

UNCITRAL ÇALIŞMA GRUBU III

1- 5 NİSAN 2019 TARİHLİ 37. TOPLANTI RAPORU

2- YATIRIMCI ile YATIRIMIN YAPILDIĞI DEVLET ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ KONUSUNDA REFORM

Çalışma Grubunun (ÇG) bir önceki 36. Toplantısında yatırımcı ile yatırımın yapıldığı Devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusunda reform çalışmaları kapsamında yatırımcı- devlet tahkiminde üçüncü kişiler tarafından finansman sağlanması konusundaki sorunlar dile getirilmiş ve bu hususların 37. Toplantıya bırakılmasına karar verilmiştir. New York'ta gerçekleşen ÇG'nun 37.Toplantısında üçüncü kişilerce finansman sağlanması konusundaki sorunların reform çalışmasının kapsamında dahil edilmesi konusu ele alınmıştır.

1-5 Nisan tarihli 37. Toplantıda, Çalışma Grubunun başkanlığına **Shane Spelliscy (Kanada)**; raportörlüğüne de **Natalie Yu-Lin Morris Sharma (Singapur)** seçilmişlerdir.

37. Toplantıda Çalışma Grubunun görüştüğü konular ve varmış olduğu sonuçları açıklayan bu Rapor,

A/CN.9/WG.III/WP.156

A/CN.9/WG.III/WP.157

A/CN.9/WG.III/WP.158,

A/CN.9/WG.III/WP.159,

A/CN.9/WG.III/WP.160,

A/CN.9/WG.III/WP.163,

A/CN.9/WG.III/WP.163,

A/CN.9/WG.III/XXXVI/CRP.1

A/CN.9/WG.III/XXXVI/CRP.1/Add.1

A/CN.9/WG.III/XXXVI/CRP.1/Add.2

A/CN.9/WG.III/XXXVI/CRP.1/Add.3

A/CN.9/WG.III/XXXVI/CRP.1/Add.4' e dayanılarak hazırlanmıştır.

I. GİRİŞ

Bilindiği üzere, UNCITRAL Komisyonunun (Bundan böyle Komisyon olarak metinde yer alacaktır.) 50. Toplantısında Sekretarya tarafından önceden hazırlanan notlarda görüşülecek konular; uluslararası tahkimde eş zamanlı davalar (*concurrent proceedings in international arbitration* A/CN.9/915), uluslararası tahkimde etik kurallar (*ethics in international arbitration* A/CN.9/916) ve yatırımcı- Devlet uyuşmazlıklarında reformlar (*Reforms of investor- State dispute settlement* (ISDS) A/CN.9/917) olarak belirlenmiştir. Komisyon bu konuları değerlendirerek III. No'lu Çalışma Grubuna (ÇG) "Yatırımcı- Devlet Uyuşmazlığı Çözümünde (ISDS) Reform" çalışmaları yapılması görevini vermiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVI/CRP.1 para.1-3).

ÇG, 36. Toplantısında: (i) ilk olarak yatırımcı- Devlet uyuşmazlığı çözümüne (ISDS) ilişkin sorunların belirlenmesi ve değerlendirilmesi, (ii) ikinci olarak bu belirlenen sorunlara ilişkin bir reform çalışmasının yapılıp yapılmaması hususu, (iii) üçüncü olarak da eğer Çalışma Grubu reform yapılması konusunda hemfikirse Komisyona iletmek üzere çözüm önerilerinin belirlenmesi hususlarını ele almıştır (A/CN.9/WG.III/XXXVI/CRP.1 para.1-3).

Bilindiği üzere, Komisyon, 51. Toplantısında, Çalışma Grubunca yapılan çalışmadan ve Sekretaryanın vermiş olduğu destekten olan memnuniyetini dile getirmiştir. Ayrıca, Çalışma Grubu üyelerine verilen görev bakımından geniş takdir yetkisi verilmesi, getirilecek çözüm önerileri bakımından ilgili uluslararası organizasyonların çalışmalarının da dikkate alınması ve her bir üye devlete bu çözüm önerilerinin kabulü konusunda gereksiz gecikmeye yer vermeyecek şekilde görüşte bulunması imkânının sunulması kararlaştırılmıştır (A/CN.9/WG.III/XXXVII/CRP.1 para.1-6).

A. Genel Açıklamalar

Sekretarya, ÇG 36. Toplantısında sunulan belgeleri inceleyerek ISDS ile ilgili sorunları üç kategoride özetlemiştir (A/CN.9/WG.III/WP.149) : (i) ISDS mahkemeleri tarafından verilen hakem kararlarında tutarlılık, uyum, öngörülebilirlik eksikliği ve hakem kararlarının doğruluğu, (ii) hakemler ve karar mekanizmalarına ilişkin sorunlar, (iii) ISDS davalarında masraflar ve süreler (A/CN.9/WG.III/XXXVI./CRP.1/Add.1 para.9).

ÇG'nun 37. Toplantısının konusu : (i) yatırımcı- Devlet tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finansmanı konusundaki (*third-party funding*) sorunların bir reform çalışmasını gerektirip gerektirmediği, (ii) söz konusu reforma ilişkin diğer sorunların belirlenmesi, (iii) geliştirilecek çalışma planına ilişkin seçeneklerin ve ISDS reformu için olası opsiyonların belirlenmesidir (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.1 para.3).

B. Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanına İlişkin Sorunlar

“Yatırım uyuşmazlıklarında tahkim yargılamasının üçüncü kişilerce finansmanı” ile genel olarak uyuşmazlık tarafı olmayan finansman sağlayan kuruluşun, davacı yatırımcı ya da davacıyı temsil eden hukuk bürosuna dava masraflarının karşılanması amacıyla ekonomik destek sağlaması ve karşılığında davacının elde ettiği tazminatın belirli bir oranını alması kastedilmektedir. Finansman sözleşmesi, tüm yargılama masraflarını (bilirkişi, hakem, tahkim merkezleri masrafları) ve hakem kararının icrası ve karara karşı başvuru kanun yolu masraflarını da kapsamaktadır (A/CN.9/WG.III/WP.57 para 5-6).

Görüşmelerde, uluslararası yatırım tahkiminin üçüncü kişilerce finansmanı konusunda çeşitli sorunların olduğu ve bu alanlarda reform yapılmasının gerekliliği, özellikle üçüncü kişilerce finansman sağlanmasında saydamlık eksikliği ve üçüncü kişilerce finansman sağlanmasına yönelik düzenleme eksikliği dile getirilmiştir. Yatırımcı- Devlet tahkiminde üçüncü kişilerce mali destek sağlanması hususunun, hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığının ihlali ve ISDS sisteminde masraflar ve masraflara dair teminat istenmesi gibi ISDS ile ilgili birçok konuyla ilgisi olduğu belirtilmiştir. Üçüncü kişilerce finansman sağlanmasına ilişkin sorunlar yersiz, asılsız iddiaların sayısının artması, uyuşmazlıkların dostane çözüm yoluyla çözümüne olumsuz etkileri dile getirilmiştir. Ayrıca ISDS rejiminde genel olarak Devletlerin

üçüncü kişi finansmanına erişimi olmadığından, finansmanın üçüncü kişilerce sağlanmasının yapısal bir dengesizliğe sebebiyet verdiği tartışılmıştır. Ayrıca hakemler ile mali destek sağlayan üçüncü kişi arasındaki menfaat çatışmaları ve mahremiyete ilişkin sorunlar da dile getirilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.1 para.4-6).

Üçüncü kişilerce finansman sağlanmasına ilişkin olarak Çalışma Grubundaki görüşmelerde çeşitli öneriler ileri sürülmüştür: Bir öneri ISDS rejiminde üçüncü kişilerce finansman sağlanmasının yasaklanmasıdır. Diğer bir öneri ise bu sürecin saydamlık ilkesi gereğince yürütülmesini sağlayacak mekanizmaların getirilmesidir. Bu husus, tahkimin finanse edildiğini ve hakemler ile üçüncü kişi arasındaki menfaat çatışmalarının açıklanması yükümlülüğünün getirilmesi ile sağlanabileceği belirtilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.1 para.7).

Menfaat çatışmaları, ağırlıklı olarak, yargılamada hakemlerin finansman sağlayıcısının danışmanı gibi hareket etmesi ya da hakem veya hakemin çalıştığı hukuk bürosunun finansman sağlayan üçüncü kişiyle sürekli ilişki içinde olması veya hakem ya da çalıştığı hukuk bürosunun bu ilişkiden kazanç sağlaması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışma Grubunun önceki toplantılarında, yatırımcı- Devlet tahkiminin üçüncü kişilerce finansmanında hakem ve üçüncü kişi finansman sağlayıcı arasındaki menfaat çatışmasının açıklanması yükümlülüğünün (*disclose*) olmamasının süreçteki saydamlık eksikliğiyle yakından ilgili olduğu dile getirilmiştir. Menfaat çatışması halleri bakımından, açıklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde yaptırım öngörülmesi de dile getirilmiştir. Görüşmelerde, “yatırımcı- Devlet tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finansmanın çeşitli şekillerde olduğu belirtilmiştir. Bu kavramın tanımının da ülkelerin yasal mevzuatlarında veya anlaşmalarda farklı şekilde tanımlandığı vurgulanmıştır. Bu itibarla, etkin bir reform çalışmasının yapılabilmesi için “üçüncü kişilerce finansman sağlanmasının” açık ve geniş kapsamlı olarak tanımının yapılması önerilmiştir. Yapılacak reform çalışması bakımından, ICSID Kurallarında değişiklik önerilerinin ve ICCA ve QMUL tarafından yatırımcı- Devlet tahkiminin üçüncü kişilerce finansmanına dair hazırlanan raporunun ve benzeri diğer kuruluşların çalışmalarının dikkate alınması vurgulanmıştır (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.1 para.7-11, (A/CN.9/WG.III/WP.57 para 17-20).

Görüşmeler neticesinde, UNCITRAL tarafından yapılacak reform çalışmasında yatırımcı tahkiminde üçüncü kişilerce finansmanının tanımına ve uygulanmasına dair sorunların ele alınmasına karar verilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.1 para.12).

C. Diğer Sorunlar

Çalışma Grubundaki görüşmelerde, ISDS sistemine ilişkin reform çalışması yapılması gereken daha önce görüşülmeyen diğer sorunların belirlenmesi konusu ele alınmıştır. Yatırımcı- Devlet uyuşmazlıklarının tahkim dışındaki bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasıyla çözülmesi ya da uyuşmazlıkların çıkmasını engelleyici diğer çözüm araçlarından yararlanılması dile getirilmiştir. Bu öneriye cevap olarak, bu çözüm yollarının zaten Çalışma Grubunca belirtilen sorunlara ilişkin reform çalışmasında belirtildiği ifade edilmiştir. Diğer bir konu olarak, yatırımcı- Devlet tahkimine başvurulmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi hususu dile getirilmiştir. Yatırımcıdan tahkime başvurmadan önce iç hukuk yollarını tüketmesini talep etmenin ISDS reformu bakımından değerlendirilmesi gereken bir araç olduğu burada belirtilmesi gereken bir sorun olmadığı kanaat getirilmiştir. Başka bir konu olarak, ISDS rejimine üçüncü kişilerin katılımı (*joinder of additional parties*); kamunun veya söz konusu yatırımdan veya uyuşmazlıktan etkilenen kamunun katılımı konusu belirtilmiştir. ISDS rejiminde üçüncü kişinin katılımı; çevreye, insan haklarına, yatırımcının yükümlülüklerine ilişkin konuların yatırım mahkemesince değerlendirilmesine imkân tanıyacağı vurgulanmıştır. Yatırım tahkiminde yatırım mahkemelerince zararların hesaplanması konusu da bu bağlamda dile getirilmiştir. Hakem mahkemelerince yapılan yanlış hesaplamalarla ilgili sorunların hakem mahkemelerince verilen hatalı kararlarla bağlantılı olduğu, bu itibarla hatalı hakem kararları altında ele alınması gerektiği görüşülmüştür (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.1 para.16-25).

Görüşmeler neticesinde, geline bu aşamada ISDS rejimiyle ilgili belirtilmesi gereken ek bir sorun olmadığına karar verilmiştir. Diğer sorunlar altında ileri sürülen konuların zaten reform çalışmalarında belirtildiği, Çalışma Grubuna verilen görev kapsamında getirilen çözüm önerilerinde ele alındığı belirtilmiştir. Ayrıca, Çalışma Grubunca yapılacak her türlü çalışmanın yatırım anlaşmalarında esasa ilişkin yapılan gelişmeleri dikkate alması gerektiği belirtilmiştir(A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.1 para.25-27).

D. Çalışma Planının Uygulanması İçin Getirilen Öneriler

Görüşmelerde Sekretarya tarafından Çalışma Grubuna (i) Çalışma Grubunca UNCITRAL Komisyonunda 2019 yılı için ek bir hafta süre talebi (ii) colloquium, intersessional

meetings veya diğerk bir şekilde yapılacak resmi olmayan toplantıların yapılip yapılmaması yapılacaksa ne şekilde yapılacağı hususları için görüş sorulmuştur.

Çalışma Grubu öncelikle Komisyondan 2019 yılı içinde ek süre talep etme konusunu ele almıştır. 2018 yılında gerçekleşen Komisyonun 51. Toplantısında, Komisyon, 2019 yılı için planlanan gündem konularını 2 haftalık sürede ele almayı planladıklarını ve bu sebeple kalan bir haftalık sürenin çeşitli amaçlarla kullanılabileceğini belirtmiştir. Görüşmelerde bazı delegelerce bu ek bir haftalık sürenin yerinde olduğu, Çalışma Grubuna verilen yetkinin etkin bir şekilde kullanılmasını kolaylaştıracağı ve ayrıca devlet yetkililerin katıldığı resmi toplantıların yanı sıra resmi olmayan toplantıların da yapılabilmesine imkân sağlayacağı ifade edilmiştir. Diğer taraftan, gelişmekte olan ülkeler bakımından finansal ve beşeri sebeplerden ötürü Çalışma Grubunun ek toplantısına katılımın sorun olacağı dile getirilmiştir. Görüşmeler neticesinde, Çalışma Grubu bu ek bir haftalık süre konusunu çalışma planının belirlenmesinden sonra görüşmeye karar vermiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.2 para.1-6).

Görüşmelerde, diğerk ilgili Çalışma Gruplarıyla birlikte ortak toplantı yapılması konusu gündeme gelmiştir. Bilindiği üzere Çalışma Grubu II “Uyuşmazlık Çözümü” hakkında çalışmaktadır. Çalışma Grubu II’nin ticari tahkimle ilgili çalıştığı ve hâlihazırda seri tahkim yargılaması konusu üzerine çalışmayı başladığı dile getirilerek şu an için ortak çalışmanın yerine olmadığına karar verilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.2 para.8-9).

Resmi olmayan toplantılar konusunda ise bu toplantılarda herhangi bir karar alınmaması vurgulanmıştır ve ayrıca bu toplantılardaki gelişmelerden Sekretarya’nın bilgilendirilmesinin yerine olacağına karar verilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.2 para14).

E. Çalışma Planı İçin Öneriler

Çalışma Grubundaki görüşmelerde, bir reform önerisi olarak daha sistemsel bir reform önerisi getirilmiştir. Buna göre; çok taraflı bir yatırım mahkemesinin kurulması ve temyiz mekanizmalarının da bu sisteme dahil olması böylelikle saydamlık, adalet, yasalara uygunluk bakımından belli standartlara bağlı kılınması hedeflenmiştir. Sistematik reform (*systemic reform*) olarak adlandırılan bu sistem, yatırımcı- Devlet tahkimindeki sorunları işaret eden ve hâlihazırdaki ISDS rejiminde yapısal bir değişiklik yapmayı öneren bir sistemdir. Bu reform önerisinin saydamlık konusundaki Mauritius Konvansiyonu’nunkine benzer bir mekanizma ile uygulanması önerilmiştir. Ayrıca bu reform opsiyonunun sadece Devletlerin katılmayı tercih etmesiyle bağlayıcı olacağı belirtilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.3 para 6-7).

Diğer bir reform önerisi ise; devletlerin ISDS rejimindeki önceliklerine göre mevcut ISDS sisteminin değiştirilmesidir (*incremental reform*): hakemler için etik kurallar, masraflara dair sorunları yansıtıcı çözüm önerileri (masrafların paylaşılması, teminat, üçüncü kişilerce finansman sağlanması, bir danışma merkezinin kurulması), asılsız, yersiz iddiaların önceden reddini sağlayan mekanizmalar gibi süreci hızlandırıcı çözüm önerileri, eş zamanlı davalara dair konular, uyuşmazlıkları önlemeye yarayan mekanizmalar ve arabuluculuk. Diğer bir reform önerisi de, yukarıda belirtilen her iki reform önerisini içeren bir reform teklifidir. Buna göre, her iki reform önerisine göre ayrı çalışma yapılacaktır ve Çalışma Grubu her iki çalışma için ayrı toplanacaktır (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.3 para 8-11, Proposal of Switzerland for a Workplan).

Görüşmelerde, birçok farklı başka reform önerileri de ileri sürülmüştür. Bu sebeple, çalışma planının esnek ve birçok önerideki ortak noktaları kapsayacak şekilde geliştirilmesinin amaca uygun olduğu önerilmiştir. Görüşmelerde, Çalışma Grubuna verilen yetkinin ISDS reformu için çözüm önerilerini geliştirmek olduğu tekrarlanarak tüm olası reform opsiyonlarının sunulması ve buna göre çalışma planına başlanması vurgulanmıştır. Bu bağlamda, ÇG'nun 36. Toplantısına Sekreteryaya tarafından sunulan A/CN.9/WG.III/WP.149 sayılı belgenin esas alınarak bu belgenin ileri sürülen çeşitli reform opsiyonlarını yansıtacak şekilde güncellenmesinin amaca uygun bir çözüm olduğu belirtilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.3 para 8).

Görüşmeler neticesinde, Çalışma Grubu, “systemic reform” ve “incremental reform” arasında ayırım yapmanın gerekli olmadığına karar vermiştir. Bununla birlikte, ileri sürülen reform önerilerinden bazıları doğası gereği daha yapısal bazıları ise mevcut sistemle birlikte yapılacak reform önerileridir. Çalışma Grubunun bu reform önerilerini birlikte ele alması uygundur. Görüşmelerde, iş programı hazırlanmasının ve diğer olası reform önerilerinin de bu iş programında belirlenmesinin gerektiğine karar verilmiştir. İş programının üç aşamalı olarak aşağıdaki şekilde ele alınması kararlaştırılmıştır: (i) Sekreteryaya 15 Temmuz 2019'a kadar geliştirilecek diğer reform önerilerinin sunulması, (ii) bir sonraki Çalışma Grubu Toplantısında bu reform önerilerinin tartışılması ve iş programının oluşturulması, (iii) Çalışma Grubunun kendisine verilen yetki gereğince Komisyona iletilecek reform önerilerine ilişkin diğer çalışma ve gelişmeleri belirlemesi (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.4 para 1-5).

Görüşmelerde, Sekreteryadan bir sonraki 38. Toplantı için A/CN.9/WG.III/WP.149 sayılı belgenin ileri sürülen öneriler ışığında güncellenmesi talep edilmiştir. Ayrıca, aşağıdaki konulara ilişkin bir çalışma yapması talep edilmiştir: ISDS sisteminde Davranış Kuralları (Code

of Ethics), karar makamlarının seçilmesi ve atanması, yatırımcı- Devlet tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finansmanı, yatırım hukuku alanında bir danışma kurulunun kurulması (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1/Add.4 para 5).

Komisyon İletilecek Tavsiyeler

Çalışma Grubunca hazırlanacak çalışma planı ışığında ek bir haftalık süreye ilişkin değerlendirme yapılmasına ve Komisyona iletilmesine karar verilmiştir.

SONUÇ:

Türkiye'nin yapmış olduğu yatırım anlaşmalarının sayısı dikkate alındığında, yatırımcı ile yatırımın yapıldığı Devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusundaki reform çalışmalarının takibinin ülkemiz açısından son derece önemli olduğu ve bu alandaki çalışmaların Türkiye tarafından da dikkatle izlenmesinin amaca uygun olacağı düşünülmektedir. Komisyonun 52. Toplantısında 8-26 Temmuz'da 2019 tarihlerinde Viyana'da, Çalışma Grubunun bir sonraki toplantısının ise 14-18 Ekim 2019 (geçici tarih) tarihlerinde Viyana'da olacağı bilgisi edinilmiştir.

Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK, Tahkim Divan Üyesi, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM)

Av. Senem BAHÇEKAPILI VINCENZI, Genel Sekreter, İTOTAM