

ÇETİNEL

B İ L G İ N O T U

TARİH : 11 Nisan 2013

KONU : Libya’da faaliyet gösteren Türk inşaat firmalarının sözleşmesel yükümlülüklerinin ifasına devam etmesi hususunda hukuki değerlendirme

Bu bilgi notu, 2011 yılı başından itibaren Libya’da meydana gelen iç savaş ve oluşan politik ortam sonrasında yakın tarihte Türk inşaat firmalarının, Libya’da yabancılar bakımından istikrar ve güvenin sağlandığı gerekçesiyle halihazırda imzalanmış; ancak ifasına ara verilmiş projelerine devam etmelerine ilişkin çağrısı dahilinde Libya idari kurumları tarafından Türk şirketlere temin edilen sözleşme taslaklarının değerlendirilmesi ve konuya ilişkin hukuki görüşün açıklanması amacıyla hazırlanmıştır. HIB ve ODAC tarafından temin edilecek sözleşme taslaklarının değerlendirilmesinin ardından başvurulabilecek hukuki yollara değinilecektir.

1- ODAC ve HIB tarafından temin edilen sözleşme taslaklarının değerlendirilmesi:

a. Genel Değerlendirme:

Her iki sözleşme taslağında da giriş hükümlerinde “her iki tarafın da sözleşmeyi kendi isteği ile/projeye devam etme isteği ile” akdetmiş olduğuna ilişkin ibare, bugün için mevcut ve ileride ortaya konulabilecek olan sözleşmenin ıztırar halinde imzalanmış olduğuna ilişkin iddiaları zayıflatacak niteliktedir.

ODAC sözleşme taslağından farklı olarak HIB sözleşme taslağı, işlerin durdurulduğu dönemi açıkça *force majeure*’den kaynaklı olarak kabul etmekte ve yaşanan durumun HIB’in iradesi dışında olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Şu üç hususun birarada değerlendirilmesi neticesinde bu önkabul, Türk yatırımcıların gelecekte karşılaşılabilecekleri herhangi bir

ÇETİNEL

uyuşmazlık halinde hak arama dayanaklarını ortadan kaldırır niteliktedir: i) Libya idareleri ile Türk yatırımcılar arasında akdedilen sözleşmelerin tamamına yakınının Libya Hukuku'na tabi olduğu ve uyuşmazlık çözümü bakımından Libya Mahkemeleri'nin yetki kılındığı, ii) Libya Kanunları ve düzenlemeleri uyarınca *force majeure* halinin tarafların her ikisinin de sözleşmesel yükümlülüklerini ortadan kaldırmak suretiyle sözleşmeyi fesih imkanı tanımakta olduğu ve iii) Libya'nın ICSID Konvansiyonu'na taraf olmadığı gerekçesiyle halihazırda uluslararası yatırım hukukuna aykırılık (*treaty claim*) iddiasıyla Libya'nın uluslararası sorumluluğuna gidilememesi. Buna karşın ODAC sözleşme taslağı, durumu *force majeure* olarak nitelememekle birlikte "iç savaş, siyasi/ekonomik kargaşa" ifadelerinin karşılığı olan "turmoil" deyişine yer vermektedir. Libya Kanunları değerlendirildiğinde bu durumun da *force majeure* kapsamında olduğunun altını çizmekte fayda görülmektedir.¹

Benzer doğrultuda her iki sözleşme taslağında da projelerin durduğu dönem içerisinde yatırımcılar tarafından katlanılmış bulunan banka teminat mektupları ve sigortalara ilişkin masrafların karşılanmasına ilişkin hüküm bulunmaması dikkat çekicidir.

ODAC sözleşme taslağı, HIB sözleşme taslağından farklı olarak ilgili sözleşme taslağının Libya Kanunları'na tabi olduğuna ilişkin hüküm içermektedir.

Her iki sözleşme taslağı da ilgili sözleşmelerin bir parçası olarak yürürlüğe gireceklerine ilişkin hüküm içermektedir.

b. Hakediş Ödemeleri ve İşin Başlatılması:

Sözleşme	Madde	Düzenleme ve Değerlendirme
ODAC	4 ve 8	Firmaların halihazırda onaylanmış hakedişlerinin %50'sinin işin başlatılmasından önce ödemesi öngörülmektedir. Geri kalan kısmın ödenmesi bakımından iki sorun söz konusudur: i) Onaylı hakedişlerin tekrar onaya tabi olması, ii) Ödemenin ne zaman yapılacağına dair takvim belirtilmemiş olması. Firmaların %50 hakediş ödemesini almalarından itibaren 30 gün içerisinde işe başlamaları öngörülmektedir. Bu

¹ Libya Medeni Kanunu m. 360, m. 663 ve *Administrative Contract Regulation* m. 105 birlikte değerlendirilmelidir.

ÇETİNEL

		<p>ilk %50 ödemenin birden çok taksitte gerçekleştirilmesi halinde son taksidin alınmasından sonra 30 gün içerisinde işlere başlanacağına tespit edilmesi önerilmektedir.</p> <p>Madde 8 ile birlikte değerlendirilmesi bakımından açıklama istemekte fayda bulunmaktadır.</p>
HIB	3 ve 7	<p>Firmaların halihazırda onaylanmış hakedişlerinin %50'sinin işin başlatılmasından önce ödemesi öngörülmektedir. Geri kalan kısmın ödenmesi bakımından iki sorun sözkonusudur: i) Onaylı hakedişlerin tekrar onaya tabi olması, ii) Ödemenin ne zaman yapılacağına dair takvim belirtilmemiş olması.</p> <p>Firmaların yeniden işe başlama emrinden itibaren 30 gün içerisinde işe başlamaları öngörülmektedir.</p> <p>Madde 7 ile birlikte değerlendirilmesi bakımından açıklama istemekte fayda bulunmaktadır.</p>

c. Süre Uzatımı:

Sözleşme	Madde	Düzenleme ve Değerlendirme
ODAC	5	Firmaların süre uzatımı için yeni bir çalışma takvimi sunması öngörülmektedir. İlgili çalışma takvimi, onaya tabidir.
HIB	4	Libya idarelerinin, süre uzatımına konu <i>force majeure</i> kabul edilen dönem için herhangi bir tazminat ödemesi yapmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

d. Hasar ve Zarar Gören Tamamlanmış İşlere İlişkin Sorumluluk:

ÇETİNEL

Sözleşme	Madde	Düzenleme ve Değerlendirme
ODAC	6	<p>Hasar ve zarar görmüş işlerin yeniden yapılmasında asıl sözleşme bedellerinin ya da asıl sözleşme ile birlikte teknik ve mali eklerin dikkate alınacağı hükme bağlanmaktadır.</p> <p>Hasar ve zarar gören işlerin tespitine ve bu tespit, iki tarafça karşılıklı yapılacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmesinde fayda bulunmaktadır.</p>
HIB	5 ve 1/2	<p>Hasar ve zarar görmüş işlerin yeniden yapılmasında ücretin belirlenmesini HIB'e bırakmaktadır. Bu itibarla, özellikle yüklü hasar ve zarar ihtiva eden projeler bakımından son derece belirsiz bir ortam yaratılmaktadır.</p> <p>Projelerin mevcut durumunun tespiti bakımından onay verme yetkisinin Libya idarelerinde olduğuna ilişkin hükme yer verilmektedir.</p>

e. İş gücü Temini:

Sözleşme	Madde	Düzenleme ve Değerlendirme
ODAC	7	<p>Libya'nın, iş gücü teminine yardım amacıyla firmalara destek açısından ilgili merciler ile irtibatı temin edilmektedir.</p>
HIB	6	<p>Libya'nın, iş gücü teminine yardım amacıyla firmalara destek açısından ilgili merciler ile irtibatı temin edilmektedir.</p>

f. Sigorta ve Banka Teminat Mektuplarının Uzatılması:

ÇETİNEL

Sözleşme	Madde	Düzenleme ve Değerlendirme
ODAC	9	Yatırımcının, banka teminatlarını ve sigortaları uzatma yükümlülüğü öngörülmektedir. İlgili maddenin ikinci cümlesinde yer alan kesintinin amacı ve kapsamına ilişkin açıklama istenmesi faydalı bulunmaktadır.
HIB	8	Yatırımcının, banka teminatlarını ve sigortaları uzatma yükümlülüğü öngörülmekte, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için yatırımcıya, sözleşme taslağının imzalanmasından itibaren 2 hafta süre verilmektedir.

2- Başvurulabilecek çözüm yollarının değerlendirilmesi:

Türk yatırımcıların, Libya'da mevcut projelerine devam etmeleri amacıyla HIB ve ODAC tarafından temin edilen sözleşme taslaklarının müzakere edilmeksizin imzalanması halinde ileride, Türk yatırımcıların başta Libya'nın uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine aykırılığında doğan zararlarına ilişkin tazmin taleplerinden feragat ettiklerine ilişkin bir anlayış ileri sürülebilecektir. Bunun engellemek amacıyla mümkün olduğu ölçüde sırasıyla aşağıdaki yollara başvurulmasında fayda bulunmaktadır:

a. Türk Hükümeti tarafından karşı nota verilmesi:

Libya'nın Ankara Büyükelçiliği'nden alınan Nota'ya mukabil Türk Hükümeti tarafından bir karşı nota verilmesi ve bu notada aşağıdaki hususların tespit edilmesinde, olası müstakbel uyuşmazlıkların bertaraf edilmesi bakımından fayda bulunmaktadır:

- i) Türk yatırımcıların projelerine devamı için ortaya koyulan sözleşme taslaklarının Libya idarelerince temin edilmiş ve müzakereye açık olmadığı hususu;
- ii) HIB tarafından sağlanan değişiklik tasarısına atfen, ilgili sözleşme taslaklarının yatırımcılar ile imzalanması hususunda, imza süresinin dahi belirtilmek suretiyle Libya İskan ve Altyapı Bakanlığı'nca İl Organizasyon Ofis Müdürlükleri'ne yazı verilmiş olduğu;
- iii) Libya Hükümeti'nin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini ifasının ve Türk yatırımcıların kazanılmış haklarının herhangi suretle ihlalinin önüne geçilmesi talebi.

ÇETİNEL

b. Sözleşme taslaklarını imzalayan Türk yatırımcılar ile ilgili Libya idareleri arasında mutabakat imzalanması:

Mümkün olması halinde Türk yatırımcıların, başta sözleşmenin müzakere edilmeksizin imzalanmış olduğunu ifade etmek suretiyle, sözleşme müzakere edilmiş olsaydı değişiklik ya da düzenleme talep edecekleri hususları bir tutanak altında düzenleyip işveren idare ile imzalamalarında fayda görülmektedir.

c. Sözleşme taslaklarını imzalayan Türk yatırımcılar tarafından ilgili Libya idarelerine ihbarname gönderilmesi:

Sözleşme taslaklarını akdetmek suretiyle projelerine devam edecek Türk yatırımcıların, yukarıda değinilen yollara başvurunun mümkün olmaması halinde yerel hukukun ve taraflar arasında mevcut sözleşme hükümlerinin öngördüğü usule uygun şekilde işveren Libya idarelerine mevcut durumu tespit eden ihbarname göndermesinde fayda bulunmaktadır.

d. Sözleşme taslaklarını imzalamayan Türk yatırımcılar tarafından ilgili Libya idarelerine ihbarname gönderilmesi:

Libya İskan ve Altyapı Bakanlığı'nca İl Organizasyon Ofis Müdürlükleri'ne verilmiş bulunan yazıda, sözleşme taslaklarının imzalatırılması bakımından 2 haftalık süre öngörülmekte, bu süre içerisinde sözleşme taslağını imzalamayan firmalar bakımından ilgili yasal süreçlere başvurulmasına ilişkin talimat verilmektedir. Her koşulda sözleşme taslağını imzalamayacak Türk yatırımcıların, gerekçelerini de belirtmek ve başta sözleşme taslaklarının müzakereye açık olmaması ve yatırımcıların haklarını ihlal eder nitelikte olduğuna değinmek suretiyle yerel hukukun ve taraflar arasında mevcut sözleşme hükümlerinin öngördüğü usule uygun şekilde işveren Libya idarelerine mevcut durumu tespit eden ihbarname göndermesinde fayda bulunmaktadır.