

## EXPROPRIATION IN FOREIGN ENERGY INVESTMENTS

### YABANCI ENERJİ YATIRIMLARINDA KAMULAŞTIRMA

CEREN NAZ ÜNSAL  
MEHMET EMRE DEMİR

#### ABSTRACT

The increased freedom of goods and capital throughout the world, especially after 1980s, enabled investors to maximize their profits by taking advantage of the advantageous conditions in foreign countries. Investors concentrating their investments on energy to meet the increasing energy needs in today's world, in other respects, must also consider the possibility of expropriation of the host-state. States are contingent upon standards for expropriation by concluding bilateral or multilateral international agreements with the intent of providing legal confidence in expropriation on the purpose of attracting investors to the country. In the present study, the types of expropriation and the conditions stipulated for expropriation in investment agreements will be examined.

#### ÖZET

Dünya genelinde özellikle 1980'ler sonrasında artan mal ve sermaye serbestisi, yatırımcıların yabancı ülkelerdeki avantajlı koşullardan faydalanmak suretiyle kârlarını maksimize etmesini sağlamıştır. Günümüz dünyasında artan enerji ihtiyacını karşılamak üzere yatırımlarını enerjide yoğunlaştıran yatırımcılar öte yandan ev sahibi devletin kamulaştırma ihtimalini de göz önünde bulundurmak zorundadır. Devletler yatırımcıyı ülkeye çekmek için kamulaştırma hususunda hukuki güven sağlamak amacıyla iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar akdederek kamulaştırmaya yönelik standartlara tabi olmaktadır. Bu çalışmamızda kamulaştırmanın türleri ve yatırım anlaşmalarında kamulaştırma hakkında öngörülen şartlar incelenecektir.



#### KEYWORDS

FOREIGN INVESTOR, ENERGY INVESTMENT, EXPROPRIATION, BILATERAL INVESTMENT AGREEMENT, TYPES OF EXPROPRIATION, INDIRECT EXPROPRIATION.



#### ANAHTAR KELİMELER

YABANCI YATIRIMCI, ENERJİ YATIRIMI, KAMULAŞTIRMA, İKİ TARAFLI YATIRIM ANLAŞMASI, KAMULAŞTIRMA TÜRLERİ, DOLAYLI KAMULAŞTIRMA.

## PART 5

In the present study, the types of expropriation and the conditions stipulated for expropriation in investment agreements will be examined.

Bu çalışmamızda kamulaştırmanın türleri ve yatırım anlaşmalarında kamulaştırma hakkında ön-görülen şartlar incelenecektir.

## I. INTRODUCTION

The world's population and technological advancements have led to an increase in the demand for energy, which is gradually rising. Both governments and investors in the private sector have been intensifying their investments toward the energy sector in recent years.

Many investors prefer to invest in a foreign country rather than their home country by evaluating various economic and political risks. By establishing dominance in the region, access to cheap labor in the host state, ease of transportation, and low-cost production opportunities, foreign investors who take advantage of the opportunity to invest in nations where these regulations are absent or are prevented from doing so by environmental, competitive, licensing, and other regulations in their own country, profit more. The host state responds by gaining from the employment power created by the foreign investor in the nation, the technology and infrastructure it brings, and the projects it can realize that the domestic investor cannot, while also paving the way for domestic investors to advance thanks to the know-how brought and introduced by foreign investors. Therefore, states offer incentives to attract foreign investors and they become a party

## I. GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler ve dünya nüfusunun günümüzde ulaştığı rakam nedeniyle enerjiye olan ihtiyaç günden güne artmaktadır. Gerek devletler gerekse özel sektördeki yatırımcılar son yıllarda yatırımlarını daha çok enerji sektörüne yoğunlaştırmaktadır.

Birçok yatırımcı çeşitli ekonomik ve politik riskleri değerlendirmek suretiyle kendi ülkesi yerine yabancı bir ülkede yatırım yapmayı tercih etmektedir. Kendi ülkesindeki çevre, rekabet, lisans ve sair düzenlemelerinden dolayı gerçekleştirmediği yatırımları, bu düzenlemelerin yer almadığı veya yatırımını engellemediği ülkelerde yapma imkanını değerlendiren yabancı yatırımcılar, bölgede hakimiyet kurarak ev sahibi devletteki ucuz işgücü, ulaşım kolaylığı, düşük maliyetle üretim yapabilme imkanlarıyla daha çok kâr elde etmektedirler. Buna karşılık ev sahibi devlet de yabancı yatırımcının ülkede yarattığı istihdam gücünden, getirdiği teknoloji ve altyapıdan, yerli yatırımcının gerçekleştiremediği büyüklükteki projelerden yararlanmakta, yabancı yatırımcının getirdiği ve tanıttığı know-how sayesinde yerli yatırımcıların da ilerlemesinin önünü açmaktadır. Bu sebeple devletler yabancı yatırımcıyı çekmek amacıyla teşvikler sunmakta, yatırımcıların tereddütlerini gidermek adına ülkedeki



to international agreements to build confidence in the legal climate in the country in order to eliminate the hesitations of investors.

Therewithal, since the host state is in the position of sovereign power and the state's executive and legislative powers, in so far as having the power to use the security forces and enforcement capacity against foreign investors, energy investment law has developed with a focus on protecting foreign investors. Mechanisms to protect foreign investors are national investment legislation, bilateral investment agreements between the host state and the foreign investor's state, and energy investment agreements in the nature of multilateral contracts.

Mechanisms to protect foreign investors are towards the political and economic risks faced by foreign investors. One of the political risks is expropriation. In this study, the types of expropriation, the way it is handled in international agreements and the standards on compensation are discussed.

## II. FOREIGN ENERGY INVESTMENT

Energy investment, which is a great opportunity for economic development in order to meet the increasing energy need especially

hukuki iklimde güven oluşturmak için uluslararası anlaşmalara taraf olmaktadır.

Aynı zamanda ev sahibi devlet, egemen güç konumunda olduğundan ve devletin yürütme, yasama yetkilerini elinde bulundurması, böylelikle güvenlik kuvvetlerini ve icra kabiliyetinin yabancı yatırımcı aleyhine kullanma kudreti olmasından dolayı enerji yatırım hukuku, yabancı yatırımcıyı koruma odaklı olarak gelişmiştir. Yabancı yatırımcıyı korumaya yönelik mekanizmalar milli yatırım mevzuatı, ev sahibi devlet (host state) ile yabancı yatırımcının devleti arasında yapılan ikili yatırım anlaşmaları ve çok taraflı sözleşme niteliğindeki enerji yatırım anlaşmalarıdır.

Yabancı yatırımcıyı korumaya yönelik mekanizmalar, yabancı yatırımcının karşılaştığı politik ve ekonomik risklere yöneliktir. Politik risklerden biri de kamulaştırma. Bu çalışmada kamulaştırma türleri, uluslararası anlaşmalarda ele alınış biçimi ve tazminat hakkındaki standartlar ele alınmaktadır.

## II. YABANCI ENERJİ YATIRIMI

Son yüzyılda özellikle de teknolojik gelişmeler sebebiyle artan enerji ihtiyacını karşılamak amacıyla yapılan ve ekonomik kalkınma için

## PART 5

due to technological developments in the last century, has been regulated by states both on the basis of national legislation and in international agreements. Energy investment, which is the investment subject of the majority of foreign investors as well as state or domestic investors, is defined differently from each other in the doctrine, arbitral tribunals and case law, by making teleological and literal interpretations in terms of its subject. For this reason, there is no uniform definition<sup>1</sup>. But in general, foreign investment is defined as "The commitment of a significant amount of resources to contribute to the development of the host state by taking risks within the scope of a long-term project and in the framework of the main purpose of making profit or gain". in the doctrine of international law<sup>2</sup>. It can be indicated that in order for an investment to be accepted as a "foreign" or "international" investment, it must have a foreign element in terms of the investor's personality and the investment process<sup>3</sup>. A natural person who is a citizen of a different country carries the element of foreignness in terms of legal entities and associations of the nationality of another country. The element of foreignness in the investment process is provided by the transfer of capital and financial funds from one country to another.

## Types of Investment

Foreign energy investment is divided into two as direct and indirect. Foreign direct investment is defined as "the transfer of tangible and intangible assets from one country to

büyük bir fırsat olan enerji yatırımı, devletler tarafından gerek ulusal mevzuat bazında gerek uluslararası antlaşmalarda düzenlenmiştir. Devletin veya yerli yatırımcıların yanı sıra yabancı yatırımcıların büyük bir çoğunluğunun yatırım konusunu oluşturan enerji yatırımı, konusu itibarıyla doktrinde, hakem heyetlerinde ve içtihat hukukunda gai ve lafzi yorum yapılmak suretiyle birbirinden farklı şekilde tanımlanmaktadır. Bu sebeple yeknesak bir tanım söz konusu değildir<sup>1</sup>. Fakat genel olarak uluslararası hukuk doktrininde "yabancı yatırım, bir gerçek veya tüzel kişi tarafından uzun dönemli bir proje kapsamında, kâr ya da kazanç elde edilmesi temel amacı çerçevesinde, risk alınmak suretiyle, ev sahibi devletin gelişimine katkı sağlayacak düzeyde önemli bir kaynak taahhüdünde bulunulması biçiminde tanımlanmaktadır"<sup>2</sup>. Bir yatırımın "yabancı" veya "uluslararası" yatırım olarak kabul edilebilmesi için yatırımcının şahsı ve yatırımın süreci açısından yabancılik unsuru taşınması gerektiği söylenebilir<sup>3</sup>. Farklı bir ülkenin vatandaşı olan gerçek kişi, başka ülkenin tabiiyetindeki tüzel kişi ve dernekler, kişi bakımından yabancılik unsuru taşıyor. Yatırım sürecindeki yabancılik unsuru ise sermayenin, finansal fonun bir ülkeden başka bir ülkeye transferi ile sağlanır.

## Yatırım Türleri

Yabancı enerji yatırımı, doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan yabancı yatırımı "maddi ve gayri maddi varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye transfer edilmesi"<sup>4</sup> şeklinde tanımlanırken dolaylı yabancı ya-

another"<sup>4</sup>, while indirect foreign investment is more often defined as the issuance of stocks or bonds as a portfolio investment<sup>5</sup>. Foreign direct investment, which is a long-term investment type with a more tangible, physical existence, and permanent works, should be undertaken by evaluating the risks and conditions in detail due to these characteristics<sup>6</sup>. Due to the permanence of the investment, a foreign investor who is unable to move the hydroelectric power plant and or solar panel system he or she developed back to his or her home country assumes a significant risk. Consequently, this makes the investor think twice.

## III. RISKS FACED BY INVESTORS AND THE PROTECTION MECHANISMS

## A. In General

Investing, in accordance with the legislation, conditions and opportunities of another country, involves many economic, political and socio-political risks. While the size of the market in the host state, labor costs, tax obligations, price controls, restrictions on capital transfers, restrictions on hiring foreign workers create economic risks, "the local people's boycott of foreign companies, the country's value judgments preventing shopping from foreign manufacturers and the government's support of this system"<sup>7</sup> contribute to the existence of cultural barriers. Political events and processes in the host state, civil war, political developments and relations between the investor's state of citizenship or nationality and the host state, the threat of expropriation by the host state against the foreign investor constitute political risks. When political risks are divided into macro and micro political risks, it is observed that macro political risks are relevant for all investors in the host state. Political boycotts by the state, the tendency to expropriate private investment, changes in the tax code, price controls are examples of macro political risks. Micro-political risks are risks that apply to specific sectors, projects and investors. Tax, licensing, registration regulations on certain business activities, decisions to expropriate foreign investments in certain sectors, and import or export regulations only for certain goods are considered micro-political risks.

tırımı daha çok portföy yatırımı olarak hisse senedi veya tahvil ihraç edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>5</sup>. Daha somut, fiziki varlığı olan, ortaya kalıcı eserlerin çıktığı, uzun dönem süren bir yatırım türü olan doğrudan yabancı yatırıma, bu özellikleri nedeniyle riskler ve şartlar detaylı değerlendirilerek girilmelidir<sup>6</sup>. Kurduğu güneş paneli sistemini, yaptığı hidroelektrik santralini yerinden söküp kendi ülkesine götürme şansı olmayan doğrudan yatırım yapan yabancı yatırımcı, yatırımın kalıcılığı nedeniyle çok büyük bir risk yüklenmektedir. Bu da yatırımcıyı iki kez düşünmeye sevk etmektedir.

## III. YATIRIMCILARIN KARŞILAŞTIĞI RİSKLER VE KORUMA MEKANİZMALARI

## A. Genel Olarak

Bir başka ülkenin mevzuatı, şartları ve imkanları uyarınca yatırım yapmak birçok ekonomik, politik ve sosyo-politik riskleri barındırmaktadır. Ev sahibi devletteki pazarın büyüklüğü, işçilik maliyetleri, vergi yükümlülükleri, fiyat kontrolleri, sermaye transferindeki kısıtlamalar, yabancı işçi çalıştırmadaki sınırlamalar ekonomik riskleri oluştururken bölge halkı yabancı şirketleri boykot etmesi, "ülkedeki değer yargıları yabancı üreticilerden alışveriş yapmayı engellemesi ve hükümetin de bu sistemi desteklemesi" kültürel engellerin<sup>7</sup> varlığına işaret eder. Ev sahibi devletteki politik olay ve süreçler, iç savaş, yatırımcının vatandaşı veya tabiiyetinde olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasındaki politik gelişmeler ve ilişkiler, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya yönelik kamulaştırma tehdidi ise politik riskleri oluşturur. Politik riskler makro ve mikro politik riskler olarak ayrıldığında makro politik risklerin ev sahibi devletteki tüm yatırımcılar için söz konusu olduğunu görürüz. Devletin siyasal boykotları, özel yatırımları kamulaştırma eğilimi, vergi kanununda değişiklikler, fiyat kontrolleri makro politik risklere örnektir. Mikro politik riskler ise belirli sektörler, projeler ve yatırımcılar bazında geçerli olan risklerdir. Belirli işletme faaliyetleri hakkında getirilen vergi, lisans, ruhsat düzenlemeleri, belirli sektördeki yabancı yatırımları kamulaştırmaya yönelik kararlar, sadece belirli mallar bakımından getirilen ithalat veya ihracat düzenlemeleri mikro politik risk olarak değerlendirilir.

## FOOTNOTE

1 Alper Çağrı Yılmaz, Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları, Ankara, 2012, p. 24.

2 Dolzer Rudolf/ Schreuer Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, New York 2008, p. 60; Schreuer Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 135; Salacuse, Jeswald W., The Law of Investment Treaties, 2010, p. 18; Schreuer Christoph H., The Dynamic Evolution of the ICSID System, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Taking Stock after 40 Years, Nomos Verlagsgesellschaft, (Ed. Rainer Hofmann/ Christian J. Tams), Baden 2007, p. 4.

3 Yılmaz, p. 25.

4 Bilgin Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayanırılı Hukuk Yayınları, Ankara 2003, p. 10.

5 Yılmaz, p. 32.

6 Kazem Dehghansomah, Iran Hukuk Sisteminde Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yatırıma El Konulması, Master's Thesis, İstanbul 2015, p. 4.

7 Mustafa Emir/ Ahmet Kurtaran, "Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Politik Risk Unsuru", Muhasebe ve Finansman Dergisi, S. 28, 2005, p. 4.



## DİPNOT

1 Alper Çağrı Yılmaz, Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları, Ankara, 2012, s. 24.

2 Dolzer Rudolf/ Schreuer Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, New York 2008, s. 60; Schreuer Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 135; Salacuse, Jeswald W., The Law of Investment Treaties, 2010, p. 18; Schreuer Christoph H., The Dynamic Evolution of the ICSID System, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Taking Stock after 40 Years, Nomos Verlagsgesellschaft, (Ed. Rainer Hofmann/ Christian J. Tams), Baden 2007, s. 4.

3 Yılmaz, s. 25.

4 Bilgin Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayanırılı Hukuk Yayınları, Ankara 2003, s. 10.

5 Yılmaz, s. 32.

6 Kazem Dehghansomah, Iran Hukuk Sisteminde Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yatırıma El Konulması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 4.

7 Mustafa Emir/ Ahmet Kurtaran, "Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Politik Risk Unsuru", Muhasebe ve Finansman Dergisi, S. 28, 2005, s. 4.

## PART 5

## B. Mechanisms for the Protection of Investments

When choosing a country to invest in, foreign investors weigh and evaluate macro-micro political, economic and cultural risks. Since the host state cannot realize the investments that it wants to realize in its own country through local investors or the state due to reasons such as capital, infrastructure, etc., it enacts various regulations in order to attract foreign investors to its country. States seeking to attract foreign investors by offering incentives, tax reductions, privileged terms and conditions to foreign investors in certain sectors or for certain activities make economic promises and, more importantly, take steps to provide legal protection. By amending national legislation in favor of foreign investors, by signing bilateral investment treaties with many states, and by becoming a party to the Energy Charter Treaty, a multilateral investment treaty that will be discussed in more detail later, it creates a sense of confidence in foreign investors that their investment will be protected and treated in accordance with international standards.

Expropriation is one of the biggest issues that investors will face, and since it is the topic of this article, we will discuss how expropriation is dealt with in international energy investment agreements, how investors are safeguarded from the risk of expropriation, and the guidelines and principles of expropriation in situations where it is necessary and appropriate.

## IV. EXPROPRIATION

## A. The Concept of Expropriation

Expropriation, which is regulated in Article 46 of the Constitution as *"The State and public legal entities are authorized to expropriate all or part of the immovable properties in private ownership and to establish administrative easements on them, according to the principles and procedures set forth by law, provided that they pay their real value in advance, in cases where the public interest so requires"*,

## B. Yatırımın Korunmasına İlişkin Mekanizmalar

Yabancı yatırımcı, yatırım yapacağı ülkeyi seçerken makro-mikro politik riskleri, ekonomik ve kültürel riskleri değerlendirip tartarak karar alır. Ev sahibi devlet de kendi ülkesinde gerçekleştirmek istediği yatırımları sermaye, altyapı vb. sebeplerle yerel yatırımcı veya devlet eliyle gerçekleştiremediği için yabancı yatırımcıları ülkesine çekmek adına çeşitli düzenlemeler yapar. Yabancı yatırımcılara belirli sektörler açısından veya belirli faaliyetler bakımından teşvikler sunarak, vergi indirimi yaparak, imtiyazlı şartlar sağlayarak yabancı yatırımcı çekmek isteyen devletler ekonomik vaatlerden daha da önemli hukuki himaye sağlamaya yönelik adımlar atmaktadır. Milli mevzuatta yabancı yatırım lehine düzenlemeler yaparak, birçok devletle iki taraflı yatırım anlaşması (bilateral agreement) imzalayarak, ileride daha detaylı değinilecek olan ve çok taraflı yatırım anlaşması niteliğini haiz Enerji Şartı Anlaşması'na taraf olarak yabancı yatırımcıya yatırımının korunacağına ve uluslararası standartlar uyarınca muamele göreceğine dair güven hissini yaratır.

Yatırımcının karşılaşacağı en büyük sorunlardan biri olan kamulaştırma bu makalenin konusu olduğundan kamulaştırma meselesinin uluslararası enerji yatırım sözleşmelerinde nasıl düzenlendiği, kamulaştırma tehlikesine karşı yatırımcının nasıl korunduğu, kamulaştırmanın zorunlu ve meşru olduğu hallerde bunun yapılma usul ve esasları incelenecektir.

## IV. KAMULAŞTIRMA

## A. Kamulaştırma Kavramı

Anayasa'nın 46. maddesinde *"Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir"* şeklinde düzenlenen kamulaştırma *"devlet veya kamu tüzel kişilerin yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kullanılmak üzere, kamu yararı amacıyla, özel hukuk kişisinin mülkiyetinde bulunan taşınmazın, malik ile satın alma sürecinde bedel konusunda anlaşamaması nedeniyle, idarenin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından tespit edilecek gerçek karşılığının idareye ödenmesi halinde mülkiyetinin mahkemenin tescil kararı ile idareye geçmesine ilişkin idari ve adli aşamadan oluşan karma bir işlemdir"*<sup>8</sup>. Özel mülkiyete tabi bir taşınmaz, ancak "kamu yararı"nın gerektirmesi ve taşınmaz sahibine gerçek bedelinin ödenmesi koşuluyla kamulaştırılabilir. Söz konusu unsurları taşımayan kamulaştırma işlemleri idari yargıya tabi iptal davasına konu yapılabilir. Fakat buradaki kamu yararı kavramı soyut olduğundan kesin bir tanımı yapılamamaktadır. Doktrinde dar anlamda kamu yararının, mülkiyet hakkının sınırlanmasında ve özüne müdahale yapılmasındaki ölçüyü<sup>9</sup> gösterdiği ifade edilirken geniş anlamda bireysel çıkarın üstünde ortak iyilik, genel yarar, toplumsal refah anlamına geldiği belirtilmektedir. Uluslararası yatırım hukuku bağlamında ise kamulaştırma *"mülkiyet hakkına kamusal güç tarafından el konulması ya da bu hakta değişiklikler yapılması olarak"* tanımlanmaktadır<sup>10</sup>. Yani Türk hukukunda hukuki bir kurum olarak kabul edilen kamulaştırma, milletlerarası yatırım hukukunda da şartlara uyulmak kaydıyla meşru ve hukuki bir yöntem olarak kabul edilmektedir.

is *"to be used in the execution of public services that the State or public legal entities are obliged to fulfill, it is a mixed procedure consisting of administrative and judicial stages in which, for the purpose of public interest, the immovable property owned by a private law person is transferred to the administration with the registration decision of the court if the real value to be determined by the civil court of first instance upon the application of the administration is paid by the administration due to the failure to agree on the price during the purchase process with the owner"*<sup>8</sup>. An immovable subject to private ownership can only be expropriated if "public interest" so requires and the owner of the immovable is paid its real value. Expropriation transactions that do not meet the aforementioned elements may be subject to action for annulment under administrative jurisdiction. However, since the concept of public interest here is abstract, a precise definition cannot be given. In the doctrine, it is stated that the public interest in the narrow sense indicates *the measure in limiting the right to property and interfering with its essence*<sup>9</sup>, while in the broad sense, it means the common good, general benefit, social welfare above individual interest. In the context of international investment law, expropriation is defined as *"the seizure or modification of property rights by public power"*<sup>10</sup>. In other words, expropriation, which is accepted as a legal institution in Turkish law, is also accepted as a legitimate and legal method in international investment law, provided that the conditions are complied with.

## B. Direct Expropriation and Indirect Expropriation

It would be appropriate to explain the difference between the concept of expropriation in Turkish law and the concept of indirect expropriation in international investment law as *"In Turkish law, expropriation is a lawful transaction carried out through administrative and judicial proceedings based on the Constitution and the Expropriation Law. On the other hand, indirect expropriation is generally unlawful as the condition of payment of compensation, which is one of the conditions for expropriation to be lawful, is not fulfilled"*<sup>11</sup>.

lerinin yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kullanılmak üzere, kamu yararı amacıyla, özel hukuk kişisinin mülkiyetinde bulunan taşınmazın, malik ile satın alma sürecinde bedel konusunda anlaşamaması nedeniyle, idarenin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından tespit edilecek gerçek karşılığının idareye ödenmesi halinde mülkiyetinin mahkemenin tescil kararı ile idareye geçmesine ilişkin idari ve adli aşamadan oluşan karma bir işlemdir"

## B. Doğrudan-Dolaylı Kamulaştırma

Türk hukukundaki kamulaştırma kavramı ile milletlerarası yatırım hukukundaki dolaylı kamulaştırma kavramları arasındaki farkı: *"Türk hukukunda kamulaştırma, Anayasa ve Kamulaştırma Kanunu'na dayanılarak idari ve adli işlemler vasıtasıyla gerçekleştirilen hukuka uygun nitelikteki bir işlemdir. Dolaylı kamulaştırma ise, genellikle kamulaştırmanın hukuka uygunluk şartlarından tazminat ödenmesi koşulu gerçekleştirilmediğinden hukuka aykırı niteliktedir."*<sup>11</sup> şeklinde açıklamak yerinde olacaktır.

## FOOTNOTE

8 Meltem Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

9 Zeynep Fırtına, Enerji Sektöründe Özel Kişiler Lehine Kamulaştırma: Elektrik Piyasası Özelinde İnceleme, Master's Thesis, Ankara 2009, p. 37.

10 Black's Law Dictionary, 9th Edition, St. Paul, Thomson West, 2009, p. 662.

11 Hümeysra Zeynep Erden, Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, İstanbul, 2015, p. 116-117.

## DİPNOT

8 Meltem Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

9 Zeynep Fırtına, Enerji Sektöründe Özel Kişiler Lehine Kamulaştırma: Elektrik Piyasası Özelinde İnceleme, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 37.

10 Black's Law Dictionary, 9th Edition, St. Paul, Thomson West, 2009, s. 662.

11 Hümeysra Zeynep Erden, Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, İstanbul, 2015, s. 116-117.

## PART 5

## FOOTNOTE

12 Örneğin bkz. Biloune v. Ghana, s. 183-211; Metalclad v. Mexico, para. 31, 35, 38; Siemens v. Argentina, para. 271.

13 Örneğin bkz. Benvenuti et Bonfant v. Congo, para. 4.24-4.37; Fireman's Fund Insurance v. Mexico, para. 176/1, dn. 155.

14 Erden, p. 117.

15 Erden, p. 117.

16 Kamulaştırma Kanunu (m. 1/1).

17 Erden, p. 117.

18 Middle East Cement Shipping v. Egypt, para. 107; Tippetts, para. III/1.

19 Erden, p. 119.

20 For Turkish Law Anayasa (m. 46/1); Kamulaştırma Kanunu (m. 1/1). For international investment law. Sornarajah, p. 375; Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırım, p. 192.

21 Erden, p. 119.

22 Bağdagül Kaya Caner, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Ankara, 2021, p. 192-193.

23 Kaya Caner, p. 193.

24 Kaya Caner, p. 195.

25 Kaya Caner, p. 195.

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

27 Kaya Caner, p. 195-196.

28 PSEG Global Inc. And Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Decision, 19.01.2007.

29 Kaya Caner, p. 196.

Unlike expropriation, indirect expropriation may lack a legal basis. Indirect expropriation may be realized through the regulatory acts of the administration<sup>12</sup> or as a result of the inaction of the administration<sup>13,14</sup>. Indirect expropriation can manifest in many different forms. Examples include the revocation of previously issued business or construction licenses, non-issuance or non-renewal of licenses or free zone permits, disproportionate tax increases, criminal prosecution, arrest or deportation of the investor or key players in the investment, government interference in the management of the investment through the appointment of a person, and export bans<sup>15</sup>.

One of the most important differences between these two concepts is that while expropriation in Turkish law is the process of transferring plots<sup>16</sup>, land and other immovable property to the ownership of the state, in international indirect expropriation, the subject is not limited to the immovable property, but the investor's business, movable property, rights arising from intellectual and industrial property law<sup>17</sup>.

The last difference between both expropriations is that in expropriation, the ownership of the immovable property is transferred to the state, whereas in indirect expropriation, the ownership remains with the investor, but the exercise of the rights arising from the ownership is significantly limited or completely eliminated<sup>18,19</sup>.

In terms of the similarity between the two concepts, we can mention that both types of expropriation are carried out by public legal entities<sup>20,21</sup>.

### C. Indirect Expropriation and Interventions that cannot be considered as Expropriation

*"Regarding the state's expropriation of foreign investments, the issue of which type of expropriation is considered lawful and which type of expropriation is considered unlawful is controversial"*<sup>22</sup>. Therefore, in each concrete case, the issue of which acts of the state will be taken within the scope of expropriation and which will not should be examined individually in the light of the principles mentioned in the Energy Charter Treaty, especially on the basis of Articles 10 and 13. In addition, as mentioned before, the

Kamulaştırmadan farklı olarak, dolaylı kamulaştırma kanuni dayanaktan yoksun olabilir. Dolaylı kamulaştırma idarenin düzenleyici işlemleri<sup>12</sup> ile olabileceği gibi idarenin eylemsizliği sonucunda<sup>13</sup> da gerçekleşebilir<sup>14</sup>. Dolaylı kamulaştırma pek çok farklı şekillerde tezahür edebilir. Bunlara, daha önceden verilen işletme veya inşaat ruhsatının iptal edilmesi, lisans veya serbest bölge izinlerinin verilmemesi ya da yenilenmemesi, orantısız vergi artışları, yatırımcının veya yatırım için kilit rolde olan kişilerin ceza kovuşturmasına tabi tutulması, tutuklanması veya sınır dışı edilmesi, yatırımın yönetimine hükümet tarafından kişi tayin etmek suretiyle müdahalede bulunulması ve ihracat yasağı kararlarını örnek olarak sayabiliriz<sup>15</sup>.

Bu iki kavram arasındaki en önemli farklardan biri de Türk hukukundaki kamulaştırma arsa, arazi ve diğer taşınmazların devletin mülkiyetine geçirilmesi işlemi iken<sup>16</sup>, milletlerarası dolaylı kamulaştırmada çoğunlukla konu taşınmaz ile sınırlı kalmayıp yatırımcının işletmesine, taşınır mallarına, fıkri ve sinai mülkiyet hukukundan doğan haklarına yönelik olmaktadır<sup>17</sup>.

Her iki kamulaştırmaya yönelik farklardan sonuncusu ise, kamulaştırmada ilgili taşınmazın mülkiyeti devlete geçmekte iken dolaylı kamulaştırmada mülkiyet yatırımcıda kalmakta fakat mülkiyetten doğan haklarının kullanılması önemli ölçüde sınırlandırmakta ve yahut tamamen ortadan kalkmaktadır<sup>18,19</sup>.

İki kavram arasındaki benzerlik açısından ise her iki kamulaştırma türünün de kamu tüzel kişileri tarafından yapılmasını zikredebiliriz<sup>20,21</sup>.

### C. Dolaylı Kamulaştırma İle Kamulaştırma Sayılamayacak Müdahaleler

*"Devletin yabancıların yatırımlarına el atmasına ilişkin olarak, hangi tür el atmanın hukuka uygun, hangi tür el atmanın hukuka aykırı kabul edileceği hususu tartışmalıdır"*<sup>22</sup>. Dolayısıyla devletin hangi tasarrufunun kamulaştırma kapsamında alınacağı hangisinin alınmayacağı hususu her somut olayda Enerji Şartı Anlaşması'nda zikredilen ilkeler ışığında özellikle 10 ve 13. madde bazında tek tek incelenmelidir. Ayrıca daha önce de zikredildiği üzere kamulaştırmanın konusu *"gayrimenkuller olabildiği gibi, menkuller,*

subject of expropriation can be *"real estate, movables, licenses, permits and contractual rights"*<sup>23</sup>.

Although the general principles of the Energy Charter Treaty must be complied with in order for a lawful expropriation to take place, whether the necessary conditions are met will be determined by the arbitral tribunal's examination of the concrete dispute<sup>24</sup>.

In determining whether expropriation has occurred in the concrete dispute, the arbitral tribunal applies the substantial deprivation test and decides accordingly<sup>25</sup>. In PSEG v. Turkey<sup>26</sup>, the arbitral tribunal emphasized that in order for expropriation to be considered expropriation, the investor must be substantially deprived of the rights related to its investment and lists these rights as *"deprivation of control of the investment, of the day-to-day management and administration of the company, of the right to the distribution of income and profits, of the selection of the company's managers and personnel, of the company's property or of the control of all or part of such property"*<sup>27,28</sup>.

In another energy investment dispute, CMS Gas Transmission Company v. Argentina, the investor company applied to ICSID on the grounds of violation of the fair and equitable standard of treatment, non-arbitrary and non-discriminatory treatment and prohibition of expropriation without compensation<sup>29</sup>.



*lisans, ruhsat ve sözleşmeden doğan haklar da olabilmektedir"*<sup>23</sup>.

Hukuka uygun bir el atmanın gerçekleşebilmesi için Enerji Şartı Anlaşması'nın genel ilkelerine uyulması zorunlu olsa da, gerekli şartların karşılanıp karşılanmadığı, hakem heyetinin somut uyuşmazlığa yönelik incelemeleri sonucunda tespit edilebilecektir<sup>24</sup>.

Hakem heyeti somut uyuşmazlıkta devletleş-tirmenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken önemli ölçüde mahrum kalma (substantial deprivation) testini uygulamakta ve bunun sonucuna göre karar vermektedir<sup>25</sup>. PSEG v. Turkey<sup>26</sup> kararında da hakem heyeti, el atmadan söz edilebilmesi için yatırımcının yatırımına ilişkin haklardan önemli ölçüde mahrum kalması gerektiğini vurgulamış ve bu hakları *"yatırımın kontrolünden, şirketin gündelik sevk ve idaresinden, gelirin ve kârın dağıtımına ilişkin haklardan, şirket yönetimi ve personelinin seçimi, şirketin mallarından veya bu malların tamamının veya bir bölümünün kontrolünden mahrum bırakılması"*<sup>27</sup> şeklinde sıralamıştır<sup>28</sup>.

Diğer bir enerji yatırımı uyuşmazlığı olan CMS Gas Transmission Company v. Argentina davasında ise yatırımcı şirket adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, keyfi ve ayrımcı davranmama ve tazminatlı el atmanın yasaklanması hükümlerine aykırılık gerekçesi ile ICSID'e başvurmuştur<sup>29</sup>.

## DİPNOT

12 Örneğin bkz. Biloune v. Ghana, s. 183-211; Metalclad v. Mexico, para. 31, 35, 38; Siemens v. Argentina, para. 271.

13 Örneğin bkz. Benvenuti et Bonfant v. Congo, para. 4.24-4.37; Fireman's Fund Insurance v. Mexico, para. 176/1, dn. 155.

14 Erden, s. 117.

15 Erden, s. 117.

16 Kamulaştırma Kanunu (m. 1/1).

17 Erden, s. 117.

18 Middle East Cement Shipping v. Egypt, para. 107; Tippetts, para. III/1.

19 Erden, s. 119.

20 Türk hukuku için bkz. Anayasa (m. 46/1); Kamulaştırma Kanunu (m. 1/1). Milletlerarası yatırım hukuku için bkz. Sornarajah, s. 375; Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırım, s. 192.

21 Erden, s. 119.

22 Bağdagül Kaya Caner, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Ankara, 2021, s. 192-193.

23 Kaya Caner, s. 193.

24 Kaya Caner, s. 195.

25 Kaya Caner, s. 195.

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

27 Kaya Caner, s. 195-196.

28 PSEG Global Inc. And Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Karar, 19.01.2007.

29 Kaya Caner, s. 196.

## PART 5

## FOOTNOTE

30 Kaya Caner, p. 197.

31 CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision, 12.05.2005, para. 263-264.

32 Kaya Caner, p. 197.

33 The PV Investors v. Spain (UNCITRAL), Charanne (the Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) v. Spain (SCC), Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain (SCC), CSP Equity Investment S.a.r.l. v. Spain (SCC), RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/30), Antin Infrastructure Services Luxembourg S.a.r.l. And Antin Energia Termosolar B.V. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/31), Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/36), Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/01), nextera Energy Global Holdings B.V. and nextera Energy Spain Holdings B.V. v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/11), infrared Environmental Infrastructure GP Ltd. Et al v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/12), Renergy S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/18) are some of these cases.

34 Kaya Caner, p. 197.

35 Nykomb Synergetics Technology Holding AB (İsveç) v. Letonya, Karar, Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü, 16.12.2003, p. 33.

36 Kaya Caner, p. 198.

37 Kaya Caner, p. 198-199.

38 Kaya Caner, p. 199.

39 Kaya Caner, p. 199.

40 Kaya Caner, p. 200.

In the case at hand, the investor company became a 30% shareholder in TGN, a natural gas transmission company established in Argentina, as a result of privatization. According to the agreement, TGN will calculate the tariffs by converting US dollars to Argentine Pesos at the current exchange rate and will reflect the inflation difference in the tariffs to avoid any loss of profit. Although the necessary authorization for this price policy was obtained from the Argentine Energy Market for 35 years, the authorization was later revoked as a result of the devaluation in the country. Despite the investor's 75% loss of profit, the tribunal ruled that there was no substantial deprivation and consequently no expropriation, on the grounds that *"the investor retained control of its investment, the state did not manage the day-to-day routine operations of the company, and the company continued to own and control its investment"*<sup>30,31</sup>.

Whether interventions by the host state in foreign energy investments constitute expropriation has come up in various disputes<sup>32</sup>. In particular, there has been a significant increase in disputes regarding renewable energy investments in the last decade<sup>33,34</sup>.

In these cases, the dispute is generally centered on whether the investor's profits are significantly lower than expected as a result of the subsequent breach of prior commitments, particularly with respect to pricing, constitutes indirect expropriation.

In this context, we are of the opinion that it would be useful to briefly examine the first arbitration case based on the Energy Charter Treaty, Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Nykomb) v. Latvia<sup>35,36</sup>.

In 1997, Latvia announced that tariffs would be doubled in order to attract foreign investors in the electricity sector and made the necessary legislative amendments. In this context, Nykomb, which considered that investing in the host country would be a good opportunity, made the necessary investments, but the payment was not made as promised. Instead of double tariff, 75% more than the tariff in force was paid for the electricity produced<sup>37</sup>.

Somut olayda yatırımcı şirket Arjantin'de kurulmuş olan TGN isimli doğal gaz iletim faaliyetleri yürüten şirkete %30 oranında özelleştirme neticesinde ortak olmuştur. Anlaşmaya göre TGN ücretlendirmeyi güncel döviz kuru üzerinden ABD dolarının Arjantin Pesosuna çevirerek hesaplayacaktır ve kar kaybı olmayacaktır. Bu fiyat politikası için Arjantin Enerji Piyasası'ndan 35 yıllığına gerekli izinlerin alınmış olmasına rağmen, ülkede gerçekleşen devalüasyon neticesinde verilen izin sonradan iptal edilmiştir. Yatırımcının %75 oranında kar kaybına uğramasına rağmen hakem heyeti, *"yatırımcının yatırımının kontrolünü elinde tuttuğu, devletin şirkete ilişkin günlük mutad operasyonları yönetmediği bunun yanı sıra şirketin yatırımının mülkiyet ve kontrolünü elinde tutmaya devam ettiği"*<sup>30</sup> gerekçesi ile önemli ölçüde mahrum kalma halinin söz konusu olmadığına ve sonuç olarak kamulaştırmanın söz konusu olmadığına hükmetmiştir<sup>31</sup>.

Ev sahibi devlet tarafından yabancı enerji yatırımlarına yönelik yapılan müdahalelerin kamulaştırma teşkil edip edemeyeceği çeşitli uyuşmazlıklarda gündeme gelmiştir<sup>32</sup>. Özellikle yenilenebilir enerji yatırımlarına yönelik uyuşmazlıklarda son on yıl içerisinde önemli bir artış göze çarpmaktadır<sup>33,34</sup>.

Söz konusu bu davalarda uyuşmazlığın genel olarak toplandığı nokta özellikle fiyatlandırma konusunda önceden verilen taahhütlerin sonradan bozulması neticesinde yatırımcının karının önemli ölçüde beklenenden düşük olmasının, dolaylı kamulaştırmaya girip girmeyeceği hususudur.

Bu kapsamda Enerji Şartı Anlaşması'na dayanılarak açılan ilk tahkim davası olan olan Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Nykomb) v. Letonya<sup>35</sup> davasını kısaca incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz<sup>36</sup>.

Letonya 1997 yılında elektrik sektörüne yabancı yatırımcı çekmek amacıyla tarifelerin çift kat olarak ücretlendirileceğini duyurmuş ve buna yönelik gerekli mevzuat değişikliklerini yapmıştır. Bu kapsamda ev sahibi ülkeye yatırım yapmanın iyi bir fırsat olacağını değerlendiren Nykomb gerekli yatırımları

Nykomb then applied to the Stockholm Chamber of Commerce arbitration claiming a violation of Article 13 of the ECT. In this context, the arbitral tribunal did not interpret the change of the double tariff by the host state as indirect expropriation in violation of Article 13, but ruled that there was a violation of the protection of the investor's justified expectations under Article 10 of the ECT<sup>38</sup>.

In the reasoning of the award, the arbitral tribunal stated that the host state only amended the generation license and did not confiscate the assets of the investor's investment or intervene in the management of the investor's investment, and therefore, although the protection of the investor's justified expectations was violated, it concluded that there was no expropriation under Article 13 of the ECT<sup>39</sup>.

In conclusion, as mentioned in the above-mentioned arbitral awards, *"It is possible to say that the threshold for the host State's acts and actions to constitute an expropriation is generally perceived to be higher by arbitral tribunals. Therefore, it is possible that host States' acts and actions that cannot be considered as expropriation may be characterized as contrary to the principle of fair and equitable treatment"*<sup>40</sup>.

## V. EXAMPLES OF INDIRECT EXPROPRIATION IN INTERNATIONAL BILATERAL INVESTMENT TREATIES

Since many actions and transactions are included in the concept of indirect expropriation, bilateral investment treaties do not enumerate examples in an exhaustive manner. By drawing a general framework, the scope of transactions that may harm the investment is tried to be expressed.

yapmış fakat ödeme taahhüt edildiği şekilde yapılmamıştır. Üretilen elektriğe çift kat tarife yerine yürürlükteki tarifenin %75 fazlası ödenmiştir<sup>37</sup>.

Bunun üzerine Nykomb, EŞA'nın 13. maddesinin ihlali iddiasıyla Stokholm Ticaret Odası tahkimine başvurmuştur. Bu kapsamda hakem heyeti ev sahibi devlet tarafından çift kat tarifenin değiştirilmesini 13. Madde ihlali niteliğinde dolaylı kamulaştırma olarak yorumlamamış fakat EŞA'nın 10. Maddesi kapsamında yatırımcının haklı beklentilerinin korunmasına yönelik bir ihlal olduğuna hükmetmiştir<sup>38</sup>.

Hakem heyeti kararın gerekçesinde ise ev sahibi devletin yalnızca üretim lisansında değişiklik yaptığını, yatırımcının yatırımına yönelik mal varlığı değerlerine el koymadığını veya hut yönetimine bir müdahalede bulunmadığını belirtmiş, bu nedenle yatırımcının haklı beklentisinin korunması ihlal edilmiş de EŞA m. 13 kapsamında bir kamulaştırmadan söz edilemeyeceği kanaatine ulaşmıştır<sup>39</sup>.

Sonuç olarak yukarıda bahsettiğimiz hakem kararlarında da bahsedildiği üzere *"ev sahibi devletin işlem ve eylemlerinin el atma/kamulaştırma niteliğini teşkil edebilmesi için öngörülen eşğin genellikle hakem heyetlerince daha yüksek algılandığını söylemek mümkündür. Bu nedenle, ev sahibi devletlerin el atma mertebesinde kabul edilemeyecek işlem ve eylemlerinin, adil ve eşit muamele ilkesine aykırı olarak nitelendirilmesi mümkündür"*<sup>40</sup>.

## V. ULUSLARARASI İKİLİ YATIRIM SÖZLEŞMELERİNDE DOLAYLI KAMULAŞTIRMA ÖRNEKLERİ

Dolaylı kamulaştırma kavramına birçok eylem ve işlem dahil olduğundan ikili yatırım anlaşmalarında tahdidi olarak örnekler sayılmamıştır. Genel bir çerçeve çizmek suretiyle yatırıma zarar verecek işlemlerin kapsamı ifade edilmeye çalışılmıştır.

## DİPNOT

30 Kaya Caner, s. 197.

31 CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Karar, 12.05.2005, paragraf 263-264.

32 Kaya Caner, s. 197.

33 The PV Investors v. Spain (UNCITRAL), Charanne (the Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) v. Spain (SCC), Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain (SCC), CSP Equity Investment S.a.r.l. v. Spain (SCC), RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/30), Antin Infrastructure Services Luxembourg S.a.r.l. And Antin Energia Termosolar B.V. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/31), Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/36), Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/01), nextera Energy Global Holdings B.V. and nextera Energy Spain Holdings B.V. v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/11), infrared Environmental Infrastructure GP Ltd. Et al v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/12), Renergy S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/18) bu davalardan bazılarıdır.

34 Kaya Caner, s. 197.

35 Nykomb Synergetics Technology Holding AB (İsveç) v. Letonya, Karar, Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü, 16.12.2003, s. 33.

36 Kaya Caner, s. 198.

37 Kaya Caner, s. 198-199.

38 Kaya Caner, s. 199.

39 Kaya Caner, s. 199.

40 Kaya Caner, s. 200.

## PART 5

### A. Expropriation in the Agreement between the Republic of Turkey and the Swiss Confederation on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments

Article 5 of the bilateral investment treaty between Turkey and Switzerland stipulates that *"The Contracting Parties shall not indirectly or directly expropriate or nationalize, or subject to similar measures, the investments of investors of the other Contracting Party, except where such investments are made for purposes of public interest and in a non-discriminatory manner and where adequate and effective compensation is paid in a timely manner and in accordance with the law. The amount of compensation shall be paid to the investor without delay and shall be freely transferable"*. The phrase *"shall not indirectly and directly expropriate or nationalize or subject to similar measures"* in the said provision shows that nationalization is also within the scope of indirect expropriation, and that measures that are similar to expropriation or have similar effects to expropriation will also be considered as indirect expropriation. In other words, a sudden increase in taxes, the subsequent introduction of environmental regulations that did not exist when the investor initiated the investment and that will cause a great cost for the energy investment; actions such as cutting off the water, electricity, road of the energy investment facility has similar consequences to expropriation and therefore constitute indirect expropriation. Therefore, such actions by the state would constitute a breach of the bilateral investment treaty.

### B. Expropriation under the Turkey-Kazakhstan Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments

Article 3 of this bilateral investment treaty<sup>41</sup> stipulates that *"Neither Party shall subject the investments of investors of the other Party within its territory to nationalization, expropriation or similar practices which have the effect*

### A. Türkiye Cumhuriyeti ile İsviçre Konfederasyonu Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda Kamulaştırma

Türkiye ile İsviçre arasında yapılan ikili yatırım anlaşmasının 5. maddesinde "Akit Taraflar diğer Akit Taraf yatırımcılarının yatırımlarını kamu yararı amacı ile yapılacakları ve ayırım gözetmeyecek şekilde ve yeterli ve etkin tazminatın zamanında ödendiği ve kanuna uygun hareket edildiği haller dışında dolaylı ve doğrudan doğruya kamulaştırmayacak veya devletleştirmeyecek veya benzer önlemlere tabi tutmayacaktır. Tazminat tutarı yatırımcıya gecikmeksizin ödenecek ve serbestçe transfer edilebilecektir" şeklinde bir hüküm öngörülmüştür. Söz konusu hükümdeki "dolaylı ve doğrudan doğruya kamulaştırmayacak veya devletleştirmeyecek veya benzer önlemlere tabi tutmayacaktır" ibaresi devletleştirmenin de dolaylı kamulaştırma kapsamında olduğunu, kamulaştırmaya benzer işlemlerin yapıldığı veya kamulaştırmaya benzer etkilere sahip olan önlemlerin de dolaylı kamulaştırma olarak kabul edileceğini göstermektedir. Yani vergilerdeki ani artış, yatırımcı yatırımı başlattığında var olmayan çevre düzenlemelerinin sonradan getirilmesi ve bunun enerji yatırımı açısından büyük maliyete sebebiyet verecek olması; enerji yatırım tesisinin suyunu, elektriğini, yolunu kesmek gibi eylemler kamulaştırmaya benzer sonuçlar doğurduğundan dolaylı kamulaştırma ihtiva eder. Dolayısıyla taraf devletin bu tür işlemleri ikili yatırım anlaşmasının ihlaline vücut verecektir.

### B. Türkiye-Kazakistan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda Kamulaştırma

Bu iki taraflı yatırım anlaşmasının<sup>41</sup> 3. maddesinde ise "Kamu yararı amacıyla, ayırımcı olmayan, zamanında, yeterli ve etkin tazminat ödeyerek ve kanuni yollarla ve işbu Anlaşmanın 2. maddesinde belirtilen genel

*of nationalization, expropriation or similar effects, except in the public interest, non-discriminatory, timely, adequate and effective compensation and by lawful means and in accordance with the general principles set forth in Article 2 of this Treaty"*. In the event of discriminatory treatment between a domestic investor and a Kazakhstani investor or between a foreign investor and a Kazakhstani investor, the Kazakhstani investor has the option to file a lawsuit in Turkish domestic courts, as well as to refer to the international responsibility of the Republic of Turkey based on this bilateral investment treaty, and to international arbitration as provided for in the said agreement.

### C. Expropriation in the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Korea on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments

Article 6, paragraph 1 of the investment agreement concluded between the Republic of Korea and the Republic of Turkey<sup>42</sup> stipulates that *"Investments of citizens and companies of both Contracting Parties shall*

*ilkelere uygun olarak yapılan işlemler dışında Taraflardan hiçbirisi, kendi ülkesi sınırları içerisindeki diğer Taraf yatırımcılarının yatırımlarını, devletleştirme, kamulaştırma ve benzeri etkileri yaratan uygulamalara tabi tutmayacaktır."* şeklinde bir hüküm öngörülerek kamulaştırma şartlarından birinin ayrımcılık yapmama olduğu belirtilmiştir. Yerli yatırımcı ile Kazakstanlı yatırımcı arasında veya bir başka yabancı yatırımcı ile Kazakstanlı yatırımcı arasında ayrımcılık teşkil eden bir muamele söz konusu ise Kazakstanlı yatırımcı Türk yerel mahkemelerinde dava açma seçeneğinin yanı sıra işbu ikili yatırım anlaşmasına dayanarak Türkiye Cumhuriyeti'nin uluslararası sorumluluğuna da atıf yapabilecek, söz konusu sözleşmede öngörüldüğü üzere uluslararası tahkime gidebilecektir.

### C. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kore Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'da Kamulaştırma

Kore Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında akdedilen yatırım anlaşmasının<sup>42</sup> 6. maddesinin 1. fıkrasında "Her iki Akit Tarafın vatandaş ve şirketlerinin yatırımları, kamu yararı amacı ile yapılacak ve ayırım gözetmeyecek

## FOOTNOTE

<sup>41</sup> Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Republic of Turkey and the Republic of Kazakhstan published in the Official Gazette dated 11.02.1995 and numbered 22199.

<sup>42</sup> Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Republic of Korea published in the Official Gazette dated 02.05.1994 and numbered 21922.



## DİPNOT

<sup>41</sup> 11.02.1995 tarih ve 22199 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması.

<sup>42</sup> 02.05.1994 tarih ve 21922 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kore Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma.

## PART 5

be made for the purpose of public interest and shall not be expropriated or subjected to measures similar to expropriation and nationalization, except in cases where it is necessary for the internal needs of the Host Country in a non-discriminatory manner and at the same time adequate and effective compensation is paid in a timely manner and in accordance with the law". This provision, which stipulates public interest for expropriation, is similar to the expropriation provisions in Turkish legislation in this respect. Foreign investors may claim accountability from the host state under the terms of the international agreement in opposition to the expropriation process of the state that is unable to prove the public interest. The agreement also stipulates that the compensation to be awarded for wrongful expropriation must be adequate and effective. In terms of compensation, the provision of effective compensation means that the host state will not be able to pay the compensation many years later in a worthless currency. The adoption of the Hull Formula<sup>43</sup>, which is now accepted as international law, is demonstrated by the requirement of adequate compensation rather than acceptable compensation. This opens the door for the foreign investor to recover all damages suffered.

#### D. Expropriation in the Agreement between the Republic of Turkey and Japan on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments

Article 5, paragraph 3 of Turkey's energy investment agreement with Japan<sup>44</sup> states that "The compensation referred to in the provisions of paragraph 2 of this Article shall correspond to the normal market value of the investment and its proceeds on the date of the commencement or announcement of the expropriation, nationalization or measures having an equivalent effect, whichever is earlier, but shall not take into account any reduction in market value due to expectations of the eventual confiscation. Such compensation shall be paid without delay and shall include appropriate interest for the period up to the time of payment. Such compensation shall be convertible into cash and shall be freely transferable and shall be paid in such a manner as to prevent citizens and companies from being in a less favorable position than they would have been had the compensation been paid at the time of the expropriation, nationalization or measures having a similar ef-

şekilde Ev Sahibi Ülke'nin iç ihtiyaçları için gerekli olan ve aynı zamanda yeterli ve etkin tazminatı zamanında ödenen ve kanuna uygun hareket edilen haller dışında kamulaştırılmayacak veya kamulaştırma ve devletleştirilme-ye benzer önlemlere tabi tutulmayacaklardır." hükmü öngörülmüştür. Kamulaştırma için kamu yararını öngören bu düzenleme, Türk mevzuatındaki kamulaştırma hükümlerine bu açıdan benzerlik göstermektedir. Kamu yararını ispat edemeyen devletin kamulaştırma işlemine karşı yabancı yatırımcı uluslararası sözleşmeye dayanarak ev sahibi devletin sorumluluğuna gidebilecektir. Ayrıca haksız kamulaştırma için hükmedilecek tazminatın yeterli ve etkin olması da anlaşmada şart koşulmuştur. Tazminatlar açısından ise etkin tazminatın öngörülmesi, ev sahibi devletin tazminatı uzun yıllar sonra, değersiz bir para birimiyle ödeyemeyeceği anlamına gelmektedir. Uygun tazminat yerine yeterli tazminatın öngörülmesi uluslararası teamül hukuku haline gelen Hull Formülü'nün kullanıldığını<sup>43</sup> göstermekte olup yabancı yatırımcının uğradığı tüm zararları isteyebilmesinin önünü açmaktadır.

#### D. Türkiye Cumhuriyeti ile Japonya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'da Kamulaştırma

Türkiye'nin Japonya ile akdettiği enerji yatırım anlaşmasının<sup>44</sup> 5. maddesinin 3. fıkrasında "Bu maddenin 2. paragrafındaki hükümlerde bahsi geçen tazminat, kamulaştırmanın, millileştirmenin veya bunlara eşit etkisi olan önlemlerin başladığı veya ilan edildiği tarihten hangisi daha önce gerçekleşirse, yatırımın ve hasılatlarının bu tarihteki normal piyasa değerine tekabül edecektir, ancak sonuçta gerçekleşen el koymayla ilgili beklentiler nedeniyle piyasa değerinde meydana gelen düşmeler dikkate alınmayacaktır. Bu tür tazminat gecikmeksizin ödenecek ve ödeme zamanına kadar geçen süreyi göz önüne alan uygun bir faizi de kapsayacaktır. Söz konusu tazminat nakite çevrilebilecek ve serbestçe transfer edilebilecek ve eğer tazminat, kamulaştırmanın, millileştirmenin veya bunlara benzer etkisi olan önlemlerin gerçekleştiği tarihte ödenmiş olsaydı vatandaş ve şirketlerin bulunacakları durumdan daha az elverişli bir durumda olmalarını önleyecek bir şekilde

fect". When rumors of expropriation arise, the value of the invested enterprise drops significantly. Since this creates a disadvantageous situation for foreign investors, the fair market value before the rumors of expropriation is taken as the basis for determining the compensation. The payment of compensation without delay is related to the concept of effective compensation and is stipulated in the agreement in order to prevent an increase in the loss due to both the depreciation of the currency and the late receipt of the compensation by the investor.

When rumors of expropriation arise, the value of the invested enterprise drops significantly.

Kamulaştırma söylentileri çıktığında yatırım konusu işletmenin değeri büyük ölçüde düşmektedir.

#### E. Expropriation in the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Belgium-Luxembourg Economic Union for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments

Article 4, paragraph 3 of the bilateral investment treaty<sup>45</sup> stipulates that "Compensation shall be freely transferred to the country of origin of the citizen or company and in the currency in which the investment was made, or to any other country agreed upon by the citizen or company and the Contracting State and in any convertible currency, to be carried out efficiently". The provision stipulates that the compensation to be paid following unjust and unlawful expropriation shall be paid in a convertible currency, that is, in a curren-

ödenecektir." şeklindeki düzenleme ile tazminatın hakkaniyete uygun belirlenmesini sağlamıştır. Kamulaştırma söylentileri çıktığında yatırım konusu işletmenin değeri büyük ölçüde düşmektedir. Bu durum da yabancı yatırımcı açısından dezavantajlı bir durum yarattığından bedel belirlenirken kamulaştırma söylentilerinden önceki adil piyasa değeri esas alınmaktadır. Tazminat bedelinin gecikmeksizin ödenmesi etkin tazminat kavramına ilişkin olup gerek paranın değer kaybetmesi gerek yatırımcının tazminat alacağına geç ulaşması nedeniyle zararın artmasına engel olmak amacıyla anlaşmada öngörülmüştür.

#### E. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda Kamulaştırma

Söz konusu iki taraflı yatırım anlaşmasının<sup>45</sup> 4. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen "Tazminat, vatandaş veya şirketin menşe ülkesine ve yatırım yapıldığı para cinsinden veya vatandaş veya şirket, Akit ülkenin üzerinde anlaşacakları herhangi bir ülkeye ve herhangi bir konvertibl para cinsinden etkinlikle gerçekleştirilecek şekilde serbestçe transfer edilecektir." hükmü, haksız ve hukuka aykırı kamulaştırmayı müteakiben ödenecek olan tazminatın konvertibl bir para cinsi üzerinden yani uluslararası piyasalarda tedavül edebi-

## FOOTNOTE

<sup>43</sup> Ali Osman Karaoğlu, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, İstanbul 2019, p. 21.

<sup>44</sup> Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Republic of Turkey and Japan published in the Official Gazette dated 16.01.1993 and numbered 21467.

<sup>45</sup> Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Turkey and the Belgium-Luxembourg Economic Union published in the Official Gazette dated 08.10.1989 and numbered 20306.

## DİPNOT

<sup>43</sup> Ali Osman Karaoğlu, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, İstanbul 2019, s. 21.

<sup>44</sup> 16.01.1993 tarih ve 21467 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti ile Japonya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma.

<sup>45</sup> 08.10.1989 tarih ve 20306 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması.



## PART 5

cy that can be circulated in international markets and has a certain value in the markets. In the past, Latin American countries offered to “pay in coal” as compensation for the French investments they expropriated when they declared their independence, but this was rejected by the investors as coal was not a convertible currency. Therefore, this agreement emphasizes that payments cannot be made in such non-monetary commodities or values.

## VI. EXPROPRIATION IN THE ENERGY CHARTER TREATY

In order to avoid sanctions arising from unlawful expropriation transactions, states prefer to intervene indirectly by taking actions that reduce the profits of foreign investment, make it difficult and to a large extent prevent the continuation of the investment, instead of explicitly expropriating directly. Therefore, in order to prevent this and protect investors’ international investments worldwide, indirect expropriation is prohibited in many international investment treaties.

Turkey signed the Energy Charter Treaty in Lisbon on December 17, 1994, becoming the 42<sup>nd</sup> country to ratify this treaty, which is of great importance in protecting foreign energy investments from host state interventions. The purpose of the Energy Charter Treaty, which is of critical importance for the protection of foreign investors and the promotion of investment, can be listed as “increasing the security of energy supply, maximizing the

len, piyasalarda belirli bir değeri olan para cinsiyle ödeme yapılacağını öngörmüştür. Geçmişte Latin Amerika ülkeleri bağımsızlıklarını ilan ederken kamulaştırdıkları Fransız yatırımlarında tazminat olarak “kömür ile ödeme” teklifinde bulunsalar da kömür konvertibl bir para birimi olmadığından yatırımcılar tarafından reddedilmiştir. Dolayısıyla bu anlaşmada da bu tür para niteliğinde olmayan meta veya değerler ile ödeme yapılmayacağı hususu vurgulanmıştır.

## VI. ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI’NDA KAMULAŞTIRMA

Devletler, hukuka aykırı kamulaştırma işlemlerinden doğan yaptırımlardan kaçınmak amacıyla açıkça doğrudan kamulaştırma yapmak yerine yabancı yatırımın kârını düşüren, yatırımın devamını zorlaştıracak ve büyük ölçüde engelleyecek işlemler yaparak dolaylı yoldan müdahale etmeyi tercih etmektedirler. Dolayısıyla bunun da önüne geçmek ve yatırımcıların dünya çapında uluslararası yatırımlarını korumak adına dolaylı kamulaştırma birçok uluslararası yatırım anlaşmasında yasaklanmıştır.

Yabancı enerji yatırımlarının, ev sahibi devletin müdahalelerinden korunmasında büyük bir öneme sahip olan Enerji Şartı Anlaşması’nı Türkiye 17 Aralık 1994’te Lizbon’da imzalayarak bu anlaşmayı onaylayan 42. ülke olmuştur. Yabancı yatırımcının korunması ve yatırım yapılmasının teşviki için kritik bir öneme sahip olan Enerji Şartı Anlaşması’nın amacını; “enerji arzı güvenliğinin artırılması, enerji

efficiency of energy production, conversion, transportation, storage, distribution, transmission and use, strengthening security and minimizing environmental problems, encouraging and protecting investments, liberalizing energy trade and accessing international and national capital markets”<sup>46</sup>.

Article 10, paragraph 1 of the Energy Charter Treaty: “Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, promote and establish stable, fair, favorable and transparent conditions for Investments in its Area by Investors of other Contracting Parties. Such conditions shall include a commitment to ensure at all times fair and equitable treatment of Investments by Investors of other Contracting Parties. In addition, such Investments shall enjoy stable and continuous protection and security, and no Contracting Party shall in any way, by unreasonable or discriminatory measures, act in a manner that creates inequality in the administration, maintenance, benefit, right to use or transfer of Investments. In no case shall such Investments be subjected to procedures that are less favorable than the requirements imposed by international law, including Treaty obligations. Each Contracting Party shall fulfill the obligations undertaken by an Investor or Investors of another Contracting Party with respect to an Investment.”<sup>47</sup> emphasizes that the host state’s treatment of the investor must be fair and equitable and protect the investor’s justified expectation, and even if the interventions are not so severe as to constitute indirect expropriation, the investor may claim compensation for the damages incurred by claiming that the intervention is contrary to this article.

Again, the first paragraph of Article 13 of the Energy Charter Treaty: “Investments by Investors of one Contracting Party in the Area of another Contracting Party

(a) for a purpose of public interest

(b) without discrimination

(c) carried out entirely in accordance with the law

(d) timely, adequate and effective compensatory payments will be made;

shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures equiv-

üretimi, çevirimi, taşınması, depolanması, dağıtımı, iletimi ve kullanımındaki verimliliğin en yüksek seviyeye ulaştırılması, güvenliğinin güçlendirilmesi ve çevresel sorunların en aza indirilmesi, yatırımların teşviki ve korunması, enerji ticaretinin serbestleştirilmesi ve uluslararası ve ulusal sermaye piyasalarına erişme” olarak sıralamak mümkündür<sup>46</sup>.

Enerji Şartı Anlaşması’nın 10. Maddesinin birinci fıkrası: “Her Anlaşma Tarafı, bu Anlaşmanın hükümlerine uygun olarak, diğer Anlaşma Taraflarının Yatırımcılarının kendi Alanında Yatırımlar Yapması için istikrarlı, adil, münasip ve şeffaf şartları teşvik ve tesis edecektir. Söz konusu şartlar, diğer Anlaşma Taraflarının Yatırımcılarınınca gerçekleştirilecek Yatırımlara her zaman adil ve eşit uygulamalar temini için bir taahhüt içerecektir. Ayrıca, söz konusu Yatırımlar istikrarlı ve devamlı korunmaya ve güvenliğe mazhar olacak ve hiç bir Anlaşma Tarafı, hiç bir şekilde, makul olmayan veya ayırım gözetilen önlemlerle, Yatırımların idaresi, idamesi, faydası, kullanma hakkı veya devredilmesi açısından eşitsizlik yaratacak biçimde davranmayacaktır. Hiç bir durumda, söz konusu Yatırımlara, Anlaşma yükümlülükleri de dahil olmak üzere, uluslararası hukuk tarafından empoze edilen gereksinimlerden daha yetersiz prosedürler uygulanmayacaktır. Her Anlaşma Tarafı, diğer bir Anlaşma Tarafı Yatırımcısı veya Yatırımcısının bir Yatırımı ile taahhüt etmiş olduğu yükümlülükleri yerine getirecektir.”<sup>47</sup> şeklinde olup, ev sahibi devletin yatırımcıya yönelik uygulamalarının adil ve eşit olması ve yatırımcının haklı beklentisinin korunması gerektiğini vurgulamakta ve yapılan müdahalelerin dolaylı kamulaştırmaya girecek kadar ağır olmaması durumunda dahi, yapılan bu müdahalenin bu maddeye aykırılığı iddiasıyla yatırımcı uğradığı zararların tazminini isteyebilecektir.

Yine Enerji Şartı Anlaşması’nın 13. maddesinin birinci fıkrası da: “Bir Anlaşma Tarafının Yatırımcılarının diğer bir Anlaşma Tarafının Alanındaki Yatırımları;

(a) kamu menfaatine dönük bir amaç için;

(b) ayırım gözetmeksizin;

(c) tamamen kanuna uygun olarak gerçekleştirilerek;

(d) zamanında, yeterli ve etkin kompensasyon ödemesi yapılacaktır;

## FOOTNOTE

<sup>46</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>.

<sup>47</sup> Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması Ve Ekini Teşkil Eden Kararlar İle Enerji Verimliliğine Ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun published in the Official Gazette dated 06.02.2000 and numbered 23956 Article. 10/1.



## DİPNOT

<sup>46</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>.

<sup>47</sup> 06.02.2000 tarihli ve 23956 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması Ve Ekini Teşkil Eden Kararlar İle Enerji Verimliliğine Ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun m. 10/1.

## PART 5

IN MANY BILATERAL AND MULTILATERAL INVESTMENT TREATIES, EXPROPRIATION IS DEEMED LAWFUL ONLY IF THE EXISTENCE OF PUBLIC INTEREST IS PROVEN, IF EFFECTIVE, ADEQUATE AND TIMELY COMPENSATION IS PAID, IF IT IS CARRIED OUT DULY AND WITHOUT DISCRIMINATORY TREATMENT.

alent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "Kamulaştırma-Expropriation"). Such compensation shall be in an amount equal to the fair market value of the expropriated investment at the time immediately preceding the Expropriation or any pending Expropriation affecting the value of the Investment (hereinafter referred to as the "Değer Tespit Tarihi-Valuation Date"). Such fair market value shall be expressed in free convertible currency at the Investor's request, based on the market exchange rate of the relevant currency on the Valuation Date. Compensation shall also include interest at a commercial rate determined at market conditions from the date of Expropriation until the date of payment."<sup>48</sup> by stipulating that the host state may resort to expropriation only in the presence of certain conditions, and that the investor shall be compensated for the damages incurred. Therefore, the protection of the foreign investor has been ensured and foreign investment has been encouraged.

## VII. CONCLUSION

In conclusion, expropriation, which has a very important place among the economic, cultural and political risks that foreign investors face in the host state, has been the subject of both national legislation and international agreements. In many bilateral and multilateral investment treaties, expropriation is deemed lawful only if the existence of public interest is proven, if effective, ade-

durumları haricinde devletleştirilmeyecek, kamulaştırılmayacak veya devletleştirme veya kamulaştırmaya eş etkili önlem veya önlemlere (bundan böyle "Kamulaştırma-Expropriation" olarak anılacaktır) maruz kalmayacaktır. Söz konusu telafi etme (kompansasyon), Kamulaştırma işleminden veya Yatırımın değerini etkileyecek şekilde gündemdeki Kamulaştırma işleminden hemen önceki zamanda (bundan böyle "Değer Tesbit Tarihi-Valuation Date" olarak anılacaktır) kamulaştırılan Yatırımın adil piyasa değerine eş meblağda olacaktır. Söz konusu adil piyasada değeri, Yatırımcının talebi üzerine, ilgili paranın Değer Tesbit Tarihindeki piyasa döviz kuru baz alınarak serbest konvertibl para olarak ifade edilecektir. Kompansasyon, ayrıca, Kamulaştırma tarihinden ödeme tarihine kadarki sürede, piyasa şartlarında belirlenen ticari orandaki bir faizi de kapsayacaktır."<sup>48</sup> demek suretiyle ev sahibi devletin kamulaştırmaya ancak belli şartların var olması durumunda başvurabileceği kayda alınmış olup, yatırımcıya da doğan zararların tazminat bedelinin ödenmesi hükme bağlanmış ve bu suretle yabancı yatırımcının korunması sağlanmış olup yabancı yatırımın teşviki sağlanmıştır.

## VII. SONUÇ

Sonuç olarak, yabancı yatırımcının ev sahibi devlette karşılaştacağı ekonomik, kültürel ve politik riskler arasında oldukça önemli bir yere sahip olan kamulaştırma, gerek milli mevzuata gerekse uluslararası anlaşmalara konu olmuştur. Birçok ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmasında kamulaştırma ancak kamu yararının varlığı ispatlandığı takdirde, etkin, yeterli ve zamanında tazminat öden-

quate and timely compensation is paid, if it is carried out duly and without discriminatory treatment. In the absence of direct expropriation, host states have resorted to indirect expropriation by "circumventing the law", but arbitral tribunals have considered each concrete dispute individually and awarded compensation against the host state in order to protect foreign energy investment in cases where indirect expropriation is found to exist. In cases where the interference by the host state is not severe enough to be considered as indirect expropriation, the tribunals have awarded compensation against the host state for lack of equal and fair treatment or violation of the right to a justified expectation based on Article 10 of the Energy Charter Treaty. In this way, foreign energy investments have been protected and promoted and investors have been provided with legal guarantees.

BİRÇOK İKİLİ VE ÇOK TARAFLI YATIRIM ANLAŞMASINDA KAMULAŞTIRMA ANCAK KAMU YARARININ VARLIĞI İSPATLANDIĞI TAKDİRDE, ETKİN, YETERLİ VE ZAMANINDA TAZMİNAT ÖDENDİĞİ, USULÜNE UYGUN OLARAK YÜRÜTÜLDÜĞÜ VE AYRIMCI MUAMELEDE BULUNMADAN YÜRÜTÜLDÜĞÜ TAKDİRDE HUKUKA UYGUN KABUL EDİLMİŞTİR.

diği, usulüne uygun olarak yürütüldüğü ve ayırmacı muamelede bulunmadan yürütüldüğü takdirde hukuka uygun kabul edilmiştir. Doğrudan kamulaştırma olmayan hallerde de, ev sahibi devletler "kanunu dolanarak" dolaylı kamulaştırma yoluna gitmiş fakat hakem heyetleri her somut uyumsuzluğu ayrı ayrı ele alarak dolaylı kamulaştırmanın varlığını tespit ettiği hallerde yabancı enerji yatırımını korumak adına ev sahibi devlet aleyhine tazminata hükmetmiştir. Ev sahibi devlet tarafından yapılan müdahalelerin dolaylı kamulaştırma kapsamında değerlendirilecek kadar ağır olmadığı durumlarda ise yine Enerji Şartı Anlaşması'nın 10. maddesine dayanarak eşit ve adil muamelenin yokluğundan veyahut haklı beklenti hakkının ihlal edilmesinden dolayı ev sahibi devlet aleyhine tazminata hükmetmiştir. Bu sayede yabancı enerji yatırımlarının korunması ve teşviki sağlanmış ve yatırımcılara hukuki güvence verilmiştir.

## BIBLIOGRAPHY

ALİ OSMAN KARAOĞLU, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, First Edition, İstanbul 2019.

ALPER ÇAĞRI YILMAZ, Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları, Ankara 2012.

BAĞDAGÜL KAYA CANER, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Ankara 2021.

BİLGİN TİRYAKIOĞLU, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2003.

HÜMEYRA ZEYNEP ERDEN, "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma", İstanbul 2015.

KAZEM DEGHANSOMEH, İran Hukuk Sisteminde Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yatırıma El Konulması, İstanbul 2015.

MELTEM KUTLU GÜRSEL, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

MUSTAFA EMİR/ AHMET KURTARAN, "Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Politik Risk Unsuru", Muhasebe ve Finans Dergisi, Issue. 28, Ekim 2005.

ZEYNEP FIRTINA, ENERJİ SEKTÖRÜNDE ÖZEL KİŞİLER LEHİNE KAMULAŞTIRMA: Elektrik Piyasası Özelinde İnceleme, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>.

## KAYNAKÇA

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

ALPER ÇAĞRI YILMAZ, Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları, Ankara 2012.

BAĞDAGÜL KAYA CANER, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Ankara 2021.

BİLGİN TİRYAKIOĞLU, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2003.

HÜMEYRA ZEYNEPERDEN, "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma", İstanbul 2015.

KAZEM DEGHANSOMEH, İran Hukuk Sisteminde Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yatırıma El Konulması, İstanbul 2015.

MELTEM KUTLU GÜRSEL, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

MUSTAFA EMİR/AHMET KURTARAN, "Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Politik Risk Unsuru", Muhasebe ve Finans Dergisi, S. 28, Ekim 2005.

ZEYNEP FIRTINA, ENERJİ SEKTÖRÜNDE ÖZEL KİŞİLER LEHİNE KAMULAŞTIRMA: Elektrik Piyasası Özelinde İnceleme, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>.

## FOOTNOTE

48 Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması ve Ekini Teşkil Eden Kararlar İle Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun published in the Official Gazette dated 06.02.2000 and numbered 23956 Article. 13/1.



## DİPNOT

48 06.02.2000 tarihli ve 23956 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması Ve Ekini Teşkil Eden Kararlar İle Enerji Verimliliğine Ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı. Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun m. 13/1.