

ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE ÜÇÜNCÜ TARAF FİNANSMANI

AV. EGEMEN EGEMENOĞLU
egemen@egemenoglu.com

Üçüncü taraf tarafından finansman sağlanması, yatırımcı-ev sahibi ülke tahkiminde "tartışmalı konulardan" biri haline gelmiştir. Yatırımcılar, mali sıkıntı içinde olup olmadıklarına bakılmaksızın, uluslararası tahkim davalarına ilişkin ödemelerin finansmanı için, fon sağlayıcılardan destek almayı tercih etmektedirler. Finansman, uyumsuzluk taraflarından birinin tahkim işlemlerine ilişkin tüm masraflarını içermektedir. Bu mali sorumluluğun karşılığı olarak, fon sağlayıcıları, nihayetinde verilen tazminatın belirli bir yüzdesini alırlar.

Giderek artan sayıda profesyonel fon sağlayıcısı, uluslararası tahkim davalarını finanse edebilmek adına, aktif bir şekilde, hizmetlerine yönelik reklam ve pazarlama faaliyetleri başlatmıştır. Peki bu durumda, fon sağlayıcıları bu oyunda aktif bir rol oynamaya nasıl başlamıştır? Yatırımcıların sağlanan finansmanın arka planındaki görüşlerine ilişkin temel nedenler nelerdir?

Üçüncü taraf finansmanındaki bu hızlı artışın birinci ve en dikkat çeken nedeni, genellikle uluslararası yatırım tahkiminde yürütülen uzun işlemlere ilişkin yüksek maliyetlerdir. Yatırımcılar, kendi finansman ve fonlarını, uygulama açısından uzak oldukları bir işleme yatırmak istemediklerinden dolayı, finansman sağlanmaksızın dava işlemlerine dahil olma konusunda isteksizdir. Davaların olumsuz sonuçlanma olasılığının söz konusu olması durumunda, ödenmesi muhtemel karşı taraf vekalet ücretlerinin de dikkate alınması gerekir. Tahkim davasını 'kaybeden' ve karşı tarafın masraflarının karşılanmasına yönelik ek yükümlülüğe maruz kalma ihtimali bulunan bir yabancı yatırımcı, şirketin gelecekteki ekonomik ve finansal kapasitesi ile istikrarı üzerinde çok büyük bir etkiye sahip olabilir. Üçüncü taraf finansmanı, maliyetlerin sorumluluğunu

fon sağlayıcıya yüklemek suretiyle, daha fazla şirkete, yatırımda bulunduğu devletler aleyhine dava açma olanağı verir.

İkinci olarak, tahkim masrafları yüksek olabileceğinden dolayı, fon sağlayıcısı genellikle, finansman gerçekleşmeden önce, yatırımına ve başarı şansına ilişkin kapsamlı bir durum tespiti araştırması yapar. Bu araştırma, geleceğe yönelik bir davanın başarı oranının daha detaylı olarak incelenmesi olarak düşünülebilir. Fon sağlayıcının kendi lehine oluşabilecek finansal kârlılığı ve tahkim davasının olumlu sonuçlanması arasındaki bağlantı dikkate alındığında, üçüncü taraf fon sağlayıcılarının, kaynaklarını başarı şansı düşük olarak gözüken davalar için harcamadıkları dikkate değerdir.

Bu durumda, fon sağlayıcıları nasıl bir durum tespitine güveniyorlar? Ön raporlarını nasıl hazırlıyorlar? Durum tespitinin, yatırımcının ve yerel danışmanın kapsamlı bilgi ve malzeme sunmasını gerektirdiği açıktır. Davaların büyük bir bölümünde; taraflar, birincil maliyetler, zararlara ve olası tazminata yönelik tahmin gibi kilit unsurların belirlenmesine olanak vermek adına, yatırımcılardan, birincil bilgi paketi sunmalarını istemektedir. Bu değerlendirme on güne kadar sürebilmektedir, bu süre sonrasında fon sağlayıcısı, finansal şartlara ve "şartlı dava finansmanı sözleşmesine" ilişkin görüşünü bildirmek üzere yatırımcıya geri dönecektir. Bu finansman sözleşmesi, sözleşmeye bağlı olarak, dört ila altı hafta, karmaşık erken dönem davalarda ise sekiz haftaya kadar olmak üzere, sınırlı bir süre için münhasırlık vermektedir. Daha sonra fon sağlayıcısı, durum tespit kriterlerine başvuracak olup, davanın aşamasına bağlı olarak, yatırımcıyı iki aşamalı sorguya tabi tutabilecektir.

THIRD PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

EGEMEN EGEMENOĞLU, LL.M.
egemen@egemenoglu.com

Third-party funding has become one of the "hot topics" in investor-state arbitration. Parties, whether or not they are in financial distress, choose using funders to provide the financing to pay for their international arbitration proceedings. Financing includes the payment of some or all costs of the arbitral proceedings for one of the parties to the dispute. In return for this financial liability the funders receive a certain percentage of the finally awarded compensation or a certain multiple of their overall investment in the case.

Growing number of professional funders actively advertise and market their services for funding international arbitration proceedings. So how come the funders start to play an active role on this game? What are the primary reasons behind the recent advent of funding?

The first and most obvious reason of this rapid increase of third party funding lies in the heavy costs associated with the generally lengthy proceedings in international investment arbitration. Claimants are often reluctant to engage in such proceedings without financing, as they are unwilling to invest with their own finances in an international proceeding that they are not familiar with. Adverse costs also have to be taken into account in case of a possible negative result on the proceedings. A claimant 'losing' the arbitral proceeding, with the possible additional obligation to pay for the opposing party's costs, may have a tremendous impact on the future economic and financial viability and stability of the company.

Third party financing shifts the liability for the costs to the funder, thereby giving more companies the opportunity to bring their claims against states.

Secondly, since the cost of arbitration can be substantial, the funder usually carries out a thorough due diligence of the case and the chances of success, before the financing takes place. This investigation can be considered as an extra examination of the possibility of success in the future proceeding. It is therefore extremely unlikely for the third party funders to invest their resources in manifestly unmeritorious claims.

So what type of due diligence do the funders rely on? How do they conduct their preliminary investigation? It is clear that due diligence requires extensive information and material provided by the claimant and its counsel. In most cases seeking funding, claimants are requested to provide an initial package of information so as to allow for the identification of key elements, such as the parties, initial costs, the theory for damages and the likelihood of recovery. This review may take up to 4-6 weeks days, after which period the funder will revert to the claimant with its view on the financial terms and a "conditional litigation funding agreement". This funding agreement grants exclusivity for a limited period of time depending on the agreement, which may be up to 60 to 90 days in complicated cases. The funder will then conduct due diligence and which, depending on the stage of the case, may be comprised of several rounds.

Fon sağlayıcısının, durum tespiti raporuna ilişkin bilgileri yeterli bulması ve davanın başarıyla sonuçlanacağı beklentisi içinde olması durumunda, taraflar, finansman sözleşmesinin ticari şartları konusunda müzakereye başlarlar. Anlaşmaya varılması durumunda, tarafların, finansman sözleşmelerini mahkeme nezdinde ifşa etmesi gerekmekte olup, finansman sözleşmelerinin büyük bir bölümünde gizlilik maddesi bulunmaktadır.

Üçüncü taraf finansmanı hızla büyüyen bir sektör olup, şüphesiz ki ileriki dönemlerde yatırım tahkiminde büyük bir rol oynamaya devam edecektir. Yatırımcıların yatırım tahkimlerine ilişkin finansal riskler için dış kaynak gereksinimlerinin devamı beklenmekte ve iç kaynaklar yerine dış kaynakların tercih edilmesi şirketler açısından daha rasyonel gözükmektedir.. Yatırımcı, işlemi başlatmak üzere üçüncü taraf fon sağlayıcısına ihtiyaç duymakla birlikte, aynı zamanda fon sağlayıcısına karşı gücünün bir kısmını kaybetme ihtimaliyle karşı karşıyadır. Bu durum bir açıdan "güç kaybı" gibi değerlendirilse de, üçüncü taraf bir fon sağlayıcısının finans ve dava yönetimi konusundaki deneyim ve kuvvetli bilgisi, önceden var olan hukuki yapıya büyük bir değer katarak, yatırımcıların karşı taraf olan devlet açısından daha dengeli bir konumda olmasını sağlayacaktır..

If the funder finds that the case is viable after the due diligence process, o and anticipates a high likelihood of success for the outcome of the case, parties begin the negotiations on the commercial terms of the funding agreement. If there is an agreement reached,, virtually all funding agreements will contain a confidentiality clause and the claimant is generally not required to disclose the funding agreement before the tribunal

Third party funding is a fast growing industry and will undoubtedly continue to play an extensive role in investment arbitration cases in the future. Claimants will need or want to outsource the financial risks involved with investment arbitrations. The claimant needs the third party funder to initiate the proceeding, but at the same time is likely to lose some of its decision-making power to the funder. Although this may be be considered as "losing of the decision-making power" from one ambit, consolidated knowledge on finance and litigation management of a third-party funder adds tremendous value to the pre-existing legal position and provides the claimants with a more equal position with respect to the State.