

Yatırım Tahkimi Davalarında Bir Son Gelişme: *Europe Cement – Türkiye Davası*¹

Yabancı yatırımcıların ülkemizdeki yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin olarak ülkemiz aleyhine açılmış bulunan çok sayıdaki davalardan birisi 13 Ağustos, 2009 günü sonuçlandı. Aşağıda bu karara ilişkin kimi değerlendirmelere yer vermek suretiyle kamuoyunun aydınlatılmasını öngörüyoruz.

Polonya’da kurulu (ve tahkim heyetinin değerlendirmesine göre ‘tahkimde sunulan belgeler uyarınca en azından 2003 yılı itibariyle Uzan ailesinin sahipliğinde bulunan’) Europe Cement Investment & Trade S.A. tarafından ülkemiz aleyhine açılan ICSID tahkiminin konusu, elektrik enerjisi sektöründeki (Uzan ailesinin kontrolünde bulunan) ÇEAŞ ve Kepez imtiyazlarına ilişkin sözleşmelerin 2003 yılında devletçe feshedilmesinin hukuka aykırılığı savlarına ilişkindir. Bu kapsamda, Türk hükümetinin 12 Haziran 2003 tarihinde imtiyaz sözleşmelerini feshetmesiyle, bu imtiyazların sahibi şirketin “yabancı” hissedarlarının haklarının ihlal edildiği öne sürülmüş ve Enerji Şartı Andlaşması hükümlerine dayanılarak ICSID nezdinde uluslararası tahkime gidilmiştir.

Davada başlıca tartışma konusu, anılan Polonya şirketinin dava konusu imtiyazlı şirket hisselerini idarenin feshetme kararından önceki tarihte elde edip etmediği üzerinde düğümlenmiştir. Zira, hisseler dava konusu idari eyleminden sonraki bir tarihte devredilmişse, yabancı yatırımcının dava açabilmesi olanağı kalmamaktadır. Nitekim, davanın seyri sürecinde ülkemiz adına savunma yapan yetkililerin temel itirazı, davacı şirketin hisseleri dava konusu idari işlemde sonraki bir tarihte elde ettiği, bu itibarla tahkim heyetinin yargılama yetkisinin bulunmadığı yönündedir. Davacı şirket ise, tahkim heyetine “hisse devrinin belirtilen tarihten (12 Haziran 2003) önce gerçekleştiği”ne yönelik “fotokopi” belgeleri sunmuştur. Ancak, -Türk hukukunun gerektirmesine karşın- bahse konu devirden hiçbir şekilde haberdar edilmediğini ileri süren Türk ekibince, anılan “fotokopi” belgelerin “asılları”nın sunulması ısrarla talep edilmiş ve tahkim heyetince de bu istem yerinde görülüş, ne var ki “fotokopi” belgelerin asılları davacı tarafından “Polonya şirketinin iç işleyişindeki sorunlar” gerekçe gösterilerek sunulmamıştır.

Belgelerin asıllarını sunamamasından dolayı davayı kaybedeceğini gören davacı şirket, “yargılamanın –haklarına hanel getirmememek kaydıyla- ‘yargılama yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle’ sonlandırılması” yönünde talepte bulunmuştur. Türk tarafı ise, bu istemin reddedilmesini ve davaya devam edilerek “gerekçeli biçimde karara bağlanması”nı, davacı şirketin “sahte belgelerle” tahkime giderek bu olanağı kötüye kullandığının karara bağlanmasını, tahkimle ilgili davalının tüm masraflarının davacıya yüklenmesini ve ayrıca manevî tazminat verilmesini istemiştir. Ayrıca, davacının davayı kaybetmesi durumunda maruz kalacağı ödemelerin garanti altına alınabilmesi amacıyla, tahkim kararı verilmeden önce davacının belirli bir tutarı teminat olarak sunmasının kararlaştırılmasını da istemiştir. Ancak, bu talep tahkim heyetince kabul görmemiştir.

¹ **Dr. Sedat Çal** (Hukukçu / Altyapı Yatırımları Kıdemli Uzmanı; Brüksel) sedatcal@gmail.com). Yazıda başlıca kaynak olarak Luke Eric Peterson (Investment Arbitration Reporter)’dan yararlanılmıştır.

Öte yandan, dava sürerken davacının avukatının “**hiçbir gerekçe göstermeksizin**” davadan çekilmiş olması dikkat çekmektedir. Bu durum, davacı şirketin kullandığı “**yöntemlerin**” yarattığı rahatsızlıklar bağlamında olası kimi soru işaretlerini akla getirebilmektedir. Nitekim, tahkim heyeti de sahte belgelerin sunulmuş olmasından dolayı ‘davacı avukatlarına bühtanda bulunulamayacağı’na değinmekte; giderek ‘bir kısım davacı avukatın dava sürecinde zaten istifa ettiği’nin altını çizmektedir.

Dava konusu hisselerin idarece feshin yapıldığı tarihten önce gerçekleşmediğinin dava sürecindeki tüm sunulan ifadelerden ve sürecin seyrinden anlaşıldığını belirten tahkim heyeti, davanın “sahteciliğe dayandığı” ve “davacı şirketin bahsekonu hisselerinde hiçbir zaman sahip bulunmadığı” kanısına varıldığını vurgulamıştır. Verilen kararda, Türk tarafının talep ettiği üzere davacının sahte belgelerle başvuruda bulunarak tahkim sürecini kötüye kullandığına hükmedilmiş; ancak, bu ibarenin Türk tarafının itibarını düzeltmeye yeteceği, ayrıca bir manevi tazminata gerek bulunmadığı belirtilmiştir. Gerek tahkim masraflarının ve gerek ülkemizin **toplam 3.9 milyon ABD Doları** tutarındaki hukuksal masraflarının bütünüyle davacıya yükletilmesi yönündeki kararın, davacının açık haksızlığına karine olacağı hususuna da ayrıca değinilmektedir.

Ne var ki, “sahte belgelerle dava açan” bir davacıdan bu kararın öngördüğü tutarı tahsil edebilmek, herhalde zor olacaktır. Tahkim heyetinin Türk tarafınca ‘davacının teminat yatırması’ yönündeki talebinin değerlendirmeye alınmamış olması, bu anlamda ciddi bir sorun yaratabilecektir.

Öte yandan, aynı imtiyazlar konusunda –bu defa Türkiye ile Polonya arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Andlaşması’na dayanılarak-UNCITRAL tahkimi çerçevesinde açılmış bulunan başka tahkim davaları da bulunmakta olup, bunlar halihazırda devam etmektedir. Kayda değer ki, aynı hakemlerden oluşturulmuş bulunan bahsekonu davalardaki davacı taraf avukatı da 2008 yılında –yine, “**herhangi bir gerekçe göstermeksizin**”- davadan çekildiğini bildirmiştir.

Yatırım tahkimi çerçevesinde Türkiye aleyhine açılmış bir davanın böylece olumlu sonuçlanması, kuşkusuz fevkalade memnuniyet vericidir. Ne var ki, davacının düzmece belgelere dayanması, lehimize çıkan kararın başlıca dayanak noktasıdır ve esasında başka türlü bir karara da varılamazdı. Dolayısıyla, bu davanın olumlu sonuçlanmasına bakarak, devam etmekte olan tahkim davalarıyla ilgili iyimserliğe kapılmak ise, kanımızca yersiz olacaktır. Nitekim, bu davanın sahte belgelerle açılmış bulunduğu kararına rağmen hakem heyetinin manevi tazminata hükmetme konusunda ne denli “ürkek” davrandığı; oysa, devletlerin eylemleri değerlendirilirken en küçük olaylarda dahi “yatırımcıları koruma” gerekçesiyle “adil davranış yükümlülüğünün ihlal edilmiş bulunduğu” yönünde devletlerin aleyhine tazminat kararlarının kolayca verilebildiği anımsanmalıdır.

Sahte belgelerle açılan bir tahkim davası nedeniyle, Türk devletinin tahkimde uzun bir süre boyunca çaba sarfetmek zorunda kalması ve **yaklaşık 4 milyon ABD Dolarlık** hukuksal savunma masrafına girmek zorunda bırakılması, dava süreci boyunca

katlanılan manevi yıpranmanın yanı sıra fevkalade bir maddi boyut da doğurmuştur. Buna karşın, tahkim heyetinin dava süreci gelişirken evrakın sahteliği yönünde emareler belirmesine karşın davacının teminat yatırması kararını vermektan kaçınması, eleştirilecek bir tutumdur. Bu meyanda, “yatırım tahkimi” adı verilen hukuksal kavramın aslî niteliği ve giderek yerindeliliğine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme ile bu konulardaki kötüye kullanma örnekleri için “*Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*” adlı kitabımıza (Seçkin Yayıncılık, 2009) bakılabilir.

(Yukarıdaki makale Dünya Gazetesi'nin 2 Eylül, 2009 tarihli sayısında yayımlanmıştır.)