

PSEG GLOBAL V. TURKEY ICSID REVIEW OF JUDGMENT

PSEG GLOBAL V. TURKEY ICSID KARAR İNCELEMESİ

--

HARUN ABAZ

ABSTRACT

In the 1980s, based on Turkey's increasing energy demand, the liberalization of the energy sector and the decision to take the initiative in the participation of foreign investors, a number of laws were enacted allowing private companies to establish energy facilities and sell energy to the state. In this context, many incentives were given, including the treasury-guaranteed energy sale and the build-operate-transfer model. In this study, based on these steps taken by Turkey in the liberalization process, the lawsuit filed against the host country Turkey by PSEG Konya Ilgın, which aims to invest in Turkey, will be examined.

ÖZET

1980'li yıllarda Türkiye'nin giderek artan enerji talebine istinaden, enerji sektörünün liberalleşmesi ve yabancı yatırımcıların katılımı hususunda inisiyatif alınmasına karar verilmesine istinaden, Türkiye'de özel şirketlerin enerji tesisleri kurmasına ve devlete enerji satmasına izin veren birtakım kanunlar yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda hazine garantili enerji satışı ve yap işlet devret modeli de dahil olmak üzere birçok teşvikler verilmiştir. Bu çalışmada, Türkiye'nin liberalleşme sürecinde attığı bu adımlara binaen Türkiye'de yatırım yapmayı amaçlayan PSEG Konya Ilgın'ın ev sahibi ülke Türkiye aleyhine açtığı ve Türkiye'nin aleyhine sonuçlanan bu dava incelenecektir.



KEYWORDS

ICSID, INVESTMENT ARBITRATION, FAIR AND EQUITABLE TREATMENT OBLIGATION, INDIRECT EXPROPRIATION, ARBITRARINESS AND DISCRIMINATION.



ANAHTAR KELİMELER

ICSID, YATIRIM TAHKİMİ, ADİL VE EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ, DOLAYLI EL KOYMA, KEYFİYET VE AYRIMCILIK.

PART 3

In this study, based on these steps taken by Turkey in the liberalization process, the lawsuit filed against the host country Turkey by PSEG Konya Ilgın, which aims to invest in Turkey, will be examined.

Bu çalışmada, Türkiye'nin liberalleşme sürecinde attığı bu adımlara binaen Türkiye'de yatırım yapmayı amaçlayan PSEG Konya Ilgın'ın ev sahibi ülke Türkiye aleyhine açtığı ve Türkiye'nin aleyhine sonuçlanan bu dava incelenecektir.

I. INTRODUCTION

In the case subject to the decision, claimants are the USA-based PSEG Global, the USA-based North American Coal Corporation and Konya Ilgın Electricity Generation and Commerce Limited Company established by PSEG Global, while respondent is the State of the Republic of Turkey.

Claimant investor started negotiations with the Ministry of Energy and Natural Resources in April 1994 for the construction and operation of Konya Ilgın Power Plant with the build-operate-transfer model ("BOT"). PSEG/ Ilgın Elektrik initiative has prepared a feasibility report regarding the project. Pursuant to this report, it is anticipated that the average tariff will be 4.98 cents/kWh and the producing power will be 425 MW. The report was approved in November 1995 in accordance with Laws no. 3096 and 3996 in force at that time. In August 1996, an implementation agreement for the Konya Ilgın Power Plant project was reached after negotiations between investors began in December 1995. This agreement contains some technical details about the project and also stipulates some additional agreements such as Energy Sale Agreement, Fund Agreement and Treasury Guarantee should be made in order to carry out the project. Following this

I. GİRİŞ

Karara konu olayda davacı taraflar Amerika merkezli PSEG Global, Amerika merkezli North American Coal Corporation ve PSEG Global tarafından kurulan Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi iken davalı taraf ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti'dir.

Davacı yatırımcı, Konya Ilgın Elektrik Santrali'nin yap işlet devret modeli ("YİD") ile yapılıp işletilmesi için 1994 yılının Nisan ayında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile görüşmelere başlamıştır. PSEG/ Ilgın Elektrik girişimi projeye ilişkin bir fizibilite raporu hazırlamıştır. Bu rapor uyarınca, ortalama tarifenin 4,98 cent/ kWh ve üretim gücünün 425 MW olacağı öngörülmüştür. Rapor, o tarihlerde yürürlükte olan 3096 ve 3996 sayılı Kanunlara uygun olarak 1995 yılının Kasım ayında onaylanmıştır. Girişim, 1995 Aralık ayında, Konya Ilgın Elektrik Santrali projesinin uygulanması için görüşmeler başlamış ve Ağustos 1996'da bir uygulama anlaşması imzalanmıştır. Bu anlaşma projeye ilgili bazı teknik detayları içermektedir ve ayrıca projenin yürütülmesi için ek olarak Enerji Satım Anlaşması, Fon Anlaşması ve Hazine Garantisi gibi bazı ek anlaşmaların da yapılması gerektiğini öngörmektedir. Bu sürecin akabinde, Anayasa Mahkemesi'nin 26.03.1997 tarih ve E. 1996/64, K. 1997/40 sayılı kararıyla 3996



process, with the decision of the Constitutional Court dated 26.03.1997 and numbered E. 1996/64, K. 1997/40, the relevant provisions of the law numbered 3996 were annulled since these projects were public services and were subject to administrative law, not private law, therefore these projects had to be approved by the Council of State. Following these developments, the investor applied to the Council of State for the purpose of examining the implementation agreement and received approval as a concession agreement from the Council of State in March 1998. Although the Council of State removed the ICSID arbitration clause from the contract while giving its approval, PSEG Global continued to inform the Ministry that it reserves its right to apply to arbitration. The Council of State also stated that the investor should prepare a revised mine study and the Ministry can only reject the revised tariff with a reasonable justification if the revised work is more costly than the first. The Ministry and the investor could not reach an agreement on the concession agreement and the revised proposal, especially on the Energy Sale Agreement and Fund Agreement, for a long time.

Although the investor applied to the Ministry to be subject to the provisions of private law with the law numbered 4501 enacted

sayılı kanunun ilgili hükümlerini, bu projelerin kamu hizmeti olması ve özel hukuka değil idare hukukuna tabi olması gerekçesiyle iptal etmiştir ve bu projelerin Danıştay onayından geçmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu gelişmelerin akabinde yatırımcı, uygulama anlaşmasının incelenmesi amacıyla Danıştay'a başvurarak 1998 yılının Mart ayında Danıştay'dan imtiyaz sözleşmesi olarak onay almıştır. Danıştay onay verirken sözleşmeden ICSID tahkim klotunu çıkarmışsa da, PSEG Global Bakanlığa tahkim hakkını saklı tuttuğunu bildirmeye devam etmiştir. Danıştay ayrıca yatırımcıya revize edilmiş maden çalışması hazırlaması gerektiğini belirtmiş ve revize edilen çalışmanın ilkinden daha masraflı olması halinde Bakanlığın revize edilmiş tarifeyi ancak makul gerekçeyle reddedebileceğini belirtmiştir. Bakanlık ile yatırımcı, uzun süre boyunca imtiyaz sözleşmesi ve revize teklif üzerinde özellikle de Enerji Satım Anlaşması ve Fon Anlaşması'nın üzerinde mutabakat sağlayamamışlardır.

Yatırımcı, 22 Ocak 2000 tarihinde çıkarılan 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Hakkında Uygulanması Gereken İlkeler Dair Kanun" ile özel hukuk hükümlerine tabi olmak için Bakanlık nezdinde müracaatta bulunmuş ise de Bakanlık bu başvurunun Bakanlar Kurulu

PART 3

on January 22, 2000, the Ministry requested some changes in the contract in order to send this application to the Council of Ministers. These changes could not be agreed upon, and there was no result in the form of approval or rejection by the Ministry.

For the realization of the project, it is necessary to conclude a long-term energy sales agreement with TEAŞ. However, with the law numbered 4628 enacted in March 2001, the project has become impossible since the making of these agreements was limited to a period of one year. In addition, the Electricity Energy Fund was liquidated in accordance with the Law No. 4684 enacted in June 2001, and after all these developments, Claimant initiated the arbitration process in ICSID.

II. ASSESSMENTS OF THE TRIBUNAL AND FAIR AND EQUITABLE TREATMENT

Claimant claims that second article and third paragraph of the Treaty Between the United States of America and The Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments ("BIT") has been violated. According to the article, "Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in a manner consistent with international law." In line with similar decisions, claimant claims that Turkey violated its obligation with an unfair, arbitrary and harmful attitude and investing in Turkey is like a "Roller Coaster Ride" since the investment conditions are at the zenith one day and at the bottom the next, there is an unstable environment in investment, transactions are not transparent and impartial and the sanctions are made in bad faith. On the other hand, the respondent Turkey states that the BITs should not be made according to the investor, but the investor should comply with these agreements, the obligation to act in a fair and equitable manner can be interpreted differently in each concrete case and it should be applied flexibly.

Claimant underlines that its justified expectation arising from the state guarantee was also ignored. Claimant also argued that the approved feasibility reports, additional contracts, treasury guarantee, energy sale and fund agreement and letters of guarantee constituted a justified expectation for them.

lu'na gönderilmesi için sözleşmede birtakım değişiklikler yapılmasını istemiştir. Bu değişiklikler üzerinde anlaşılammış, Bakanlık tarafından onay ya da ret şeklinde bir sonuç çıkmamıştır.

Projenin gerçekleşmesi için TEAŞ ile uzun zamanlı enerji satış anlaşması yapılması gerekmektedir. Ancak Mart 2001'de çıkan 4628 Sayılı kanun ile bu anlaşmaların yapılması 1 yıllık süre ile sınırlandırıldığından artık proje imkânsız hale gelmiştir. Buna ek olarak Haziran 2001'de çıkarılan 4684 Sayılı kanun uyarınca Elektrik Enerjisi Fonu tasfiye edilmiş olup tüm bu gelişmelerin akabinde, davacı ICSID nezdinde tahkim sürecini başlatmıştır.

II. HAKEM HEYETİNİN DEĞERLENDİRMELERİ VE ADİL VE EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Davacı, Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri arasında yapılan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma'nın ("ITY") 2. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Belirtilen maddeye göre; "Yatırımlar, milletlerarası hukukla ahenk sağlanarak, her zaman eşit ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulacak, korunacak ve güvenlikten yararlanacaklardır". Davacı, benzer kararlar doğrultusunda Türkiye'nin haksız, keyfi ve zararlı bir tutumla bu yükümlülüğünü ihlal ettiğini, Türkiye'de yatırım yapmayı "Roller Coaster" benzetmesiyle anlatarak bir gün yatırım koşullarının en tepede, diğer gün en altta olduğunu, yatırımda istikrarsız ortamın var olduğunu, işlemlerin şeffaf ve tarafsız olmadığını ve yaptırımların kötü niyetle yapıldığını iddia etmektedir. Öte yandan davalı Türkiye, İTY'lerin yatırımcıya değil, yatırımcının bu anlaşmalara uyum sağlaması gerektiğini, adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğünün her somut olayda farklı yorumlanabilecek olduğunu ve esnek şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Davacı, devlet garantisinden kaynaklanan haklı beklentisinin de göz ardı edildiğinin altını çizmektedir. Ayrıca onaylanan fizibilite raporlarının, ek sözleşmelerin, hazine garantisinin, enerji satışı ve fon anlaşmasının ve teminat mektuplarının kendilerinde haklı bir beklenti oluşturduğunu ileri sürmüştür. Buna karşılık Davalı Türkiye, hazine garantisini veya ek sözleşmelerin üzerinde herhangi bir uzlaş-

The defendant Turkey, on the other hand, retorted that they had stated that the treasury guarantee or additional contracts were not violated because there was no agreement on them, and that the parties' agreement did not ensure that these negotiations would be successful; rather, it only ensured that they would be possible.

The arbitral tribunal decided the following regarding the obligation to act fairly and equitably in view of all these allegations and defenses:

Regarding the obligation to act fairly and equitably, its standard is not as precise as desired, as the role played by fair and equitable behavior varies from case to case. Nonetheless, this standard clearly allows justice to be achieved even where there are no traditional violations of international law standards. The role it plays gives the concept of the standard of fair and equitable treatment a distinctive position that is separate and distinct from, but closely related to the positions of all other standards, thus ensuring that the protection afforded to the investment is fully secured.

The arbitral tribunal believed in the good faith of the respondent, but drew attention to many points regarding the negligent behavior of the government during the negotiations with the claimant, and came across to examples of violations of its obligations to act fairly and equitably. The tribunal has also evaluated the continuous changes in the legal status of the project in accordance with the newly enacted laws within the scope of the obligation to act in a fair and equitable manner.

The arbitral tribunal also underlined that although it is normal to make legislative changes in a country, not all of the conditions affecting the investment decision of the investor can be changed against the investor.

III. CLAIMANT'S REQUESTS ACCEPTED BY THE ARBITRAL TRIBUNAL

As explained in detail above, the arbitral tribunal essentially recognised the claimant's claims on the breach of respondent's obligation to act fairly and equitably, thus decided accordingly. According to this de-

ma olmamasından dolayı ihlal edilmediğini, taraflar arasındaki sözleşmede bu görüşmelerin başarıyla sonuçlanacağını garanti edilmediğini, yalnızca bu görüşmelerin yapılmasının mümkün olacağını belirttikleri yönünde cevap vermiştir.

Tüm bu iddia ve savunmalar ışığında hakem heyeti, adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğüne ilişkin olarak şu tespitleri yapmıştır:

Adil ve hakkaniyetli davranışın oynadığı rol davadan davaya değiştiği için, standardı arzu edildiği ölçüde kesin değildir. Yine de bu standart milletlerarası hukuk standartlarının geleneksel ihlallerinin mevcut olmadığı hallerde de adalete ulaşılmasına açıkça imkân verir. Oynadığı bu rol, adil ve hakkaniyetli muamele standardı kavramına, diğer tüm standartların konularından ayrı ve farklı olmakla birlikte bunlarla yakın ilişki içinde de olan, böylelikle yatırıma sağlanan korumanın bütünüyle güvence altında olmasını sağlayan, kendine mahsus bir konum kazandırmaktadır.

Hakem heyeti davalı yanın iyi niyetin varlığına inanmış, ancak hükümetin davacı ile yaptığı pazarlıklar sırasında ihmalkâr davranışlarına ilişkin birçok noktaya dikkat çekerek adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüklerinin ihlal örneğine rastlamıştır. Projenin hukuki statüsünün yeni çıkan kanunlar uyarınca devamlı olarak değişmesini de adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmiştir.

Hakem heyeti ayrıca her ne kadar bir ülkede yasa değişiklikleri yapılmasının normal olsa da yatırımcının yatırım kararını etkileyen şartların tamamının yatırımcı aleyhine değiştirilemeyeceğinin altını çizmiştir.

III. DAVACININ HAKEM HEYETİ TARAFINDAN KABUL EDİLEN TALEPLERİ

Yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere, hakem heyeti esasen davacının, davalının adil ve eşit davranma yükümlülüğü ihlali iddialarını haklı bularak hüküm tesis etmiştir. Bu hükme göre hakem heyeti, bilirkşi raporunu

PART 3

cision, the arbitral tribunal, based on the expert report, considering the costs incurred for financing, permits, company structure, preparation of drafts and negotiations, and implementation preparations, awarded US\$ 9,061,479.34 compensation. Moreover, the arbitral tribunal awarded respondent to pay annual interest at the rate of LIBOR+2 average of six months and 35% of the arbitration costs are covered by claimant and 65% by respondent Turkey¹.

IV. CLAIMANT'S DISMISSED REQUESTS

On the other hand, the arbitral tribunal dismissed claims on full protection and security, arbitrariness and discrimination, indirect expropriation and breach of other obligations related to investment. The full protection and security obligation is based on the third paragraph of the second article of the BIT. Claimant has developed two different arguments in this regard. Firstly, as identified in CME case, would it include the adverse effects of changes in the law or administrative actions on the investment. Secondly, as in the OEPD decision, violating the principle of fair and equitable treatment will automatically lead to a violation of the principle of full protection and security. The arbitral tribunal noted that this obligation has changed over time in the context of the physical safety of people and facilities, and can only be broadly evaluated in exceptional circumstances.

esas olarak; finansman, izinler, şirket yapısı, tasarımların ve görüşmelerin hazırlanması ve uygulama hazırlıkları için yapılan masrafları göz önünde bulundurarak 9.061.479,34 Amerikan Doları tazminata hükmetmiştir. Ayrıca, davalının altı aylık LIBOR+2 ortalaması oranında yıllık faiz ödemesine ve tahkim masraflarının %35'nin davacılar, %65'nin ise davalı Türkiye tarafından karşılanmasına karar verilmiştir¹.

IV. DAVACININ HAKEM HEYETİ TARAFINDAN KABUL EDİLMEYEN İDDİALARI

Öte yandan hakem heyeti, davacının tam koruma ve güvenlik, keyfiyet ve ayrımcılık, dolaylı el koyma ve yatırıma ilişkin diğer yükümlülüklerin ihlali iddialarını düşürmüştür. Tam koruma ve güvenlik yükümlülüğü, İTY 2. maddesinin 3. fıkrasına dayanmaktadır. Davacı bu bakımdan iki farklı argüman geliştirmiştir. İlki; CME davasında olduğu gibi, tam koruma ve güvenliğin, yasa değişikliklerinin yan etkilerini veya hükümetin yatırıma ilişkin aldığı aksiyonları da içine aldığıdır. İkinci argüman ise, OEPD kararında olduğu gibi, adil ve hakkaniyete uygun davranma ilkesinin ihlal edilmesinin otomatik olarak tam koruma ve güvenlik ilkesinin de ihlaline yol açacağıdır. Hakem heyeti, bu yükümlülüğün zaman içerisinde insanların ve tesislerin fiziksel güvenliği bağlamında değiştiğini, yalnızca bazı istisnai hallerde geniş bir çerçevede değerlendirilebileceğini belirtmiştir.

Claimant bases its claim of arbitrariness and discrimination on the third paragraph of the second article of the BIT. Aforementioned article provided for protection against arbitrary and discriminatory measures that impaired the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion or disposal of the investment. According to the claimants, this arose in the present case, especially with the refusal of ministerial approval and contractual rights and the refusal to reinstate such rights following the Constitutional Court's decision. The arbitral tribunal, on the other hand, decided that this situation was a violation of the obligations to act in a fair and equitable manner and that it was not necessary to open a separate chapter in terms of arbitrariness and discrimination.

The claim of breach of the other obligations regarding the investment is based on the umbrella clause in the BIT. Umbrella clauses in investment agreements usually guarantee the fulfillment of all obligations undertaken by the host state in favor of investors willing to invest in that country. The arbitral tribunal did not find it necessary to decide whether there was a breach of the umbrella clause, as it could not find any evidence of breach of any contractual obligation².

Tribunal decided that for indirect expropriation to take place, there had to be some form of deprivation of the investor in the control of the investment, the management of day-to-day operations of the company, interfering in the administration, impeding the distribution of dividends, interfering in the appointment of officials and managers, or depriving the company of its property or control in total or in part. However, the arbitral tribunal determined that even though the Turkish Government handled the pertinent issues incorrectly, this did not constitute indirect expropriation.

V. APPRECIATIONS

One of the important aspects of the case is that it is the first investment arbitration decision to which Turkey is a party³. The evaluations of the arbitral tribunal also have striking aspects. Namely;

Mihaly v. Sri Lanka case, the arbitral tribunal decided that the expenses incurred by the investor could not be claimed from the state, since the exchange of letters between

Davacı, keyfiyet ve ayrımcılık iddiasını İTY'nin 2. maddesinin 3. fıkrasına dayandırmaktadır. Anılan madde; yatırımın yönetimini, işletilmesini, bakımını, kullanımını, yararlanılmasını, edinilmesini, genişletilmesini veya elden çıkarılmasını engelleyen keyfi ve ayrımcı önlemlere karşı koruma sağlar. Davacılar bu durum, mevcut davada, özellikle bakanlık onayının ve sözleşme kapsamındaki hakların reddedilmesi ve Anayasa Mahkemesi kararının ardından bu tür hakların iade edilmesinin reddedilmesi ile ortaya çıkmıştır. Hakem heyeti ise bu durumun adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüklerinin ihlali olduğunu ve keyfilik ve ayrımcılık bakımından ayrıca bir başlık açılmasının gerekli olmadığı yönünde karar vermiştir.

Davacının yatırıma ilişkin diğer yükümlülüklerinin ihlali iddiası, İTY'deki şemsiye klozuna (umbrella clause) dayanmaktadır. Yatırım anlaşmalarındaki şemsiye klozları genellikle, ev sahibi devlet tarafından o ülkeye yatırım yapmaya istekli yatırımcılar lehine üstlenilen tüm yükümlülüklerin yerine getirilmesini garanti eder². Hakem heyeti, sözleşmeye ilişkin herhangi bir yükümlülüğün ihlaline dair kanıt bulamadığı için şemsiye klozu ihlalinin olup olmadığı konusunda karar vermeye gerek görmemiştir.

Davacının dolaylı el koyma iddiasına ilişkin hakem heyeti, dolaylı el koymanın olması için, yatırımın kontrolünde yatırımcının bir çeşit yoksunluğu, şirketin günlük operasyonlarının yönetimi, yönetime ilişkin müdahaleler, kar dağıtımının engellenmesi, yöneticilerin ve direktörlerin atanmasına müdahalelerin olması gerektiğini belirtmiştir. Hakem heyeti ise, Türk Hükümeti'nin konuya ilişkin meseleleri ele alış biçiminde yanlışlıklar olsa da bunların dolaylı el koyma niteliğinde olmadığına karar vermiştir.

V. DEĞERLENDİRMELER

PSEG Global v. Türkiye davasının önemli yanlarından biri, Türkiye'nin taraf olduğu ilk yatırım tahkim kararı olmasıdır³. Hakem heyetinin değerlendirmelerinin de çarpıcı yanları bulunmaktadır. Şöyle ki;

Mihaly v. Sri Lanka davasında hakem heyeti yatırım sözleşmesi öncesinde taraflar arasında sözleşme öncesi safhada gerçekleşen ve ileride akdedilecek olan yatırım sözleşme-

FOOTNOTE

1 H. Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler (2007-2016), İstanbul 2017, s.17.

2 İlyas Gölcüklü, "Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration", Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 37, Sayı: 2, s. 356.

3 Süleyman Dost, "Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya İlgili Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 3, s. 1072.



DİPNOT

1 H. Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler (2007-2016), İstanbul 2017, s.17.

2 İlyas Gölcüklü, "Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration", Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 37, Sayı: 2, s. 356.

3 Süleyman Dost, "Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya İlgili Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 3, s. 1072.

PART 3

THE INTERPRETATION AND CHARACTERIZATION OF THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN THE PARTIES HAS VITAL IMPORTANCE IN TERMS OF THE CONCLUSIONS AND THE DECISIONS TAKEN BY THE ARBITRAL TRIBUNAL.

the parties at the pre-contractual stage before the investment contract, in which the investment contract to be concluded in the future was discussed does not mean that the investment contract has been concluded. According to the arbitral tribunal, the negotiations ended without the conclusion of a binding contract and there is no obligation between the parties as no contract has been signed⁴. It is for this reason that respondent Turkey referred to this decision. The most striking part of the arbitral tribunal in PSEG v. Turkey case is that the ICSID arbitral tribunal concluded that the conditions in the PSEG Konya Ilgın case were different from the Mihaly case. It has been argued by claimant that the concession agreement concluded between PSEG Global and the Ministry of Energy for the establishment of a power plant in Konya, which passed the examination of the Council of State, should be accepted as an investment in accordance with the BIT concluded between Turkey and the USA. The Ministry of Energy, on the other hand, argued that there was no investment on the grounds that the project was not carried out. Unlike the Mihaly case, the arbitral tribunal in the PSEG case decided that since the concession agreement was approved by the Council of State and signed by the parties, the parties were bound by the contract, and therefore the research and development expenses incurred after the contract was signed were within the scope of the invest-

ment. The arbitral tribunal in the PSEG case decided that since the concession agreement was approved by the Council of State and signed by the parties, the parties were bound by the contract, and therefore the research and development expenses incurred after the contract was signed were within the scope of the invest-

sinin tartışıldığı mektup teatisinin, yatırım sözleşmesinin yapıldığı anlamına gelmediğinden dolayı yatırımcı tarafından yapılan masrafların devletten istenemeyeceği yönünde karar vermiştir. Hakem heyetine göre, görüşmeler bağlayıcı bir sözleşme akdedilmeden sona ermiştir ve bir sözleşme imzalanmadığı için taraflar arasında bir borç ilişkisi de mevcut değildir⁴. Bu nedendir ki davalı Türkiye bu karara atıf yapmıştır. PSEG v. Turkey davasında hakem heyetinin esas bakımından dikkat çekici olan kısmı ise, ICSID hakem heyetinin, PSEG Konya Ilgın davasında koşulların Mihaly davasından farklı olduğu sonucuna varmasıdır. PSEG Global şirketi ile Enerji Bakanlığı arasında Konya'da elektrik santralinin kurulması için akdedilen ve Danıştay incelemesinden geçen imtiyaz sözleşmesinin, davacı tarafından Türkiye ve ABD arasında akdedilen BIT uyarınca yatırım olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Enerji Bakanlığı ise projenin yapılmadığı gerekçesiyle ortada bir yatırım olmadığını savunmuştur. Mihaly davasından farklı olarak PSEG davasında hakem heyeti, imtiyaz sözleşmesinin Danıştay tarafından onaylanması ve tarafların imzası olması sebebiyle, tarafların sözleşme ile bağlı olduğu ve bu sebeple sözleşme imzalandıktan sonra yapılan araştırma ve geliştirme masraflarının yatırım kapsamına girdiği yönünde karar vermiştir.

VI. CONCLUSION

Considering the different decisions made by ICSID, the interpretation of the obligation to act in a fair and equitable manner is applied by considering the fairness in each case. The interpretation and characterization of the legal relationship between the parties has vital importance in terms of the conclusions and the decisions taken by the arbitral tribunal. So much so, as noted in an example given above, in *Mihaly v. Sri Lanka* case, the exchange of letters did not constitute an investment contract, whereas in the PSEG Global v. Turkey case although there was essentially no concrete investment, claimant had only prepared a feasibility report and the investment opportunity had been eliminated in accordance with the changing laws, the arbitral tribunal ruled for compensation due to the host state's failure to fulfill some of its obligations.

From my point of view, the decision of the ICSID arbitral tribunal regarding the violation of the obligation to act in a fair and equitable manner was appropriate when the material facts in the concrete dispute were taken into account.

VI. SONUÇ

ICSID tarafından verilen farklı kararlar göz önünde bulundurulduğunda, adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğünün yorumlanması her olaya göre hakkaniyet göz önünde bulundurularak uygulanmaktadır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin yorumlanması ve nitelendirilme şekilleri, varılan sonuç ve hakem heyetinin aldığı kararlar bakımından hayati öneme sahiptir. Öyle ki, yukarıda verilen bir örnekte belirtildiği üzere *Mihaly v. Sri Lanka* davasında mektup teatisi yatırım sözleşmesinin yapıldığı anlamına gelmezken, *PSEG Global v. Turkey* davasında da esasen somut bir yatırım bulunmamasına, davacının yalnızca fizibilite raporu almış olmasına ve değişen kanunlar uyarınca yatırım imkanının da ortadan kalkmış olmasına rağmen hakem heyeti ev sahibi devletin birtakım yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı tazminata hükmetmiştir.

Kanaatimce, ICSID hakem heyetinin adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğünün ihlali yönündeki kararı, somut uyuşmazlıktaki maddi vakıalar göz önünde bulundurulduğunda yerinde olmuştur.

TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN YORUMLANMASI VE NİTELENDİRİLME ŞEKİLERİ, VARILAN SONUÇ VE HAKEM HEYETİNİN ALDIĞI KARARLAR BAKIMINDAN HAYATİ ÖNEME SAHİPTİR.



FOOTNOTE

⁴ Ali Osman Karaoğlu, *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, İstanbul 2019, s. 101.

BIBLIOGRAPHY

İLYAS GÖLCÜKLÜ, "Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 37, S. 2, 2017.

SÜLEYMAN DOST, "Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya Ilgın Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 3, 2007.

ALİ OSMAN KARAOĞLU, *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, 1.Baskı, İstanbul 2019.

H. ERCÜMENT ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler (2007-2016)*, 1. Baskı, İstanbul 2017.

KAYNAKÇA

İLYAS GÖLCÜKLÜ, "Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 37, S. 2, 2017.

SÜLEYMAN DOST, "Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya Ilgın Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 3, 2007.

ALİ OSMAN KARAOĞLU, *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, 1.Baskı, İstanbul 2019.

H. ERCÜMENT ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler (2007-2016)*, 1. Baskı, İstanbul 2017.

DİPNOT

⁴ Ali Osman Karaoğlu, *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, İstanbul 2019, s. 101.