

Principle of Good Faith in Determining the Jurisdiction of ICSID and Commentary on the Phoenix Case

ICSID'in Yetkisinin Belirlenmesinde İyi Niyet Kriteri ve Phoenix Davasının İrdelenmesi

ABSTRACT

Since the jurisdiction of ICSID, which was established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, does not cover all kind of disputes arising from international investments, in order to resolve a dispute it is required to meet with some of the criteria regarding jurisdiction. Such criteria are classified as (i) condition of consent, (ii) jurisdiction *ratione personae* and (iii) jurisdiction *ratione materiae*. Within this scope, one of the most important dispute issues arising from determining the jurisdiction *ratione materiae* is the scope of the term "investment". Since such term is not defined under Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and Nationals of Other States, whether the commercial activities in the concrete case

ÖZET

Devletler ve Diğer Devlet Uyrukları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Sözleşmesi çerçevesinde kurulan ICSID'in yetkisi, uluslararası yatırımlardan kaynaklanan her türlü uyuşmazlığı kapsamadığından, bir uyuşmazlığın ICSID tarafından çözümlenebilmesi için yetkiye ilişkin bazı kriterlerin karşılanması gerekmektedir. Söz konusu kriterler; (i) rıza şartı, (ii) kişi bakımından yetki ve (iii) konu bakımından yetki şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bu kapsamda, konu bakımından yetkinin var olup olmadığı tespit edilirken gündeme gelen en önemli tartışma konularından biri yatırım kavramının kapsamıdır. Devletler ve Diğer Devlet Uyrukları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Sözleşmesi'nde yatırım kavramı tanımlanmadığından, uluslararası yatırım anlaşmalarında, doktrinde ve emsal kararlarda ortaya konan kriterler vasıtasıyla

constitute an investment which falls within the jurisdiction of ICSID is determined through the instrumentality of criteria which were set out by international investment treaties, the doctrine and precedent. During the determination of jurisdiction process, together with the generally accepted criteria for an investment which have been set out by the *Salini* case, the presence of an investment under the principle of good faith is also taken into consideration by the tribunals as an additional criterion. As such, the *Phoenix* case is one of the most important cases on the principle of good faith. Despite the fact that the investment criteria were fulfilled in the present case, the arbitral tribunal concluded that principal of good faith had been violated and decided that it had no jurisdiction due to the absence of a protected investment.

KEYWORDS: ICSID, ICSID Convention, International Center for Settlement of Investment Disputes, Investment Arbitration, *Phoenix* Case, *Salini* Test, Principle of Good Faith

I. INTRODUCTION

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT Disputes (“ICSID”), which has been established under Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (“ICSID Convention”) which was entered into force in the year of 1996, aims to resolve the disputes between foreign investors and host states by arbitration. However not all kind of disputes are covered under the jurisdiction of ICSID, therefore in order for a dispute to be resolved under ICSID, some criteria as to the jurisdiction is required to be fulfilled. The jurisdiction criteria which need to be fulfilled under Article 25 of the ICSID Convention are classified as (i) condition of consent, (ii) jurisdiction *ratione personae* and (iii) jurisdiction *ratione materiae*. Nevertheless, it is observed that several problems occur in terms of the aforesaid jurisdiction criteria during the determination of jurisdiction of ICSID. Since the tribunals in ICSID arbitration have been vested with the authority to determine their jurisdiction for examining the dispute in the present case (competence-competence rule), the tribunals de-

la, somut olaydaki ticari faaliyetlerin ICSID'in yetkisine giren bir yatırım teşkil edip etmediği tespit edilmektedir. Bu çerçevede, yetki incelemesi aşamasında, *Salini* davasında ortaya konan genel kabul görmüş yatırım kriterlerine ek olarak, yatırımın iyiniyet ilkesi çerçevesinde yapılmış olması da, hakem heyetleri tarafından gözetilen ek bir kriter haline gelmiştir. Bu bağlamda iyiniyet kriterine ilişkin en önemli davalarda biri *Phoenix* davasıdır. Somut olayda yatırım kriterlerinin karşılanmasına rağmen, iyiniyet ilkesine aykırı hareket edildiği sonucuna ulaşan hakem heyeti, korunan bir yatırımın söz konusu olmadığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir.

ANAHTAR KELİMELER: ICSID, ICSID Sözleşmesi, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi Yatırım Tahkimi, *Phoenix* Davası, *Salini* Testi, İyiniyet Kriteri

I. GİRİŞ

1966 YILINDA YÜRÜRLÜĞE GİREN DEVLETLER VE DİĞER Devlet Uyuşmazlıkları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Sözleşmesi (“ICSID Sözleşmesi”) kapsamında kurulan Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (“ICSID”), yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü amaçlamaktadır. Ancak her türlü yatırım uyuşmazlığı ICSID'in yetkisi dahilinde olmayıp, bir uyuşmazlığın ICSID tarafından çözümlenebilmesi için yetkiye ilişkin bazı kriterlerin karşılanması gerekmektedir. ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi çerçevesinde karşılanması gereken yetki kriterleri; (i) rıza şartı, (ii) kişi bakımından yetki ve (iii) konu bakımından yetki şeklinde sınıflandırılmaktadır. Ne var ki ICSID'in yetkisinin tespiti aşamasında, anılan yetki unsurları bakımından bir takım sorunların ortaya çıktığı görülmektedir. ICSID tahkiminde hakem heyetleri, dava konusu uyuşmazlığı incelemeye yetkili olup olmadıkları konusunda hüküm verme yetkisiyle (competence-competence kuralı) donatılmış olduklarından, hakem heyetleri yetki incele-



termine whether the criteria mentioned above are present in the concrete case by examining the jurisdiction.

The required conditions for presence of jurisdiction *ratione materiae*, are (i) a legal dispute, (ii) the dispute arising from an investment transaction and (iii) a direct relationship between the relevant investment and the dispute. As these conditions would be analyzed in details in the following sections, one of the most important issues arising from establishment of jurisdiction *ratione materiae* is the scope of investment. Since the definition of investment is not found under the ICSID Convention, it is determined whether there is an investment which falls within the jurisdiction of ICSID in the present case through the criteria which were set out by international investment treaties, the doctrine and precedent. In this context, in addition to the generally accepted criteria for investment in practice, the presence of an investment

mesi yaparak yukarıda sayılan unsurların somut olayda mevcut olup olmadığını tespit etmektedir.

Konu bakımından yetkinin varlığı için gerekli koşullar (i) uyuşmazlığın hukuki olması, (ii) uyuşmazlığın yatırım işleminden kaynaklanması ve (iii) söz konusu yatırım ile uyuşmazlık arasında doğrudan bir ilişki olması şeklinde sıralanmaktadır. Bu unsurlar ilerleyen bölümlerde detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte, konu bakımından yetkinin var olup olmadığı tespit edilirken gündeme gelen en önemli tartışma konularından biri yatırım kavramının kapsamıdır. Yatırım kavramının tanımı ICSID Sözleşmesi'nde yer olmadığından, uluslararası yatırım anlaşmalarında, doktrinde ve emsal kararlarda ortaya konan kriterler vasıtasıyla, somut olayda ICSID'in yetkisi dahilinde bir yatırım olup olmadığı tespit edilmektedir. Bu çerçevede, uygulamada genel kabul görmüş kriterlere ek olarak, ICSID'in yetkisinin tespit



under the principle of good faith is taken into consideration as an additional criterion by the arbitral tribunals during the examination of jurisdiction. As such, the *Phoenix* case is one of the most important cases on the principle of good faith.

Within this framework, occurrence of ICSID arbitration, trial phases and its practice around the world will be discussed under the first section of our study. In the second section, *Salini* test will be examined in terms of the criteria taken into consideration during the determination of jurisdiction of ICSID and especially jurisdiction *rationa materiae*. In the last section of our study, principle of good faith will be discussed within the framework of the *Phoenix* case.

II. ICSID ARBITRATION

A. Establishment of ICSID

It is argued that the establishment of a process for an impartial settlement of investment disputes and founding a legal basis for this process to support the flow of

edilmesi aşamasında, iyiniyet ilkesi çerçevesinde yapılmış bir yatırımın mevcudiyeti de hakem heyetleri tarafından gözetilen ilave bir kriter haline gelmiştir. Bu bağlamda iyiniyet kriterine ilişkin en önemli kararlardan biri *Phoenix* davasıdır.

Bu çerçevede, çalışmamızın ilk bölümünde ICSID tahkiminin ortaya çıkışı, yargılama aşamaları ve dünyadaki uygulaması ele alınacaktır. İkinci bölümde ICSID'in yetkisinin belirlenmesinde dikkate alınan kriterler ve özellikle konu bakımından yetki çerçevesinde *Salini* testi incelenecektir. Çalışmamızın son bölümünde ise *Phoenix* davası çerçevesinde iyiniyet kriteri ele alınacaktır.

II. ICSID TAHKİMİ

A. ICSID'in Kuruluşu

Yatırım uyuşmazlıklarının tarafsız çözümüne yönelik bir süreç oluşturmanın ve bu sürecin uluslararası özel yatırımların akışını desteklemek için hukuksal bir altyapıya dayandırılmasının uluslararası yatırımları güçlendirmek adına faydalı olacağı düşünülmüştür. Bu şekilde,

international private investments will be beneficial to strengthen the international investments. In this way, it was foreseen that setting foreign investors free from fear of political risks, is possible by splitting matter of disputes from the local jurisdiction and political pressures.¹ By taking abovementioned reasons into consideration, with the purpose of adopting measures for easing and improving the flow of international capital to the developing countries, a movement was started by the World Bank to develop proper instruments for the settlement of disputes arising from foreign investments,² and consequently, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States which is also called as Washington Convention entered into force in 14 October 1966. Turkey had signed the ICSID Convention on 24 June 1987 and officially became a party on 2 April 1989. Pursuant to the second paragraph of Article 1 of the ICSID Convention, International Center for Settlement of Investment Disputes aims to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between contracting states and nationals of other contracting states.

B. ICSID Practice Around the World

From the year of 1966 to the present, 767 arbitration cases were brought before ICSID in total. 259 of such cases are still in progress while 495 cases were concluded. Additionally, there is no information published by ICSID as to other 13 cases. Statistically, approximately 65% of the ICSID cases were concluded and when the awards are considered, it is observed that 180 cases were concluded in favor of the host country whereas 132 cases were concluded in favor of the investor.

Under the 495 concluded cases, 12 of them were decided as not in favor of any of the parties therefore there is no damage suffered by the parties although there is liability. Additionally, it is possible for the parties to reach a settlement by themselves during the arbitration process and therefore the parties settled in 121 cases and ended the proceedings with consensus. Lastly, it is observed that the judgement of *nolle prosequi* was reached in 50 cases.³

C. Phases of ICSID Proceedings

In order to start an arbitration process before ICSID, the application must be submitted in writing to the General Secretariat of ICSID. The documents in the application must clearly state (i) the addresses of all parties, (ii)

uyuşmazlıkların konularını yerel yargıdan ve politik baskılardan ayırarak, yabancı yatırımcıları politik risk korkusundan kurtarmanın olanaklı olacağı öngörülmüştür.¹ Bu nedenler göz önünde bulundurularak uluslararası sermayenin gelişmekte olan ülkelere akışını geliştirmek ve kolaylaştırmak için tedbirler almak amacıyla, yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uygun araçlar geliştirmek üzere Dünya Bankası tarafından çalışma başlatılmış² ve nihayetinde, Washington Konvansiyonu olarak da anılan Devletler ve Diğer Devlet Uyrukları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Sözleşmesi 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 24 Haziran 1987 tarihinde ICSID Sözleşmesi'ni imzalamış ve 2 Nisan 1989 tarihinde resmen taraf olmuştur. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi, ICSID Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 2. bendi uyarınca, taraf devletler ile diğer taraf devlet uyrukları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının uzlaştırma ve tahkim yolları ile çözümü için olanaklar sağlama amacını taşımaktadır.

B. Dünya'da ICSID Uygulaması

1966 yılından günümüze kadar ICSID nezdinde toplam 767 tahkim davası açılmıştır. Bu davalardan 259'u hali hazırda devam etmekte olup, 495 dava ise hükme bağlanmıştır. 13 dava hakkında ise ICSID tarafından yayınlanan herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. İstatistiki olarak ICSID nezdindeki davaların yaklaşık %65'i sonuçlanmış olup, alınan kararlar değerlendirildiğinde, 180 davanın ev sahibi ülke lehine sonuçlandığı, 132 davada ise yatırımcı lehine hüküm verildiği görülmektedir.

Sonuçlanan 495 davadan 12'sinde herhangi bir taraf lehine karara hükmedilmemiş olup sorumluluğun var olduğu ancak zararın olmadığına karar verilmiştir. Ayrıca tarafların dava süresi içerisinde kendi aralarında anlaşmaya varabilmesi mümkün olup, 121 davada sulh olunmuş ve taraflar ortak mutabakat ile davayı sonlandırmışlardır. Son olarak, 50 dava hakkında takipsizlik kararı verildiği görülmektedir.³

C. ICSID Yargılamasının Aşamaları

ICSID nezdinde bir tahkim yargılamasının başlaması için, tahkim başvurusunun yazılı olarak ICSID Genel Sekreterliği'ne sunulması gerekmektedir. Başvuruda yer alan belgeler, (i) tüm tarafları ve adreslerini, (ii) tarafların tahkime ilişkin rızalarını ve (iii) uyuşmazlık konusunu açıkça belirtmelidir. İlk aşama olarak Genel

parties' consent regarding the arbitration, and (iii) the dispute. As the first phase, the General Secretariat examines the application in the framework of the above-mentioned elements to determine whether the dispute is within the jurisdiction of ICSID, and decides to accept the application in the presence of these elements. Following the referred decision, an arbitral tribunal is formed according to the procedural rules or the agreement between the parties.⁴

The arbitral tribunal is entitled to decide whether the dispute is within the jurisdiction of ICSID. Article 25 of the ICSID Convention⁵ explains the fundamental jurisdiction of ICSID. As understood from the content of the specified article, the preconditions for the presence of the jurisdiction of ICSID on a dispute are; jurisdiction *ratione personae*, jurisdiction *ratione materiae* and the existing consent of the parties. Designation of jurisdiction is going to be discussed in detail under the second section.

If the dispute is decided by the arbitral tribunal to be within the jurisdiction of ICSID, the dispute is carried out to the merits phase. Otherwise, the arbitration process ends in favor of the defendant country with the decision of lack of jurisdiction.

Following the completion of the trial, the dispute is concluded on the merits by the award of the arbitral tribunal. After this stage, under the ICSID Convention, there is no court of appeals to which the parties could apply against the award and local courts do not have any authority over such award.⁶ However, if one of the parties seeks the annulment of the award by claiming one or more of the reasons for annulment under Article 52 of the ICSID Convention, an *ad hoc* committee is formed and such tribunal is entitled to annul the award.

III. DETERMINATION OF JURISDICTION

In order for an arbitral tribunal to examine a dispute on its merits, firstly it must be determined that whether ICSID has jurisdiction over the dispute. The issue of jurisdiction can be examined by the arbitral *tribunal ex officio* or upon the objection of one of the parties. At this stage, it is necessary to raise an objection to the jurisdiction and draw the attention of the arbitral tribunal on the jurisdiction.⁷

The issue of jurisdiction is regulated under Article 25 of the ICSID Convention and such article focuses on three

Sekreterlik, uyuşmazlığın ICSID'in yargı yetkisi dahilinde olup olmadığını tespit etmek üzere, yapılan başvuruyu yukarıda belirtilen unsurlar çerçevesinde incelemek ve bu unsurların varlığı halinde başvurunun kabulüne karar vermektedir. Anılan kararı takiben, usul kuralları çerçevesinde veya taraflar arasındaki anlaşma çerçevesinde hakem heyeti oluşturulur.⁴

Hakem heyeti, dava konusu uyuşmazlığın ICSID'in yetkisi dahilinde olup olmadığı hususunda karar vermeye yetkilidir. ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi,⁵ ICSID'in asli yargı yetkisini açıklamaktadır. Madde içeriğinden anlaşıldığı üzere ICSID'in bir uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisinin doğması için gerekli olan önkoşullar; kişi bakımından yargı yetkisinin olması, konu bakımından yargı yetkisinin olması ve tarafların rızasının olmasıdır. Yargı yetkisinin belirlenmesi hususu, ikinci bölümde detaylı olarak ele alınacaktır.

Hakem heyeti tarafından dava konusu uyuşmazlığın ICSID'in yetkisi dahilinde olduğuna hükmedilmesi durumunda uyuşmazlığın esastan incelenmesi aşamasına geçilmektedir. Aksi takdirde tahkim süreci yetkisizlik kararı ile davalı ülke lehine sona ermektedir.

Yargılama sürecinin tamamlanmasını takiben, hakem heyetinin hükmü açıklaması ile birlikte uyuşmazlık esastan sonuçlandırılmış olmaktadır. Bu aşamadan sonra ICSID Sözleşmesi çerçevesinde, tarafların karara karşı gidebilecekleri bir temyiz mahkemesi ve yerel mahkemelerin karar üzerinde iradesi söz konusu değildir.⁶ Ancak taraflardan birinin, ICSID Sözleşmesi'nin 52. maddesinde sayılan bozmaya ilişkin nedenlerden birini veya birkaçını öne sürerek kararın bozulmasını talep etmesi halinde, bir *ad hoc* komite kurulmakta ve bu komite söz konusu kararı bozabilmektedir.

III. YETKİNİN BELİRLENMESİ

Hakem heyetinin bir uyuşmazlığı esastan inceleyebilmesi için, öncelikle dava konusu uyuşmazlık üzerinde ICSID'in yetki sahibi olup olmadığı tespit edilmelidir. Yetki meselesi hakem heyetince kendiliğinden incelenebileceği gibi, taraflardan birinin itirazı üzerine de değerlendirilebilmektedir. Bu aşamada yetki itirazı yapılması ve heyetin dikkatinin yetki unsuru üzerine çekilmesi önemli görülmektedir.⁷

Yetki konusu ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesinde düzenlenmiş olup temel olarak üç unsur üzerinde durul-



fundamental elements: (i) consent of the parties, (ii) jurisdiction *ratione personae* and (iii) jurisdiction *ratione materiae*. In this section, these three conditions will be examined in detail.

A. Consent of the Parties

Article 25 of the ICSID Convention binds the jurisdiction of ICSID to the condition of written consent of both parties. Consent for future disputes can be granted via an arbitration clause in a contract or an independent arbitration agreement. In addition, the parties can give their consent before or after the dispute.⁸ In other words, the parties are able to present their consents through correspondences after the occurrence of the dispute and to recognize the jurisdiction of ICSID over the dispute. The condition of consent is also deemed to have been fulfilled through a provision, regarding the arbitrating future disputes, in a contract between the investor and the host country where the investment has been made. In this way, the parties are deemed to consent to settle the disputes through conciliation or arbitration before ICSID.⁹ Such a provision may also be incorporated in a

maktadır: (i) tarafların rızası, (ii) kişi bakımından yetki ve (iii) konu bakımından yetki. Bu bölümde, bu üç unsur detaylı olarak incelenecektir.

A. Tarafların Rızası

ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi ICSID'in yargı yetkisini her iki tarafın yazılı rızası şartına bağlamıştır. Rıza belli bir konuda gelecekte çıkabilecek uyuşmazlıklar için önceden bir sözleşme içerisindeki tahkim şartı ile ya da bağımsız bir tahkim sözleşmesi ile verilebilmektedir. Ayrıca taraflar bu rızayı uyuşmazlıktan önce veya sonra verebilirler.⁸ Başka bir ifadeyle, taraflar uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılan yazışmalar suretiyle rızalarını sunabilmekte ve uyuşmazlık konusunda ICSID'in yetkisini tanıyabilmektedirler. Yatırımın yapıldığı ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında akdedilen bir sözleşmede düzenlenen, gelecekte oluşabilecek uyuşmazlıkların tahkime götürülmesine ilişkin bir hüküm ile de rıza şartı yerine getirilmiş sayılmaktadır. Zira bu şekilde de taraflar uyuşmazlıkların ICSID nezdinde uzlaştırma ya da tahkim yoluyla çözümüne rıza göstermiş kabul edilmektedir.⁹ Bu yöndeki bir hükmün, ev sahibi devlet ve

bilateral investment treaty between the host state and another state of which the investor is a national. For instance, the *PSEG/Konya Ilgın* case,¹⁰ which is the first ICSID case against Turkey, was brought on basis of the Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments between Turkey and the United States.¹¹ To summarize, most of the regional investment treaties and bilateral investment treaties contain provisions for the settlement of disputes through arbitration. Finally, it is also possible that the consent of a contracting state may be granted through the laws on encouragement of investment.¹²

B. Jurisdiction Ratione Personae

The definitions of the terms “investor” and “host state” are directly related to the jurisdiction *ratione personae* because of the condition that the dispute to be settled should arise between the investor and the host state, as per the ICSID Convention. Therefore, it would be useful to examine the definitions given under the ICSID Convention. Pursuant to Article 25, the investor, whether a natural or juridical person, must be national of a country which is a party to the ICSID Convention. Furthermore, the investor must not be a national of the host state.

If an individual has a dual citizenship, even if there is no effective citizenship since one of the citizenships is in the

yatırımcının mensup olduğu devlet arasında yer alan bir iki taraflı yatırım anlaşmasında da yer alabilmektedir. Örneğin Türkiye aleyhine açılmış ilk ICSID davası olan *PSEG/Konya Ilgın* davası,¹⁰ Türkiye ile ABD arasında akdedilmiş Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşması'na istinaden açılmıştır.¹¹ Bir genelleme yapılması gerekirse, çoğu bölgesel ve iki taraflı yatırım anlaşması, uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözümüne yönelik maddeler içermektedir. Son olarak, âkit devlet tarafından verilen rızanın yatırımın teşviki için çıkarılan kanunlar aracılığı ile verilmesi de mümkündür.¹²

B. Kişi Bakımından Yetki

ICSID Sözleşmesi uyarınca, çözümlenecek uyumsuzluğun yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında gerçekleşmesi şartından dolayı, yatırımcı ve ev sahibi devlet tanımlarının kişi bakımından yargı yetkisiyle doğrudan ilgisi bulunmaktadır. Bu nedenle, ilk olarak ICSID Sözleşmesi'nde verilen tanımların incelenmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir. Madde 25 uyarınca gerçek ya da tüzel kişilik sahibi yatırımcı, ICSID Sözleşmesi'ne taraf devletin uyruğunda olmalıdır. Ek olarak yatırımcının, ev sahibi devletin uyruklüğünü taşıyor olması gerekmektedir.

Bireyin çifte vatandaş olması durumunda, vatandaşlıklardan birisi ev sahibi devlet nezdinde ise, etkin bir va-

FOOTNOTE

1 Christopher Schreuer, *The ICSID Convention - A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 6.

2 Dikran Zenginkuzucu, *Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyumsuzlukların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyumsuzluklarının Çözümü Merkez (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi*, Legal Yayıncılık 2012, p. 77.

3 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>, Access Date: 28.06.2017.

4 Zenginkuzucu, p. 114.

5 ICSID Convention, Article 25/1: The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

6 Zenginkuzucu, p. 138.

7 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, 2016, p.46.

8 Süleyman Dost, *Yabancı Yatırım Uyumsuzlukları ve ICSID Tahkimi*, Asil Yayın, 2006, p. 161.

9 *AMCO v. Indonesia*, Introductory Note. ICSID Review - FILJ., 1995, p. 160.

10 PSEG Global Inc. and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5.

11 İnci Ataman Figanmeşe, “Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Taraf Olduğu ICSID Davaları”, *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, p. 21.

12 Şule Akyüz, “The Jurisdiction of Icsid: the Application of the Article 25 of Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, Volume: 52, Issue: 3, p. 338.

13 *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9.

14 ICSID Convention, Article 25/2: “National of another Contracting State” means:

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

15 Zenginkuzucu, p. 91.

16 *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18.

17 Zenginkuzucu, p.94.

host state, it is considered that the investor cannot fulfil the “foreign investor” condition.¹³ The concept of effective citizenship is used to describe the country with which the persons with dual citizenship are more closely related.

In terms of juridical person, it is important to examine the Article 25 in detail. By virtue of its wording, paragraph (b) of Article 25/2¹⁴ ensures that foreign investments carried out by means of a locally incorporated companies are not excluded from the scope of ICSID. To overcome the issue of juridical person’s nationality, in the determination thereof, ICSID takes the place of registry of the company or the workplace as a basis.¹⁵ In this case, how bilateral investment treaties define the juridical person investor gains great importance. In many cases, the arbitral tribunal determined the nationality of the juridical person investor by prioritizing the definitions in bilateral investment treaties.¹⁶

In some bilateral treaties, measures are taken to prevent the investment from shifting to a different country for profit purposes; a real economic relationship is sought between the relevant state and the company. In those agreements, a strong bond with financial essence is sought between the company and the state of which the citizenship was claimed, and this bond is assessed by the operations carried out in that state or the effects of the citizens of the relevant state on the company.¹⁷

tandaşlık söz konusu olmasa bile, yatırımcının yabancı yatırımcı şartını gerçekleştiremediği kabul edilmektedir.¹³ Etkin vatandaşlık kavramı, çifte vatandaşlık sahibi olan kişilerin hangi ülke ile daha sıkı ilişki içerisinde olduğunu ifade etmek için kullanılmaktadır.

Tüzel kişi yatırımcı bakımından ise, 25. maddenin detaylı incelenmesi önem taşımaktadır. 25. maddenin (b) bendinin¹⁴ lafzı yerel olarak kurulmuş şirketler vasıtasıyla gerçekleştirilen yabancı yatırımların ICSID kapsamı dışında kalmamasını sağlamaktadır. ICSID, tüzel kişinin uyruğunu belirleme sorununu üstesinden gelmek için, işyerinin ya da şirketin kayıt yerini temel almaktadır.¹⁵ Bu durumda ikili yatırım sözleşmelerinin tüzel kişi yatırımcıyı nasıl tanımladığı büyük önem taşımaktadır. Birçok davada hakem heyetleri ikili yatırım sözleşmelerinde yer alan tanımları ön planda tutarak yatırımcı tüzel kişinin uyruğunu belirlemiştir.¹⁶

Bazı ikili sözleşmelerde yatırımın çıkar amaçlı farklı bir ülkeye kaymasını engellemek için önlemler öngörülmemekte olup, söz konusu taraf devlet ile şirket arasında gerçek bir ekonomik ilişki aranmaktadır. Bu tip sözleşmelerde şirket ile uyruğu olduğu iddia edilen devlet arasında ekonomik öz içeren sağlam bir bağ aranmakta ve bu bağ o devlette gösterilen faaliyet veya yurttaşların şirket üzerindeki etkileri ile değerlendirilmektedir.¹⁷

DİPNOT

1 Christopher Schreuer, The ICSID Convention – A Commentary, Cambridge University Press, 2001, s. 6.

2 Dikran Zenginkuzucu, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşlevi, Legal Yayıncılık 2012, s. 77.

3 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>, Erişim Tarihi: 28.06.2017

4 Zenginkuzucu, s. 114.

5 ICSID Sözleşmesi, madde 25/1: Merkezin yargılama yetkisi, Âkit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasında, doğrudan yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.

6 Zenginkuzucu, s. 138.

7 Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 46.

8 Süleyman Dost, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Asil Yayın, 2006, s. 161.

9 AMCO v. Indonesia, Introductory Note. ICSID Review – FILJ., 1995, S. 160.

10 PSEG Global Inc. and Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5.

11 İnci Ataman Fıganmese, “Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Taraf Olduğu ICSID Davaları”, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 21.

12 Şule Akyüz, “The Jurisdiction of Icsid: the Application of the Article 25 of Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2003, Cilt: 52, Sayı: 3, s. 338.

13 Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9.

14 ICSID Sözleşmesi madde 25/2: Diğer Âkit ülke vatandaşlığı deyimi aşağıdakileri kapsar;

a) Âkit “bir devletin vatandaşlığına sahip herhangi bir kişi haricinde 36’ncı Maddenin 3’üncü Paragrafı veya 28’inci Maddenin 3’üncü Paragrafı uygulanarak istemleri kaydedilmiş ve anlaşmazlık tarihinde söz konusu anlaşmazlığı merkeze sunmak üzere taraf olmuş olan diğer ülke vatandaşları,

b) Âkit ülke vatandaşlığına sahip herhangi bir yasal kişi haricinde, tarafların rızasıyla anlaşmazlığın arabuluculuk veya Hakemliğe sunulduğu tarihte taraf olan devlet veya söz konusu tarihte anlaşmazlığa taraf olan Âkit devlet vatandaşlığına sahip olan herhangi bir yasal kişi ve bu sözleşmenin amaçları doğrultusunda yabancı kontrolü yüzünden “diğer bir Âkit devlet vatandaşı” muamelesi görmesi kararlaştırılmış diğer taraflar.”

15 Zenginkuzucu, s. 91.

16 Tokios Tokelès v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18.

17 Zenginkuzucu, s.94.



C. Jurisdiction Ratione Materiae and *Salini* Test

Pursuant to the Article 25 of the ICSID Convention, the jurisdiction of ICSID extends to any legal dispute arising directly out of an investment. For this reason, ICSID's jurisdiction over a case requires three elements in terms of *ratione materiae*; namely, (i) the dispute needs to be a legal dispute, (ii) the dispute must arise out of an investment, and (iii) there must be a direct relationship between the dispute and the investment in question.

By way of interpretation of the paragraph 1 of Article 25 of the ICSID Convention, it is inferred that a dispute can be considered as a legal dispute to establish jurisdiction of ICSID if it includes a legal right or responsibility, or includes compensation for a breach of legal responsibility. For this reason, political, economic, financial or commercial disputes are excluded from the scope of ICSID adjudication.¹⁸ Other elements are that the dispute must arise directly from an investment and there must

C. Konu Bakımından Yetki ve *Salini* Testi

ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi uyarınca ICSID'in yargı yetkisi doğrudan yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Bu nedenle ICSID'in yargı yetkisi konu bakımından üç önkoşul içermektedir. Bu ön koşullar; (i) uyuşmazlığın hukuki olması, (ii) uyuşmazlığın yatırım işleminden kaynaklanması ve (iii) söz konusu yatırım ile uyuşmazlık arasında doğrudan bir ilişki olmasıdır.

ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesinin 1. fıkrası yorumlandığında, ICSID'in yargı yetkisinin oluşabilmesi için uyuşmazlığın, bir yasal hak ya da sorumluluğu içerdiği veya bir yasal sorumluluk ihlalinin tazminini içerir nitelikte olduğu surette hukuki uyuşmazlık olarak kabul edilebileceği anlamına ulaşılmaktadır. Bu nedenle politik, ekonomik, finansal veya ticari özellikteki uyuşmazlıklar ICSID yargılaması kapsamı dışında tutulmuştur.¹⁸ Uyuşmazlığın doğrudan yatırım işleminden kaynaklan-

be a direct link between the investment and the legal dispute. The word “direct” stated under the Article is interpreted by the arbitral tribunals as that the ICSID’s jurisdiction exists where the dispute is directly arisen from investment.¹⁹ In this framework, it is important to determine whether there is an investment, and to define investment relating to that.

To prevent restriction of competence of ICSID, it appears that investment is not defined under the ICSID Convention. For this reason, the criteria which were set out by bilateral or multilateral investment treaties, the doctrine and precedents are important, when the existence of an investment is determined by the arbitral tribunals during the proceedings. In this context, as stated in the *Salini* case which is regarded as a precedent in terms of investment disputes, an investment infers: contribution of money or assets, a certain duration, an element of risk and a contribution to the economic development of the host State of the investment.²⁰ Additionally, it is seen that the criteria such as that the investment serving the public interest and the investment providing know-how are emphasized.²¹ In this respect, it is generally accepted in other ICSID adjudications that such criteria must exist for a transaction in order to be considered as an investment.²² In addition, it appears that the above-mentioned elements and the additional criteria such as the investor making a commitment which could be considered as important are adopted in the doctrine.²³ It important to point out at this stage that the examination of the existence of an investment by adapting the criteria which were set out in the *Salini* case to the present case is called as “Salini test” in ICSID practice.

In case of that the criteria stipulated by the Salini test are consistent with the present case, it is possible to refer to an investment under ICSID. Although the arbitral tribunals are free to take these criteria into account, it would not be wrong to say that the Salini test is well established in ICSID practice.²⁴ However, a protected investment must also exist for a dispute to be within the jurisdiction of ICSID, in addition to the condition of an existing investment. In other words, even if the investment subjected to the dispute fulfils the above-mentioned criteria, the investment must also be examined in the context of good faith principle.

ması ve yatırım ile hukuksal uyumsuzluk arasında doğrudan bir bağlantı bulunması ise diğer şartlardır. Maddede kullanılan doğrudan kelimesi, hakem heyetleri tarafından uyumsuzluğun doğrudan yatırımdan kaynaklanması halinde ICSID’in yargı yetkisinin var olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁹ Bu çerçevede konu bakımından yetki incelemesi sırasında, bir yatırımın mevcut olup olmadığının tespit edilmesi ve bununla bağlantılı olarak yatırım kavramının tanımı önem arz etmektedir.

ICSID’in yetkisinin hak kaybına sebep olacak şekilde sınırlandırılmasının önlenmesi amacıyla, ICSID Sözleşmesi’nde yatırımın tanımlanmadığı görülmektedir. Bu nedenle tahkim yargılaması sırasında hakem heyetleri tarafından bir yatırımın varlığı tespit edilirken, iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında, doktrinde ve emsal kararlarda ortaya konan kriterler önem arz etmektedir. Bu çerçevede, yatırım uyumsuzlukları bakımından emsal kabul edilen *Salini* davasında belirtildiği üzere, bir yatırımın; maddi veya diğer malvarlığı değerlerine ilişkin katkı, belli bir süreklilik, risk ve ev sahibi ülke ekonomisinin gelişmesine katkı unsurlarını içermesi gerekmektedir.²⁰ Buna ek olarak, aynı kararda yatırımın kamu yararına yönelik olması ve know-how transferi gibi kriterlerin vurgulandığı da görülmektedir.²¹ Bu doğrultuda, diğer ICSID yargılamalarında da ağırlıklı olarak, bir işlemin yatırım olarak kabul edilebilmesi için bu gibi kriterlerin mevcut olması gerektiği kabul edilmektedir.²² Ayrıca, doktrinde de yukarıda anılan unsurların benimsendiği ve yatırımcının önemli sayılabilecek bir taahhütte bulunması gibi ilave kriterler getirildiği görülmektedir.²³ Bu noktada belirtmek gerekir ki, *Salini* davasında ortaya konan kriterlerin somut olaya uyarlanması suretiyle bir yatırımın var olup olmadığına ilişkin inceleme yapılması, ICSID uygulamasında “Salini testi” olarak adlandırılmaktadır.

Salini testi ile ortaya konan kriterlerden somut olaya uygun düşenlerin mevcut olması halinde, ICSID kapsamında bir yatırımın varlığından söz etmek mümkündür. Her ne kadar hakem heyetleri bu kriterleri esas alma konusunda serbest olsa da, ICSID uygulamasında Salini testinin yerleşmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.²⁴ Ancak bir uyumsuzluğun ICSID’in yargı yetkisi dahilinde olması için, bir yatırımın mevcut olması şartına ek olarak, korunan bir yatırımın mevcut olması da gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, dava konusu uyumsuzluğun temeli olan yatırım yukarıda sayılan kriterleri karşılarsa dahi, söz konusu yatırımın iyi niyet kuralı çerçevesinde de incelenmesi gerekmektedir.

IV. GOOD FAITH PRINCIPLE AND PHOENIX CASE

Principle of good faith, which is one of the basic principles of law, is also essential regarding the protection of international investments. In order to protect the transactions, which have all of the elements of an investment, in international platforms; there must be an investment made pursuant to the good faith principle. It is seen that the arbitral tribunals brought up this issue in many previous cases.²⁵ Undoubtedly, the *Phoenix* case is one of the most notable cases relating good faith. Because the arbitral tribunal concluded with a general determination to express its duty as “ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected” in the decision.²⁶

In the present case, a company in Israel was established with the aim of asserting certain claims in international law which cannot be claimed under domestic law, and this company acquired two other companies in the Czech Republic. The arbitral tribunal concluded that the claimant did not invest in order to develop economic activity, but to invoke an international judicial process against the host state.²⁷ In this context, by ruling that the related investment was not an investment made within the framework of good faith and protected under the ICSID system, the tribunal decided that it had no jurisdiction based on abusing of the system. The following determination made by the arbitral tribunal draws attention due to the importance attributed to the good faith principle:

“States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments not made in good faith. The protection of international investment arbitration cannot be granted if such protection would run contrary to the general principles of international law, among which the principle of good faith is of utmost importance.”²⁸

When the decision given by the arbitral tribunal is examined, it is seen that the Salini test was applied in order to establish whether there is an investment in the present case. In this context, it is determined that the four essential criteria of the Salini test are (i) contribution of money or assets, (ii) a certain duration, (iii) an element of risk and (iv) a contribution to the economic development of the host State where the investment were fulfilled.²⁹ In addition, an investment made in accordance with the

IV. İYİ NİYET KRİTERİ VE PHOENIX DAVASI

Hukukun temel ilkelerinden biri olan iyi niyet ilkesi, uluslararası yatırımların korunması konusunda da önem arz etmektedir. Zira bir yatırımın bütün unsurlarını taşıyan işlemlerin uluslararası platformda korunabilmesi için, iyi niyet kuralları çerçevesinde yapılmış bir yatırımın mevcut olması gerekmektedir. Geçmişte açılmış pek çok davada da hakem heyetlerinin bu konuyu gündeme getirdiği görülmektedir.²⁵ Şüphesiz ki Phoenix davası, iyiniyet konusunda en kaydadeğer davalardan biridir. Zira bu kararda hakem heyeti, genel bir tespit yaparak kendi görevini “yalnızca uluslararası iyi niyet ilkesi ile örtüşen ve sistemi suiistimal etme girişiminde bulunmayan yatırımların korunmasını temin etmek” olarak ifade etmektedir.²⁶

Somut olayda, iç hukukta ileri sürülmesi mümkün olmayan taleplerin uluslararası hukukta ileri sürülmesi maksadıyla İsrail’de bir şirket kurulması ve bu şirketin, Çek Cumhuriyeti’ndeki iki şirketi satın alması söz konusudur. Hakem heyeti yaptığı değerlendirme sonucunda davacının ekonomik faaliyetlerde bulunma amacıyla değil, ilgili devlete karşı uluslararası yargı süreci başlatma amacıyla yatırım yaptığı sonucuna varmıştır.²⁷ Bu tespitler çerçevesinde, söz konusu yatırımın, iyi niyet çerçevesinde yapılan ve ICSID sistemi tarafından korunabilen bir yatırım olmadığına hükmedilerek, sistemin suiistimal edilmesinden hareketle yetkisizlik kararı verilmiştir. Hakem heyeti tarafından yapılan şu tespit, iyiniyet ilkesine atfedilen önem sebebiyle dikkat çekmektedir:

“Devletler, iyi niyet çerçevesinde yapılmayan yatırımlara, ICSID uyuşmazlık çözüm mekanizmasına erişim imkanı sunmuş addedilemezler. Uluslararası yatırım tahkimi koruması, uluslararası hukukun genel ilkelerine ve en önemlisi iyiniyet ilkesine aykırılık teşkil ederse, böyle bir koruma bahşedilemez.”²⁸

Hakem heyeti tarafından verilen hüküm incelendiğinde, somut olayda bir yatırımın mevcut olup olmadığının tespiti maksadıyla, Salini testinin uygulandığı görülmektedir. Bu çerçevede, Salini testinin dört temel kriteri olan (i) parasal veya malvarlıksal katkı, (ii) belirli bir süre, (iii) risk faktörü ve (iv) ev sahibi ülkede ekonomik faaliyetler şeklindeki kriterlerin karşılandığı tespit edilmiştir.²⁹ Ek olarak, ev sahibi ülke kanunlarına göre yapılmış bir yatırım olması da somut olayda karşılanan bir diğer kriterdir. Ancak hakem heyeti tarafından, iyi-



laws of the host country is another criteria which was fulfilled in the present case. However, it was concluded by the arbitral tribunal that an investment made under the principle of good faith was accepted as an additional criteria, and the present case did not fulfill this. In other words, the Salini test was taken one step further by the arbitral tribunal of the Phoenix case whereby good faith was also accepted as one of the criteria which must be included in an investment.³⁰

The matters such as timing of the investment and the claims, acquisition of the companies which were party to the ongoing disputes in domestic law and yet already suffered losses, and the claimant company having no economic operation in the related market were taken into consideration by the arbitral tribunal, and then, it was decided that the present case constituted a misuse of the system.

The Phoenix case, which is precedent for the similar cases, also came up in some cases which Turkey was a party. For instance, as the arbitral tribunal in the case of *Europe Cement* stated, the principle of good faith is a valid

niyet ilkesi çerçevesinde yapılmış bir yatırım olması, ek bir kriter olarak kabul edilmiş ve somut olayın bu kriteri karşılamadığına hükmedilmiştir. Başka bir ifadeyle, Phoenix davasını yürüten hakem heyeti tarafından Salini testi bir adım ileriye taşınmış ve iyiniyet de, bir yatırımda bulunması gereken kriterler arasında kabul edilmiştir.³⁰

Yatırımın ve ileri sürülen iddiaların zamanlaması, iç hukukta devam eden uyuşmazlıkların tarafı konumunda olan ve halihazırda zarara uğramış olan şirketlerin satın alınmış olması, ve davacı şirketin ilgili piyasada ekonomik faaliyetlerinin bulunmaması gibi hususlar hakem heyeti tarafından göz önünde bulundurulmuş ve nihayetinde somut olayın, sistemin kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar verilmiştir.

Benzer davalar için emsal teşkil eden Phoenix davası, Türkiye'nin taraf olduğu bazı davalarda da gündeme gelmiştir. Örneğin *Europe Cement* davasında hakem heyetinin belirttiği üzere, iyi niyet ilkesi, uluslararası yatırım anlaşmalarında tarafların yükümlülüklerinin yorumlanması ve uygulanması konusunda geçerli bir



international legal principle regarding the interpretation and application of the obligations of the parties in international investment treaties, and this subject is widely accepted in investment arbitration.³¹ In this context, according to the opinion of the arbitral tribunal, as in the Phoenix case, a claim that is based on the purchase of an investment solely for the purpose of commencing litigation is an abuse of process, then surely a claim based on the false assertion of ownership of an investment is equally an abuse of process.³²

The case of *Alapli Elektrik*, which Turkey was a party, is also one of the cases which the principle of good faith was at the forefront. In this case, dissenting arbitrator asserted that a ruling on the lack of jurisdiction should have been made since the contribution element under Salini test was not fulfilled and accordingly it is impossible to find the existence of an investment. Another arbitrator stated that there might be an investment because the claimant had the shares of the Turkish company which was operating the project. However, by drawing attention to the timing of share transfer, the

uluslararası hukuk ilkesidir ve bu husus, yatırım tahkiminde geniş kabul görmüştür.³¹ Bu çerçevede hakem heyetinin görüşü uyarınca, Phoenix davasında olduğu üzere, yalnızca yargılama süreci başlatılması amacıyla yatırım yapılmasına dayanan bir iddianın suistimal teşkil etmesi gibi, gerçek olmayan iddialarla dayanan yatırım iddiası da, sürecin suistimali anlamına gelecektir.³²

Türkiye'nin taraf olduğu *Alapli Elektrik* davası da iyi niyet ilkesinin ön plana çıktığı davalardan biridir. Bu davada, muhalif olan hakem Salini testi kapsamındaki katkı unsuru yerine getirilmediği için yetkisizlik kararının alınması gerektiğini ve buna bağlı olarak bir yatırımın varlığının bulunmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Bir diğer hakem ise, davacı tarafından projeyi yapan Türk şirketin hisselerine sahip olunması sebebiyle ortada bir yatırımın mevcut olabileceğini belirtmiştir. Ancak hisse devrinin zamanlamasına dikkat çekerek, söz konusu yatırımın korunan bir yatırım olup olmadığı konusuna yoğunlaşmıştır. Anılan hakemin görüşü uyarınca, projenin sponsor şirketleri olan Türk



arbitrator focused on whether the investment is a protected investment. According to the opinion of the said arbitrator, it is clear that the investment was made in the time when the dispute existing with the public authority had been known by the Turkish companies who are the sponsors of the project, and only to attain the international competence of ICSID. As a result, it is argued that an investment which was not made within good faith cannot benefit from international protection and the arbitral tribunal is not competent in this dispute.³³ In spite of the dissenting opinion of the third arbitrator, the case concluded in favor of Turkey with the majority vote.

The case of *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador* is also one of the decisions referring to the principle of good faith in international law. Since the “applicable law” clause in the bilateral investment treaties to be applied to the merits of the dispute in this case referred to the general principles and rules of international law, the arbitral tribunal decided that international law must be applied before domestic law.³⁴ Due to this, it is examined whether the fraudulent behaviors

şirketler tarafından idare ile mevcut olan uyuşmazlığın özünün bilindiği bir zamanda ve yalnızca ICSID’in uluslararası yetkisinin temin edilmesi amacıyla yatırım yapıldığı açıktır. Neticede, iyi niyetli olmayan bir yatırımın uluslararası korumadan faydalanamayacağı ve hakem heyetinin bu uyuşmazlıkta yetkili olmadığı savunulmuştur.³³ Heyette yer alan üçüncü hakemin aksi yöndeki görüşüne rağmen, çoğunluk oyuyla yetkisizlik kararı verilmesi suretiyle dava Türkiye lehine sonuçlanmıştır.

Uluslararası hukuktaki iyiniyet ilkesine atıf yapan kararlardan bir diğeri de *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador* davasındaki karardır. Bu davada uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan iki taraflı yatırım anlaşmasında geçen “uygulanacak hukuk” maddesi, uluslararası hukukun genel ilke ve kurallarına atıf yaptığından, davayı inceleyen hakem heyeti, yerel hukuktan önce uluslararası hukuka başvurulması gerektiğine karar vermiştir.³⁴ Bu sebeple, davacı şirketin hileli davranışlarının yerel hukuka aykırılığında önce, iyiniyet ilkesi de dahil olmak üzere uluslararası

of the claimant company was against to the generally accepted principles of international law including the principle of good faith, before examining the whether they are against domestic law.³⁵ As a result, the arbitral tribunal concluded that the claimant obtained various benefits from the respondent through its fraudulent behaviors and false statements, and that was against to the generally accepted principles of international law including the principle of good faith, the principle of “no one can be heard to invoke his own turpitude” (*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*), international public order and prohibition of unjust enrichment.³⁶

The principle of good faith has been the object of analysis in various cases concerning the dispute between foreign investor and the respondent state and it is likely to be relevant to other similar cases in the future. Although it is claimed in the doctrine that a broad interpretation of the jurisdiction of ICSID made by the arbitral tribunals, and the cases were tried to be taken into the scope of jurisdiction as much as possible,³⁷ it is seen that there is a very strict view on good faith. In this context, the following determination of the arbitral tribunal in the *Hamester* case is likely to constitute a precedent for future cases:

“An investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct; or if its creation itself constitutes a misuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention.”³⁸

hukukta genel kabul görmüş kurallara aykırı olup olmadığı incelenmiştir.³⁵ Sonuç olarak hakem heyeti, davacının hileli davranış ve yalan beyanları sayesinde davalı hükümetten çeşitli menfaatler elde etmesini, iyi niyet ilkesi, kimse kendi kusurundan yararlanamaz (*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*) ilkesi, uluslararası kamu düzeni ve sebepsiz zenginleşme yasağı da dahil olmak üzere uluslararası hukukta genel kabul gören ilkelere aykırı bulmuştur.³⁶

İyiniyet ilkesi, yabancı yatırımcı ile davalı devlet arasındaki uyumsuzluklarla ilgili farklı davalarda analiz konusu olmuştur ve gelecekte de benzer davalarla konu edilmesi muhtemeldir. Her ne kadar doktrinde, hakem heyetleri tarafından ICSID’in yetkisine ilişkin geniş yorum yapıldığı ve mümkün olduğu ölçüde davaların yetki kapsamında alınmaya çalışıldığı ifade edilse de,³⁷ iyiniyet konusunda oldukça katı bir görüş benimsendiği görülmektedir. Bu çerçevede, *Hamester* davasındaki hakem heyetinin şu tespiti, gelecek davalara emsal teşkil edecek niteliktedir:

“Bir yatırım, yozlaşma, dolandırıcılık veya aldatıcı işlemlerle ulusal veya uluslararası iyiniyet ilkesinin ihlali sonucunda meydana geldiyse veya yatırımın kendisi ICSID nezdinde uluslararası yatırımların korunması sisteminin suiistimalini teşkil ediyorsa, bu yatırım korunmayacaktır.”³⁸

FOOTNOTE

18 Dost, p. 156.

19 Fedax v. Venezuela, ICSID Case No: ARB/96/3, Jurisdiction, para. 21-26.

20 Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Morocco (ICSID Case No: ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, para. 52.

21 Salini, para. 57.

22 Check for the similar decisions: Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi ve A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No: ARB/03/29), Joy Mining Machinery Limited v. Egypt (ICSID Case No. ARB/03/11), Jan de Nul N.V. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No: ARB/04/13).

23 Mehmet Can Açıklan, “Uluslararası Yatırım Uyumsuzluklarının Çözüm Merkezi’nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey”, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, p. 41-42.

24 Alex Grabowski, “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, Chicago Journal of International Law: Vol. 15, No:1, p. 308.

25 Check for the similar decisions: Fraport v. Philippines (ARB/03/25), Cementownia v. Turkey (ARB(AF)/06/02); Hamester v Ghana (ARB/07/24); Amco Asia Corporations and Others v. Republic of Indonesia, (ARB/81/1); Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, (ARB/03/24); Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador (ARB/03/26).

26 Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No: ARB/06/05, Award of 15 April 2009, para. 113.

27 Phoenix, para. 113-145.

28 Phoenix, para. 106.

29 PLC Arbitration, Bad Faith Transaction Is Not An Investment, (Last Access: 02.07.2017), <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>.

30 Grabowski, p. 300.

31 Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)07/2, para. 171.

32 Europe Cement Investment, para. 175.

33 Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13, Excerpts of Award dated July 16, 2012, para. 416-417.

34 Inceysa Vallisoletana v El Salvador (Award), ICSID Case No ARB/03/26, 2 August 2006, para. 224.

35 Stephan W. Schill, “Good Faith Limitations On Protected Investments And Corporate Structuring”, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-16, p. 7.

36 Schill, p. 7; Inceysa, para. 230-257.

37 Akyüz, p. 359.

38 Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v Ghana (Award), ICSID Case No ARB/07/24, 18 June 2010, para. 123-124.

V. CONCLUSION

ICSID, which was established in 1996 with the purpose of settlement of disputes arising between foreign investors and host states through arbitration, hosted 767 cases until today, the 495 of which were resolved. When the arbitration proceedings before ICSID are taken into consideration, the lack of jurisdiction ruling is one of the circumstances which ends the arbitration process in favor of the respondent state. For this reason, determination of jurisdiction is one of the most important phases of the arbitration process.

To establish jurisdiction of ICSID on a dispute under the Article 25 of the ICSID Convention, (i) condition of consent, (ii) jurisdiction *ratione personae* and (iii) jurisdiction *ratione materiae* must be fulfilled. Jurisdiction *ratione materiae*, which is the subject matter of our study, is basically based on the determination whether there is an investment. In this framework, since the investment is not defined under ICSID Convention, it is striven for determining what kinds of commercial activities constitute investment through the criteria which were set out by investment treaties, the doctrine and precedents.

In addition to the investment criteria in *Salini test*, which is the most frequently used method by arbitral tribunals to determine whether activities in the present case constitute an investment, it is seen that principle of good faith is also accepted as an additional criteria in most cases, particularly in the case of *Phoenix*. The

V. SONUÇ

Yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü amacıyla 1966 yılında kurulmuş olan ICSID, günümüze kadar 767 davaya ev sahipliği yapmış ve bu davaların 495'i hükme bağlanmıştır. ICSID nezdindeki tahkim yargılamasının işleyiş süreci göz önünde bulundurulduğunda, hakem heyetinin yetkisizliğine ilişkin karar da yargılama sürecini davalı devlet lehine sona erdiren hallerden biridir. Bu nedenle yetki incelemesi, tahkim süreci en önemli aşamalarından biridir.

ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi uyarınca ICSID'in bir uyuşmazlık üzerinde yetkili olabilmesi için rıza şartı, kişi bakımından yetki ve konu bakımından yetki unsurlarının mevcut olması gerekmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan konu bakımından yetki unsuru, temelde bir yatırımın mevcut olup olmadığının tespitine dayanmaktadır. Bu çerçevede ICSID Sözleşmesi'nde yatırım kavramı tanımlanmadığından, yatırım anlaşmalarında, doktrinde ve emsal kararlarda ortaya konan kriterler vesilesiyle ne tür ticari faaliyetlerin yatırım teşkil edeceği tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Somut olaydaki faaliyetlerin bir yatırım teşkil edip etmediğinin tespiti konusunda hakem heyetleri tarafından en sık başvurulan yöntem olan *Salini* testindeki yatırım kriterlerine ek olarak, başta *Phoenix* davası olmak üzere pek çok davada iyiniyet unsurunun da ilave bir kriter olarak kabul edildiği görülmektedir. *Phoenix*

DİPNOT

18 Dost, s. 156.

19 Fedax v. Venezuela, ICSID Case No: ARB/96/3, Jurisdiction, para. 21-26.

20 Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Morocco (ICSID Case No: ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, para. 52.

21 Salini, para. 57.

22 Bu yönde kararlar için bkz: Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi ve A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No: ARB/03/29), Joy Mining Machinery Limited v. Egypt (ICSID Case No. ARB/03/11), Jan de Nul N.V. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No: ARB/04/13).

23 Mehmet Can Acıkalın, "Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey", Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, s. 41-42.

24 Alex Grabowski, "The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini", Chicago Journal of International Law: Vol. 15, No:1, s. 308.

25 Bu yöndeki kararlar için bkz: Fraport v. Philippines (ARB/03/25), Cementownia v. Turkey (ARB(AF)/06/02); Hamester v Ghana (ARB/07/24); Amco Asia Corporations and Others v. Republic of Indonesia, (ARB/81/1); Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, (ARB/03/24); Inceysa Vallisoleta S.L. v. Republic of El Salvador (ARB/03/26).

26 Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No: ARB/06/05, Award of 15 April 2009, para. 113.

27 Phoenix, para. 113-145.

28 Phoenix, para. 106.

29 PLC Arbitration, Bad Faith Transaction Is Not An Investment, (Erisim Tarihi: 02.07.2017), <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>.

30 Grabowski, s. 300.

31 Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, para. 171.

32 Europe Cement Investment, para. 175.

33 Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13, Excerpts of Award dated July 16, 2012, para. 416-417.

34 Inceysa Vallisoleta v El Salvador (Award), ICSID Case No ARB/03/26, 2 August 2006, para. 224.

35 Stephan W. Schill, "Good Faith Limitations On Protected Investments And Corporate Structuring", Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-16, s. 7.

36 Schill, s. 7; Inceysa, para. 230-257.

37 Akyüz, s. 359.

38 Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v Ghana (Award), ICSID Case No ARB/07/24, 18 June 2010, para. 123-124.

arbitral tribunal defined its duty as *ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected*, and in this context, it stated that investments which are against to the principles of international law, particularly principle of good faith, is not to be protected. From this point of view, even if the all investment criteria in Salini test were fulfilled in the present case, the lack of jurisdiction decision was rendered due to violation of the principle of good faith. For this reason, by means of both the Phoenix case and other precedents in this respect, we can reach the conclusion that a new element, “an investment made in the framework of good faith principle”, or briefly “principle of good faith” was added to the Salini test. ■

davasındaki hakem heyeti kendi görevini *yalnızca uluslararası iyi niyet ilkesi ile örtüşen ve sistemi suiistimal etme girişiminde bulunmayan yatırımların korunmasını temin etmek* olarak tanımlamakta ve bu çerçevede, başta iyiniyet ilkesi olmak üzere uluslararası hukuk ilkelerine aykırılık teşkil eden yatırımların korunmayacağını belirtmektedir. Bu tespitten hareketle, Salini testinde yer alan yatırım kriterlerinin tamamının somut olayda mevcut olmasına rağmen, iyiniyet ilkesine aykırılıktan dolayı dava konusu uyuşmazlıkta yetkisizlik kararı verilmiştir. Bu sebeple, gerek Phoenix davası gerekse bu konudaki diğer emsal kararlar sayesinde, “iyiniyet ilkesi çerçevesinde yapılmış bir yatırımın olması” şeklinde yeni bir kriterin, kısaca iyiniyet kriterinin Salini testine eklendiği sonucuna ulaşılabilmektedir. ■

BIBLIOGRAPHY KAYNAKÇA

Alex Grabowski, “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago Journal of International Law*: Vol. 15, No:1

Christopher Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge University Press, 2001

Dikran Zenginkuzucu, *Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü* Merkez (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi, Legal Yayıncılık 2012

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>, (Access Date: 28.06.2017)

İnci Ataman Figanmeşe, “Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Taraf Olduğu ICSID Davaları”, *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012

Mehmet Can Açıkalin, “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey”, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1

PLC Arbitration, Bad Faith Transaction Is Not An Investment, (Access Date: 02.07.2017), <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>

Stephan W. Schill, “Good Faith Limitations On Protected Investments And Corporate Structuring”, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-16*

Süleyman Dost, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Asil Yayın, 2006

Şule Akyüz, “The Jurisdiction of Icsid: the Application of the Article 25 of Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, Volume: 52, Issue: 3

Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, 2016

Alex Grabowski, “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago Journal of International Law*: Cilt. 15, Sayı: 1

Christopher Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge University Press, 2001

Dikran Zenginkuzucu, *Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü* Merkez (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi, Legal Yayıncılık 2012

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>, (Erişim Tarihi: 28.06.2017)

İnci Ataman Figanmeşe, “Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Taraf Olduğu ICSID Davaları”, *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012

Mehmet Can Açıkalin, “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey”, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1

PLC Arbitration, Bad Faith Transaction Is Not An Investment, (Erişim Tarihi: 02.07.2017), <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>

Stephan W. Schill, “Good Faith Limitations On Protected Investments And Corporate Structuring”, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-16*

Süleyman Dost, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Asil Yayın, 2006

Şule Akyüz, “The Jurisdiction of Icsid: the Application of the Article 25 of Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, Cilt: 52, Sayı: 3

Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, 2016