

**ULUSLARARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ
KİŞİ FİNANSMANI****THIRD-PARTY FUNDING IN
INTERNATIONAL ARBITRATION**

Yazarlar / Authors: Av. Hasan Zihni GÖNEN L.L.M., Stj. Av. Eda Gökçe COŞKUN

**I. GİRİŞ**

Üçüncü kişi finansmanı çok uzun zamandır kullanılmakta olsa da ilk olarak ortaya çıkışı mahkeme nezdinde hak talebinde bulunmak için yeterli finansal kaynağa sahip olmayan şirketleri destekleme amacıyla yapıldı. Ancak son zamanlarda kapsamı uluslararası tahkim gibi farklı yargı alanlarına kadar genişlemiş durumda. Yüksek miktarda talep ve kararları bünyesinde barındıran uluslararası tahkim bu anlamda üçüncü kişi finansörler için oldukça çekici bir alan oluşturmaktadır. Dünyada Dünya Ticaret Odası (“ICC”), Londra Denizcilik Hakemleri Birliği (“LMAA”) ya da Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (“ICSID”) gibi farklı kurumsal tahkim merkezlerince binlerce davanın yürütülegeldiği uluslararası tahkim, genellikle bir tarafın hukuki masraflarının tümünü veya bir kısmını üstlendikten sonra kararın belirli bir miktarını kazanan üçüncü kişi finansörler için büyüyen bir alan teşkil etmektedir. Üçüncü kişi fonlarının

I. INTRODUCTION

Although third-party funding has been used for a long time, it was originally devised to support companies that did not have enough financial assets to pursue claims in courts. However, recently its extent has broadened to different types of jurisdictions such as international arbitration. Due to involving high-value claims and awards, international arbitration has become an attractive area for third-party funders. With thousands of cases being administered by several arbitral institutions around the world such as International Chamber of Commerce (“ICC”), London Maritime Arbitrators Association (“LMAA”) or International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”) international arbitration is a thriving industry for third party funders who typically earn an agreed amount of the award after financing all or a part of one party’s legal costs. While usage of third-party funding has become an undeniable fact, it is still

kullanımı yadsınamaz bir gerçek haline gelmiş olsa da bu yol uluslararası tahkim yargılamalarında hala nispeten yenidir. Bu bağlamda, işbu makale üçüncü kişi finansman mekanizmasını açıklamayı ve uluslararası tahkimdeki faydalı yanlarını ve dezavantajlarını analiz etmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Tahkim, Finansman, Üçüncü Kişi, Masraf

II. ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANI ANLAYIŞI

“Ücretsiz öğle yemeği diye bir şeyin olmaması tartışılabilir bir ifade olmaya devam ediyor. Ama ücretsiz tahkim diye bir şey olmadığı tartışılmazdır.”

Üçüncü kişi finansmanın temelinde tahkimle ilgili olmayan ama uyuşmazlığın bir tarafına yargılama ücret ve masraflarını karşılamak amacıyla finansman sağlayan üçüncü bir kişi yer almaktadır. Bu finansman yükümlülüğünün karşılığında finansör, tazminat hükmünün belirli bir yüzdesini almaktadır. Aksi bir durumda, müşterisi kaybederse finansör yatırımını kaybetmekte ve geri alamamakta ama yine de ücretlerden sorumlu olmaktadır. Tahkim yargılamasının sona ermesiyle birlikte finansörün alacağı miktarı hesaplamanın farklı yolları bulunmaktadır. Genellikle, üçüncü kişi finansörleri uyuşmazlığın finansmanındaki masraf ve risklere bağlı olarak tazminat hükmünün %15 ile 50 aralığında bir miktarını talep etmektedir veya finansörün alacağı miktar yargılama neticesinde nihai karar verildikten sonra finansör tarafından yapılmış ilk yatırımın belirli bir rakamla çarpılmasıyla hesaplanmaktadır. Bu kapsamda, üçüncü kişi finansmanı tahkim yargılamalarının masraflarını karşılayabilen sigorta sözleşmelerinden farklı olarak temel anlamda bir yatırımdır. Bir uyuşmazlığı finanse etmek uluslararası tahkim yargılamaları, kuralları ve düzenlemeleri ile uluslararası finans hakkında bilgi sahibi olmayı gerekli kılmaktadır. Bu sebeple, uluslararası bir tahkim yargılamasını finanse edip etmemeye karar verirken finansörler davanın tüm verilerini ve mali

relatively new in international arbitration proceedings. In view of this, this article aims to explain the mechanism of third-party funding and to analyze its beneficial factors and drawbacks in international arbitration.

Key Words: International Arbitration, Funding, Third Party, Costs

II. THE CONCEPT OF THIRD-PARTY FUNDING

“That there is no such thing as a free lunch remains a debatable statement. But that there is no such thing as a free arbitration is not”.¹

Third-party funding essentially involves a third-party who is not involved in an arbitration but provides funds to a party to the dispute in order to cover the legal fees and expenses. In return for this financial liability, the financier receives a certain percentage of the finally awarded compensation. In the opposite case, should the client lose, the funder loses its investment and cannot recover it but will still be liable for the fees. There are different ways to calculate the amount that the funder will receive after the finalization of the arbitration proceeding. Generally, third-party funders demand a share of the awarded compensation in the range of 15% to 50% depending on the costs and risks involved in funding the dispute, or the compensation the funders receive is calculated by multiplying the funder’s initial investment by a certain number after the final award has been rendered. In this context, third-party funding essentially is an investment, which is a different concept from insurance contracts which may cover the costs of arbitral proceedings. Financing a dispute requires different arrays of knowledge of international arbitration proceedings, rules and regulations and at the same time international finance. Therefore, while deciding whether to fund an arbitration proceeding, funders conduct a detailed

¹Yves Derains, ‘Foreword’ in ICC Institute of World Business Law and others , (ICC, 2013)

risklerini değerlendirip kapsamlı bir araştırma yapmaktadırlar.

III. TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANI

İlk başlarda, üçüncü kişi finansmanına şüpheyle yaklaşılmaktaydı. Finansman şirketinin fon sağlanan taraf adına hak talebinde bulunmasının meşru sayılıp sayılmayacağı en önemli soruydu. *Teinvar S.A ve diğerler v. Arjantin davasında Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi*, üçüncü kişi finansmanın yasal sürdürülebilirliği konusunda önemli sorularla karşılaştı. Söz konusu davada davalı taraf, davacılar ile yatırım şirketi arasında yargılama masraflarını karşılamaya dair yapılmış finansman sözleşmesiyle davacının haklarını/çıkarlarını üçüncü bir kişi olan yatırım şirketine devretmiş olduğunu, bu durumun da hakem heyetinin yargılama yetkisini etkileyebileceği yönünde bir itirazda bulunmuştu. Ancak hakem heyeti finansman sözleşmesinin tahkimden önce mevcut olduğunu ve bu nedenle teknik olarak yargılamanın zarar görmediğine dikkat çekerek davalının bu itirazını reddetmişti. (“*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. ve Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Arjantina Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/09/1*”)

Her şeye rağmen uluslararası tahkim alanında üçüncü kişi finansmanı son on yılda hızlı bir artış göstermiştir. Bunun ilk ve en önemli sebebi uzun süren uluslararası tahkim yargılamalarının ağır masraflarıdır. Bu sebeple taraflar ya mali yeterliliğe sahip olmadıkları için ya da kendi mali kaynaklarını ve fonlarını yargılamalara yatırmak için hevesiz olmaları nedeniyle bu tarz yargılamalarda yer almak konusunda isteksiz davranmaktadırlar. Elbette, kişilerin bu isteksizliğinde genel ekonomik krizin etkisini de göz ardı etmemek gerekir. İkinci olarak, tahkim yargılamalarının kesin olmayan sonuçları tarafları isteksiz kılmaktadır. Ancak, üçüncü kişi finansörler ‘kaybetme’ riskinin yönünü değiştirmekte bu da tarafları tahkim davaları açmaya teşvik etmektedir.

investigation and assess all the facts and the financial risks of the case.

III. THIRD-PARTY FUNDING IN ARBITRATION

At first, third-party funding was viewed with suspicion. Could it be considered legitimate, the way the funding company pursues claims on behalf of the funded party was the golden question. In *Teinver S.A et al v. Argentina*, the Arbitration Tribunal of International Centre for Settlement of Investment Disputes was faced with important questions relating to the legal sustainability of the funding. In the case in question, the respondent raised an objection saying that a funding agreement between the claimants and an investment company concerning the financing of the litigation expenses of arbitration could potentially impact the tribunal’s jurisdiction, as the claimant has transferred the rights/interests to a third-party (an investment company). However, the tribunal rejected the respondent’s argument and noted that the funding agreement existed prior to filing of the claims in the arbitration, hence, technically, its jurisdiction remained intact. (“*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1*”)

Regardless, third-party funding in international arbitration has increased rapidly in the last decade. The first and most obvious reason of this is the heavy costs of lengthy proceedings in international arbitration. Because of this, parties may be reluctant to engage in such proceedings, either because they lack the financial capacity to do so, or because they are unwilling to invest their own finances and funds in the proceedings. Certainly, the effect of the global economic crises on this reluctance, should not be disregarded. Secondly, the uncertainty of the result of the arbitral proceedings cause the parties to be reluctant. However, third-party funders shift the risk of ‘losing’ the case and this incentivize the parties to initiate arbitral proceedings.

IV. FİNANSMAN SÜRECİ

Üçüncü kişi finansmanının temelinde tahkim vasıtasıyla talepte bulunmak isteyen tarafın mali olarak finansal bir desteğe ihtiyaç duyması yatmaktadır. Üçüncü kişi finansör yalnızca yargılamanın finansmanına yatırım yapmakta olup temel uyumsuzlukta herhangi bir rolü bulunmamaktadır. Bu sebeple, finansörler uyumsuzluk çözüldükten veya bir karar verildikten sonra yatırımlarından bir karşılık alma amacındadırlar. Tahkim yargılama sürecinin masraflarından kaynaklı risklerden dolayı finansörler mali destek sağlamaya karar vermeden önce kapsamlı bir araştırmaya girişmektedirler.

Üçüncü kişi finansmanı arama süreci taleplere ve finansörlere göre değişkenlik göstermekle birlikte genellikle davacı veya davacının avukatı finansörlerle iletişime geçmektedirler. Diğer bir yol olarak davacılar ve avukatları kendilerini bir finansörle tanıştırmaları için bir simsar ile de çalışabilmektedirler. Davacı veya davacı tarafın avukatı olan kimse uyumsuzluğun herhangi bir aşamasında; tahkim yargılaması başlamadan önce, tahkim yargılama sürecinin devam ettiği sırada veya tenfiz davası için fon gerekiyorsa hakem kararının verilmesinden sonra fon arayabilmektedirler. Ancak, çoğu davada uyumsuzluğun olabildiğince ilk safhalarında finansör aramak tüm taraflar için faydalı olacaktır.

Potansiyel bir finansör bulunmasının ardından davacı veya davacının avukatı dava ile ilgili finansörün bir temsilcisi ile müzakere edecektir. Eğer dava finansörün şartlarını sağlıyorsa fon sağlamayı kabul etmeden önce finansör dikkatle ve detaylı bir şekilde davanın tüm yönlerini analiz edip değerlendirecektir. Aşağıda üçüncü kişi finansmanı için faydalı olabilecek ön hazırlık niteliğinde bir liste yer almaktadır:

- Finansörler kendi paylarını hakemlerce verilen karara göre aldıkları için tazminat içermeyen davalara fon sağlama olasılıkları düşük olup genellikle davanın sonucu ile ilgilenmektedirler.
- Bir tahkim yargılama sürecinin finansmanı yüksek riskli bir yatırım olduğu için, finansörler bu yatırım için tatmin edici bir

IV. THE PROCESS OF FUNDING

The rationale of third-party funding is based on financial necessity of a party seeking funds to sponsor their claims in an arbitration proceeding. The third-party funder only invests in the financing of the proceedings and has no role in the substantive dispute. Thus, the funders have the hopes of getting a return for their investment once the dispute is settled or an award is rendered. Because of the potential risks due to the costs of arbitral proceedings, the funders undertake an extensive research before agreeing to provide funding.

The process of seeking third-party funding varies between claimants and funders, but usually a claimant or a claimant's lawyer approaches the funder. Claimants and their lawyers may also work with a broker to introduce them to a funder. A claimant, or a claimant's lawyer, may seek funding at any stage of a dispute: before an arbitration has commenced, during the course of the arbitration proceeding or after an award has been rendered, if funds are required to pursue enforcement action. However, in many cases, approaching a funder at the earliest possible stage in the dispute will be beneficial for all parties.

After finding a potential funder the claimant or the claimant's lawyer will usually discuss the claim with a representative of the funder. If a claim meets the funder's criteria, then before agreeing to provide funding, the funder will carefully and thoroughly analyze and assess all aspects of the claim. The following is a useful preliminary checklist for the process of third-party funding:

- Funders are unlikely to provide funding for cases that do not involve damages because funders receive their share according to the award rendered. They are primarily interested with the outcome.

karşılık talep edeceklerdir. Daha küçük davaların finansmanında uzmanlaşmış olmadıkları sürece finansörler, genellikle tazminat miktarının 10 milyon sterlinin üzerinde olduğu davalara fon sağlamayı tercih etmektedirler.

- Finansörler yüksek başarı şansı talep edecektir. Davayı kendileri ayrı bir şekilde analiz edecek ve yalnızca davaya güvendikleri zaman fon sağlayacaklardır.
- Finansörler davalı tarafın talepler, masraflar ve faizleri karşılayıp karşılayamayacağını bilmek isteyecektir. Aynı zamanda özellikle davalı taraf bir devlet olduğunda finansör söz konusu devletin tahkim kararlarına ilişkin ödeme geçmişini bilmek isteyecektir. Tenfiz edilme riski önemli bir konu olduğundan finansör ayrıca malvarlıklarının nerede yer aldığını bilmek isteyecektir.
- Yerel kanunlara göre finansman sağlamaya izin verilip verilmediği belirleneceği için tahkim yeri önemlidir. Finansman sağlanması tenfizi engellemek için kullanılacak kamu düzeni itirazına gerekçe oluşturabileceği için tenfiz yeri de ayrıca önemli olacaktır.

V. ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ AVANTAJLARI

A. Adalete Erişim

1. Sadece genel masraflar değil ayrıca hakemlerin ücretleri ve diğer harcamalar için ödeme yapıldığından uluslararası tahkim yargılamalarında yargılama giderleri artmaya meyillidir. Bu sebeple söz konusu masraflar finansal bir engel teşkil edip tahkime erişim engellerini ağırlaştırmaktadır. Bu bağlamda üçüncü kişi finansmanı adalete erişimi kolaylaştırmaktadır.
2. Üçüncü kişi finansmanı mali olarak güçsüz ve dezavantajlı konumda olan taraflara yardımcı olmaktadır. Gerçekten de fonların büyüklüğü ve mevcudiyeti bakımından taraflar eşit konumda olduklarında yargılama da eşit düzlemde gerçekleşebilecektir. Güçlü bir davası

- Since funding an arbitration is a high-risk investment, funders will demand a satisfying return for their investment. Unless they specialize in funding smaller claims, funders will generally only fund cases where likely damages are assessed at £10 million plus.
- Funders will require good prospects of success. They will undertake their own separate analysis of the claim and only fund it if they have confidence in it.
- Funders will want to know if the respondent is able to meet the claim, costs and interest. Also, and particularly where it is a State, the funder will want to know what its payment record is in relation to arbitration awards. The funder will also want to know where assets are situated since enforcement risk is a key concern.
- The seat of the arbitration is important since it will determine whether funding is permitted under local law. The place of enforcement will also be important as provision of funding may be used to raise public policy arguments to deny enforcement.

V. THE ADVANTAGES OF THIRD-PARTY FUNDING

A. Access to Justice

1. Legal costs tend to increase in international arbitral proceedings, as they do not only pay for common expenses, but also arbitrators' fees as well as other expenditures. Those costs can therefore constitute a financial barrier and exacerbate difficulties to access arbitration. In this respect, third-party funding eases access to justice.
2. Third-party funding helps impecunious or disadvantaged parties. Indeed, when parties to the dispute are in equal terms in terms of size and availability of funds, the litigation could take place on equal grounds as well. Despite a very strong case,

olmasına karşın yeterli fonlara sahip olmama bir tarafın tahkime erişimini engelleyebilir. Böyle bir durumda, finansman uygulamaları daha küçük şirketlerin karşı tarafla eşit şekilde mücadele etmesini sağlayıp adalete erişimi sağlamaktadır.

3. Yeterli fonlara sahip olmayanlar haricinde üçüncü kişi finansmanı, tahkim için yeterli fonlara sahip olmalarına rağmen tahkime ilk etapta yüklü miktarda fon kullanmak istemeyen kişiler tarafından da tercih edilmektedir. Zira tahkim sonucunun belirsiz olması nedeniyle taraflar uzun bir süreci başlatmaya tereddütlerle yaklaşabilmektedirler. Üçüncü kişi finansmanı bu kişilerin de davaya bağlı masraf yükünü dışarıdan temin etmelerini sağlamaktadır.

B. Üçüncü Kişi Finansmanı Tecrübe Kazandırır

Üçüncü kişi bir şirket olduğu için kazanma şansının olmadığına inandığı bir davayı desteklemesi olasılık dahilinde değildir. Çoğunlukla üçüncü kişi finansörlerin davayı inceleme ve davanın güçlü ve zayıf noktalarını değerlendirmeye yardımcı olan kendi özel hukuk uzmanları bulunmaktadır. Bu nedenle finansörler taktiksel tavsiyelerde bulunmak ve belirli bir davada ikinci bir görüş sağlamak için iyi bir konumdadırlar. Bu şartlar altında fon arayan taraf davasında yeniden bir strateji oluşturma şansına da sahip olacaktır.

VI. ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ DEZAVANTAJLARI

A. Gizlilik

Üçüncü kişi finansörlere başvuruda bulunurken kaçınılmaz olarak ilgili finansörlerle gizli belgelerin ve hukuki tavsiyelerin de paylaşılması gerekecektir, zira bir finansörün “ön konuşma” safhasında gizli bilgilere ulaşma ihtiyacı olacaktır. Dolayısıyla davasını potansiyel bir finansöre sunarak talepte bulunan taraf gizliliği riske atmaktadır. Bu nedendir ki bu erken safhalarda bir gizlilik anlaşması yapmak mantıklı olacaktır.

a lack of funds might prevent the smaller party to access arbitration. In such a situation, funding arrangements allow smaller companies to put up an equal fight against their opponents and provides access to justice.

3. Aside from parties who do not have adequate funds, third-party funding is also preferred by parties who despite having sufficient funds do not want to use a substantial amount of funds at the beginning of arbitration. Since the outcome of an arbitration is highly uncertain, parties might hesitate to initiate a lengthy procedure. Thus, third-party funding also enables these persons to outsource the burden of costs tied to the claim.

B. Third-Party Funding Provides Experience

Since a third-party is a business entity, it is not likely to support a claim which it thinks to have no chance of success. Third-party funders often have their own legal experts who help them assess the legal claims and evaluate the strength and weakness of the claims. Hence, funders are in a good position to give tactical advice and provide a second opinion on a given case. As a result, the party seeking a fund will have an opportunity to re-strategize his/her case under these circumstances.

VI. THE DISADVANTAGES OF THIRD-PARTY FUNDING

A. Confidentiality

Applying to third-party funders will invariably involve sending privileged documents and legal advice. A funder will need to be provided with confidential information at the "preliminary chat" stage. Hence, a claimholder submitting its case to a potential funder, puts confidentiality at risk, which might result in its violation. It is therefore sensible to enter into a non-disclosure agreement at this early stage.

B. Çıkar Çatışmaları

Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının gerekliliği uluslararası düzeyde tanınmakta ve her kurumsal kuralda yer almaktadır. Finansörün varlığı tahkim yargılamasının etkinliğini riske atacak şekilde hakemlerden birisinin çıkar çatışması içinde olmasına neden olabilecektir. Örneğin, aynı finansörün yer aldığı davalarda üst üste aynı hakemin atanması veya halihazırda fon verenle ilişkisi olan bir kişinin hakem olarak atanması potansiyel çatışma senaryolarından ikisidir. Finansör şirketin önemli bir pay sahibi veya yöneticisi olan hakem de yüksek ihtimalle bir çıkar çatışması içerisinde olacaktır.

Çıkar çatışması hakemin bağımsız veya tarafsız olmayışı nedenlerine dayanarak reddine yol açabileceği için hakem heyetinin geçerli bir şekilde oluşmasını engelleyebilecektir. Bu, tahkimi felce uğratarak gereksiz gecikmelere ve artan maliyetlere neden olacaktır. Daha da önemlisi, çıkar çatışması nihai bir karar verildikten sonra öğrenilirse, karar New York Sözleşmesi'nin V (2) maddesi uyarınca tenfiz edilemeyip tanınmayabilir.

C. Haksız Koşullar

Bir finansman sözleşmesi yapılmadan önce, finansör ile talepte bulunan taraf arasında koşullara ilişkin müzakereler yapılacaktır. Finansal avantajı nedeniyle finansör taraf önemli bir üstünlüğe sahip olacaktır. Bu nedenle finansör bu gücünü kötüye kullanıp diğer tarafı haksız koşullara mecbur edebilecektir. Diğer bir deyişle, finansör özellikle tahkim yargılamasının ileri safhalarında fon sağlanan tarafın zararına olacak şekilde koşulları değiştirmek veya müşterisinin çıkarlarına aykırı olabilecek şekilde davayı çözüme ulaştırmak için baskın ekonomik konumunu kullanarak gücünü kötüye kullanabilecektir. Ayrıca, finansör, davacı taraf üzerinde aşırı baskı oluşturmanın yaygın yollarından biri olarak davalı tarafı finansman anlaşmasını sona erdirmekle tehdit edebilir.

B. Conflicts of Interests

The requirements of independence and impartiality of arbitrators are internationally recognized and contained in every institutional rule. The presence of a funder could lead an arbitrator to be in a conflict of interest which might put the efficiency of arbitration at risk. For example, reappointment of individual arbitrators in cases involving the same funder, or appointment of an arbitrator by a funded party where that arbitrator already has a relationship with the funder, are two of the potential conflict scenarios. An arbitrator that is a major shareholder or a director of a funding corporation would probably also constitute a conflict of interest.

The existence of conflict of interest threatens the valid composition of the arbitral tribunal since it could lead to a challenge of the arbitrator on the grounds of lack of independence or impartiality. This would paralyze the arbitration, causing undue delay and increasing costs. More importantly, if the conflict of interest is discovered after a final award has already been rendered, the award might well be unenforceable or unrecognizable under article V (2) of the New York Convention.

C. Unfair Terms

Prior to entering a funding agreement, negotiations over the terms will take place between the funder and the claimholder. Due to its financial advantage, the funder has valuable leverage. A funder could therefore abuse its power and impose unfair terms to the other party. In other terms, the funder may take advantage of its economic power, in particular through use of its dominant economic status to re-negotiate terms to the disadvantage of the funded party at an advanced stage of the arbitral proceeding or to achieve a resolution of the claim which may be incompatible with the client's best interest. Further, a funder may threaten to terminate the funding arrangement, which is one of the common ways of putting undue pressure on the claimant.

D. Anlamsız Davalar

Üçüncü kişi finansmanına karşı öne sürülen argümanlardan birisi de söz konusu uygulamanın anlamsız davaları teşvik edeceği yönündedir. Bu eleştirinin günümüzde artık geçerliliğinin kalmadığı düşünülmektedir zira üçüncü kişi finansörler oldukça seçici olup kendilerine gelen davaların yalnızca az bir kısmını finanse etmektedirler.

E. Yargılamayı Etkileme

Üçüncü kişi finansman sözleşmesinin varlığı nedeniyle yargılamanın etkinliği üçüncü kişi finansör ile müşterisi arasındaki ilişkiden etkilenecektir. Yalnızca finansörün yargılama üzerinde bir etkisi olmayacak aynı zamanda finansmanın tarafları arasındaki sorunlu bir ilişki tahkim yargılamasını aksatıp olumsuz yönde etkileyebilecektir. Üçüncü taraf finansör ile müşteri arasındaki ilişkideki sorunlar ya da finansör tarafın yargılama için ödeme yapmaya devam etmek istememesi, tahkim prosedürünün durmasına neden olabilecektir.

VII. FİNANSMAN SÖZLEŞMESİNİN BİLDİRİMİ

Fon sağlanan tarafın finansman sözleşmesini bildirmesi gibi genel bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, çıkar çatışmalarına ilişkin kaygılar nedeniyle bu yöndeki şeffaflık talepleri de artış göstermektedir.

Üçüncü taraf finansmanın bildirilmesi lehine en sık atıfta bulunulan argüman, bu uygulamanın hakemlerin potansiyel çıkar çatışmalarını düzgün bir şekilde değerlendirmelerine izin veriyor olmasıdır. Ancak, bildirim düzenlemesinin karşıtları finansman kararlarının temelde özel olduğunu ve düzenleme kapsamının dışında kaldığını savunmaktadır.

Şimdilik, tahkimde üçüncü taraf finansmanına ilişkin bildirim düzenlemeleri uygulayan birkaç kural koyucu kurum bulunmaktadır. Bununla birlikte birkaç yatırım tahkiminde de hakem heyetinin taraflardan bu yönde bir bildirimde bulunmalarını talep ettiği örnekler mevcuttur. Örneğin, Muhammet Çap & Sehil İnşaat

D. Frivolous Claims

One of the arguments advanced against third-party funding is that the practice would encourage frivolous claims. This criticism is now widely considered to be misconceived as third-party funders are perceived as very selective, and only fund a small proportion of the claims that are submitted to them.

E. Affecting the Procedure

Because of the existence of a third-party funding agreement, the effectiveness of the proceedings will be affected by the relationship between the third-party funder and the client. Not only will there be an influence of the funder on the proceedings, but a problematic relationship between the parties of the funding can disturb and negatively affect the arbitral procedure. Problems in the relationship between the third-party funder and the client or unwillingness of the funder to continue to pay for the proceedings can result in the discontinuance of the arbitral procedure.

VII. DISCLOSURE OF THE FUNDING AGREEMENT

There is no general obligation on a funded party to disclose the funding arrangement. However, in light of the concerns regarding conflicts, the demand for greater transparency is growing.

The most frequently cited argument in favor of third-party funding disclosure is that it would allow arbitrators to properly assess potential conflicts of interest. However, opponents of disclosure regulations argue that funding decisions are fundamentally private and beyond the reach of regulation.

Thus far, there are a few rule-making bodies that have implemented disclosure regulations directed toward third-party funding in arbitration. Nevertheless, a handful of investment arbitration tribunals have ordered disclosure of some kind. For example, in Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve

Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Türkmenistan davasında ICSID, davalı taraflara davalarının dışarıdan bir kişi tarafından finanse edilip edilmediğini, eğer ediliyorsa finansörün kimliğini ve finansman sözleşmesinin şartlarını bildirmelerini emretmiştir. Bu örnekte görüldüğü üzere, mevcut düzenleme eksikliği üçüncü kişi finansmanının açıklanmayacağını garanti etmemektedir.

VIII. MASRAFLAR İÇİN TEMİNAT VE MASRAFLARIN PAYLAŞIMI

Eğer taraflardan birisinin mali zorluklar içinde olduğu veya potansiyel masrafları ödeyemeyeceği düşünülüyorsa bir teminat kararının verilmesi gerekmektedir. Ancak üçüncü kişiden finansman desteği alınan yargılamalarda hakem heyetinin “rutin olarak” teminat kararı vermesinin gerekip gerekmediği tartışmalara neden olmuştur. Bazıları, davalı tarafın haklarını korumak amacıyla, finansörün tek başına varlığının teminat kararı verilmesine engel teşkil etmeyeceğini, zira finansman sözleşmesine taraf olan kişinin finansörden yargılama masraflarını alabileceğinin kesin olmadığını savunmaktadır. Ancak bu görüş, yeterli finansal güce sahip olan kişilerin de üçüncü kişi finansmana başvurduğu örneklerin varlığı sebebiyle çokça eleştirilmiştir.

Hakem mahkemesi temel sorunları çözdükten sonra masraflar konusunu ele almak zorundadır. İlk olarak masrafların verilir verilmeyeceği konusunda karar vermek zorundadır. İkinci olarak, söz konusu masrafları nasıl paylaşacağını belirlemek zorundadır. Bu bağlamda, masraflar hakkında karar verirken tek başına dış finansmanın bulunmasının dikkate alınıp alınmayacağı konusu tartışılmıştır. Örneğin, Essar v. Norscot davasında davalı tarafa masraflar yüklenirken hakem heyeti davacı tarafın finansörle olan sözleşmesine uygun olarak finansöre borçlu olduğu miktarın da masraf tutarına dahil olduğuna karar vermiştir. Aynı zamanda “yargılama ve diğer masraflara” ilişkin karar verme gücünün yargılama finansmanı masraflarını da kapsadığına karar vermiştir.

Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID ordered claimants to disclose whether their claim was being funded by an outside party and if so, the identity of the funder and the terms of the funding agreement. As this example indicates, the current lack of regulation does not guarantee that third-party funding will truly remain undisclosed.

VIII. SECURITY FOR COSTS AND ALLOCATION OF COSTS

If it is assumed that a party will be in financial difficulty and unlikely to pay the potential awarded costs, an order for security should be granted. However, the existence of a third-party funding in such situations has caused a debate regarding whether the tribunal should “routinely” award security for costs when the claimant is being funded. Some argue that in order to preserve the respondent’s rights, the mere presence of a funder should not withhold the ordering of security for costs as even with the existence of third-party funder it is still not certain whether the client of the funding agreement will be able to recover its legal costs from the funder. However, this idea generated severe criticism since there are also examples where solvent parties seek third-party funding.

Once the arbitral tribunal has dealt with substantial issues, it has to address the question of costs. Firstly, it has to decide whether to award costs or not. Secondly, it must determine how to allocate them. In this context, it has been widely debated whether or not the mere presence of external funding should be taken into consideration when awarding costs. In this regard, in the Essar v. Norscot case, while awarding costs to the respondent, the arbitral tribunal decided to include the amount owed by the claimant to the funder in conformity with their agreement. It also held that the power to award “legal and other costs” included the costs of funding the litigation.

IX. ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANINA İLİŞKİN DÜZENLEME İHTİYACI

Uluslararası tahkim kapsamında, mevcut durumda üçüncü kişi finansmanına ilişkin herhangi bir resmi düzenleme bulunmamaktadır. Fakat üçüncü kişi finansmanını ulusal düzeyde düzenlemek riskli olabilir. Her şeyden önce, yerel kurallar ve düzenlemeler yargı yerleri arasında tutarsız olacak ve konuya ilişkin olarak avantajlı veya sessiz kalmış bir hukukun seçilmesi yoluyla yargılama yerleri arasından en lehe olanın seçilmesinin kapılarını açacaktır. İkinci olarak, gereğinden fazla düzenleme ve bu nedenle üçüncü kişi finansmanı kullanımının ve uygulanışının gereğinden fazla kısıtlanması riski söz konusu olabilecektir. Üçüncü olarak, üçüncü kişi finansmanına ilişkin sorunlar davadan davaya değişkenlik gösterebileceğinden tüm sorun ve kaygıları bağlayıcı tek bir kurallar silsilesi belirlemek çok mümkün görünmemektedir. Fakat, uluslararası tahkim kuralları yerel kanunlardan daha geniş bir uygulama alanına sahip olup özellikle tahkim süreci için oluşturulmuşlardır. Uluslararası ilkeler genellikle bağlayıcı olmayıp daha geniş esneklikler sunmaktadır.

Üçüncü kişi finansmanı ilk olarak 2014 IBA (Milletlerarası Baro) Çıkar Çatışmasına İlişkin Rehberi'nde uygulamacılara rehber sağlamak amacıyla ele alınmıştır. Bu değişiklik ışığında, üçüncü kişi finansörler artık böyle bir finansmanın varlığını ve kimliklerini açıklamak durumundadırlar zira fon sağladıkları taraf ile aynı kimliği paylaştıkları değerlendirilebilecektir.

Türkiye'de iç tahkim yolu 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmekte olup benzer kurallar UNICITRAL Kurallarından esinlenen Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenlenmektedir. Singapur ve Hong Kong gibi bazı ülkeler şimdiden tahkimde üçüncü kişi finansmanını hukuken düzenlemiş olsa da Türkiye bu konuda sessiz kalmaktadır. Aynı zamanda, Türk hukukunda kimin üçüncü kişi finansör olabileceğini düzenleyen herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Ancak, üçüncü kişi finansmanında mesleki yasaklar söz konusu olabilecektir. Zira hukuk firmalarının

IX. NEED FOR REGULATION OF THIRD-PARTY FUNDING

In the context of international arbitration, there is currently no formal regulation on third-party funding. However, regulating third-party funding on a domestic level may be risky. First of all, domestic rules and regulations are likely to be inconsistent among jurisdictions, opening the door to forum-shopping with parties selecting a governing law that is favorable or even silent on the matter. Secondly, there is a risk of over-regulating, thereby effectively restricting the use and application of third-party funding more than is necessary. Thirdly, it does not seem possible to address all issues and concerns with a single set of clear and binding rules as the issues associated with third-party funding can differ from case to case. However, institutional arbitration rules have a broader applicability than domestic laws and are more specifically designed for the arbitral process. International guidelines are generally non-binding and offer greater flexibility.

The 2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest were the first to address third-party funding to provide practitioners with guidance. In light of this change, third-party funders should now disclose the existence of such funding and their identity because they may be considered to share that identity with the party they are funding.

In Turkey, domestic arbitration procedure is regulated under Turkish Code of Civil Procedure, no.6100, entered into force on 1 October 2011 and similar rules for foreign arbitration are regulated by Turkish International Arbitration Act 2011, which is based on UNICITRAL Rules. Although, some countries such as Singapore and Hong Kong have already regulated third-party funding in arbitration proceedings, Turkey is currently silent on the subject. There is also no regulation in Turkish law regarding who can be a third-party funder. However, third party funding may

müvekkillerine doğrudan doğruya finansman sağlayabilmeleri ve ancak dava sonucundan pay alabilmeleri tabii oldukları mevzuatta veya deontoloji adı verilen meslek ilkelerinde bir yasağın olmaması halinde mümkün olabilir. Fakat 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164'üncü maddesi uyarınca avukatların davayı ücretsiz şekilde yürütmesi yasaklanmıştır. Bu sebeple bazı görüşlere göre Türk hukukunda avukatlar finansör olarak yer alamazlar. Bu noktada finansörlük sözleşmesinde mevzuata uygun hale gelecek şekilde düzenlemeler yapılarak avukatların müvekkillerine fon sağlayabileceği görüşündeyiz.

Bu konuya ilişkin olarak kanaatimizce, milli kanunlar yerine uygulamacıların uluslararası tahkimde üçüncü kişi finansmanı ile ilgili olarak sorunlarla karşılaştıklarında dayanabilecekleri bağlayıcı olmayan rehberlerin düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

X. SONUÇ

Parasal risklerin yüksek olduğu uluslararası ticari ve yatırım tahkimlerinin her ikisi de son yıllarda artan bir üçüncü kişi finansmanı uygulamasına tanıklık etmektedir. Dolayısıyla, devam eden tartışmalara rağmen üçüncü kişi finansmanının uluslararası seviyede kalıcı olacağı görünmektedir.

Üçüncü kişi finansmanı şüphesiz adalete erişimi artırmakla beraber kullanıcıları açısından büyük riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle söz konusu olumsuz etkilerin azaltılmasına yönelik düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu noktada, uluslararası tahkimin kilit oyuncularının-kullanıcılar, avukatlar, hakemler ve kurumlar gibi – bu konuda ortak bir anlayış oluşabilmesi için üçüncü taraf finansmanı ile ilişkili potansiyel sorunların farkında olması gerektiğine inanıyoruz.

be a matter of occupational prohibition. Because law firms may be able to provide funding directly to their clients and only receive a share from the rendered award if there is no prohibition in the legislation or professional principles called deontology. Although, a lawyer cannot carry out a case free of charge under Article 164 of the Turkish Legal Practitioners Code numbered 1136. For this reason, some think that lawyers cannot act as third-party funders in Turkish Law. At this point, we believe that lawyers may be able to provide funding to their clients by revising the funding agreement in compliance with the legislation.

Regarding this matter, instead of national laws, we would propose to develop a set of non-binding guidelines that practitioners can rely on when being confronted with issues of third-party funding in international arbitration.

X. CONCLUSION

Both international commercial and investment arbitration, wherein monetary risks are high, are witnessing increased application of third-party funding over the past years. Therefore, despite the ongoing debate, it seems that third-party funding on international level will be permanent.

Third-party funding undoubtedly increases access to justice, however third-party funding also comes with great risks for its users. It is therefore necessary to implement regulations aimed at curbing these negative effects. At this point, we believe that the key players in international arbitration users, counsel, arbitrators and institutions alike should be conscious of the potential issues associated with third-party funding so that there can be a common understanding thereof.