

ICSID YATIRIM TAHKİMİNE KONU OLAN CEMENTOWNIA
“NOWA HUTA” S.A.-TÜRKİYE UYUŞMAZLIĞINDA
“İYİNİYET” VE “MANEVİ TAZMİNAT” İDDİALARININ
DEĞERLENDİRİLMESİ*

Malike POLAT**

Arş. Gör. Şengül AL KILIÇ***

Öz

Yabancı yatırımların teşviki, gelişmekte olan ülkelerin ekonomik kalkınmalarında büyük bir rol oynar. Bu nedenle yabancı yatırımların korunması amacıyla uygun hukuki alt yapının ilgili devlet tarafından sağlanmış olması, bir gerekliliktir. Bu alanda iç hukuktaki yasal gelişmeleri, çoğunlukla uluslararası hukuktaki düzenlemeler etkilemektedir. Çalışmamıza konu olan somut uyuşmazlıkta, uluslararası yatırım hukuku bakımından son derece önem arz eden Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme (ICSID) hükümleri uygulama alanı bulmuştur. Yatırımcının, Sözleşme hükümleri kapsamında tahkim usulünden faydalanabilmesi özellikle Merkez'in yetkisi açısından belirli koşullara tâbi kılınmıştır. Somut vakiada, Davacı hileli işlemlere başvurarak bu yetkinin tesisini sağlamaya çalışmış ve usulü kötüye kullanmıştır. Bu nedenle Davacının bu çabaları; Davalı Devletin, uluslararası yatırımcılar nezdindeki itibarını zedeleyip zedelediği; söz konusu Devlet lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerekip gerekmediği sorularını gündeme getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yatırımcı, ICSID Ek Mekanizma Kuralları, Manevi Tazminat, Usulün Kötüye Kullanılması, Hisse Senedi Devri.

* Çalışma kapsamında ifade edilen bütün açıklamalar yazarların şahsî görüşlerini yansıtmakta

olup, ilgili kurum ya da kuruluşların resmî görüşünü ifade etmemektedir.

** LL.M., Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Bilişim Uzmanı, İstanbul, Türkiye,

[malike.polat@gmail.com].

*** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD, Erzincan, Türkiye, [sengulal@gmail.com].

EVALUATION OF “BONA FIDES” AND “NON-PECUNIARY
DAMAGE” CLAIMS IN CEMENTOWNIA “NOWA HUTA”
S.A- TURKEY CONFLICT SUBJECT TO ICSID INVESTMENT
ARBITRATION

Abstract

Encouragement of foreign investments plays a prominent role for economic development in developing countries. Therefore paving the way for foreign investments in legal aspect by governments is a necessity. In this field, generally international regulations affect internal codifications. In the subject case of this study, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID) which is crucial in terms of international investment law became applicable. For investor to take advantage of the arbitration procedure in the framework of the Convention is subjected to certain conditions in terms of Center's jurisdiction. In the case at hand, applying fraudulent transactions Claimant made an effort to provide international jurisdiction and took advantage of 'détournement de procedure'. And as a result, whether this situation ruined the Government's reputation, and whether a moral compensation should be sentenced came into question.

Keywords: *Investor, ICSID Additional Facility Rules, Moral Compensation, Détournement de Procedure, Share Transfer.*

Giriş

Küresel sermaye, bilhassa gelişmekte olan ülkeler bakımından uluslararası ekonomik dengelerin sağlanması kapsamında özel bir öneme sahiptir. Yabancı yatırımların teşviki ve yatırımcının korunması için gerekli yasal ve ekonomik alt yapının oluşturulması, bu durumun zorunlu bir koşuludur. Devletler ve yabancı yatırımcılar arasında söz konusu olabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin özel mekanizmaların geliştirilmesi ve devletlerin, taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle bu süreci desteklemesi, yatırım ikliminin tesisi bakımından son derece gereklidir. Bununla birlikte hem devletin hem de yatırımcının, bahse konu milletlerarası çözüm mekanizmalarından gereği gibi faydalanabilmesi için, menfaatlerin hakça dengelenmesi bir ön koşuldur. Bu amaçla Dünya Bankası tarafından *Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme* (ICSID)¹ hazırlanmıştır. Türkiye de bu sözleşmeye taraftır

¹ Bahsi geçen Sözleşme Türkiye tarafından 24 Haziran 1987'de iki maddeye çekince koyulması suretiyle imzalanmıştır. Sözleşmenin onaylanması 27 Mayıs 1988 kabul tarihli

ve gerek Türkiye’ye karşı yabancı yatırımcılar gerekse yabancı devletlere karşı Türk yatırımcılar, bu sözleşme ile kabul edilen uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurabilmektedirler.

Bu çalışmada ICSID Sözleşmesi uyarınca öngörülen tahkim yargılaması sonucunda verilen “*Cementownia ‘Nowa Huta’ S.A.²-Türkiye*” kararı³ ele alınacaktır. Anılan karar çeşitli yönleri ile uluslararası yatırım hukuku açısından önem taşımaktadır. Her şeyden önce bu dava, yabancı bir yatırımcı tarafından Türkiye’ye karşı açılmıştır⁴.

Gelişmekte olan bir ülke sıfatıyla Türkiye açısından yatırım ikliminin tesisi ve yatırımcılar nezdindeki güven duygusunun temini, yabancı yatırımların teşviki bakımından oldukça önemlidir. Bu kapsamda yabancı yatırımcının, ev sahibi devlet tarafından adil muamele esasına riayet edileceği yönündeki beklentisinin temin edilmesi gerekmektedir. Uyuşmazlıkların çözümü safhasında başvuru araçları ve bu araçların kullanılış biçimi “*adil muamele prensibinin*” somut vakıadaki yansımasıdır. Bununla birlikte milletlerarası hukukta ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının menfaatleri arasındaki dengenin tesisi bakımından sunulan araçların; ihdas edilmiş amacına, hak ve nesafet kurallarına aykırı bir şekilde kullanılması da söz konusu olabilmektedir. Somut vakıda da, uyuşmazlığın objektif bir değerlendirme ile çözümlenebilmesi için öngörülmüş olan milletlerarası tahkim usulünün

ve 3460 sayılı Kanun ile TBMM tarafından uygun bulunmuş; bu Kanun 02.06.1988 tarihli ve 19830 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. 07.10.1988 tarihli ve 88/13325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ise, 06.12.1988 tarihli ve 20011 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

² Bundan sonra “*Davacı*” veya “*Cementownia*” olarak anılacaktır.

³ *Cementownia “Nowa Huta” S.A.- Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2 (Kısaca: *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2). Karar metni için bkz. (çevrimiçi: <http://www.italaw.com/documents/CementowniaAward.pdf>) – (Erişim Tarihi (E.T.) 25.12.2015).

⁴ *Türkiye’ye karşı ICSID Sözleşmesi kapsamında açılan öne çıkan tahkim davaları şunlardır*: ICSID Case No, ARB/11/28, Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. – Türkiye Cumhuriyeti; ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Europe Cement Investment and Trade S.A.- Türkiye Cumhuriyeti; ICSID Case No. ARB/07/20, Saba Fakes-Türkiye Cumhuriyeti; ICSID Case No. ARB/02/5, PSEG Global Inc. and Konya Igin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi- Türkiye Cumhuriyeti; ICSID Case No. ARB/04/21, Motorola Credit Corporation, Inc- Türkiye Cumhuriyeti; ICSID Case No. ARB/11/28, Libananco Holdings Co. Limited- Türkiye Cumhuriyeti; ICSID Case No. ARB/08/13 Alapli Elektrik B.V.- Türkiye Cumhuriyeti.

kötüye kullanılması söz konusudur. Uyuşmazlıkta Davacı, milletlerarası yetkinin tesisi için hisse devirlerini hileli yöntemlerle gerçekleştirmiş ve ev sahibi ülkenin, yatırımcıya yönelik muamelesi hususunda prestij maliyeti bulunan iddialar öne sürmüştür. Bu iddialar ise, Türkiye'nin yatırımcılar nezdindeki güvenilirliğini ve uluslararası platformdaki imajını doğrudan etkilemektedir. Kişilerin hukuken korunan kişisel alanlarına saldırı hâlinde manevi tazminat talebinde bulunmaları tabiidir. Ancak manevi tazminat talebi, devlet tüzel kişiliği bakımından sık rastlanılan bir durum değildir. Somut vakıa, milletlerarası yatırım tahkimi usulünde manevi tatmin ve itibarın iadesi amacıyla devlet lehine tespitlere yer veren önemli örneklerden birini oluşturmaktadır.

Çalışmamızda bu tahkim yargılaması kapsamında karara bağlanmış, "ICSID Case No. ARB(AF)/06/2" referans numaralı tahkim davası⁵, çeşitli hukuki yönleri ile ele alınacaktır. Söz konusu davada, Davacı *Cementownia "Nowa Huta" S.A.*, Polonya yasaları çerçevesinde kurulmuş ve varlığını sürdüren bir anonim şirkettir. Şirket, 28 Ağustos 2003'de Polonya milli mahkeme kayıtlarında KRS 000169321 numarası ile tescil edilmiştir. Davalı ise, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'dir⁶. Açılan dava çerçevesinde, Davacı, 30 Mayıs 2003'te hisselerini iktisap ettiğini ileri sürdüğü Çukurova Elektrik A.Ş.⁷ (ÇEAŞ) ve KEPEZ Elektrik Türk A.Ş.⁸ (KEPEZ)'ye karşı, Davalı tarafından ihdas edilen işlemlerle ilgili uğramış olduğu zararların tazminini; Davalı ise, uyuşmazlığın Hakem Heyeti'nin yetki alanının dışında olduğunu, Davacı tarafından usulün kötüye kullanıldığını ve bu sebeple uğranılan zararın tazminini talep etmiştir.

⁵ (çevrimiçi: [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB\(AF\)/06/2](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB(AF)/06/2)) –(E.T. 31.12.2015).

⁶ Bundan sonra "Davalı" veya "Türkiye" olarak anılacaktır.

⁷ "ÇEAŞ", 24 Aralık 1952'den beri Adana Ticaret Odası'na kayıtlı olan; merkezi Adana'da bulunan bir Türk şirkettir. Şirketin işletme konusu, entegre elektrik tesisi ve inşaat, elektrik santrali ve Dünya Bankası tarafından finanse edilen benzer tesisler kurulumu ve işletimidir. Şirket, özel mülkiyete açık bir anonim şirket olarak kurulmuştur. Kuruluş aşamasında, Türk hükümeti, ÇEAŞ hisselerinin yaklaşık % 35'ini kamu kuruluşları ve şirketler aracılığıyla kontrol etmiştir (*Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Paragraf (Prg.) No. 5).

⁸ "KEPEZ", 1953'de merkezi Antalya olmak üzere, entegre elektrik tesisi olarak kurulan bir hidroelektrik anonim şirkettir. "KEPEZ" kurulduğunda, Türk hükümeti "KEPEZ" in hisselerinin yaklaşık % 40'ını kamu kuruluşları ve şirketler aracılığıyla kontrol etmiştir (*Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 5).

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde çalışma kapsamında öncelikle somut vakıanın gelişimi izah edilecek; ardından Hakem Heyeti'nin somut vakiaya ilişkin tespitleri ve karar incelenecektir. Karara temel teşkil eden uyuşmazlığın kilit noktaları da ayrı başlıklar hâlinde ele alınacaktır. Bu açıdan, uyuşmazlığı karakterize eden yetki (*jurisdiction*), hisse senetlerinin devri sorunu, devlete manevi tazminat ödenebilmesi sorunu ve masraflar detaylı olarak izah edilecektir.

I. Karara Konu Olayın Özeti

Uyuşmazlık esas itibariyle, Davacı şirket statüsündeki Cementownia tarafından 30 Mayıs 2003 tarihinde hisseleri devralınan ve her ikisi de Türkiye Cumhuriyeti yasalarına göre kurulmuş olan ÇEAŞ ve KEPEZ'e karşı, Türkiye Cumhuriyeti tarafından ihdas edilen işlemlerle ilgilidir. Somut vakiaya konu uyuşmazlıkta; ÇEAŞ ve KEPEZ'e ait imtiyaz sözleşmelerinin devlet tarafından tek taraflı feshi nedeniyle, ortaya çıkan sorunların milletlerarası tahkim yargılamasına taşınması söz konusudur.

Somut uyuşmazlığın aktörlerinden birisi olan ÇEAŞ'a, Davalı Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından, 1953 yılında elektrik üretimi, nakli, dağıtımı ve pazarlaması için Türkiye'nin güneyindeki üç bölgede imtiyaz verilmiştir. KEPEZ'e ise, 1956'da Antalya Bölgesi'nde ve Türkiye'nin güneyinde eşdeğer bir imtiyaz tanınmıştır. Bunun yanı sıra 1970 yılında bütün elektrik endüstrisi faaliyetleri, devlet tarafından kurulmuş olan Türkiye Elektrik Kurumu'na devredilmiş olmasına rağmen, ÇEAŞ ve KEPEZ'in faaliyetlerini İmtiyaz Sözleşmesi'ne göre sürdürmesi sağlanmıştır. Söz konusu şirketlerin esas sermaye paylarının bir kısmı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne aittir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 1992 yılında ÇEAŞ'da artakalan % 11.25 hissesini ve KEPEZ'de artakalan % 25.39 hissesini, bir ihale ile yerli ve yabancı yatırımcılara teklifte bulunarak özelleştirmeye karar vermiş; ÇEAŞ hisseleri, yaklaşık olarak 81 milyon Amerikan Doları bedelle ve KEPEZ hisseleri de, 33 milyon Amerikan Doları bedelle, “Rumeli Elektrik Yatırım A.Ş.” (Uzan ailesi bireylerinin holdingleri vasıtasıyla sahip olduğu Rumeli Holding) tarafından alınmıştır⁹.

⁹ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 8.

Bu devir işlemlerinin akabinde 1998 yılında ÇEAŞ ve KEPEZ, ilgili Bakanlıkla kendilerine elektriğin üretimi, nakli, dağıtımını ve pazarlaması ile ilgili olarak imtiyaz hakkı tanıyan yeni bir sözleşme akdetmiştir (“1998 Tarihli İmtiyaz Sözleşmesi”). Bu anlaşmada, imtiyazların ifası için kullanılan tesislerin, devlet malı olarak kalması ve imtiyazlar sona erdiğinde devlete geri verilmesi öngörülmüştür¹⁰. Bununla birlikte 20 Şubat 2001’de, AB Direktifi 96/92’ye uygun olarak, yeni bir Elektrik Piyasası Kanunu¹¹ yürürlüğe konulmuştur. İlgili Kanun hükmüne göre, tüm nakil hattı, devlete ait bir şirket olan Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ) tarafından yönetilecektir (m. 2/III, b). Bunun yanı sıra Kanun’da, ÇEAŞ ve KEPEZ’i içeren entegre şirketlerin, TEİAŞ’a devredilen dağıtım işiyle artık ilgilenmeyecekleri öngörülmüştür (Geçici Madde 4). Buna paralel olarak, 28 Kasım 2002 tarihinde yürürlüğe giren Yönetmelik¹² ile ÇEAŞ ve KEPEZ’in de içinde bulunduğu şirketlerin nakil hatlarının ve tesislerinin, 31 Aralık 2002 tarihine kadar TEİAŞ’a devredilmesi öngörülmüştür.

ÇEAŞ ve KEPEZ şirketleri, 30 Aralık 2002 tarihinde, ÇEAŞ ve KEPEZ’in, 4628 sayılı Kanun ve buna dayanılarak çıkarılan Yönetmelik hükmüne rağmen, kendilerine tanınan imtiyazların, imtiyaz tanınan bölgelerde ve imtiyaz şartları uyarınca 2058 yılına kadar devam edeceği; söz konusu şirketlerin, bu alanda ve bu süre boyunca elektrik üretimi, nakli ve dağıtımını için geniş kapsamlı altyapı yatırımları yapma hakkına sahip oldukları; idarenin bu imtiyaz sözleşmesini tek taraflı fesih hakkının olmadığı; her iki şirketin de imtiyaz sözleşmesi uyarınca kendilerine tanınan yetki çerçevesinde üzerlerine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirdikleri; 4628 sayılı Kanun ve Yönetmelikle getirilen hükümlerin, Anayasa’yı ihlâl ettiği; idarenin nakil hatlarının ve tesislerin TEİAŞ’a devri karşılığında tazminat ödemeyi önermediği; İmtiyaz Sözleşmelerinin Değiştirilmesi Usulüne İlişkin Sözleşme’nin, Danıştay tarafından gözden geçirilmesi, onaylanması ve tarafların rızalarının aranması usulüne somut uyuşmazlıkta uyulmadığı gerekçeleri ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’na itiraz etmiştir. Buna karşılık ilgili Bakanlık, 10 Şubat 2003’te, ÇEAŞ ve KEPEZ’e gönderdiği

¹⁰ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 9.

¹¹ 4628 sayılı Kanun, R.G. 03.03.2001-24335.

¹² Elektrik Piyasasında Birden Fazla Piyasa Faaliyetini Sürdürmekte Olan Tüzel Kişilerin Mevcut Sözleşmelerinde Yapılacak Tadillere ve İletim Faaliyeti ile Vazgeçilen Faaliyetlerin Devrine İlişkin Yönetmelik, R.G. 28.11.2002-24950.

benzer iki dilekçede, şirketlere, nakil tesislerini ve haklarını TEİAŞ’a devretmeleri için 28 Şubat 2003 tarihli yeni bir son teslim tarihi belirlemiş ve aksi takdirde 1998 tarihli İmtiyaz Sözleşmesi’nin sona ereceği konusunda şirketleri uyarmıştır. ÇEAŞ’da, % 30; KEPEZ’de, 10.74 oranında pay sahibi olan Kemal UZAN, 30 Mayıs 2003 tarihinde söz konusu paylarını Davacı Cementownia Şirketi’ne devrettiğini ileri sürmüştür; Davacı şirket de, bu tarihte payları devraldığını ısrarla iddia etmiştir¹³.

Bahse konu süreç sonucunda ÇEAŞ ve KEPEZ’in nakil hatları ve tesislerini TEİAŞ’a devretmemiş olması nedeniyle, imtiyaz sözleşmesi tek taraflı olarak sona erdirilmiş; ilgili şirketlere ait ve 1998 tarihli İmtiyaz Sözleşmesi’nde devlet malı olarak kabul edilen mallar, sözleşmeye dayanılarak haczedilmiş; ÇEAŞ ve KEPEZ’in bütün muhasebe defterlerine, kayıtlara, dosyalara, belgelere, yazışmalara ve diğer dokümanlara el konulmuş; ayrıca şirketlerin taşınmazlarına giriş yasaklanmıştır. Davalı Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne göre, ilgili şirketlere tanınan imtiyaz sözleşmesinin sona ermesinin nedeni, ÇEAŞ ve KEPEZ’in, İmtiyaz Sözleşmesi’ni sürekli ihlâl etmesi ve nakil hatları ile tesislerini, Elektrik Piyasası Kanunu’na uygun olarak devretmeyi reddetmesidir¹⁴.

Davacı Cementownia Şirketi, 28 Eylül 2006 tarihinde milletlerarası tahkim yargılamasına başvurmuş ve Davacı şirket, Hakem Heyeti’nden Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin, Cementownia’ya, 4.648.157.411 Amerikan Doları tutarındaki miktarı daha sonra belirlenecek bir orandaki faizle birlikte ödemesini; Devletin, Cementownia’nın daha sonra netleştirilecek olan tahkim masraflarını faiziyle birlikte ödemesini ve Devletin katkı payını Hakem Heyeti’ne ve Milletlerarası Yatırım Anlaşmazlıkları Uzlaşma Merkezi Sekreterliği’ne ödemesini talep etmiştir¹⁵.

Taraflar arasında mevcut olan uyuşmazlıkta Davalı ise; Cementownia’nın yatırımcı sıfatına, hisse senetlerini geçerli bir şekilde devraldığı iddiasına ve uyuşmazlığın milletlerarası tahkime götürülmesine itiraz etmiş; Davacının somut uyuşmazlık bakımından taraf ve dava ehliyetine sahip olmadığını

¹³ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 10-14.

¹⁴ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 16.

¹⁵ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 24.

iddia ederek, Hakem Heyeti'nden bu hususların araştırılarak kendisi lehine bir tazminata hükmetmesini talep etmiştir¹⁶.

II. Hakem Heyeti Tarafından Verilen Karar

“Cementownia ‘Nowa Huta’ S.A.-Türkiye Kararı”nda ele alınan meseleleri başlıca üç grupta toplamak mümkündür. Kararda ele alınan meselelerin bir kısmı usuli, bir kısmı esasa ilişkin ve bir kısmı da yargılama masrafları hakkındadır. Hakem Heyeti'nin yargılamaya ilişkin vardığı sonuçlar, şu şekilde özetlenebilir:

1. Davacı tarafından açılan davada

a. Davacı, Enerji Şartı Anlaşması m. 1/6, m. 1/7, m. 26/1 gereğince bir yatırıma sahip olduğu veya onu kontrolünde bulundurduğu hususlarını kanıtlamamıştır;

b. Davacının davasının hileli olduğu ve kötüniyetle açıldığı hususları, Hakem Heyeti tarafından tespit edilmiştir. Bu nedenle Davacının davası tamamıyla reddedilmiştir.

2. Davacının, Davalının yasal ücret ve masrafları ile Davalının sürecin masraflarına katılımını temsil eden 5,304,822.06 Amerikan Doları'nı Davalıya ödemesine hükmedilmiştir.

3. İkinci maddede belirtilen meblağın kararın bildiriminden itibaren 30 gün içinde ödenmemesi halinde veya meblağın bir kısmının kararın bildiriminden başlayarak 30 gün içinde ödenmemesi halinde; faizin, takip eden 6 ayda EURIBOR¹⁷ oranında ve buna eklenen her yıl için %2 fazla olmasına hükmedilmiş; faizin, yarıyılıda mürekkep olarak hesaplanacağı belirtilmiştir.

4. Manevi tazminat talebi de dâhil olmak üzere, diğer tüm iddialar reddedilmiştir.

¹⁶ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 34.

¹⁷ EURIBOR, 1999 yılında Euro'unun Avrupa Birliği'nin resmi para birimi olması sonucunda AB içindeki para piyasalarında gösterge niteliğinde faiz oranı olarak kullanılmaya başlamıştır. Bkz. <http://www.euribor-ebf.eu> (E.T. - 30 Aralık 2015).

III. Davada Öne Çıkan Başlıca Uyuşmazlık Konuları

Dava konusu olayın özetinden ve karardan da anlaşılacağı üzere bu davada bazı uyuşmazlık konuları öne çıkmaktadır. Bu uyuşmazlık konularını üç ana başlık altında toplamak mümkündür. Uyuşmazlık konularından ilki, Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi'nin yetkisine dairdir. İkinci uyuşmazlık konusu, Davacının sıfatına yani yatırımcı kavramının tespitine ilişkindir. Üçüncü uyuşmazlık ise, Davalı Devletin manevi tazminat talebinden kaynaklanmaktadır. Öte yandan uyuşmazlık konularıyla bu davanın yargılama safhasında yaşananlar dolayısıyla yargılama masraflarının kime ait olacağı sorunu da ele alınması gereken dördüncü mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. Uyuşmazlık Konusu 1: Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezinin Yargılama Yetkisi

1. Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezinin Yargılamasına Başvuru Yolları

Birleşmiş Milletler bünyesindeki Dünya Bankası tarafından hazırlanan “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme (ICSID)”¹⁸ 1965 yılında imzaya açılmış ve 1966 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeye 1988 yılında taraf olmuştur. Anılan Sözleşme ile “Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez” kurulmuştur. Merkez, bu sözleşmenin hükümlerine uygun olarak taraf devletler ile taraf devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım anlaşmazlıklarının uzlaştırılması ve hakemliği için kolaylık sağlamakla görevlendirilmiştir (m. 1).

Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi'nin yargılama yetkisine ilişkin hükümler ICSID kapsamında düzenlenmiştir¹⁹. Sözleşmenin 25.

¹⁸ Bu sözleşmenin İngilizce metni için bkz. https://icsid.worldbank.org/ICSID/Static-Files/basicdoc/CRR_English-final.pdf (E.T. - 30.12.2015).

Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. R.G. 02.06.1988-19830.

¹⁹ ICSID Merkezi'nin yargılama yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Rudolf DOLZER/ Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 214 vd.; Campbell MCLACHLAN/Laurance SHORE/Matthew

maddesine göre Merkez yargılama yetkisini, aşağıda belirtilen bazı şartların mevcudiyeti hâlinde kullanabilmektedir:

Merkezin yargılama yetkisinin sağlanması açısından önem arz eden ilk şart; ICSID'in yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki dengeyi korumaya çalışması ve uyuşmazlığın çözümüne geçilebilmesi için her iki tarafın da "açık onayının" mevcudiyetidir (m. 25/1). Yani Merkez, ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbiyetinde bulunduğu devletin ICSID'e taraf olması ile uyuşmazlığı çözüme yükümlülüğü altına girmemektedirler. Bir başka ifade ile ICSID'e taraf olma sadece, ICSID sisteminin işletilebilmesi için şart olup, bu kapsamda bir tahkim ya da uzlaştırma prosedürünün başlatılabilmesi için yeterli değildir. Merkezin yargılama yetkisinin kullanılabilmesi, yatırımcı ile ev sahibi devletin bu konuda açık onayına bağlıdır²⁰.

Değinilenlerin yanı sıra diğer milletlerarası sözleşmelerde de (ikili ya da Enerji Şartı Anlaşması (EŞA)²¹ gibi çok taraflı yatırım anlaşmaları ile) ICSID tahkim yoluna gidilebileceğine dair bir rıza (onay/consent) verilebilmektedir. Örneğin; ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbiyetinde bulunduğu devlet arasında akdedilen yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin iki taraflı anlaşmalarda, Merkeze başvuru imkânının tanınması mümkündür. Bu durumda yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen yatırım sözleşmesinde, ICSID tahkim kaydı olmasa dâhi yatırımcı (veya ev sahibi devlet) ikili yatırım anlaşmasına dayanarak ICSID yargısına başvurabilir²². Yine

WEINIGER, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, New York 2010, s. 55 vd.; Jeswald W. SALACUSE, *the Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, New York 2010, s. 91 vd.; Muthucumaraswamy SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 3. B., Cambridge University Press, Cambridge 2010, s. 299 vd.; Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 148 vd.; Banu ŞİT, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 10 vd..

²⁰ Onay şartı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan YILMAZ, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s.45 vd.; Salih TUYGUN, *ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi*, Güncel Hukuk, İzmir, 2007, s. 82 vd.; Nuray EKŞİ, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 29-34; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, 50 vd.; Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 259.

²¹ R.G. 12.07.2000-24107.

²² Stephen John TOOPE, *Mixed International Arbitration, Studies In Arbitration Between*

Enerji Şartı Anlaşması'nın yatırımcı ile taraf devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 26. maddesinde de ICSID yargısına başvuru imkânı getirilmektedir²³. Öyleki yatırımcının vatandaşı olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında ikili yatırım anlaşması olmasa veya yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım sözleşmesinde açık hüküm bulunmasa dâhi enerji konulu uyuşmazlıklarda, ICSID'in yargılama yetkisinin mevcudiyeti kabul edilmektedir (m. 26/4, a)²⁴.

Merkezin yargılama yetkisinin varlığına ilişkin olarak aranan ikinci şart ise, kişi bakımından yetkinin (*ratione personae*) varlığıdır. Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği gibi, Merkezin kişi bakımından yetkisi, “âkit bir devlet veya onun alt bir birimi ya da temsilcisi ile diğer bir âkit devletin vatandaşı” arasındaki²⁵ uyuşmazlıklarla sınırlıdır (m. 25). Merkezin yargılama yetkisi devletlerin kendi aralarındaki uyuşmazlıklara açık değildir. Aynı şekilde, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda da, Merkez yetkili değildir²⁶.

Merkezin yargılama yetkisinin sağlanabilmesi için varlığı gereken üçüncü şart, konu bakımından yetkinin “*ratione materiae*” varlığıdır. Konu bakımından yetkinin varlığından bahsedilebilmesi için, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında “yatırımdan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlığın” mevcut olması gereklidir²⁷.

States and Private Persons, Grotius, Cambridge 1990, s. 228; TİRYAKİOĞLU, s. 55 vd.; Malike POLAT, *Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı İkili Yatırım Anlaşmalarının Mukayesesine İlişkin Bir İnceleme*, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 73-74, s. 214 vd.

²³ Ayrıca bkz. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları İle Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 254 vd.; Alper Çağrı YILMAZ, *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 25 vd.; Sedat, ÇAL, “*Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi*”, s. 332 vd., http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/Il.%20Uluslararası%C4%B1%20%C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/12dr.sedat_al.pdf, - E.T. 13.04.2016.

²⁴ DOLZER/SCHREUER, s. 28.

²⁵ ICSID m. 25/2 hükmünde, diğer bir âkit devletin vatandaşı tabiri gerçek kişiler açısından (a) bendinde; tüzel kişiler açısından ise, (b) bendinde açıklığa kavuşturulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz., YILMAZ, s. 83 vd..

²⁶ Bkz., TOOPE, s. 223 vd.; YILMAZ, s. 83 vd.; TUYGUN, s. 85 vd.; EKŞİ, s. 34 vd.; AKINCI, s. 48 vd..

²⁷ Bu konuda bkz. Georgios PETROCHILLOS, *Procedural Law In International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 255; TOOPE, s. 224; Yuval SHANY, *The*

Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi'nin yargılama yetkisini doğuran diğer bir yol ise, ICSID İlâve Hizmet Kuralları'nda²⁸ yer almaktadır. ICSID İlave Hizmet Kuralları, Merkezin İdari Konseyi tarafından hazırlanmış ve ICSID'in kapsamı dışındaki devletle diğer devlet vatandaşları arasındaki belli tür davaların görülmesinde ICSID sekreterliğini yetkilendirmek amacıyla kabul edilmiştir. Sözü edilen kurallara göre a) delil tespiti, b) taraflarından birinin âkit olmayan devlet veya âkit olmayan devlet vatandaşı olduğu yatırım uyuşmazlıkları, c) taraflardan en az birinin âkit devlet veya âkit devlet vatandaşı olduğu temel basit bir ticari işlem olmaması şartıyla doğrudan bir yatırımdan kaynaklanmayan uyuşmazlıklar için de Merkez'e başvurulabilir²⁹. Bu yoldan yararlanarak Merkez'e başvurulabilmesi için, aynen yukarıdaki yolda olduğu gibi, yatırımcı ile ev sahibi devletin Merkezin yargılama yetkisini kabul etmiş olmaları gerekmektedir³⁰.

İlave Hizmet Kurallarına dayalı tahkimde, sadece ICSID Sekreteryası ve Merkez'in yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin tecrübesinden ve desteğinden faydalanılmaktadır. Bununla birlikte bahsi geçen usul kapsamında ICSID uygulanmamaktadır³¹.

2. Yargılama Yetkisine İtirazların İncelenmesi Usulü

Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi'nin yargılama yetkisine yapılan itirazların incelenme usulü, ICSID Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir (m.41/2). Buna göre ICSID tahkim mekanizması çerçevesinde, uyuşmazlığın Merkez'in yetkisi dâhilinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği

Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 192; YILMAZ, s. 133 vd.; TUYGUN, s. 87 vd.; EKŞİ, s. 43 vd.; AKINCI, s. 48 vd.; David A.R. WILLIAMS/Simon FOOTE, "Recent Developments in the Approach to Identifying an "Investment" Pursuant to Article 25 (1) of the ICSID Convention", *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011 Cambridge, s. 42 vd..

²⁸ (çevrimiçi: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/AFR_English-final.pdf (E.T. 31.12.2015)).

²⁹ Bkz. İlave Hizmet Kuralları m. 2.

³⁰ TOOPE, s. 224; Andrea GIARDINA, *The International Center for Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID)*, Ed. Peter Šarčević, *Essays on International Commercial Arbitration*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London, 1989, s. 214 vd..

³¹ TOOPE, s. 231.

hususu Hakem Heyeti tarafından iki şekilde ele alınabilecektir. Yetkiye ilişkin hukukî durum, bir ön mesele olarak ele alınarak çözümlenebileceği gibi; eğer uyuşmazlığın esası ile yakından ilişkili ise, daha sağlıklı bir tespit için esasa ilişkin değerlendirme kapsamında da ele alınabilecektir³². Sözleşmenin Hakem Heyeti’nin yetkileri ve işlevine ilişkin olarak sevk edilmiş bulunan üçüncü bölüm kapsamında düzenlenmiş olan m. 41 hükmü her iki yaklaşıma da imkân tanımaktadır.

Değınilenlerin yanı sıra yetki itirazı, somut uyuşmazlıkta uygulama alanı bulan ICSID İlâve İmkân Usulleri bakımından m. 45 hükmünde yer verilen itirazlar kapsamında düzenlenmiştir. Bahsi geçen hüküm uyarınca Hakem Heyeti kendi yetkisi hususunda karar verebilmektedir. Bu hâlde Hakem Heyeti’nin yetkisi hususundaki itiraz gecikmeksizin Genel Sekreterliğe iletilmelidir. İtiraz ya ilk cevaplar ile birlikte ya da düplik dilekçesinde sunulacak tali bir beyana ilişkinse, dilekçe için tayin edilen zamanda gerçekleştirilecektir. Bu kuralın tek istisnası ise, itirazın tayin edilen tarihlerde taraflarca bilinmesi mümkün olmayan bir vakıaya ilişkin olması durumudur. Taraflara sunulan bu itiraz imkânı haricinde Hakem Heyeti de tahkim yargılamasının herhangi bir aşamasında kendi yetkisi hakkında re’sen karar verebilmektedir.

3. Dava Bakımından Merkezin Yargılama Yetkisi

Yukarıda da izah edildiği üzere Hakem Heyeti’nin somut uyuşmazlığın çözümü bakımından yetkili olup olmadığı, yargılamanın başında öncelikle tespit edilmesi ve yetkisizliğin tespiti durumunda da yargılamayı esasa girmeden neticelendirmesi gerekir. “*Cementownia ‘Nowa Huta’ S.A.-Türkiye*” davası kapsamında ICSID İlave İmkân Usullerine başvurulmuştur.

Mezkûr davada uygulama alanı bulan Enerji Şartı Anlaşması (EŞA)’nın atıf yaptığı ICSID İlave İmkân Usulleri kapsamında, Hakem Heyeti’nin yargılama yetkisinin olup olmadığı, tespiti bakımından aranılan şartlar; doğrudan yabancı yatırımla ilgili bir uyuşmazlığın bulunması, yatırım yapılan devletin veya yabancı yatırımcı konumundaki kişinin tâbi olduğu devletin ICSID’e taraf olmasıdır. EŞA m. 1/6, b hükmü kapsamında, bir şirket veya

³² TUYGUN, s. 92.

joint-venture benzeri ticari bir ortaklığın hisse senetlerinin, bonolarının veya diğer borçlanma senetlerinin devri, yatırım kapsamında değerlendirilmektedir. EŞA kapsamında tüzel kişi yatırımcı ise, bu sözleşmeye taraf olan ülkelerden birinin hukukuna göre kurulmuş ve bu sözleşmeye taraf olan bir başka devlette yatırım yapan kişiyi ifade etmektedir. Hakem Heyeti'nin, bu şartlar kapsamında yetkili olup olmadığına tespiti noktasında, Davacı uyuşmazlığın konusunu teşkil eden şirketlere ilişkin payları iddia ettiği tarihte iktisap ettiğini ispatla yükümlüdür³³. Somut uyuşmazlıkta Hakem Heyeti'nin, adil yargılamanın tesisi bakımından Davacıya iddiasını ispat konusunda süre vermesi bir gereklilik olmakla birlikte; Davacının somut verileri ortaya koyamamasına rağmen, belge sunumu için süre talebinin defalarca tekrarlanması, usul ekonomisine aykırı olarak, yargılama masraflarının artmasına ve uyuşmazlığın sürüncemede kalmasına sebep olmuştur.

Öncelikle Hakem Heyeti, Davalının yetki itirazı üzerine bu hususu incelemiştir. Davalı; *Cementownia*'nın, bu tahkim sürecini başlattığında ÇEAŞ ve KEPEZ hisse senetlerine, Davacının iddia ettiği gibi 30 Mayıs 2003 tarihinde sahip olmadığını, *Cementownia*'nın bu durumu hile ve sürecin kötüye kullanımını hususunda bir araç olarak kullandığını, şirketin devir işlemini, işlemin iddiaya göre vukuu bulunduğu tarihi müteakip üç yıl sonrasına kadar, şirket defterlerine kaydetmediğini, şirketin hisse sahipliğinin ve yönetimi hususlarının hâlihazırda Polonya mahkemeleri önünde beklemekte olan Uzan grubu arasındaki hileye yönelik suçlamalar nedeniyle belirsiz olduğunu belirterek, Hakem Heyeti'nin yetkisiz olduğunu ileri sürmüştür³⁴.

Özetle Davalı; Kemal Uzan'ın *Cementownia*'yı, varlıklarını Türk yasaları nezdindeki süreçlerden korumak için kullandığını, yani *Cementownia*'nın, Uzan ailesi tarafından, uluslararası mahkemeler nezdinde asılsız iddialar serd etmek amacıyla kullanıldığını iddia etmiştir³⁵. Bunun üzerine Davacı da, ICSID yargısına başvurma hakkının bulunduğunu çeşitli beyanlarıyla savunmuştur. Davacının ifadeleri uyarınca; Davalı Hakem Heyeti'nin yetkisizliğine itiraz etmemiş ve aslında bunu kabul etmiştir. Ayrıca *Cementownia*, Hakem Heyeti tarafından istenen orijinal belgeleri sağlamayı reddetmediğini; ancak

³³ Bununla birlikte, Davacı bu ispat yükümlülüğünü yerine getirememiştir. Bkz. *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 106, 142, 162.

³⁴ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 121, 124, 147.

³⁵ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 151.

Hakem Heyeti'nin emirlerini yerine getirebilecek durumda bulunmadığını ileri sürmüştür. Zira Davacı söz konusu şirketlere ait hisse senetlerindeki hak sahipliğini ve bu husustaki iddialarını ispat etmesi imkânının, tasarrufu dışındaki olaylarla engellendiğini ifade etmiştir³⁶.

Hakem Heyeti, vermiş olduğu kararda bu itiraz ve savunmaları ayrı ayrı özetlemiştir. Daha sonra itirazın dayanağı olan Davacının *yetki tesisi amacıyla, iyiniyet ilkesine aykırı işlemler yapıp yapmadığını* araştırmıştır. Buna göre; bir tahkim davasının tarafları, iyiniyetle hareket etmelidir. Bu çerçevede tahkim usulünün başarısı, hem uyuşmazlığın taraflarının hem de Hakem Heyeti'nin iyiniyetle hareket etmesine bağlıdır. Zira bazı milletlerarası tahkim yargılamalarında, taraflardan birinin ticarî hayata katılım amacıyla değil de; sadece uyuşmazlığı milletlerarası yargıya taşıma imkânını tesis amacıyla yatırım yaptığı ve bunun iyiniyetli bir işlem olmadığı sonucuna varılmıştır³⁷. Bu tür bir işlem, korunan bir yatırım sayılamayacağı gibi; tarafın milletlerarası tahkime başvurabilme imkânı elde etmek için, yarattığı yasal bir yanıltmaca; “*détournement de procédure*”³⁸ olabilecektir³⁹.

Hakem Heyeti'nin değerlendirmesine göre, davacı şirketin sahte yetki oluşturabilmek amacıyla hisse senetlerini devralması yönündeki tutumu, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir⁴⁰. Zira Davacı *Cementownia*

³⁶ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 152.

³⁷ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 153-154.

³⁸ Bu kavram; iyiniyetin bir alt görünümü olarak da kabul edilebilecek olan uyuşmazlığın tahkime götürülmesi imkânının kötüye kullanımını, ifade etmektedir. Bkz. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/04/19/the-obligation-to-arbitrate-fairly-and-in-good-faith-in-investment-treaty-arbitration/> (E.T. - 20.12.2015).

³⁹ *Phoenix Ltd- Çek Cumhuriyeti Davası*, ICSID Dava Numarası: ARB/06/5; 15 Nisan 2009, paragraf. 142–143, www.worldbank.org/icsid.

⁴⁰ Bunun yanı sıra davacı, Hakem Heyeti'nce tahkim sürecini uzatmaya yönelik ve hakkın kötüye kullanımını teşkil ettiği kabul edilen pek çok usulî işlemde bulunmuştur. Bu usulî işlemlere ilişkin olarak aşağıdaki örnekleri vermek mümkündür:

- Davacının, uyuşmazlığın milletlerarası tahkimde görülmesini sağlamak için gerekli olan yatırımcı sıfatına sahip olmadığı hâlde, tahkim süreci başlatarak, davayı iki buçuk yıl boyunca devam ettirmiş olması,

- Birçok kez belgelerin temini ve incelenmesi için ek süreler talep etmiş olmasına rağmen, istenilen belgeleri ibraz ve incelemelerde bulunmaması;

- Kendini uyuşmazlıkta temsil eden avukatların onbir kez değişmesi ve bunun sonucunda yenilerinin atanması için defalarca ek süre istenmesi;

- Nihayetinde başlangıçta açılan davada istenen talepten tamamen farklı bir şekilde

şirketi, 30 Mayıs 2003 tarihinde, ÇEAŞ ve KEPEZ'e ait hisseleri devraldığını ileri sürmüştü; ancak Hakem Heyeti'nin, hisse senetlerinin devrine ilişkin belgelerin Hakem Heyeti'ne sunulması talebini, ısrarla yerine getirmemiştir. Davacı şirket tarafından, hisse senetlerinin devrini içeren belgelerin Hakem Heyeti'ne sunulmaması nedeniyle, Hakem Heyeti de söz konusu devir işlemlerinin geçerli bir biçimde yapılmadığı; bu iddianın ICSID Yetki Kuralları'nın hileli suretle kullanımına yönelik bir iddia olduğu kanaati oluşmuştur⁴¹. Kaldı ki, bu devir işlemleri davacı şirket tarafından kanıtlanıyorsa dahi, bu durumun, uluslararası anlaşmaların sunduğu imkânların kötüye kullanımı (*treaty shopping*) teşkil edip etmeyeceğinin de tartışılması gerekecektir⁴².

Neticede, Hakem Heyeti, mezkûr davada, Davacının EŞA m. 1(6) hükmü çerçevesinde bir yatırımda bulunmaksızın milletlerarası tahkime başvurma imkânını elde edebilmek için, ilgili şirketlerdeki hisse senetlerini edindiği izlenimini yarattığı; hileli davranışlarda bulunduğu kanaatine varmıştır. Hakem Heyeti, kendisine yöneltilen yetkisizlik iddiaları hakkında taraflarla mutabık olmakla birlikte, bu yönde verilecek bir karar neticesinde, davacının benzer bir iddiayı milletlerarası yargıya ve hatta ICSID'e taşıması riskini düşünerek, milletlerarası tahkimin açıkça kötüye kullanımını teşkil eden böyle bir davranışı kınamış ve kararında bunu belirtmiştir⁴³. Neticede Hakem Heyeti, Davacının EŞA m. 1(6), m. 1(7), m. 26(1) gereğince bir yatırıma sahip olduğu veya onu kontrolünde bulundurduğu hususlarını kanıtlayamaması nedeniyle yetkinin tesisine ilişkin koşulların somut vakıada gerçekleşmediği sonuca varmıştır⁴⁴. Bu sayede Davacının bu mesnetsiz

netice-i talepte bulunması gibi (*Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 158).

Her şeyden önce Davacı 15 Nisan 2008 tarihli dilekçesinde, Hakem Heyeti'nin Türkiye Cumhuriyeti'nin 4,000.000.000 Amerikan Dolarından az olmamak üzere tazminat ödemeye mahkûm edilmesini talep etmiştir. Davacı 4 Aralık 2008 tarihli dilekçesinde ise, Hakem Heyeti'nin davaya devam etmemesini, haklarını saklı tutarak, talep etmiştir. 21 Şubat, 16 Mart, 25 Mart 2009 tarihli dilekçelerinde Davacı, duruşmaların yetkisizlik nedeniyle reddedilmesi hususuna, Hakem Heyeti'nin talebine rağmen, söz konusu hisse senetlerini sunmadığı için karşı çıkmamış ve son olarak da duruşmadan bir gün önce, kendisinin ÇEAŞ ve KEPEZ hisselerinin sahipliğini kanıtlayamaması nedeniyle Hakem Heyeti'nin yetkisiz olduğu hususunda tarafların mutabık kaldığını ifade etmiştir.

⁴¹ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 159.

⁴² *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 117.

⁴³ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 162.

⁴⁴ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 179.

iddiasını milletlerarası yargı ve hatta ICSID nezdinde ileri sürmesine engel olabilecek bir çözüm geliştirmiştir⁴⁵.

B. Uyuşmazlık Konusu 2: Taraf Sıfatı - Hisse Devrinin Geçerliliği

Bir yatırım anlaşması gereğince milletlerarası tahkim yargılamasına başvurmayı arzu eden bir yatırımcının, ilgili tarihte yatırımcı olduğunu ispat etmesi gerektiği hususunda şüphe yoktur. Hakem Heyeti'nin yetkili olup olmadığı konusunda, var olan uyuşmazlığın seyri bakımından ispat yükü Davacıdadır. Davacının öncelikle ispat etmesi gereken husus, söz konusu kamulaştırma işleminden önce (kamulaştırma işlemi 12 Haziran 2003 tarihinde gerçekleştirilmiştir), ÇEAŞ ve KEPEZ'in hisselerini geçerli bir biçimde, iktisap edip etmediğidir.

Davacıya göre her iki şirkete ait hisselerin devir işlemi, İmtiyaz Sözleşmesi'nin sona erdirilme tarihi olan 12 Haziran 2003'den önce (30 Mayıs 2003 tarihinde) gerçekleştirilmiştir⁴⁶. Hisse senetlerinin ilgili tarihte ve geçerli bir biçimde Davacıya devredilip devredilmediğinin tespiti, Davacının bu uyuşmazlık çerçevesinde davayı milletlerarası tahkime taşıma konusunda yetkili olup olmadığının belirlenmesi bakımından özel bir öneme sahiptir. Somut vakıa açısından, 12 Haziran 2003 tarihinden sonra gerçekleşen tüm devirlerde, alıcıların imtiyaz sözleşmelerinin sona ermesi nedeniyle hisse senetlerinde meydana gelen değer kaybını bildikleri varsayılır. Bununla birlikte konuya ilişkin değerlendirme yapılırken, ikili bir ayrıma gidilmesi; ilk olarak, söz konusu hisse senetlerinin Davacıya geçerli bir biçimde devredilip devredilmediğinin; ikinci olarak da söz konusu hisse senetleri geçerli olarak devredilmiş olsa dâhi, bu devir işleminin objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde yapılıp yapılmadığının tespit edilmesi gereklidir.

Uyuşmazlığa konu olay çerçevesinde Hakem Heyeti tarafından verilen kararın içeriği ve taraflarca ileri sürülen iddialar dikkate alındığında, ÇEAŞ ve KEPEZ'e ait olduğu ve Davacı tarafından 30 Mayıs 2003 tarihinde geçerli bir biçimde devralındığı iddia edilen hisse senetlerinin, “*hamiline yazılı*” olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

⁴⁵ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 162.

⁴⁶ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 16.

Anonim şirketlerde hisse senetleri, nama veya hamiline yazılı olarak düzenlenebilir. Taahhüt edilen sermaye pay sahiplerince tamamen ödenmişse, şirketin hamiline yazılı hisse senedi çıkarılması mümkündür (6762 s. TTK⁴⁷ m. 409; 6102 s. TTK m. 484). Hamiline yazılı hisse senetleri, senedin metin veya şeklinden hamili kim ise, o kimsenin pay sahibi sayılacağı anlaşılan hisse senetleridir (ayrıca bkz., 6762 s. TTK m. 570; 6102 s. TTK m. 658). Hamiline yazılı senetler üstün tedavül yeteneğine sahiptir ve bu türden senetler aracılığıyla, anonim şirketlerde pay sahipliği sıfatının kazanılması ve yitirilmesi kanun koyucu tarafından son derece kolay bir prosedüre bağlanmıştır. Nitekim anonim şirkete ait hamiline yazılı bir hisse senedinin devredilmiş sayılabilmesi için, yalnızca senedin devralan kişiye mülkiyeti geçirme amacıyla teslimi yeterlidir⁴⁸. Bu anlamda, senedin devri, şirket ve üçüncü şahıslar hakkında ancak teslim ile hüküm ifade eder (6762 s. TTK m. 415; 6102 s. TTK m. 489). Kıymetli evrak açısından kabul edilen kural, hamiline yazılı hisse senetlerinde de dikkate alınır. Bir diğer ifade ile senede bağlanmış olan pay sahipliği hakkı, hisse senedini takip eder ve onun kaderine tâbi olur⁴⁹.

Hamiline yazılı hisse senetlerinin devrinde, devir işleminin anonim şirkete bildirilmesine veya başkaca bir yere kaydedilmesine gerek bulunmamaktadır. Bu anlamda pay sahipliğinin ispatı ve paya bağlı hakların kullanılabilmesi, hamiline yazılı hisse senedini elinde bulunduran kişinin bunu şirkete ibraz etmiş olmasına bağlıdır⁵⁰. Bir diğer ifade ile hamiline yazılı hisse senedinin

⁴⁷ R.G. 09.07.1956, S. 9353; Bu kanun 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 01.07.2012 tarihi itibari ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁸ Ünal TEKİNALP/Reha POROY/Ersin ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 11. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2009, N. 1113; Hasan PULAŞLI, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 1448-1449; Roland von BUREN/Walter A. STOFFEL/Rolf H. WEBER, *Grundriss des Aktienrechts*, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2011, Rn. 267; Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI, *Şirketler Hukuku*, Dora Yayınları, Bursa 2013, s. 546; Mücahit ÜNAL, *Anonim Şirketlerde Menkul Kıymetler*, (Ed.) Sami KARAHAN, *Şirketler Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya, 2012, s. 676-677; Ünal TEKİNALP, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 91; Mehmet BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul 2015, s. 312.

⁴⁹ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1113.

⁵⁰ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1111- 1112; PULAŞLI, s. 1448; von BUREN/STOFFEL/WEBER, Rn. 267; BAHTİYAR, s. 312.

zilyedi bulunduğunu ispat eden kimse, şirkete karşı pay sahipliğinden doğan hakları kullanmaya yetkilidir (6762 s. TTK m. 360/3; 6102 s. TTK m. 426/2).

Somut uyuşmazlıkta Davacının, ilgili şirketlerde pay sahibi olduğunu ispat edebilmesinin tek yolu, hisse senetlerinin orijinallerinin ibrazıdır. Ancak Hakem Heyeti'nin yargılama yetkisine sahip olup olmadığını tespiti açısından, sadece Davacının ilgili hisse senetlerini ibraz etmesi yeterli olmayacak; aynı zamanda bunların, İmtiyaz Sözleşmesi'nin Davalı tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesinden önce devralındığının da ispatı gerekecektir.

Somut vakıada Hakem Heyeti, Davacıya iddiasını ispatlayabilmesi için, süre tanımış ve hisse senetlerinin orijinal dokümanlarını, yediemine teslim ve bu suretle adli tıp incelemeleri neticesinde sahte olup olmadıklarının incelenmesine imkân sağlamıştır. Ancak Davacı pek çok defa hisse senetlerinin varlığını iddia etmiş olmasına rağmen, ilgili belgeleri ibrazdan kaçınmıştır. Kaldı ki Davacı, 2005'te yeni TL'ye uygun olarak değiştirildiği iddia edilen orijinal hisse senetlerini Hakem Heyeti'ne ibraz etmiş olsaydı dahi, senetler üzerinde iktisap tarihi yer almadığından ve senetlerin devrine ilişkin taraflar arasında ilgili tarihi de içeren bir anlaşmanın varlığı da kanıtlanmadığından, bahse konu senetlerin 30 Mayıs 2003 tarihinde iktisap edildiğinin ispatı mümkün olmayacaktır. Ayrıca, Davacı şirkette bağımsız denetçiler tarafından yapılan denetim sonucunda hazırlanan 2003 ve 2004 yıllarına ait denetim raporlarında, ÇEAŞ ve KEPEZ'e ait hisse senetlerinin devralındığına dair herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş; 2005 yılında yapılan denetimde ise, şirketin söz konusu hisseleri 2003 yılında devraldığı ve bedellerini 10.01.2009 tarihinde ödeyeceği vurgulanmıştır⁵¹.

⁵¹ ÇEAŞ ve KEPEZ'de sahip olduğu hisseleri, 30 Mayıs 2003 tarihinde, Cementownia Şirketi'ne usulüne uygun olarak devrettiğini iddia eden ve Rumeli Elektrik Yatırım A.Ş.'yi sahip oldukları holding vasıtasıyla yöneten Kemal Uzan dâhi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görülen bir davada, ÇEAŞ ve KEPEZ'e ait hisselerin devir işlemlerinin 30 Haziran 2003 tarihi sonrasında gerçekleştirildiğini iddia etmiştir. Yine Kemal Uzan, 8 Eylül 2003 tarihinde, Danıştay'ın 10. Dairesi nezdinde yabancı yatırımcıların ülke nezdinde korunduğu hâlde, yerli yatırımcıların hukuki güvenlikten yoksun olduğunu ileri sürmüştür. Böylece Kemal Uzan dâhi, ÇEAŞ hisse senetlerinin Cementownia'ya devredildiğinin iddia edildiği tarihten yaklaşık üç ay sonra Türk Mahkemeleri önünde, ÇEAŞ'ın tamamen Türk vatandaşlarına ait olduğunu kabul etmiştir. *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 124.

Somut vakıa çerçevesinde incelenen Hakem Heyeti Kararı da dikkate alındığında, Davacının, hisse senetlerini, 12 Haziran 2003'ten önceki bir tarihte (Davacının iddia ettiği tarih olan 30 Mayıs 2003 tarihinde) geçerli bir biçimde devraldığını ispatlayamadığı görülmektedir. Söz konusu hisse senetlerinin şeklen geçerli bir biçimde devralındığı Davacı tarafından ispat edilmiş olsaydı dâhi, ilgili tarihte yapılan devir işleminin objektif iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil ettiği de ifade edilebilecekti. Zira şeklen geçerli bir hisse senedi devri bazı hâllerde, sırf iç hukuk karakterli bir uyuşmazlığın, milletlerarası bir uyuşmazlığa dönüştürülmesine ilişkin bir hile olarak yorumlanabilecektir. Nitekim somut uyuşmazlığın geçmişi de dikkate alındığında Hakem Heyeti, Davacı tarafından devralınan payların devri, Davacının iddia ettiği gibi 30 Mayıs 2003 tarihinde gerçekleştirilmiş olsaydı dâhi, bu devrin hileli bir şekilde gerçekleştirilmiş olduğu kanaatine sahip olmuştur.

Değinen çerçevede Hakem Heyeti, Davacının bahse konu hisse senetleri iddia ettiği tarihte devralmadığına; belirtilen tarihte geçerli bir biçimde paylar kendisine devredilmiş olsaydı bile, bu devir işleminin somut olayın özelliklerine göre objektif iyiniyet çerçevesinde gerçekleştirilmiş bir işlem olarak değil; milletlerarası yetkinin oluşturulmasına yönelik bir girişim olarak⁵² değerlendirildiğine kanaat getirmiş ve yargılama usulü sürdürülerek, nihai karar verilmiştir.

C. Uyuşmazlık Konusu 3: Devlete Manevi Tazminat Ödenebilmesi Sorunu

Hakem Heyeti, vermiş olduğu kararda her ne kadar söz konusu davanın kötüniyetle açıldığı kanaatine varmışsa da, davanın salt yetkisizlik nedeni ile reddinden ziyade Davacının diğer iddiaları hakkında değerlendirme yapılmasında Davalının menfaatinin bulunduğu gerçeğine işaret etmiştir. Zira aksi hâlde Davacı iddialarını başka bir milletlerarası tahkim sürecine konu edebilecektir. Bu nedenle Hakem Heyeti, davanın kötüniyetle açılmasını

⁵² Benzer yönde kararlar için bkz. http://ita.law.uvic.ca/documents/Inceysa_Vallisoletana_en_001.pdf *Plama v. Bulgaria; Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic; Fraport v. Philippines; Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador.*

esas olarak, Davacının uyuşmazlığın esasına ilişkin tüm netice-i taleplerini reddetmiştir⁵³.

Öte yandan davanın kötüniyetle açıldığından bahisle Davalı devletin zarar gördüğü ve bu nedenle Davacının tazminata mahkûm edilmesine yönelik talebinin de Hakem Heyeti tarafından değerlendirilmesi gerekiyordu. Davalı Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından talep edilen manevi tazminat istemi, yapılan inceleme sonunda Hakem Heyeti tarafından reddedilmiştir. Hakem Heyeti, bu kararını somut vakıanın özelliğini esas olarak gerekçelendirmiştir. Buna göre; esas itibariyle milletlerarası hukuka göre karar veren mahkemelerin; manevi bir zarara uğraması durumunda (örneğin, bir devletin prestiji ile ilgili olarak zarara uğratılması hâllerinde olduğu gibi) o devlet lehine tazminata hükmedebilme yetkisi vardır. Ancak somut vakıada Davalı, manevi tazminat talebinin kabul edilmesi ile elde edeceği amaca, Davacının hileli davranışta bulunduğunu tespit eden bir ifadeye kararda yer verilmesi suretiyle de ulaşmaktadır. Yani bu hâlde Davalı devletin milletlerarası platformdaki itibarı, Davacının usulün kötüye kullanılması yönündeki davranışının kararda ifade edilmesi ile iade edilmiş olmaktadır.

Esas itibariyle kişiler hukuku alanına atfedilebilecek bir kavram olan manevî tazminata yatırım hukuku ve özellikle uyuşmazlıkların çözümü aşamasında başvurulması hususu da son zamanlarda gündeme gelmektedir. Bu durum ilk bakışta şaşkınlık uyandırır da yatırım iklimi ve ilgili ülkenin imajının yatırımların teşvik edilebilmesi anlamında ne derece önem taşıdığı göz önüne alındığında, devletin kendine yöneltilen haksız bir tahkim usulünden prestij maliyeti itibariyle zarar görebileceği de bir gerçektir. Bu hususta milletlerarası hukukta başvuru yöntemleri esas itibariyle tazminat (*compensation*), eski hâle iade (*restitution*), tekzip (*satisfaction*)’dir⁵⁴. Tazminat, parasal değeri olan zararların giderilmesini; eski hâle iade zarara uğrayanın durumunun zararın meydana gelmesinden önceki hâle irca edilmesi; tekzip ise, tazminat ya da eski hâle iadenin uygulama alanı

⁵³ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 109.

⁵⁴ Matthew T. PARISH/Annalise K. NEWLSON/Charles B. ROSENBERG, *Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 29, Issue 1, Art. 7, s. 228.

bulamayacağı durumlarda başvuru özür dileme, hukuka aykırı davranışın ikrar edilmesi vb. yöntemleri ifade etmektedir⁵⁵.

Milletlerarası yatırım hukuku çerçevesinde, bazı hakem kararlarından yola çıkılarak⁵⁶, Hakem Heyetlerinin manevi tazminata hükmedebilmesine ilişkin çıkarımlara ulaşılmıştır⁵⁷. Bahsi geçen incelemeler uyarınca temel olarak iki koşul kabul görmüştür. Bunlardan ilki, davalının uğramış olduğu muamelenin Hakem Heyeti'nin manevi tazminata hükmetmesine imkân tanıyabilecek düzeyde vehamet arz etmesidir. Yani Hakem Heyeti somut vakıadaki hak dengesinin ancak ilâve bir manevi tazminata hükmedilmesi suretiyle sağlanacağına kanaat getirmelidir. Öte yandan, Hakem Heyeti somut vakıadaki zarar miktarından ve tarafların tâbiyetinden bağımsız olarak milletlerarası yatırım hukukunu esas alarak kararını oluşturacaktır. Bu hâlde ortaya çıkan ikinci bir koşul, manevi tazminatın milletlerarası yatırım hukukunun genel nitelikleriyle çelişmemesidir⁵⁸. Bununla birlikte yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bakımından ICSID Tahkimine konu olan ve kararın aleniyet kazandığı uyuşmazlıklarda, talep edilmiş olması-

⁵⁵ PARISH/NEWLSON/ROSENBERG, s. 229.

⁵⁶ İlgili kararlar için bkz. *Desert Line Projects LLC-Yemen Cumhuriyeti*, ICSID Dava no: ARB/05/17, 6 Şubat 2008 Tarihli Karar, (çevrimiçi: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC791_En&caseId=C62) E.T. 25.12.2015.

Manevi tazminata ilişkin olarak ayrıca, Cementownia Kararı, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. 167'de atıfta bulunulan Benvenuti et Bonfant srl-Kongo Halk Cumhuriyeti arasında görülen ICSID Dava no: ARB/77/2, 8 Ağustos 1980 Tarihli Karar, Manevi tazminata ilişkin olarak devlet lehine sonuçlanmış ve Hakem Heyeti'nce özetle şu husus vurgulanmıştır: "... *Hakem Heyeti'nin B&B'nin sağlayıcı ya da bankaları nezdindeki kredisini kaybettiği ya da gerekli personeli sağlayamadığı hususundaki yalnız beyanlarını hakkında şüphe etmesini gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Bununla birlikte B&B'nin muhatabı olduğu işlemler ve bundan doğan, B&B'nin faaliyetlerini etkileyen, yasal süreci dikkate alarak manevi kayıplar için Hakem Heyeti, toplam 5.000.000 Batı Afrika Frank'ı (CFA) hükmedilmesinin adil olduğu kanaatindedir.*"

⁵⁷ Milletlerarası yatırım tahkiminde manevi tazminat ve özellikle *Desert Line Projects LLC-Yemen Cumhuriyeti* arasında görülen dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Kerem GİRAY, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 133-135.

⁵⁸ PARISH/NEWLSON/ROSENBERG, s. 233.

na rağmen, davalı devlet lehine manevi tazminat hükmü içeren bir hükme rastlanmamıştır⁵⁹.

Somut vakıa bakımından Davalı, Davacının kasıtlı ve kötüniyetli davranışlarla asılsız iddialarda bulunduğunu ve yargılama süresince bu tutumu devam ettirerek, Türkiye'nin milletlerarası kişiliği ve şöhretine zarar verebilmek amacıyla hareket ettiğini ileri sürmüştür⁶⁰. Davalı, ICSID yargılamasına konu olan daha önceki kararlara⁶¹ atıfta bulunarak, Davalı Devlet lehine adil bir tazminata hükmedilmesini engelleyen genel bir kuralın bulunmadığını ve bu nedenle masraflara ilişkin Davalı lehine Hakem Heyeti tarafından hükmedilecek kararın yanı sıra, manevi tazminata ilişkin bir karar da talep etmiştir⁶².

Somut vakıada, Hakem Heyeti, Davalı Devletin değil; aksine Davacının yargılama sürecini kötüye kullandığına karar vermiş olmakla birlikte, bu durumun, Davalı lehine manevi tazminata hükmedilebilmesi hususunda yeterli olmadığına sonucuna ulaşmıştır. Hakem Heyeti'ne göre, süreci kötüye kullanan ve yatırımcı sıfatına sahip olmadığı hâlde, yargılamayı milletlerarası tahkime taşımak amacı ile kanuna karşı hilede bulunan Davacı aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi ve manevi tazminat yerine, sembolik olarak Davacı tarafından sürecin kötüye kullanıldığına işaret edilmesi yeterlidir ve bu şekilde Davalının amacına ulaşması mümkündür⁶³. Dolayısıyla kararda Davalının talebi doğrultusunda Davacının hileli davranışta bulunduğu açık olarak belirtilmiştir⁶⁴.

Ç. Uyuşmazlık Konusu 4: Masraflara İlişkin Karar

İlâve Hizmet Kuralları'nın 58. maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan hüküm⁶⁵ çerçevesinde Hakem Heyeti'ne sunulan takdir yetkisine dayanarak

⁵⁹ PARISH/NEWLSON/ROSENBERG, s. 234.

⁶⁰ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 165.

⁶¹ İlgili kararlar için bkz. Dpn. 17.

⁶² *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No.165.

⁶³ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 171.

⁶⁴ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 179.

⁶⁵ “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, Hakem Heyeti; Heyet üyelerinin ücret ve masraflarına, Sekreteryaya'nın ücret ve masraflarına, süreçle ilgili olarak taraflarca katılan

pek çok davada Hakem Heyetleri, her bir tarafın kendi masrafına katlanması gerektiğine karar vermiş olmasına rağmen; bazıları, kaybeden tarafın tüm masraflara ya da sürece ve temsil ücretlerine ilişkin masrafların bir kısmına katlanmasına karar vermek suretiyle, “*masraf vakıyı takip eder (costs follow the event)*” kuralını uygulamıştır⁶⁶.

Ancak somut olayda Hakemler; Davacının, kasıtlı olarak usulü kötüye kullanımdan dolayı kusurlu olduğu; tahkim sürecini bir kez başlatmakla birlikte, pek çok gecikmelere yol açtığı ve bu şekilde tahkim masraflarını artırdığı kanaatine varmıştır⁶⁷. Milletlerarası Hakem Heyetleri, bu tür vakılarda hakkın kötüye kullanımı teşkil eden bir durumun yaptırımı olarak, kötüniyetle davranan tarafı yargılama masraflarına mahkûm edebilmektedir⁶⁸. Somut uyuşmazlıkta da Hakem Heyeti, Davalı lehine manevi zarara ilişkin sembolik bir tazminata hükmetmek yerine, tüm yargılama masraf-

masraflara kimin katlanacağına karar verir. Heyet, bu amaca hizmet etmek üzere, Sekreteryaya ve taraflardan, sürece dair masrafların taraflar arasında bölünebilmesi için ihtiyaç duyduğu belgeleri sağlamalarını isteyebilir.”

⁶⁶ Özellikle bkz. *Plama Consortium Limited-Bulgaristan Cumhuriyeti*, ICSID Dava No: ARB/03/24, 27 Ağustos 2008 Tarihli Karar, Prg. 307-324 (Çevrimiçi: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>); *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, 13 Ağustos 2009 Tarihli Karar, Prg. 186 - (Çevrimiçi: <http://www.italaw.com/cases/documents/422#sthash.JZp0dVBJ.dpuf>); *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, 4 Temmuz 2010 Tarihli Karar, Prg. 152-155 - (çevrimiçi: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0314.pdf>); *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, 2 Eylül 2011 Tarihli Karar, Prg. 568-569 - (Çevrimiçi: <http://www.italaw.com/cases/626#sthash.uPIAoB4g.dpuf>) - E.T. 25.12.2015. Ayrıca bkz., İnci FİGANMEŞE ATAMAN; “*Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları*”, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, Ankara 2013, s. 34-35.

⁶⁷ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No. 177.

⁶⁸ Bu yöndeki kararlar için bkz. *Benvenuti & Bonfant- Congo Halk Cumhuriyeti* (ICSID Case No. ARB/77/2), 15 Ağustos 1980 tarihli karar, 1. ICSID Raporu 1993, s. 365; *MINE- Gine* (ICSID Dava No. ARB/84/4), 6 Ocak 1988, 4. ICSID Raporu, s. 78; *American Manufacturing Trading- Zaire* (ICSID Dava No. ARB/93/1), 21 Şubat 1997 Tarihli Karar, 36. ILM 1531, *Liberian Eastern Timber Corporation- Liberya Cumhuriyeti (LETCO)*, ICSID Dava No. ARB/83/2, 31 Mart 1986 Tarihli Karar, 2. ICSID raporu, s. 370). LETCO Davası'nda, Devlet hiçbir duruşmada bulunmamıştır. Buna ek olarak, Devlet aynı uyuşmazlık hususunda kendi mahkemelerinde de yargı sürecini başlatmıştır. Bu usulü kötüye kullanım, tüm masrafların Liberya Cumhuriyeti'ne bırakılmasını haklı kılmaktadır. Ayrıca Bkz. Christoph SCHREUER, *the ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2000, Ek madde 61, paragraf 24.

larının Davacı tarafından karşılanmasına karar vermiştir⁶⁹. Esasında böyle bir sonuçla karşılaşma ihtimalinden dolayı Davacı Cementownia Şirketi, yargılama süreci esnasında, neredeyse tüm işletmeye yönelik malvarlığını satmış ve ticarî hayattan çekilmiştir⁷⁰.

Sonuç

Yatırım hukuku çerçevesinde esas itibariyle, egemenlik hakkını elinde bulunduran devlet karşısında yer alan yatırımcının korunması söz konusu olmakla birlikte, yatırımcıların yatırım hukuku tarafından sunulan imkânları kötüye kullanması da mümkündür. Çalışmamız kapsamında incelenen tahkim kararına konu olan olayda, Davacı tarafından milletlerarası yetkinin sağlanması amacıyla hileli işlemler tesis edildiği görülmektedir. Yerli yatırımcının kendisinin ileri süremediği talepleri, hileli işlemlerle, yabancı yatırımcı sıfatına sahip bir başka kişi üzerinden ileri sürmek istemesi, milletlerarası yatırım hukukunda korunan bir davranış değildir.

Somut vakıanın ele alınması kapsamında Hakem Heyeti tarafından yapılan değerlendirme neticesinde de, ICSID Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi'nin yargılama yetkisinin, yatırımcının hileli ve kötüniyetli davranışları ile tesis edilmesi kabul edilmemiştir. Zira Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi'ne başvuran ilgilinin “*yabancı yatırımcı*” sıfatını ispat etmesi gerekir. Yabancı yatırımcı sıfatını ispatlamak yerine, yargılamayı uzatacak bazı yollara başvurulması, yatırımların korunması anlayışı ve yargılamanın amaçlarıyla bağdaşmaz.

Karar kapsamında ele alınmış olan bir başka husus da, yatırım hukuku kapsamında devlet lehine manevi tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği sorunudur. Yatırımcıların yatırım hukukundan kaynaklanan sorunlarını milletlerarası platforma taşınması, her ne kadar haklı ve olağan bir yöntem olsa da; bu hakkın da her hak gibi iyiniyet kurallarına uygun surette kullanılmasını gerektirmektedir. Zira yatırımcı tarafından ortaya konulan iddialar ev sahibi ülkeye yatırım yapmayı planlamakta olan diğer yabancı yatırımcılar açısından olumsuz bir imaj meydana getirmekte, devlet aleyhine yatırım iklimini olumsuz etkilemektedir. Bu çerçevede somut olayda da Türkiye lehine tahkim yargılamasında devletin manevi tazminat talebinin kabulü

⁶⁹ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No.170,171 ve 178.

⁷⁰ *Cementownia Kararı*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Prg. No.158.

mümkündür. İncelenen kararda devletin manevi tazminat talebi, davalının iddialarının haklılığının kararda açıkça belirtilmesi ve yargılama masraflarının davacıya yükletilmesi ile karşılanmış; Türkiye Devleti lehine ayrıca bir manevi tazminata hükmedilmemiştir.

Kaynakça

- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- BAHTİYAR, Mehmet; *Ortaklıklar Hukuku*, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul 2015.
- BİLGİLİ, Fatih/ Ertan DEMİRKAPI; *Şirketler Hukuku*, Dora Yayınları, Bursa 2013.
- ÇAL, Sedat; “Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi”, s. 327-338, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/11.%20Uluslararası%C4%B1%20%C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/12dr.sedat_al.pdf, - E.T. 13.04.2016.
- DOLZER, Rudolf/Christoph SCHREUER; *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008.
- EKŞİ, Nuray; *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- FİĞANMEŞE ATAMAN, İnci; “Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları”, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, Ankara 2013, s. 18-35.
- GIARDINA, Andrea; *the International Center for Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID)*, Ed. Peter Šarčević, Essays on International Commercial Arbitration, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London, 1989, s. 214-222.
- GİRAY, Faruk Kerem; *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- MCLACHLAN, Campbell/Laurance SHORE/Matthew WEINIGER; *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2010.
- PARISH, Matthew T./Annalise K. NEWLSON/Charles B. ROSENBERG; *Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 29, Issue 1, Art. 7, s. 225-245.
- PETROCHILLOS, Georgios; *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2004.

- POLAT, Malike; *Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı İkili Yatırım Anlaşmalarının Mukayesesine İlişkin Bir İnceleme*, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 73-74, s.195-220.
- PULAŞLI, Hasan; *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- SALACUSE, Jeswald W.; *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, New York, 2010.
- SHANY, Yuval; *The Competing Jurisdictions of International Courts And Tribunals*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy; *The International Law on Foreign Investment*, 3. B., Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu; *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları İle Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- ŞİT, Banu; *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfiizi*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2005.
- TEKİNALP, Ünal/Reha POROY/Ersin ÇAMOĞLU; *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 11. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2009.
- TEKİNALP, Ünal; *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- TİRYAKIOĞLU, Bilgin; *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 2003.
- TOOPE, Stephen J.; *Mixed International Arbitration, Studies In Arbitration Between States and Private Persons*, Grotius, Cambridge 1990.
- TUYGUN, Salih; *ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi*, Güncel Hukuk, İzmir, 2007.
- ÜNAL, Mücahit; *Anonim Şirketlerde Menkul Kıymetler*, (Ed.) Sami KARAHAN, Şirketler Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2012.
- von BUREN, Roland/Walter A. STOFFEL/Rolf H. WEBER; *Grundriss des Aktienrechts*, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2011,
- WILLIAMS, David A.R./Simon FOOTE; *“Recent developments in the*

approach to identifying an “investment” pursuant to Article 25 (1) of the ICSID Convention”, Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, Cambridge University Press, 2011 Cambridge, s. 42-64.

YILMAZ, Alper Çağrı; *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013.

YILMAZ, İlhan; *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.