak kamulaştırılma yasağı ise 13. maddede ayrı olarak düzenlenmektedir.

Enerji şartı’nın “Uyuşmazlıkların zm” başlıklı 5. bölümü de 3. bölümde yer alan ve yukarıda kısaca değindiğimiz yükümlülüklerin ihlali halinde uyuşmazlıkların ne şekilde çözümleneceğini düzenlemektedir. Bu bölümde yer alan düzenleme, uyuşmazlığın taraflarının sorunu 3 ay içerisinde barışçıl çözüm yöntemleriyle çözememeleri halinde, yatırımcıya üç farklı seçimlik yöntem sunmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşme taraflarından birinin devlet mahkemelerinde uyuşmazlığını çözümüdür. Ancak yatırımcı dilerse taraflar arasında akdedilen sözleşmede yer alan uyuşmazlık çözüm yöntemine veya tahkime başvurabilecektir. 26. Madde tahkim ana başlığı altında ise üç adet farklı tahkim prosedürü öngörülmektedir: ICSID, UNCITRAL veya

Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü. Görüldüğü gibi yatırımcı uyuşmazlık çıkması halinde tahkime gitmeye karar verirse, bu durumda maddede belirtilen üç farklı tahkim prosedüründen birine başvurabilecektir. Bunlardan ICSID tahkimi yukarıda kısaca açıklanmış idi. Stockholm Ticaret Odası Enstitüsü, ulusal ve uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için Stockholm Ticaret Odası tarafından kurulan ve kendi tahkim kuralları çerçevesinde tahkim prosedürünü yöneten bir kuruluştur. UNCITRAL tahkim kurallarına ise tahkim prosedürünü bir kuruluş nezdinde yürütmeyi tercih etmeyen ve fakat yerel tahkim düzenlemelerine tabi olmadan uluslararası karakterli kurallar çerçevesinde uyuşmazlığını çözmek isteyen yatırımcı tarafından başvurulabilecektir. Zira UNCITRAL, BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından konulan, herhangi bir kuruluş bünyesinde olmadan, tamamen tarafların kendi iradeleri ile yürütülecek olan tahkim kurallarını ifade etmektedir.

Ancak, ICSID'in özel olarak yatırımlara iliklin uyuşmazlıklar için kurulduğu göz önüne alındığında, bu tür yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında Enerji Şartı Anlaşması dahilinde en çok tercih edilen tahkim yöntemi ICSID tahkimi olmaktadır. Enerji Şartı Anlaşması kapsamında başlatılan ilk tahkim yargılaması ise 2001 yılında Hırvatistan aleyhine ICSID nezdinde başlatılan tahkim yargılamasıdır.

3-) Uygulamada tahkim ve Türkiye’de tahkim uygulamasının geldiği nokta

Tahkim yukarıda sayılan pek çok avantajı ile son yıllarda yatırımcılar tarafından en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemi halini almıştır. Peki yatırımcılar somut olarak ne tür durumlarda tahkime başvurumaktadırlar? Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, yukarıda anılan uluslararası anlaşmalar, yatırımcıların yatırımlarını korumak için akdedilmiş olduklarından, anlaşmada tanımlanan “yatırım” kapsamında ele alınmayacak veya tamamen sözleşmesel nitelikteki uyuşmazlıklar, ancak sözleşmede tahkime atıfta bulunulması halinde tahkime elverişli olacaktır. Her ihtimalde, ICSID yalnızca davacının aleyhine dava açtığı ülkede korunacak bir “yatırım”ının olması halinde başvurulabilecek bir merkezdir.

Enerji sektöründe ne tür durumlarda devlet aleyhine tahkime gidilebileceği ise çeşitli örneklerle açıklanabilir. Devletin tek taraflı olarak ve devlet olma imtiyazından yaralanarak yatırımcının yatırımını engellemesi bu alanda en çok karşılaşılan durumdur. Örneğin yabancı yatırımcının yatırımının herhangi bir bedel ödenmeden ve keyfi bir şekilde kamulaştırılması, kendisine tanınan imtiyazın gerekçesiz olarak kaldırılması, aynı alanda faaliyet gösteren diğer yerli ve yabancı yatırımcılara nazaran farklı ve adil olmayan bir muameleye tabi tutulması, kendisine verilen üretim/dağıtım lisanslarının herhangi haklı sebep olmaksızın iptal edilmesi gibi pek çok durumda yatırımcı, devlet aleyhine tahkime başvurabilmektedir.

Devlet tarafından yatırımının korunmadığı veya devletin taahhütlerini yerine getirmediğini iddi eden yatırımcı, yukarıda anılan prosedürler kapsamında tahkime başvurabilecektir. Bugün itibari ile ICSID nezdinde görülmekte olan tahkim davalarının sayısı 126'dır. Ancak bu tahkim davaları arasında enerji sektöründen kaynaklanmayan uyuşmazlıkların da bulunduğunu belirtmek gerekir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Türkiye taraf olduğu yaklaşık 70 adet ikili yatırım anlaşması ve diğer çoklu yatırım anlaşmaları ile genel olarak tahkim şartını kabul etmektedir. Diğer yandan 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeliyle Gerçekleştirilmesine Dair Kanun ile Yap İşlet Devret modeli çerçevesinde akdedilen sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi kapsamına alınmış ve böylece bu sözleşmeler çerçevesinde de tahkim yoluna gidilebilme imkanı tanınmıştır.

Enerji sektöründe ICSID nezdinde yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye aleyhine açılan tahkim davası sayısı 7'dir. Bu davalardan 5 tanesi ise enerji sektöründen kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkindir. Söz konusu 5 tahkim davasına ilişkin ICSID tarafından kamuya verilen bilgiler incelendiğinde ise bunların 1 tanesinin Türkiye'nin akdetmiş olduğu ikili yatırım anlaşmalarına dayanarak, diğer 4 adedinin ise Enerji Şartı Anlaşması kapsamında başlatıldığı görülecektir. Bu davalardan sadece Amerika Birleşik Devletleri ile Türkiye arasında akdedilmiş olan ikili yatırım anlaşması kapsamında Amerikalı yatırımcı PSEG Global tarafından başlatılan tahkim davası sonuçlanmıştır. 2007 yılında nihai kararını veren hakem heyeti, Türkiye'yi PSEG Global'e tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Söz konusu uyuşmazlık Konya'da termik santral kurulması için yabancı yatırımcının da ortağı olduğu bir Konsorsiyum ile

devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Söz konusu kararda genel olarak Türkiye'nin şeffaflıktan uzak uygulamaları ile keyfi tavırları nedeniyle yatırımcının yatırım yaptığı ve sözleşmeyi imzaladığı dönemdeki koşulların yatırımcı aleyhine değiştirilmesi ve böylece yatırımın engellendiği sonucuna varılmıştır.

Diğer taraftan, daha önce belirttiğimiz gibi, Enerji Şartı Anlaşması kapsamında Türkiye aleyhine başlatılan tahkim davaları da mevcuttur; ICSID nezdinde halen görülmekte olan tahkim yargılamalarının çoğunluğu Enerji Şartı Anlaşması kapsamında açılmıştır. Türkiye aleyhine açılmış olan ve yargılaması henüz tamamlanmamış tahkim yargılamalarındaki uyuşmazlıklar da genel olarak enerji alanındaki imtiyaz sözleşmeleri ile elektrik üretim ve dağıtımına ilişkin akdedilen sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Bu yargılamalar sonucunda Türkiye'nin herhangi bir tazminat ödemek durumunda kalıp kalmayacağı ise önümüzdeki zamanlarda belli olacaktır.

Sonuç:

Sonuç olarak, enerji uyuşmazlıkları için (özellikle devletin uluslararası taahhütleri ile) tahkim prosedürünün öngörülmesi; yabancı yatırımcının haklarının en üst düzeyde korunması açısından atılmış en önemli adımlardan biridir. Gerçekten de tahkim prosedürü, özellikle enerji sektörü gibi devlet tarafından katı kurallar ve idari gözetim altında tutulan bir sektörde devletin keyfi davranışlarının yine devletin kendi mahkemeleri tarafından yargılanmasının doğuracağı sakıncaları büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Devletin uluslararası anlaşmalar ile vermiş olduğu taahhütleri yerine getirmemesi halinde yatırımcıya sunulan bu imkan ile hem yatırımcı haklarını etkin bir şekilde koruyabilecek hem de devletler yatırımcı ile eşit seviyede ve adil bir şekilde yargılanacaklardır. Bu tür etkin bir yargılama mekanizması ise devletlerin tek taraflı işlemler ve keyfi davranışlar ile yatırımlara müdahale etmesini engelleyecektir.