

ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI ÜZERİNE CAN EUROPE POLİTİKA NOTU

Ekim 2020



CAN Europe (Avrupa İklim Eylem Ağı), geri dönüşü olmayan iklim değişikliğiyle mücadele eden Avrupa'nın öncü STK koalisyonudur. Avrupa Birliği üyesi ülkeler, Batı Balkanlar ve Türkiye'yi de kapsamak üzere 38 Avrupa ülkesinden 1500 STK'yı ve 47 milyondan fazla yurttaşı temsil eden 170 üyesiyse CAN Europe, sürdürülebilir iklim, enerji ve kalkınma politikalarını destekler.

Enerji Şartı Anlaşması enerji sektöründe faaliyet gösteren yabancı yatırımcıları koruyan ve yatırımcıların devlet önlemlerini Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü mekanizmasına (YDUÇ) götürmelerine olanak veren uluslararası bir anlaşmadır. Bu anlaşma, Avrupa Birliği'nin (AB) iklim taahhütleri ile uyumsuzdur ve gerekli reformlar tartışılmadığı ya da diğer imzacılar tarafından reformlara itiraz edildiği için halihazırdaki modernleşme süreci de bunu düzeltmeyecektir. Bizler bu nedenle AB'yi ve üye devletlerini bu anlaşmadan çekilmeye ve ayrılan taraflar arasında YDUÇ vakaları oluşması olasılığını devre dışı bırakan bir ek anlaşmayı yürürlüğe almaya davet ediyoruz. AB ve üye devletler ayrıca bu anlaşmaya başka ülkelerin katılmasını da önlemelidirler.

1. ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI (EŞA) NEDİR?

Enerji Şartı Anlaşması (EŞA) 1994 yılında imzalanmış uluslararası bir anlaşmadır. Şu ana dek anlaşmaya taraf olmuş olan 53 ülke bulunmaktadır, bunlar arasında AB, neredeyse tüm Avrupa ülkeleri, Türkiye, Orta Asya ülkeleri ve Japonya bulunur. Enerji sektöründeki yabancı yatırımcılara, uygulamada herhangi bir şirketin ulusal hukuka göre sahip olduğu mülkiyet korumasının çok ötesine geçen kapsamlı bir koruma sağlar (Bkz. Kutu 2). Ayrıca yabancı yatırımcılara, Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü mekanizması (YDUÇ) adı da verilen özel tahkim sürecine erişim olanağı da sağlar. Ulusal mahkemeleri kullanmak zorunda kalmaktansa -diğer tüm yatırımcıların yaptığı gibi- yatırımcılar, yalnızca üç yatırım avukatından oluşan bu özel uzlaştırma heyetlerini kullanarak milyonlarca ve hatta bazen milyarlarca avroluk tazminatlar alabilirler.

2. EŞA NEDEN AVRUPA YEŞİL MUTABAKATI İLE UYUMSUZDUR?

EŞA, çıkarılmasından tüketilmesine tüm madenler, petrol ve doğalgaz yatakları, boru hatları, diğer enerji altyapıları, rafineri ve enerji santralleri dahil olmak üzere tüm enerji tedarik yatırımlarını kapsar. Enerji şirketleri, kendi kârlarına zarar veren bir dizi devlet tedbirlerine karşı çıkmak için bu anlaşmayı kullanmıştır. Örneğin Çevresel kurallara, yakıt yoksulluğunu azaltmak için atılan adımlara ve devlet desteklerinde yapılan kesintilere karşı yatırımcılar tarafından tazminat talep edilmiştir. Yakın zamanda fosil yakıtların kullanımını kısıtlayan devletlere karşı da EŞA'nın kullanıldığı bir dizi vaka görülmüştür (Bkz. Kutu 1).

Yeşil Mutabakat ve Paris Anlaşması uyarınca doğan yükümlülüklerini yerine getiren üye devlet sayısı artmaya başladıkça, iklim politikalarını hedef alan vakaların da sayısının artması beklenmektedir. Kömür madenleri ve güç santralleri kapatılmak zorunda kalacak, petrol ve doğalgaz faaliyetleri durdurulacak ve şu an yapım aşamasında olan doğalgaz altyapısı dahi beklenen kullanım süresinden çok önce kullanım dışına alınacaktır.

Birçok durumda, yatırımcılar bu tür politikalara karşı EŞA'ya başvurup tazminat talep edebilecektir. Çevre ve Kalkınma Uluslararası Enstitüsü (IIED) tarafından yayınlanan yeni bir rapor, ilk defa kademeli olarak kömür kullanımının bitirilmesinin ne tür neticeleri olabileceğinin ölçümlerini yayınlamış ve EŞA'nın kömüre dayalı enerji üretimi yapan en az 51 termik santrali koruduğunu ortaya çıkarmıştır.

AB'nin iklim nötr olma hedefini yakalayabilmesi için, enerji sistemi kapsamlı ve hızlı bir biçimde değiştirilmelidir. Bu, EŞA'nın enerji dönüşümünü imkansız derecede pahalılaştırarak fosil yakıt yatırımlarını korumaya devam ettiği ve gerekli kararların alınmasını yavaşlattığı durumda başarısızdır. Bir dava tehdidi dahi, aksi halde enerji dönüşümünü destekleyebilecek olan bir hükümetin önerilen yönetmelikleri sulandırması ya da tümünden durdurması için yeterli olabilir. EŞA bu nedenle fosil yakıt şirketlerinin elindeki güçlü bir gereçtir.

Kutu 1: Fosil yakıt şirketlerinin EŞA'yı iklim hareketine karşı kullandığı durumlara örnekler

Rockhopper: 2017 yılında Britanyalı petrol ve doğalgaz şirketi Rockhopper, İtalyan Ekonomik Kalkınma Bakanlığı'nın şirketin Ombrina Mare bölgesinde petrol üretim imtiyazları başvurusunu reddetmesi üzerine, İtalyan hükümetine karşı Enerji Şartı Anlaşması kapsamında bir talebi dile getirdi. Bakanlığın kararını, İtalyan hükümetinin, bölge sakinlerinin bu tür projelere ihtilafı ve çevresel kaygılardan doğan gerekçelerle, ülkenin kıta sahanlığına yakın bölgelerde petrol ve doğalgaz arama faaliyetlerini yasaklaması takip etti. Rockhopper'ın davası, davanın sonucunda doğacak tazminattan bir pay alma karşılığında, Rockhopper'ın yasal masraflarını karşılayan yatırım bankası veya başka bir fon sağlayıcı gibi üçüncü taraf bir fon sağlayıcı tarafından finanse ediliyor. Bu fazlasıyla sorunlu uygulama, YDUÇ'de gittikçe daha da yaygın bir hal almıştır ve yatırımcı için mali riskleri azaltarak devletlere karşı doğabilecek taleplerin sayısında artışa sebep olabilir.

Uniper: Aralık 2019'da Hollanda hükümeti 2030 yılına kadar kademeli olarak kömüre dayalı elektrik üretimini sonlandıracağına dair bir kanunu yürürlüğe soktu. Kararın ardından, Alman şirketi Uniper bu kanuna EŞA kapsamında itiraz etti. Şirket, 2016 yılında açılmış olan Rotterdam yakınlarındaki kömürlü bir termik santralin sahibi ve bu santralin yakın zamanda biyokütle veya benzeri başka bir yakıt türüne dayalı üretim yapması gerekecek. Anlaşmazlık henüz ilk aşamalarında olduğundan şirketin talebinin içeriğine dair fazla bir şey bilinmiyor. Bununla birlikte, Uniper'in 1 milyar avro tazminat talep ettiğine dair haberler bulunuyor ve şirket temsilcileri açık bir şekilde bu yasanın şirketin yatırımına dolaylı olarak el konulması demek olduğunu dile getiriyor. Dahası, Uniper'in çoğunluk hisselerinin sahiplerinden Fortum da EŞA'nın "tek taraflı düzenleme değişiklikleri durumunda şirketlerin haklarını koruduğunu" ifade ediyor. Bu nedenle Uniper'in, Hollanda'daki yasanın şirketin termik santralinin beklenen işlevsel süresi olan 40 yıl boyunca çalıştırılmasına dair meşru beklentilerini ihlal ettiğini öne sürmesi muhtemel görünmektedir.

Vermilion: 2017 yılında Fransız Çevre Bakanı 2040 yılına kadar kademeli olarak fosil yakıt kullanımının sonlandıracağına dair bir yasa tasarısı hazırladı. Kısa zaman sonra, Fransa'daki en büyük petrol üreticilerinden Kanadalı 'Vermilion' adlı şirket, Fransız hükümetine bahsi geçen yasanın kanunlaşması halinde yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizması kapsamında bir talepte bulunacağını bildirdi. Haberlere göre Vermilion yasa tasarısının, EŞA kapsamında yatırımcılara sağlanan makul ve adil muamele hüküm ve kamulaştırma maddelerinin de dahil olduğu, altı farklı koruma standardını ihlal ettiğini öne sürdü. Vermilion'un yüksek maliyetli ve öngörülemez tahkim tehditleri beklenen etkiyi göstermiş benziyor, çünkü sonuç olarak Fransız hükümeti yasanın revize edilip şirketlerin 2040 yılına kadar -ve bazı durumlarda 2040 sonrasında dahi- petrol arama izinlerini yenilemesine olanak sağlayan halini kanunlaştırdı.

3. EŞA NEDEN KAMUSAL BÜTÇEYE BİR TEHDİTTİR?

Tahkim heyetleri, yatırımcılara yüksek meblağlar verebiliyor. 2018 yılına kadar hükümetler EŞA anlaşmazlıkları nedeniyle yatırımcılara en az 51,2 milyar ABD doları tazminat ödemek zorunda kaldılar. Bu meblağ yalnızca bilgilerin kamuya paylaşıldığı anlaşmazlıklardan doğan ödemeleri kapsıyor. Kamuoyunun bilgisinin olduğu, daha en az 35 milyar dolarlık meblağa varabilecek anlaşmazlıklarda ise hakem heyeti inceleme süreci halen devam ediyor. Örneğin, yatırımcıların devam eden anlaşmazlıklardan kaynaklı olarak İspanya'dan talep ettikleri toplam meblağ 3,3 milyar avro'nun üzerinde.

Birçok davada, ödenen tazminatlar şirketlerin yatırımlarının çok üzerindedir çünkü EŞA kapsamında şirketler, bir yasa değişikliği olmaması ihtimaline bağlı olarak farazi bir biçimde gelecekteki kârlarını da talep edebilirler. Örneğin, Birleşik Krallık firması Rockhopper, şirketin CEO'su Sam Moody'nin açıkladığına göre İtalya'dan 350 milyon dolarlık tazminat talep etmektedir; bu meblağ da şirketin esas yatırım miktarının yedi katıdır (Bu davaya dair detaylar için, bkz. Kutu 1).

EŞA kapsamında YDUÇ talebini savunmanın bedeli dahi devletler için fazlasıyla pahalıya mal olabilir. Yakın zamanda Alman hükümeti, İsveçli Vattenfall şirketinin Almanya'nın nükleerden kademeli çıkışı konusundaki ihtilafı gerekçesiyle yasal masraflara 21,7 milyon avro harcadı. Tahkim masraflarını kaybeden tarafın ödeyeceğine dair bir kural olmadığından, bir davayı kazansalar dahi devletler yasal masrafları karşılamak zorundalar.

Tahkim heyetlerinin hükmedebilecekleri devasa ve beklenmedik meblağlar, enerji sistemlerinin iklim zararlarını azaltmaya çalışan devletler için büyük bir belirsizlik yaratıyor. EŞA, iklim politikalarına yüksek maliyetler çıkarmakla tehdit ederek, hükümetleri hızlı fosil yakıttan çıkış süreçlerinden vazgeçirebilir.

4. EŞA NEDEN KONTROLDEN ÇIKMIŞTIR?

Yatırımcıların EŞA kapsamında dile getirdikleri talepler bağımsız mahkemeler tarafından değil, üç yatırım avukatından oluşan özel hakem heyetleri tarafından ele alınır. Bu hakem heyetleri dava başına ücret alırlar ve bu da, davaların sayısını artırmaları için onlara mali bir neden verir. Bu nedenle yatırım anlaşmalarının koşullarının genellikle yatırımcı dostu şekilde yorumlanması şaşırtıcı değildir (Bkz. Kutu 2).

EŞA, tahkim heyetlerinin yorumlarını düzelterek bir kurum önermediğinden, sistem demokratik ya da yasal kontrole tabi değildir. EŞA sistemi hükümetler tarafından oluşturulmuş olsa da hükümetlerin revizyon için pek fazla seçenekleri yoktur, çünkü anlaşmada herhangi bir değişiklik için EŞA taraflarının tamamının oy birliğiyle desteğine ihtiyaç duyarlar. Ayrıca bir temyiz mekanizması da bulunmamaktadır, yani bir karar verildiğinde kesinleşmiş demektir. Devletin tazminatı ödememesi durumunda, dünyanın herhangi bir yerinde yerel mahkemeler tarafından o devletin aktif varlıklarına el konulması kararı çıkarılıp uygulanabilmektedir.

5. DEVAM EDEN REFORM SÜRECİ: BU SORUNLARI ÇÖZEBİLİR Mİ?

Ülkelerin tazminat ödeme riskini almadan Paris Anlaşması ve Avrupa Yeşil Mutabakatının gerekliliklerini gözeterek enerji sistemlerini dönüştürmelerine izin verilebilmesi için EŞA çok kapsamlı bir reformlar dizisine ihtiyaç duymaktadır. Öncelikle YDUÇ sistemi ortadan kaldırılmalı ve ikinci olarak da fosil yakıtlar için var olan korumalar sonlandırılmalıdır. Süregelen reform sürecinde ne bu iki hedef yakalanabilir, ne de bu reform EŞA'nın AB kanunlarıyla uyumsuzluğunu çözebilecektir.

Avrupa Birliği de EŞA kapsamındaki yatırım koruma sisteminin “çağdışı” olduğunu kabul etmekte ve EŞA’yı Kanada ile AB ve üyeleri arasında imzalanmış Kapsamlı Ekonomik ve Ticari Anlaşma (KETA) gibi daha yakın zamanda kullanılmış bir yatırım anlaşmasında kullanılan yatırım standartları çizgisine çekmek istemektedir. AB Adalet Divanının 1/17 sayılı kararı gereği EŞA’nın AB kanunlarıyla uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, EŞA’nın YDUÇ sisteminde değişiklik yapılması bile tartışılmayacaktır. AB YDUÇ reformunu 25 müzakere başlığına eklemeye çalışmışsa da Japonya bu girişimi kararlı bir şekilde reddetmiştir. Bu da AB’nin en büyük önceliğe sahip hedeflerinden biri olan reformu ulaşılmaz kılmaktadır.

Avrupa Parlamentosu, Avrupa İklim Kanununa, Enerji Şartı Anlaşması kapsamında fosil yakıtların korumasının hariç tutulmasını öngören bir düzeltme maddesi eklemiştir. Bu duruşu olumlu karşılıyor ve Avrupa Komisyonu ve üye devletlerini, bu duruşu resmi AB pozisyonu olarak belirlemeye davet ediyoruz. Bununla birlikte, AB bu görüşü benimsese bile, müzakereler sürecinde çok büyük bir değişim elde edilebilmesi oldukça küçük bir ihtimaldir. EŞA’da yapılacak tüm değişiklikler, 53 tarafın tamamının oybirliğiyle gerçekleştirilmek zorundadır ve tarafların bazıları böyle bir reformu hiç istememektedir. Aslına bakılacak olursa, Japonya tüm 25 müzakere maddesiyle ilgili olarak hiç bir değişiklik yapılmasını istemediğini belirtmiştir.

Avrupa Komisyonu mütemadiyen YDUÇ uygulamalarının AB içerisinde uygulanmasının AB kanunlarıyla uyumsuz olduğunu belirtmiş ve tahkim heyetlerinin hükümlerini reddetmek adına YDUÇ süreçlerine müdahalede bulunmuştur. 2018’deki Achmea hükmünde Avrupa Birliği Adalet Divanı, AB üye devletleri arasındaki anlaşmazlıklarda YDUÇ kullanılmasının AB kanunlarının etkinliğine gölge düşüreceği ve samimi işbirliği ve karşılıklı güven ilkeleri gibi AB’nin kurucu değerlerini etkisizleştireceğini ifade etmiştir. şu ana dek EŞA tahkim heyetleri AB kanunlarına tabi olmadıkları için AB içindeki uygulamaları reddedebilmiştir. İki hukuki düzen arasındaki uyum yetersizliği modernleşme süreciyle de çözülemeyecektir.

6. EŞA’NIN İKLİM EYLEMİNİ ENGELLEMESİNİN ÖNÜNE GEÇMEK İÇİN NE YAPMAK GEREKLİ?

Yukarıdaki sebeplerden dolayı EŞA reform sürecinin, EŞA’nın iklim aćısından zararsız hale getirilmesinde bir başarı sağlayacağına inanmıyoruz. Bu nedenle, AB’yi ve üye devletlerini temiz enerji dönüşümüne bir engel olan EŞA’yı kaldırmak için alternatif önlemler almaya davet ediyoruz:

İlk olarak AB ve AB üyesi devletler, ideal olarak Avrupa Serbest Ticaret Anlaşması bölgesindeki ülkeler, Birleşik Krallık ve katılım sürecindeki Balkan devletleri de dahil olacak şekilde, taraflar toplu halde EŞA’dan çekilmelidir. Bu mümkün olduğunca hızlı şekilde gerçekleştirilmelidir çünkü çekilme ardından gerçekteşen yatırımlar artık EŞA kapsamında koruma altında olmayacaktır. Bugün dahi enerji sektöründeki yeni yatırımların büyük bir çoğunluğu fosil yakıtlar alanında olup, yenilenebilir enerji alanında olmadığından, anlaşmadan ne kadar erken çekilirse, o kadar az fosil yakıt yatırımı anlaşmanın koruması altına alınacaktır. Bu özellikle de doğalgaz teknolojileri ve altyapısına bağımlı kalmaktan kaçınmak adına önemlidir.

Avrupa İklim Eylem Ağı’nın çalıştığı [Paris Anlaşması-uyumlu enerji senaryosu](#) doğalgazın bir köprü teknoloji olarak gerekli olmadığını gösteriyor, fakat doğalgazın gerekli olduğuna inananlar olsa bile, bu yalnızca çok kısıtlı bir zaman dilimi için geçerli olabilir. EŞA öte yandan, bu yatırımcıların doğalgaz santralleri ya da altyapısını kullanabileceklerini düşündüğu yaşam süresi boyunca bir koruma sağlar. EŞA atıl varlıkların maliyetlerini vergi mükelleflerinin üzerine yüklemek için kullanılabilir. EŞA’dan ne kadar erken çıkarsak yatırımcılara karşı mesuliyetimiz o kadar azalır.

İkincisi, EŞA'dan çıkmak tek başına yeterli olmayacaktır çünkü anlaşma, yatırımcıları, devletler EŞA'dan çekildikten 20 yıl sonrasına kadar dava etmeye olanak veren "günbatımı maddesi" (sunset clause) adı verilen bir madde içerir. Bu sorunu aşmak için, çekilen ülkeler kendi aralarında yeni bir anlaşma oluşturarak yatırımcıların bu ülkelerde hak iddia etmesinin önüne geçmelidir.

Son olarak AB, EŞA'nın uluslararası alanda genişletilmesi için sürdürülen tüm girişimleri durdurmalıdır. Afrika'da, Asya'da ve Latin Amerika'da onlarca alt ve orta gelir düzeyindeki ülke EŞA'ya katılmaları için teşvik edilmektedir. Avrupa Birliği ve üye devletleri bu genişleme süreci için hiçbir kaynağın aktarılmamasını sağlamalı ve daha da önemlisi, yeni üyelerin kabul edilmesine karşı çıkmalıdır.

Kutu 2: Tehlikeli yatırımcıların EŞA kapsamında hakları - Bu anlaşmayı bu kadar tehlikeli kılan nedir?

EŞA, geçmişte tahkim heyetlerinin fazlasıyla geniş bir biçimde yorumladığı sözde 'makul ve adil muamele' (MAM) güvencesi de dahil olmak üzere yabancı yatırımcıların bir dizi hakkını korumaktadır. Yatırım uzlaştırmasında MAM standartlarına bazen, başvuranların taleplerinin yüksek sayıda başarıyla neticelenmesi nedeniyle "süper standart" da denir. Bu durum kısmen bu maddenin açık uçlu bir şekilde yazılmış olmasından kaynaklanır, bu da heyetleri yatırımcı haklarını yorumlarken büyük oranda sürüncemede bırakmaktadır. Belki de en tartışmalı mevzu, tahkim heyetlerinin MAM standardının anlamını ev sahibi devletin, yeni yasalar geçirmesi durumunda, yatırımcının "meşru beklentilerini" gözetmek zorunda olduğu şeklinde açıklamasıdır.

Yatırımcıların beklentilerinin korunabilmesi için beklentilerin makul ölçüde olması gerektiği üzerine genellikle mutabık kalınırken, bazı heyetler uygulamada bu tür beklentilerin makul şekilde ne seviyelere çıkabileceğine dair çok geniş açıklamaları temel olarak alır ve bu nedenle de devletler için yasa yapma alanını sınırlar. Örneğin, Eiser ve İspanya davasında, tahkim heyeti yatırımcının meşru bir biçimde, devletin yasal düzenlemelerini temelden değiştirmemesini bekleyebileceğini belirtmiştir ve İspanyol hükümetinin yenilenebilir enerji alanında verilen teşvikleri düşürmek adına attığı adımları, bu şekilde bir temel değişiklik kabul etmiştir.

Diğer kararlar, örneğin Greentech ve İspanya davası ile Novenergia ve İspanya davası da EŞA'nın yatırımcıları kökten ve temel yasa değişikliklerine karşı koruduğunu kabul etmiştir. Novenergia davasında tahkim heyeti İspanya'da yenilenebilir enerji teşvikleri ile ilgili atılan adımların yatırımcının yasal düzenlemelerde temel değişiklikler yapılmayacağına ya da "muhtemel gelirlerinin önemli bir kısmından mahrum bırakacak nitelikte" yasal değişiklikler yapılmayacağına dair olan meşru beklentilerini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Yasal istikrara dair genel beklentilerin ötesinde, heyetler ayrıca yatırımcıların beklentilerini, yatırımlarına dair devletlerin özel taahhütlerine de dayandırabileceğini belirtmiştir. Böyle durumlarda, heyetler devletlerin yasa yapma özgürlüğüne daha da az ağırlık vermiştir. "Özel taahhütler" deyiminin, ülkeye yatırım çekmek için, genellikle devlet temsilcilerinin yatırımcılara bizzat vermiş olduğu sözlere ithafen dile getirildiği anlaşılrsa da, bazı heyetler bu açıklamanın çok ötesine gitmiştir. Nitekim, Antin ve İspanya davasındaki tahkim heyeti, düzenlemenin dilinde kullanılan detaylar nedeniyle, bir Kraliyet Kararnamesi yayınlanmasını yatırımcıya verilmiş özel bir taahhüt olarak kabul etmiştir.

Genel itibarıyla, meşru beklentilerin ihlali arandığında, yatırımcı devletten beklentilerinin 'makul' olduğunu gösterebildiği sürece, yatırıma dair nispeten en ufak bir olumsuz etkinin varlığı yeterlidir. Örneğin, İspanya tarafından yürürlüğe alınan önlemlerden doğan farklı davalar arasında bile bir tutarsızlık vardır, bu da devletlerin yasal düzenleme alanına dair öngörüsüzlüğü besler.