

ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN FİNANSMANI

(Third Party Funding in International Investment Arbitration)

Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN*

ÖZET

Uluslararası Yatırım Tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finansmanı tartışmalı ve çok önemli bir konudur. Bu nedenle, bu makale uluslararası yatırım tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finansmanını incelemektedir. Özellikle, bu çalışmada yatırım tahkiminde tarafların üçüncü kişiler tarafından nasıl finanse edildiği ICSID tahkimi bağlamında açıklanmıştır.

Anahtar Kelime: Üçüncü Kişilerin Finansmanı, Tahkim, ICSID Tahkimi, ICSID, Finans

Abstract

Third party funding is a controversial and vital issue in international investment arbitration. Thus, this paper examines third party funding in international investment arbitration. In particular, this study explains how the parties can utilize third party funding structure in ICSID arbitration.

Keywords: Third party funding, Arbitration, ICSID Arbitration, ICSID, Finance

GİRİŞ

Yabancı unsur içeren davaların değerinin yüksek olmasından dolayı dava masraflarını ve sonraki giderleri karşılamada güçlük çeken gerçek veya tüzel kişiler, son yıllarda dava finansman şirketleriyle yapmış oldukları dava finansman sözleşmeleri ile davalarını açabilmekte ve dolayısıyla mahkemeye erişim hakkına sahip olabilmektedirler. Son yıllarda tahkim yargılamasının da üçüncü kişiler tarafından finanse edildiği görülmektedir. Özellikle, uluslararası yatırım hukuku bağlamında, yapmış oldukları yatırımla ilgili ev sahibi devletin ihlallerine karşı ICSID tahkiminde dava

* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

açmak isteyen yatırımcıların, tahkim masrafları, hakem ücretleri ve avukatlık ücretleri gibi milyon dolarları bulan yüksek meblağda masraflarla karşılaştıkları düşünüldüğünde, yatırım tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi, yatırımcıların haklarını ICSID tahkiminde savunabilmelerini sağlamaktadır. Nitekim Türk yatırımcıları, Türkî Cumhuriyetler başta olmak üzere birçok ülkede yapmış oldukları yatırımlara ev sahibi devletler tarafından hukuka aykırı müdahaleler sonrasında, ICSID tahkimine başvuru sırasında veya tahkim aşamasında dava finansmanı şirketlerinin finansmanından yararlanmaktadırlar. Son yıllarda uluslararası hukuk doktrininde hem ekonomik hem de hukuki açıdan tartışmaları yapılan kitap¹ ve makalelere konu olan davaların üçüncü kişiler tarafından finansmanı konusu bu çalışmada değerlendirilmiştir.

I. Genel Olarak

Her ne kadar çalışma konumuz sadece uluslararası yatırım tahkimin üçüncü kişiler tarafından finansmanı olarak sınırlandırılmış olsa da, yeri geldiğinde, önemli bağlantısı olduğu için davaların finansmanı konusuna da değinilecektir. Davanın üçüncü kişiler tarafından finansmanında üçüncü kişi dava masraflarının karşılanması amacıyla davacı tarafa ekonomik destek sağlamak, karşılığında ise davacı talebinde haklı olur ise davacının elde ettiği tazminatın belirli bir oranını almaktadır.² Eğer, davacı davayı kaybeder ise, üçüncü kişi tazminat alamamaktadır. Davanın üçüncü kişiler tarafından finansmanı başta Avustralya olmak üzere, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi müşterek hukuk (common law) sistemine tabi ülkelerde yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Kıta Avrupası Hukuk sistemine tabi ülkelere Almanya, Avusturya ve İsviçre'de gelişme gösteren bir şekilde dava finansmanı şirketleri tarafından davaların finanse edildiği görülmektedir³.

Yukarıda bahsettiğimiz davaların üçüncü kişiler tarafından finansmanı, uluslararası tahkimde giderek artarak kullanılan bir finansman tekniği olmuştur. Önceki sadece sigorta şirketleri tarafından tahkim yargılamasının finansmanı yapılırken, daha sonraları sadece dava ve tahkim yargılamasının finansmanı için kurulan özel finansman şirketleri tarafından tahkim masrafları finanse edilmektedir. Davaların finansmanına benzer bir şekilde, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinde, finans şirketi, tahkim yargılamasının masraflarını ödemekte, bunun karşılığın-

¹ Lisa Bench Nieuwveld, Victoria Shannon, Third Party Funding in International Arbitration, 2012; Bernardo M. Cremades, Antonias Dimolitsa, Third Party Funding in International Arbitration, DOSSIERS, ICC Institute of World Business Law, 2013.

² Eric De Brabandere, Julia Lepeltak, Third Party Funding in International Investment Arbitration, ICSID Review, 2012, s. 3.

³ Marco de Mompurgo, A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding, Cardozo Journal of International and Comparative Law, 2011, s. 343.

da ise hakemler tarafından karara bağlanan tazminatın belirli bir oranını almaktadır⁴. Burada belirtilmesi önemli bir husus ise, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinde, üçüncü kişi konumundaki finans şirketlerinin tahkime konu uyuşmazlıkla ilgili herhangi bir hukuki bağlantısının bulunmamasıdır. Bir diğer önemli nokta ise, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finansmanında, finans şirketi ile finansman talebinde bulunan taraf arasında yapılan ve tahkim finansmanı sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğimiz sözleşmenin içeriğinin sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir. Dolayısıyla, tahkim finansmanı sözleşmesinin sözleşme serbestisi kapsamında değerlendiriliyor olmasından dolayı, kural olarak taraflar diledikleri şekilde sözleşme yapabilmektedir. Bu bağlamda finans şirketleri değişik finans seçeneklerini finansman talebinde bulunan kişiye sunabilmektedir.

Sözleşmeler incelendiğinde genellikle, finansman şirketleri tahkim yargılamasının masraflarını ve avukatlık ücretini ödemeyi kabul etmektedirler. Buna karşılık ise, hakem heyeti tarafından karara bağlanan tazminatın %20-40 arasında bir oranını ise, finansmandan yararlanan taraf, finansman şirketine ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Finans şirketleri yapmış oldukları sözleşmede, sözleşme kapsamını geniş tutarak finanse edeceği kalemlere, tahkim yargılamasına başlamadan önceki safhadaki masrafları da katabilmektedirler. Bunlara örnek olarak, tahkim öncesi belgelerin ve delillerin hazırlanması ve toplanmasındaki masrafları, bilirkişilere ödenen ücret ve masrafları ve ICSID gibi kurumsal tahkim kurumlarına tahkim başvurusundaki başvuru ücretlerini verebiliriz⁵.

Tahkimin üçüncü kişiler tarafından finansmanı konusunu daha iyi anlayabilmek için finansmanın tahkim açısından faydaları ve sakıncalarını açıklamak ve finansman şirketlerinin sözleşme yaparken üzerinde durdukları önemli hususları belirtmek bir gerekliliktir.

II. Tahkim Yargılamasının Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanının Faydaları

Tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finansmanının özellikle finansmandan faydalanan şahıs açısından çok çeşitli faydaları bulunmaktadır. Bu makalede her ne kadar finansmandan faydalanan şahıs genellikle tahkim yargılamasını başlatan davacı olarak dikkate alınmışsa da, ileride ICSID dava örneklerinde görüleceği üzere davalı taraf da finansman şirketleriyle yapacağı tahkim finansmanı sözleşmesi ile kendisine finansman sağlayabilir. Finansmanın en önemli faydası hiç şüphesiz uyuşmazlığın tahkim yargılaması kapsamında çözümlenmesi aşamasındaki masraf-

⁴ Laurence Burger, *Third-Party Funding in Arbitration Proceedings-Practitioners Tips*, *Young Arbitration Review*, Nisan 2011, s. 12.

⁵ Mark Kantor, *Third Party Funding in International Arbitration: An Essay About New Developments*, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Volume 24, Spring 2009, s.70.

ların finansman şirketleri tarafından ödenecek olması neticesinde ekonomik gücü olmayan kişilerin tahkime başvurabilme olanaklarının sağlanmış olmasıdır⁶. Diğer bir ifadeyle yüksek tahkim masrafları riskinin finansman şirketinin üzerinde olması tahkimin üçüncü kişiler tarafından finansmanın en önemli avantajıdır. Bu avantajla birlikte mahkemeye erişim hakkını sağlaması, tahkim yargılamasının davacı lehine sonuçlanabilmesine yapmış olduğu katkılar, tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin diğer faydalarıdır.⁷

A. Mahkemeye Erişim Hakkı

Üçüncü kişiler tarafından yapılan finansman işleminin mahkemeye erişim hakkını (*Access to Justice*) sağladığı haklı olarak kabul edilmektedir.⁸ Haklı iddialarını ekonomik güçlükler nedeniyle mahkemelerde veya tahkim yargılamasında ileri süremeyen kişiler, finansman şirketlerinden alacakları destek ile tahkim yargılamasını başlatabilecektir. Dolayısıyla, mahkemeye erişim hakkı üçüncü kişiler tarafından yapılan finansman ile kolaylıkla sağlanacaktır. Mahkemeye erişim hakkının sağlanması ile ilgili yapılan değerlendirmeler iç şüphesiz tahkim yargılamasına erişim içinde geçerli olmalıdır.⁹

Mahkemeye erişim hakkı hukuk devleti ilkesi bağlamında bireye tanınması gereken en temel insan haklarından biridir. Her ne kadar mahkemeye erişim hakkı konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde açıkça bir düzenleme yapılmamış olsa da, AİHS'in 6. maddesinin ilk fıkrasında "her şahıs.....bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından davasının dinlenmesini isteme hakkına haizdir." cümlesiyle zımnen de olsa hak arama özgürlüğüne başka bir ifadeyle, mahkemeye erişim hakkına yer verildiği görülmektedir.¹⁰ Zira bireyin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanabilmesi için öncelikle mahkemeye başvurabilme hakkının olması gerekmektedir.

⁶ Laura Atherton, *Third Party Funding in Arbitration: A Perspective from England*, Arbitration World, K&L Gates Publication, 2009, s. 1.

⁷ Susanna Khouri, Kate Hurford, Clive Bowman, *Third Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration- a panacea or a plague ? A Discussion of the Risks and Benefits of Third Party Funding*, TDM, 2011.

⁸ Brabandere, Lepeltak, s. 5-6.

⁹ Khouri/Hurford/Bowman, s. 4.

¹⁰ AİHM, mahkemeye erişim hakkını ilk kez *Golder v. Birleşik Krallık* davasında tanımıştır. Mahkeme; "6. maddenin birinci fıkrası sadece açılmış bulunan bir davaya ilişkin görülürse, bir devlet 1. fıkra hükmüne aykırı düşmeden, yargılama makamlarını lağvedebilecek veya medeni haklara ilişkin uyuşmazlıkların çözümünü, bunların yetkisinden çıkarıp hükümete bağımlı mercilere verebilecektir. Keyfilik tehlikesi barındıran böyle bir tavır, belirtilen prensiplere aykırıdır ve mahkeme tarafından göz ardı edilemez. **Dava yoksa, hakkaniyete uygun, aleni ve gecikmeksizin kişinin dinlenmesinden söz etmek....adil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerden yararlanmak olanaksızdır.**" şeklinde görüş beyan etmiştir. *Case of Golder v. The United Kingdom*, 21 February 1975.

tedir.¹¹ Kişiler mahkemeye erişim haklarına sahip olamazlar ise, hak arama hürriyetleri ihlal edileceği gibi, haklarını hiçbir şekilde ileri sürememe gibi bir durumla karşılaşabileceklerdir. Tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin belki de en önemli hukuki avantajı, hiç şüphesiz gerçek ve tüzel kişilere mahkemeye erişim hakkını sağlamasıdır.

Davaların üçüncü kişilerce finansmanının en çok uygulandığı ülkelerde verilen mahkeme kararları incelendiğinde de, mahkemeler açıkça davaların üçüncü kişiler tarafından finansmanının mahkemeye erişim hakkını güvence altına aldığı ve bu hakkın uygulanmasını sağladığı şekilde kararlar vermektedir. Örneğin, İngiliz hukuk sisteminde davaların üçüncü kişiler tarafından finansmanın kabul edilmesinde çok önemli etkisi olan İngiliz Temyiz Mahkemesi *Arkin v. Borchard Lines Ltd Kararında*, açıkça finans şirketinin mahkemeye erişim hakkını sağladığı hüküm altına alınmıştır¹². Ayrıca, Avustralya'nın Yüksek Mahkemesi *Campbells Cash & Carry Ply Ltd v. Festif Ply Ltd Kararında*, özellikle mahkemeye erişim hakkının en temel insan haklarından biri olduğu ve davaların üçüncü kişiler tarafından finansmanının bu hakkı güvence altına aldığı haklı olarak vurgulanmıştır¹³.

Mahkemeye erişim hakkı, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesinin sadece teorik anlamda değil pratik anlamda da sağlaması için gerekli en temel insan haklarından biridir. Bu hak sadece kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklarda değil, birey ile devlet arasında çıkan uyuşmazlıklarda da tanınmalıdır. Özellikle yatırımcıya genellikle iki taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında tanınan devletin yapmış olduğu hukuka aykırı eylem ve işlemlere karşı yargı yoluna veya tahkime başvurma imkânı, mahkemeye başvurma hakkının uluslararası yatırım hukuku kapsamında da kabul edildiğini göstermektedir. Fakat teorik ve yazılı anlamda mahkemeye başvurma hakkına sahip ama ekonomik gücü olmayan yatırımcının bu hakkını kullanabilmesi için, yüksek meblağlı tahkim mekanizmaları düşünüldüğünde, üçüncü kişi konumundaki finans şirketleriyle tahkim finansmanı sözleşmesi imzalaması bir gereklilik olduğu gibi, pratik anlamda bireyin en temel haklarından olan mahkemeye erişim hakkını da kullanmasını kolaylaştırmaktadır.

B. Tahkim Yargılamasının Başarılı bir Şekilde Sonuçlanmasına Olumlu Katkıları

Finansman şirketleri tahkimi finanse etmeye karar vermeden önce kapsamlı bir durum tespiti (*due diligence*) yaptırırlar. Durum tespiti çalışması ya dışarı-

¹¹ A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 2009, s. 276-270.

¹² (2005) EWCA Civ 655.

¹³ (2006) HCA 41.

dan dava konusu hakkında tecrübeli bir avukata veya genellikle finans şirketlerinin kendi bünyesinde çalışan avukata yaptırılmaktadır. Finans şirketi, davacı ile yapacağı tahkim finansmanı sözleşmesi ile önemli bir riski (davacının davayı kaybetmesi halinde para alamama) ile karşılaşacağından dava konusu uyuşmazlık ve davacının talebi hakkında gerekli teknik ve hukuki bir değerlendirmeyi dikkatlice yaptırmak durumundadır. Bu inceleme sırasında finans şirketinin dikkate alacağı belli başlı hususlar şunlardır:

- Tahkim yargılaması sonucunda davacının başarılı olma şansı,
- Davacının delilleri,
- Olması muhtemel karşı iddialar,
- Tahkim anlaşmasının metni veya tahkimin dayanağını oluşturan uluslararası anlaşmanın içeriği,
- Tahkim başlatılmamış ise gidilecek tahkim kurumu ve hakem heyetinin oluşturulması,
- Tahkim yeri,
- Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk,
- Dava sonucunda talep edilen miktar ile tahkim yargılamasının masraflarının karşılaştırılması,
- Tahkim kararının tenfizi konusunda karşılaşılabilecek riskler¹⁴.

Yukarıda belirtilen noktalardan açıkça anlaşılacağı üzere, finansman şirketinin yaptırmış olduğu genel değerlendirme, tahkim yargılamasının işleyişini kolaylaştıracaktır. Özellikle finansman şirketinin tahkim yargılamasının davacı lehine sonuçlanabilmesi amacıyla, tahkimin hızlı ve etkili bir biçimde yürütülmesine faydaları olacaktır. Finansman şirketi, uyuşmazlığa ilişkin önemli konuları dikkate alıp, gereksiz ve zayıf olarak nitelendirilebilecek iddiaların ileri sürülmesinin mantıklı olmadığını zaman ve para kaybı olduğu finansmandan yararlanan kişiye açıklayacaktır.

Tahkimin üçüncü şahıslar tarafından finanse edilmesinin, tahkim yargılaması açısından belki de en önemli faydası, karşı tarafı bir an önce uyuşmazlık konusunda sulh olmaya teşvik edecek olmasıdır. Zira finansman şirketleri yapmış olduğu geniş bir hukuki değerlendirme sonrası, genellikle %60 başarı şanslarının olduğu davaları finanse etmektedirler. Dolayısıyla, davalı taraf açısından bir an önce davacıyla masaya oturmak önemli bir opsiyondur¹⁵. Bu şekilde, tahkim yargılaması sonunda uyuşmazlık, daha hızlı ve daha etkin bir şekilde çözüme kavuşturulacaktır.

¹⁴ Khouri/Hurford/Bowman, s. 5.

¹⁵ Atherton, s. 1.

Tahkim yargılamasını finanse eden finansman şirketlerinin uyumsuzluğun çözüm yöntemleri konusunda uzman olmalarından dolayı, tahkim yargılaması sırasında avukatlara ve davacıya çeşitli konularda yardımlarda bulunabilmektedirler. Örneğin, tahkim yargılaması başlamadan önce davacıya, uyumsuzluk konusu ile ilgili tecrübeli avukatların, bilirkişilerin ve hakemlerin seçiminde finans şirketleri yardım edebilmektedir. Uygulamaya baktığımızda, tahkim yargılamasını finanse eden şirketler tahkim alanında tecrübeli avukatlar tarafından idare edilmektedirler. Dolayısıyla, kendi finans şirketlerinin yatırım ve risk yönetimi anlamında, tecrübeli hukukçular tahkim yargılamasının etkin bir şekilde yürütülmesi ve sonuçlandırılması anlamında önemli katkılar yapmaktadırlar¹⁶.

Tahkim yargılamasının bir an önce başarılı bir şekilde sonuçlandırılması anlamında, finans şirketlerinin oynayacağı rol, finans şirketi ile davacı arasında yapılan tahkim finansmanı sözleşmesi kapsamında belirlenmektedir. Bunun yanında, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin tahkim yeri hukukunun düzenlemeleri de etkili olacaktır.

III. Tahkim Yargılamasının Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanının Sakıncaları

Davacı tahkim yargılaması sonucunda elde edeceği tazminat miktarının önemli bir oranını finansman şirketiyle paylaşmak istemeyebilir. Bu durumda, finansman şirketiyle tahkimin finansmanı sözleşmesi imzalamaz. Zira yapacağı anlaşma sonrası her ne kadar tahkim masrafları finansman şirketi tarafından ödenecek olsa da, dava kazanıldıktan sonra elde edilen miktarın %20-40 arasında bir oranı finansman şirketine ödeyecektir. Dolayısıyla finansman şirketi gibi finansmandan yararlanmak isteyen davacının da iyi bir risk yönetimi analizi yaptırması ona göre kararını vermesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, üçüncü kişiler tarafından tahkimin finansmanı davacıya yararlar getirmekle birlikte, tahkim sonrasında elde edilen kazanımlar ve kayıpların oranlanmasının iyi tayin edilmesi gerekmektedir.

Tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finansmanı finans şirketi ile davacı arasında menfaat çatışmalarına da sebep olabilir. Çünkü finansman işlemini finans şirketi açısından ele aldığımızda, finans şirketinin amacının sadece yapmış olduğu yatırımın karlılığıdır. Davacı açısından bakacak olursak, farklı amaçlar ve tahkimin kazanılması sonrası farklı beklentiler olabilir¹⁷. Örneğin, tek satıcılık sözleşmesine ilişkin bir uyumsuzluk sonrası verilen tahkim kararının sadece maddi zararlara ilişkin etkisinden ziyade, kararın emsal teşkil edecek olması önem taşıyabilir. Hatta davacı ile davalı arasında var olan, lisans veren ve lisans alan, satıcı ve alıcı gibi

¹⁶ Khouri/Hurfurd/Bowman, s. 5.

¹⁷ Burger, s. 13.

ticari ilişkileri koruyucu kararlar alınması davacı tarafından tahkimden beklenilebilmektedir. Bu durum ise, davacı ile finans şirketi arasında menfaat çatışmasına sebep olacaktır.

Yukarıda açıklanan sakıncalar dışında, üçüncü kişilerin tahkim yargılmasını finanse etmesinin diğer en önemli sakıncası ise finansman işleminin tahkimin gizliliği prensibini ihlal edip etmemesine ilişkindir. Tahkim yargılmasının gizliliği, uluslararası tahkimin, uyuşmazlığın çözüm metodu olarak seçilmesine etki eden ve tahkimin en önemli avantajlarından birisidir. Özellikle son yıllarda, tahkimde gizlilik konusu kurumsal tahkim kurallarında düzenlenmiştir¹⁸. Ancak burada belirtilmesi gerekli önemli bir husus ise, uluslararası yatırım tahkiminde devlet menfaatinin korunması ve özellikle hükümet dışı kuruluşların etkileriyle bu tür uyuşmazlıkların tahkim ile çözümlenmesi aşamasında gizlilikten ziyade açıklığın bir özellik olarak kabul edilmesi görüşü hakim olmuştur. Dolayısıyla, ICSID tahkim yargılmasına ilişkin ICSID kurallarında bir takım değişikliklere gidilmiş ve üçüncü kişilerin de tahkim yargılmasına katılabilecekleri ve hakem kararlarının yayınlanması gibi konular kabul edilmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, finans şirketleri tahkimi finanse etme konusunda karar vermeden önce detaylı teknik ve hukuki bir değerlendirme yapmaktadırlar. Bu değerlendirme sırasında, finans şirketi tahkime götürülmesi düşünülen uyuşmazlık hakkında tüm bilgi ve belgeleri davacıdan veya davacının avukatlarından elde etmektedirler. Gizliliğin önemli olduğu tahkim yargılmasında, tüm bilgilerin finansman şirkete verilmesinin sakıncalı olması nedeniyle davacı ile finansman şirketi arasında ayrı bir gizlilik sözleşmesinin yapılması bir zorunluluktur. Bunun yanında, tahkim finansmanı sözleşmesinde de gizlilik konusunda bir hükmün yer almasının davacı taraf açısından faydaları bulunmaktadır¹⁹. Ayrıca tahkim sözleşmesinin de iyi incelenmesi gerekmektedir. Zira bazı tahkim sözleşmelerinde açıkça veya zımnen tahkim yargılmasının gizliliği ve taraflar arasında bilgilerin ifşasına ilişkin hükümler bulunabilmektedir.

Tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi etik sorunlarda yaratabilir. Özellikle avukatın müvekkili ile olan mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgelerin gizliliği ilkesi, finans şirketinin davacının avukatından isteyeceği bilgi ve belgeleri temin etmesiyle ihlal edilecektir.

Tahkimin finanse edildiğinin karşı tarafa ve hakemlere bildirilmesinin zorunlu olup olmadığı gizlilik ile bağlantılı önemli bir sorundur. Finans şirketi ile davacı arasında yapılan finans sözleşmesine taraflar aralarındaki anlaşmayı davalıya ve ha-

¹⁸ ICC Tahkim Kuralları m.22 (3), LCIA Tahkim Kuralları m.30, WIPO Tahkim Kuralları m.52, 73-76.

¹⁹ Khouri/Hurford/Bowman, s. 9.

kemlere bildirip bildirmeyecekleri konusunda hüküm koyabilirler. Dolayısıyla, bu sözleşme kapsamında konu değerlendirilecektir. Kurumsal tahkim kurumlarının kuralları dikkate alındığında, taraflara tahkimin finanse edildiğini ifşa etme yükümlülüğünü getiren bir düzenleme görülmemektedir²⁰. Fakat davalı tarafından tahkim yargılaması sırasında bir şekilde tahkimin finanse edildiği öğrenilebilir.

IV. Tahkim Yargılamasının Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

Yukarıda değinildiği üzere, tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finansmanın hem faydaları hem de sakıncaları bulunmaktadır. Bu bağlamda hem finansman şirketi hem de finansmandan faydalanan davacının sözleşme yaparken dikkat etmesi gereken önemli hususlar bulunmaktadır.

A. Davacı Açısından²¹

Davacı taraf tahkim finansmanı sözleşmesi yaparken aşağıdaki durumları göz önünde bulundurmalıdır:

- Finansman sözleşmesi tahkim masraflarının tümünü veya belli bir oranını mı kapsamaktadır.
- Finansman vermeyi kabul eden finans şirketi bu konuda uzman mı?
- Finans şirketi ile olması muhtemel menfaat çatışmaları sözleşmede düzenlenmiş mi?
- Tahkim yargılaması sonrası parasal olmayan bir konuda yapılan anlaşmanın örneğin davacı ve davalı arasındaki ilişkinin devamının finansman sözleşmesinde düzenlenip düzenlenmediği

B. Finans Şirketi Açısından

Tahkim yargılamasını finanse eden finans şirketi davacı ile yapacağı sözleşme öncesi ve sonrasında bir takım konulara dikkat etmektedir. Zira finans şirketi eğer davacı taraf davayı kazanamaz ise, yapmış olduğu yatırımdan herhangi bir gelir elde edemeyecek, zarar etmiş olacaktır. Bundan dolayı, teknik ve hukuki inceleme safhasında finans şirketleri finanse edecekleri uyuşmazlık konusu hakkında detaylı değerlendirmeler yapmaktadırlar. Aşağıda finans şirketlerinin tahkim finansmanı sözleşmesi öncesi dikkat ettikleri hususlar belirtilmiştir:

²⁰ Khouri/Hurford/Bowman, s. 9.

²¹ Genellikle davacı taraf finansman talebinde bulunduğu için davacı açısından konu incelenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, davalı taraf da finansman sözleşmesi yapabilir.

- Davanın kazanılma şansının yüksek olmasına
- Dava sonrası elde edilmesi muhtemel tazminat miktarına
- Dava sırasında ödenmesi muhtemel masraflara
- Davacı tarafından davada talep edilen miktarın davada ödenmesi muhtemel masraflarla karşılaştırıldığında masraflardan çok büyük oranda yüksek olmasına²²
- Davacı tarafından davada ileri sürülecek hukuki iddiaların zayıf ve güçlü yönlerine
- Davalı tarafın davayı kaybetmesi durumundaki ödeme durumu
- Tahkim yargılamasının tahkim kararının icrası da dahil ne kadar bir sürede tamamlanabileceğine²³
- Tahkim sözleşmesi veya tahkim bir uluslararası anlaşma kapsamında kabul edilmiş ise bu anlaşmanın metni

V. ICSID Tahkim Yargılamasının Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde en çok başvuru alan tahkimlerden biri olan ICSID tahkiminde taraflar, tahkim yargılamasının masraflarının yüksek olması sebebiyle, bu masrafların finansmanı amacıyla kurulmuş olan finans şirketleriyle tahkim finansmanı sözleşmeleri yapmaktadırlar. ICSID tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesine ilişkin en önemli dava örneklerinden biri hiç şüphesiz *S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romania* davasıdır²⁴. Bu davada yatırımcı, Romanya'ya karşı ICSID tahkimini yürütebilmek için bir finans şirketinden finansman sağlamıştır. Belirtilmesi gerekli bir husus ise, bu dava dışında ICSID tahkiminde çeşitli davalarda üçüncü kişiler tarafından tahkim yargılamasının finansmanı söz konusu olmuştur²⁵. *S&T Oil v. Romania* davasında, *Valerian Simirica adlı ABD'de oturan bir gerçek kişi ve tamamı onun tarafından sahip olunan S&T Oil*

²² Atherton, s.1-2.

²³ <http://www.calunius.com/litigation-funding/case-assessment.aspx> (Erişim tarihi: 15.6.2015)

²⁴ S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romania, ICSID Case No. ARB/07/13.

²⁵ FTR Holding S.A. (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7; Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18; Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/05/6; Gustav F. W. Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24; Siag and Vecchi v. Egypt, ICSID Case No ARB/05/15, RSM Production Corporation v Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs, 28 April 2011.

Equipment & Machinery Ltd şirketi, Romanya hükümeti ile yatırım ilişkilerinde bulunmuştur. *S&T Oil* Romanya'da Amonyak üretimi yapan yatırım şirketinin Romanya tarafından kamulaştırıldığı iddiasıyla yasal yollara başvurmuştur. *S&T Oil*, ICSID tahkimine 16 Temmuz 2007 de yapmış olduğu başvurusunu, Romanya ile ABD arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım anlaşmasına dayandırmıştır. S&T Oil, ICSID tahkimine gitmeden önce bu tahkim yargılamasını yürütmek amacıyla avukatlarıyla *contingent fee* (dava kazanıldığında ödenecek ücret) üzerinden anlaşma yapmıştır. Fakat ICSID tahkimi başladıktan sonra, avukatları eğer tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finansmanı mümkün olmaz ise, davaya devam edemeyeceklerini müvekkillerine bildirmişlerdir.²⁶

S&T Oil, Juridica adlı finansman şirketi ile başlanılmış olan ICSID tahkim yargılamasının devam ettirilmesi amacıyla, tahkim finansmanı sözleşmesini 28 Mayıs 2008 tarihinde imzalamıştır.²⁷ Bu sözleşmeye göre, Juridica, ICSID tahkim masraflarını ve avukat masraflarının bir kısmını karşılamayı kabul etmiş, karşılığında ise, Romanya tahkiminden elde edilecek tazminatın belirli bir yüzdesi ve Romanya'daki şirket üzerinde menkul kıymet hissesi vermeyi taahhüt etmiştir. Sözleşme serbestisi kapsamında yapmış oldukları anlaşmada Juridica ayrıca, ön şart olarak ICSID tahkim yargılamasını başlatan ve devam edecek olan avukatlarla yapılan avukatlık sözleşmesinde bir takım değişikliklerin yapılmasını da istemektedir. Bunun yanında, tahkim yargılamasını finanse eden Juridica, gizli bilgilerin, özellikle de avukat ile müvekkil arasında var olan anlaşmaların, belgelerin hepsinin tarafına verilmesini de talep etmiştir.²⁸

Anlaşma sonrası, ICSID tahkimi, dava dilekçesi, karşı dilekçe, cevaba cevap aşamalarıyla devam etmiştir. 24 Haziran 2009 tarihinde, ICSID hakem heyeti ICSID kuralları gereğince, her bir taraftan 150.000 dolar toplam 300.000 dolar peşin ödeme istemiştir. Eylül 2009 da yapılacak duruşma öncesi *S&T Oil*'in avukatları, *S&T Oil*'in meblağı ödeyemediği gibi, kendilerinin davaya hazırlık ve davada bulunma masraflarını da karşılamadığını belirterek duruşmanın ertelenmesini talep etmişlerdir. 17 Eylül 2009 günü ICSID, davacının ödeme konusunda temerrüde düştüğünü taraflara bildirmiştir. ICSID hakem heyeti, 4 Kasım 2009 yılında tahkim yargılamasının durdurulmasına karar vermiştir. 10 Kasım 2009 tarihinde ise Juridica, *S&T Oil*'e Romanya'ya karşı açılan ICSID tahkim yargılamasına devam etmeyeceğine ilişkin aralarındaki tahkim finansmanı sözleşmesini tek taraflı fesih niteliğinin taşıyan

²⁶ B.M. Cremades, Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration, *Transnational Dispute Management*, Vol. 8, Issue 4, October 2011, s. 26.

²⁷ Rebecca Lowe, *Speculate and Arbitrate to Accumulate*, www.ibanet.org (Erişim tarihi: 16.6.2015).

²⁸ Cremades, s. 26-27.

bir bildirim yapmıştır. Bunun akabinde, 16 Kasım 2009 tarihinde avukatlar tahkim yargılamasından çekildiklerini müvekkile bildirmişlerdir.²⁹

ICSID tahkim yargılamasını finanse eden Juridica şirketi, *S&T Oil* ile yapmış oldukları tahkim finansmanı sözleşmesi gereğince, sözleşmede kararlaştırıldığı üzere, 22 Aralık 2010 tarihinde LCIA tahkimine başvurmuştur. Uğradığı zarar ve ziyarı karşılamak üzere tazminat, cezalandırıcı tazminat, avukat masraflarıyla birlikte faiz istemiştir. LCIA tahkim kuralları çerçevesinde İngiltere'de tahkim yeri olarak Guernsey'de yürütülen tahkimin konusu, S&T Oil'in davacı Juridica şirketinin finanse ettiği ICSID tahkim yargılamasında, avukatlık ücretleriyle ilgili olarak esasa ilişkin vakıaları ifşa edip etmemesine ilişkindir. 14 Şubat 2011 tarihinde ise, S&T Oil, RICO Kanuna aykırılıktan dolayı ABD'de Güney Teksas Bölgesi Mahkemesinde Juridica şirketine karşı dava açmıştır.³⁰ Davasında, davalı Juridica şirketi tarafından dolandırıldığını ve ayrıca adı geçen şirketin kendisiyle yapmış oldukları sözleşmeden elde edilecek menfaatleri tam anlamıyla ifşa etmediğinden gizli kar temin ettiğini iddia etmiştir. Mart 2011 tarihinde Amerikan Mahkemesi vermiş olduğu karar ile, S&T Oil'in talep etmiş olduğu LCIA tahkiminin geçici olarak durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir talebini reddetmiştir. Mahkeme, 25 Nisan 2011 tarihinde ICSID tahkimini finanse eden Juridica şirketinin talepleri doğrultusunda tahkim lehine karar alarak, davacı S&T Oil'in davasını esastan reddetmiştir.³¹

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, Romanya'ya karşı açılan ICSID davasının üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesiyle tarafların çeşitli risklerle karşı karşıya kalabileceği de görülmektedir. Taraflardan kasıt sadece, ICSID tahkim yargılamasının tarafı olan davacı yatırımcı ve davalı ev sahibi devlet anlaşılmalı, tahkim yargılamasını finanse eden finansman şirketleri de, tahkim finansmanı sözleşmesi kapsamında çıkması muhtemel uyuşmazlıklarda taraf sıfatıyla çeşitli risklerle karşılaşabilmektedir. Yukarıda somut olayda görüldüğü üzere, S&T Oil, ev sahibi devlet olan Romanya'ya karşı açmış olduğu tahkim yargılamasını finanse ettirdiği Juridica şirketinin başlattığı tahkim prosedürüyle bu şirket tarafından ödenen meblağları geri ödeme riskiyle karşı karşıya kalmıştır. ICSID tahkim yargılamasında davalı konumunda olan Romanya'da, bu olaylar sonrasında, dava masraflarını karşı taraftan almama gibi önemli bir riskle karşılaşmıştır.³²

ICSID tahkiminde, tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesine ilişkin en önemli davalardan biri *Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs v.*

²⁹ Cremades, s. 27-28.

³⁰ U.S. District Court, S.D. Texas, Houston Division, S & T Oil Equipment & Machinery v. Juridica Investment Limited, Civil Action No. H-11-0542, April 25, 2011.

³¹ S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. et al. v. Juridica Investments Ltd. et al., Civil Action No. H-11- 0542, Final Order dated April 25, 2011.

³² Cremades, s. 32.

Republic of Georgia davasıdır³³. Davada, davacılar Gürcistan'da Gürcistan devletine ait bir şirket ile GTI isimli bir Joint venture kurarak, Gürcistan'daki petrol hattına ilişkin 30 yıllık bir kamu imtiyazı almışlardır. Fakat Gürcistan GTI'nin kamu imtiyaz sözleşmesini iptal etmiştir. Yaklaşık 8 yıl Gürcistan iç hukukuna göre yapılan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin çalışmalar, 2004 yılında yatırımcılara tazminat ödenmeyeceğine ilişkin karar ile sonuçlanmıştır. 2005 yılında, Yunan Vatandaşı Kardassopoulos, ICSID tahkimine başvurmuş ve Gürcistan'ın Gürcistan ile Yunanistan arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım anlaşmasında ve Enerji Şartı anlaşmasında yer alan Adil ve eşit muamele ilkesine ve kamulaştırmaya ilişkin hükümlerine aykırı davrandığını ileri sürmüştür. İsrail vatandaşı Fuchs ise, bu başvurudan yaklaşık bir buçuk yıl sonra, aynı vakıtlar nedeniyle İsrail ile Gürcistan arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan adil ve eşit muamele ilkesine aykırı davrandığını ileri sürerek ICSID tahkimine başvurmuştur.

Bu davada, davalı ev sahibi devlet Gürcistan, dava masraflarına ilişkin yapmış olduğu savunmada, davacıların masraflarının çok aşırı olduğu bunun nedenin ise, davacıların tahkim yargılamasını üçüncü bir kişi olan bir şirket tarafından finanse ettirdikleri ve dolayısıyla bu masrafların geri alınabilir masraflar olmadığını iddia etmiştir. Hakem heyeti ise, davacının yapmış olduğu masrafların geri alınabilirliği konusunda üçüncü kişiler tarafından tahkimin finanse edilmesinin dikkate alınacağı konusunda herhangi bir prensibin olmadığına karar vermiştir.³⁴ Hakem heyeti ayrıca Yunanistan ile Gürcistan arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım anlaşmasında ve İsrail ile Gürcistan arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım anlaşmalarının uyuşmazlığın çözümüne ilişkin maddelerinde yer alan "Uyuşmazlığa taraf olan Akit Taraf dava muameleleri ya da kararın uygulanması evresinde uyuşmazlığın diğer tarafı olan yatırımcının, bir sigorta sözleşmesine istinaden zararını kısmen ya da tamamen karşılayan bir tazminat aldığını gerekçe gösteren herhangi bir itirazda bulunamaz." şeklindeki hükme de atıf yapmıştır³⁵. Hakem heyeti, haklı olarak, davacı tarafça üçüncü kişi tarafından tahkimin finanse edilmesini bu hükümde belirtilen sigorta sözleşmesinden farklı olarak değerlendirilemeyeceğini, bu anlamda da, davacının masraflarının tespitinde, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin herhangi bir etkisinin olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla, yatırım tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin hakem heyetinin dava masraflarını hesaplamasında herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Türk yatırımcının Ürdün devletine karşı açmış olduğu *Ata Construction, Indust-*

³³ Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Republic of Georgia, ICSID Cases Nos. ARB/05/18, ARB/07/15, 3 March 2010.

³⁴ Karar, Paragraf 686.

³⁵ Karar, Paragraf 691.

rial and Trading Company v Hashemite Kingdom of Jordan davasında³⁶, hakem heyeti yukarıdaki karara atıf yaparak, tahkim yargılamasının üçüncü kişi tarafından finanse edilmesinin dava masraflarının hesaplanmasında bir etkisinin olmadığına karar vermiştir.³⁷

ICSID tahkiminde, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesine ilişkin 2014 tarihinde verilen *Giovanni Alemanni and Others v The Argentine Republic* yetki kararı³⁸ da hakem heyetlerinin konuya bakışını gösterdiğinden önem arz etmektedir. Hakem heyeti, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin faydalı olup olmadığı konusu bireysel farklı düşüncelerin olmasının normal olduğunu belirttiikten sonra tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi konusunda hem milli hem de uluslararası tahkim alanında yerleşik bir uygulamanın kabul edildiğini belirtmiştir. Bu nedenle, ICSID hakem heyeti, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin tek başına tahkime itiraz nedeni olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.³⁹

SONUÇ

Uluslararası yatırım tahkiminin masraflı ve uzun sürmesi, özellikle hakları ihlal edilmiş olan yatırımcıları zor durumda bırakmakta olup, bu durumun önlemebilmesi amacıyla son yıllarda giderek önem kazanan tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi bir çare olarak sıklıkla kullanılmaktadır. ICSID tahkim yargılamasına bakıldığında, hakem heyetleri, tahkim masraflarına ilişkin kararlarında, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmiş olmasının, masrafların hesaplanmasında ve taraflarça paylaşılmasında bir etkisinin olmadığına ilişkin kararlar vermektedir. Uluslararası yatırım tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi, tahkim yargılaması sırasında hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, gizlilik gibi konularda sorun yaratabileceği gibi, hem de finans sözleşmesi tarafları olan davacı ve finans şirketi arasında çıkması muhtemel, gizlilik anlaşmasının ihlali, uygulanacak hukuk sorunlarına ve tenfiz problemlerine sebep olabilecektir.

³⁶ *Ata Construction, Industrial and Trading Company v Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No ARB/08/02, Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding, July 11, 2011, Paragraf 34.

³⁷ *Brabandere, Lepeltak*, s. 15.

³⁸ *Giovanni Alemanni and Others v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/8, 17 November 2014, Paragraf 278.

³⁹ *Karar*, Paragraf 278.