



*Hasan Zihni GÖNEN, Partner / Batuhan ERDEMİR, Associate*

**On July 17, 2023, 19<sup>th</sup> Commercial Court of First Instance of Türkiye dismissed a petition for enforcement of an ICC award worth over USD 600 million alleging it violates the Turkish public policy.**

This article examines the refusal by the Istanbul 19<sup>th</sup> Commercial Court of First Instance (“**Commercial Court**”) to enforce an arbitral award rendered by the International Court of Arbitration (“**ICC**”).

For the purpose of this article, the legal findings of the award will not be specifically explained; however, the factual context of the award will be mentioned as far as it relates to the refusal of enforcement.

### **Background of the Award**

The arbitration before the ICC concerned the acquisitions in 2012 of two chrome-mining companies having facilities and required licenses for their operations in Türkiye.

Under their share purchase agreement, the parties had agreed to assign a third party to test the drilling samples provided by the sellers. Buyers afterwards claimed that new testing results of samples demonstrated the ore was much below the specifications shown in the third-party report and lodged an arbitration before the ICC in 2014.

**19. Asliye Ticaret Mahkemesi 17 Temmuz 2023'te değeri 600 milyon USD'nin üzerinde olan bir MTD kararının tenfizi talebini kararın Türk kamu düzenini ihlal ettiğini öne sürerek reddetti.**

Bu makale Milletlerarası Tahkim Divanı'nın (“**MTD**”) verdiği bir hakem kararın tenfizinin İstanbul 19. Asliye Ticaret Mahkemesi (“**Ticaret Mahkemesi**”) tarafından reddedilmesini incelemektedir.

Bu makalenin amacı doğrultusunda, hakem kararının hukuki bulguları spesifik olarak açıklanmamakla birlikte tenfizin reddini ilgilendirdiği ölçüde kararın maddi bağlamından bahsedilecektir.

### **Kararın Geçmişi**

MTD önünde başlatılan tahkim Türkiye'de faaliyette bulunmak için gerekli ruhsatlara ve tesislere sahip iki krom madenciliği şirketinin 2012'de devralınmasına ilişkindir.

Aralarındaki hisse devir sözleşmesi uyarınca, satıcının sağladığı sondaj numunelerini test etmesi için taraflar üçüncü bir kişinin atanması hususunda anlaştılar. Alıcı ise daha sonra cevher sonuçlarını gösteren yeni numune testlerinin üçüncü tarafın raporundakinden oldukça düşük olduğunu iddia ederek MTD önünde 2014'te tahkim başlattı.

The parties proposed witness statements to support their claims. They blamed each other for instructing the former manager director of the respondent in obtaining the third-party report, but the tribunal dismissed those allegations even though he confessed that he had tampered with the samples.

A drilling expert of the claimant confessed in his witness statement that he had yielded a fake report upon the claimant's instructions. However, the ICC also dismissed this confession and awarded against the respondent, observing it had altered the testing results of the first drilling samples.

### Decisions of Turkish Courts

Upon the complaint of the respondent, Ankara 13<sup>th</sup> Criminal Court of First Instance (“**Criminal Court**”) convicted a witness confessed his crime of forgery of private documents in May 2021. The Commercial Court relied its refusal of enforcement on this conviction, ruling that enforcing the award would violate Turkish public policy.

### Legal Issue

Türkiye is a party to the Convention on the Recognition and Enforcement of the Foreign Arbitral Awards (“**New York Convention**”). Article V(2)(b) of the Convention provides for that parties may refuse recognition and enforcement of a foreign arbitral award if *the recognition and enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country*. Accordingly, the legal issue before the Commercial Court was whether the conviction of a witness by the Criminal Court rendered the ICC award dismissing the statements of this witness unenforceable due to public policy considerations.

However, this article does not address whether the ICC should have stayed the proceedings due to the criminal action that took place in Türkiye, as whether the criminal prosecution had been pending or not before the ICC issued its final award is unknown.

Taraflar iddialarını desteklemek amacıyla tanık beyanlarına başvurdu. Birbirlerini üçüncü kişinin raporunun elde edilmesinde davalının eski müdürüne talimat vermek ile suçladılar, fakat hakem heyeti yöneticinin numuneleri kurcaladığını itiraf etmesine rağmen bu iddiaları kabul etmedi.

Davacının bir sondaj uzmanı tanık beyanında davacının talimatı üzerine sahte bir rapor vermiş olduğunu itiraf etti. Öte yandan, MTD bu itirafı da kabul etmedi ve davalı tarafın ilk sondaj numunelerinin test sonuçlarını değiştirmiş olduğuna hükmederek davalı aleyhine karar vermiştir.

### Türk Mahkemelerinin Kararları

Ankara 13. Asliye Ceza Mahkemesi (“**Ceza Mahkemesi**”) davalının şikayeti üzerine özel belgede sahtecilik suçunu işlediğini ikrar eden bir tanığı Mayıs 2021’de mahkum etmişti. Ticaret Mahkemesi ise kararı tenfiz etmenin Türk kamu düzenini ihlal edebileceğine hükmederek tenfizi reddetmesini bu mahkumiyete dayandırmıştır.

### Hukuki Sorun

Türkiye Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Konvansiyona (“**New York Konvansiyonu**”) taraftır. Konvansiyonun V(2)(b) Maddesi tarafların yabancı bir hakem kararının tanınmasını ve tenfizini *hakem kararının tanınması ve icrasının zikri geçen memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması* durumunda reddedebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, Ticaret Mahkemesi önündeki hukuki sorun Ceza Mahkemesi’nin bir tanığı mahkum etmesinin bu tanığın beyanlarını göz ardı eden MTD kararını kamu düzeni mülahazaları yüzünden tenfiz edilemez kılıp kılmadığına ilişkindi.

Öte yandan, bu makale MTD’nin Türkiye’deki ceza yargılaması nedeniyle duruşmaları bekletmek zorunda olup olmadığını incelememektedir çünkü cezai kovuşturmanın MTD’nin nihai kararından önce derdest olup olmadığı bilinmemektedir.

## Turkish Public Policy

The term public policy refers to the fundamental principles, rules, and values of a legal system. Not all statutory rules are regarded part of the public policy unless the rule is seen as indispensable under national law.

The courts are generally tended to construe the term public policy in a strict way. On the other hand, jurisdictions may differ in their handling this term due to the diversity of fundamental rules, principles, and values among national legal systems.

### *Le Criminel Tient Le Civil En État*

#### Comparative Law

In comparative law, there are different approaches for the legal issue of whether enforcing foreign awards is contingent upon a pending criminal action concerning the factual matters of the arbitration.

For its specific purpose, this article only mentions French, Luxembourg, and Belgian laws acknowledging the maxim *le criminel tient le civil en état*.

French law regulates the maxim *le criminel tient le civil en état* in Art. 4 of the French Code of Criminal Procedure, pursuant to which a civil judge must order to stay the case pending a criminal action concerning the material facts of the case before the civil court.

*La Cour de cassation française* ruled in this regard that while the maxim *le criminel tient le civil en état* is not applicable to international arbitration, the rule in Art. 4 of the French Code of Criminal Procedure nonetheless binds civil courts hearing enforcement or annulment cases of foreign awards if a criminal action is ongoing in France and its outcome will have a direct impact on the civil court decision<sup>1</sup>.

## Türk Kamu Düzeni

Kamu düzeni kavramı bir hukuk düzeninin temel ilkelerini, kurallarını ve değerlerini ifade eder. Bütün kanuni kurallar kamu düzeninin bir parçası olarak görülmez, meğerki kural ulusal hukuk içerisinde olmazsa olmaz telakki edilsin.

Mahkemeler genellikle kamu düzeni kavramını katı bir şekilde yorumlamaya eğilimlidir. Öte yandan, ülkelerin bu kavramı ele alış biçimleri temel kuralların, ilkelerin ve değerlerin ulusal hukuk sistemleri arasındaki çeşitliliği nedeniyle farklıdır.

### *Ceza Davası Hukuk Davasını Bekletir*

#### Karşılaştırmalı Hukuk

Karşılaştırmalı hukukta yabancı hakem kararlarının tenfizinin tahkimin maddi meselelerine dair devam eden bir ceza yargılamasına tabi olup olmadığı sorunu için farklı yaklaşımlar mevcuttur.

Spesifik amacı gereği bu makale sadece ceza davasının hukuk davasını bekletmesi ilkesini tanıyan Fransız, Lüksemburg ve Belçika hukuklarından bahsetmektedir.

Fransız hukuku ceza davasının hukuk davasını bekleteceği ilkesini Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu Mad. 4'te düzenlemiştir, buna göre hukuk mahkemesinin gördüğü bir davanın maddi vakılarına ilişkin bir ceza davası varsa hukuk hakimi davayı bekletmelidir.

Fransız Yargıtay'ı bu bağlamda ceza davasının hukuk davasını bekleteceği ilkesinin milletlerarası tahkime uygulanamayacağını fakat ceza davası Fransa'da açılmış ve sonucu hukuk mahkemesi kararına doğrudan tesiri olacak ise Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu Mad. 4'teki kuralın yabancı hakem kararlarının tenfizi veya iptali davalarına bakan hukuk mahkemelerini bağladığını belirtmiştir.

<sup>1</sup> *Cour de cassation, Chambre civile 1*, 25 October 2005, 02.13.252, Bulletin 2005 I No 378 p. 314, accessed October 14, 2023, <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052229>>.

In 2019, *la Cour de cassation de Luxembourg* had annulled the refusal of *la Cour d'Appel de Luxembourg (8e Chambre)* to stay a case seeking to set aside a foreign arbitral award pending a criminal investigation as to the falsity of documents submitted to the arbitral tribunal. In 2022, *la Cour d'Appel de Luxembourg (3e Chambre)* then arrived at a different decision, ordering to stay the case<sup>2</sup>.

Belgium law has a stricter approach in a way that if a criminal action takes place in Belgium, then even the arbitration tribunals are bound by the maxim *le criminel tient le civil en état*. The rule is thus accepted as mandatory for both civil judges and arbitrators<sup>3</sup>.

### **Turkish Law**

As for Turkish law, criminal court decisions bind the civil judges as regards factual matters, even if the court acquitted the suspect<sup>4</sup>. Thus, the civil judge must stay the proceedings until the criminal court gives its judgment regarding factual issues before the civil court<sup>5</sup>.

There is only one provision in Turkish law as to the effects of criminal court judgments on civil cases. According to Art. 74 of the Turkish Code of Obligations, *when the judge decides whether the person who caused the damage is at fault or not and has mental competence or not, he is not bound by the provisions of the criminal law regarding liability, nor the acquittal given by the criminal judge.*

*Likewise, the criminal court judge's decision on the assessment of the defect and the determination of the damage does not bind the civil court judge.*

This provision only specifies which findings of criminal courts does not bind the civil judges (liability, acquittal, assessment of the defect

2019'da Lüksemburg İstinaf Mahkemesi'nin (8. Daire) tahkim heyetine sunulan belgelerin sahteliğine ilişkin derdest bir ceza soruşturmasına rağmen yabancı bir hakem kararının iptali davasını bekletmeyi reddetmesi Lüksemburg Yargıtay'ınca bozulmuştur. 2022'de ise Lüksemburg İstinaf Mahkemesi (3. Daire) farklı bir sonuca ulaşarak davayı bekletme kararı vermiştir.

Belçika hukuku ceza davası eğer Belçika'da yürütülmekte ise tahkim heyetlerinin dahi ceza davasının hukuk davasını bekletmesi ilkesi ile bağlı olduğu yönünde katı bir yaklaşıma sahiptir. Kural bu yüzden hakemler ve hukuk hakimleri için emredicidir.

### **Türk Hukuku**

Türk hukukunda sanığı beraat ettirse dahi ceza mahkemesi kararları maddi olgulara ilişkin olarak hukuk hakimlerini bağlar. Bu nedenle, ceza mahkemesi hukuk mahkemesi önündeki maddi meselelere dair karar verene kadar hukuk hakimi duruşmaları bekletmelidir.

Ceza mahkemesi kararlarının hukuk davaları üzerindeki etkisine ilişkin Türk hukukunda yalnız bir hüküm vardır. Türk Borçlar Kanunu Mad. 74 uyarınca, *hakim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı ve ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hususlarıyla ilgili olarak karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, beraat kararıyla da bağlı değildir.*

*Aynı şekilde, ceza hakiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hakimini bağlamaz.*

Bu hüküm yalnızca ceza mahkemelerinin hangi tespitlerinin hukuk hakimlerini bağlamadığını belirtmektedir (sorumluluk, beraat, kusurun

<sup>2</sup> Luxembourg No. 2022-2, Republic of Kazakhstan v. ASCOM Group S.A. et al., *Cour d'Appel (3e Chambre)*, No.108-21 – III – Exequatur, 2 December 2021', in Stephen Schill (ed), ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2022 – Volume XLVII, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 47 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2022) pp. 1-6.

<sup>3</sup> Arbitral award Nos. 2099 and 2165, in G. Keutgen (ed.), *Collection of CEPANI arbitral awards 1996-2001*, Brussels, Bruylant, 2008, pp. 225-232 and 508-520; and arbitral awards Nos. 22168 and 22215, *Collection of CEPANI arbitral awards*, Brussels, Bruylant, 2015, pp. 156-161.

<sup>4</sup> Yargıtay 11. HD, T. 11.1.2016, E. 2015/6013, K. 2016/71; Yargıtay 19. HD, T. 2.11.2015, E. 2015/2398, K. 2015/13766.

<sup>5</sup> Yargıtay 23. HD, T. 16.9.2023, E. 2013/2980, K. 2013/5432.

and the determination of the damage). Therefore, the legal basis of the binding nature of the criminal court decision is not the Turkish positive law.

However, there is also a view that *a contrario* reasoning of this provision manifests which findings of the criminal court bind civil judges<sup>6</sup>. Regardless of differing views, there is no dispute that material facts revealed by the criminal courts convicting a suspect are binding upon the civil judge. Further, it is without question that only the final judgments of the criminal courts have a binding nature.

Besides academic discussions, Turkish law stipulates that all disputes in criminal justice concern public policy, as the main purpose of the criminal procedure is to reveal material facts in accordance with the rules and principles set out in the statutes<sup>7</sup>. Therefore, the legal basis for the binding nature of the factual findings of criminal courts is accepted to be public policy<sup>8</sup> and the need to avoid conflicting decisions between the criminal and civil courts<sup>9</sup>. Whether this principle also has a basis in the statutes does not render this legal conclusion ineffective, given that criminal disputes concern Turkish public policy.

Thus, since the factual findings of the Criminal Court have a direct relevance to the award, one should look at whether the conviction of the Criminal Court has become final or not.

If the convicted witness did not file an appeal, the decision of the Commercial Court cannot be deemed a violation of the New York Convention since deciding otherwise would violate the binding nature of the factual findings of the Criminal Court and thus Turkish public policy.

On the other hand, if the judgment did not become final yet, the Commercial Court should have then ordered to stay the case.

değerlendirilmesi ve zararın belirlenmesi). Bu sebeple, ceza davasının hukuk davasını bekletmesi ilkesinin hukuki temeli Türk pozitif hukuku değildir.

Fakat, bu hükmün mefhum-u muhalifinin ceza mahkemesinin hangi tespitlerinin hukuk hakimini bağladığını saptadığı görüşü de mevcuttur. Farklılaşan görüşlerden bağımsız olarak, bir sanığı mahkum eden ceza mahkemesinin ortaya çıkardığı maddi vakıların hukuk hakimini bağlayacağı tartışmasızdır. Ayrıca, yalnızca kesinleşmiş ceza mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğu şüphesizdir.

Akademik tartışmalar bir tarafa, Türk hukuku ceza muhakemesinin esas amacının kanunlarda saptanmış kurallara ve ilkelere uygun olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olması ışığında ceza yargısındaki bütün uyumsuzlukları kamu düzeninden olarak görür. Bu yüzden, ceza mahkemelerinin maddi bulgularının bağlayıcılığının hukuki temeli kamu düzeni ile ceza ve hukuk mahkemeleri arasında çelişkili kararlar verilmesinin önlenmesi ihtiyacı olarak kabul edilir. Bu ilkenin kanunlarda da bir dayanağının olup olmadığı cezai ihtilafların kamu düzeninden kabul edilmesi sebebiyle bu hukuki sonucu geçersiz kılmamaktadır.

Bu nedenle, Ceza Mahkemesi'nin maddi bulguları kararla doğrudan ilgili olduğundan bakılması gereken Ceza Mahkemesi'nin verdiği mahkumiyetin kesinleşip kesinleşmediğidir.

Eğer hükümlü tanık istinaf başvurusunda bulunmamış ise Ticaret Mahkemesi kararı New York Konvansiyonu'nun ihlali olarak değerlendirilemez zira aksi yönde karar vermek Ceza Mahkemesi'nin maddi bulgularının bağlayıcı niteliğini yani Türk kamu düzenini ihlal ederdi.

Öte yandan, hükmün kesinleşmemiş olması halinde ise Ticaret Mahkemesi'nin davayı bekletme kararı vermesi gerekirdi.

<sup>6</sup> Yargıtay 11. HD, T. 26.11.1984, E. 5785/1983, K. 5810/1984.

<sup>7</sup> Nurullah KUNTER, Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, 'Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku', 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 35.

<sup>8</sup> Henri LALOU, 'Traité Pratique de la Responsabilité Civile', Paris 1943, s. 19.

<sup>9</sup> *Supra*, note 2; Yargıtay 11. HD, T. 12.10.2015, E. 2015/8695, K. 2015/10282.

## Conclusion

Since the Art. V(2)(b) of the New York Convention and the maxim *le criminel tient le civil en état* constitutes an essential part of the Turkish public policy, the courts are free to take account of those specific grounds under the Convention for refusal to enforce foreign arbitral awards.

Therefore, the Commercial Court's ignorance of the binding nature of the judgment given by the Criminal Court in that respect would violate the Turkish public policy given that the Criminal Court's factual findings as to the confession of witness directly concern the award of the ICC.

## Sonuç

New York Konvansiyonu Mad. V(2)(b) ve ceza davasının hukuk davasını bekletmesi ilkesinin Türk kamu düzeninin önemli bir bölümünü teşkil etmesi sebebiyle, mahkemeler Konvansiyon'daki yabancı hakem kararlarının tenfizinin reddine ilişkin özel engelleri ele almakta serbesttir.

Dolayısıyla, Ticaret Mahkemesi'nin Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararın bu bakımdan bağlayıcı etkisini göz ardı etmesi Ceza Mahkemesi'nin tanığın ikrarına dair maddi bulgularının MTD kararını doğrudan ilgilendirmesi sebebiyle Türk kamu düzenini ihlal ederdi.