

Esas Sözleşmeye Tahkim Şartı Eklenmesi



Av. Dr. Nazım Can IŞIKTAÇ

Işıktaç & Atabay & Kurtoğlu Hukuk Bürosu

Esas sözleşme, bir anonim şirketin ortakları arasındaki; şirketten kaynaklanan meseleleri ve ortaklar ile şirket arasındaki ilişkiyi düzenleyen temel metindir. Türk Ticaret Kanunu, mahkemelerin yasayı yorum şekli ve ticaret sicil müdürlüklerindeki uygulamalar ticaret hayatının aradığı esnekliğin istenilen ölçüde sağlanamamasına neden olabilmektedir. Bu nedenle uygulamada, esas sözleşmenin tamamlayıcısı olarak; ortaklık ilişkisini detaylı biçimde düzenlenen bir "Ortaklar Sözleşmesi" düzenlenebilmektedir. Tahkim ile anlaşmazlığın daha hızlı sonuçlandırılabilmesi, uzman hakem/hakemler tarafından olayın daha ayrıntılı olarak ele alınabilmesi ve ucuzluğu dikkate alındığında, ortaklık sözleşmelerinde tahkim şartına daha fazla yer vermeye başlanılmıştır. Ortaklar sözleşmesine tahkim şartı konulması, tarafların ihtilaflarını ancak tahkime taşıyabilmeleri, davalarını mahkeme nezdinde açtıkları takdirde tahkim itirazı ile karşılaşabilmeleri anlamına gelmektedir.

Ticaret erbabının beklentisi, ortaklar arasındaki ve ortaklar ile şirket arasındaki ihtilafların; işin devamlılığına en az zarar verecek şekilde, düşük maliyetle, kaliteli, mantıklı ve tarafları tatmin edici bir şekilde çözümlenmesidir. Tahkim yargılaması da ihtilafa özel tasarlanan bir usul seçilebilmesi, hakemlerin ihtilafı çözecek yetkinliklerinin/uzmanlıklarının olması, gizlilik, hızlı karar verilebilmesi gibi yönleriyle ihtiyaca yönelik bir ihtilaf çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ortaklar sözleşmesinde sıklıkla tahkim şartına yer verilmesinin nedeni tahkimin sağladığı bu avantajlardır.

Esas sözleşmeye de tahkim şartı konulup konulamayacağı tartışma konusu olmuştur. Türk Ticaret Kanunu incelendiğinde, şirket esas sözleşmesine tahkim şartı eklenmesine



ilişkin açık bir yasak bulunmamaktadır. Ancak, tahkim kararlarının icra edilebilir olabilmesi için karar verilen konunun "tahkime elverişli" olması gerekmektedir. Tahkime elverişlilik konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda "[t]aşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir" gibi sade bir ifade kullanılmış da olsa, neyin iki tarafın iradesine tabi olup olmadığı aslında karmaşık bir konudur. Bu nedenle de tahkime elverişlilik üzerinde uzunca tartışılabilir. Bu makaleyi ilgilendirdiği kadarıyla taraf iradesine tabi olmamaları nedeniyle "genel kurul kararlarının iptali" ve "şirketin feshi" davalarının tahkime elverişli olmayacağından bahsedilmektedir¹.

Genel kurul kararlarının iptali geriye dönük sonuç doğuracağından, geriye dönük işlemin ortadan kaldırılması için ortakların iradesinin yeterli olamayacağı, bu nedenle genel kurul kararlarının iptalinin tahkime elverişli olmadığı söylenebilir. Şirketin feshi davasının tahkime elverişliliği de tartışmalıdır. Nitekim, ortakların şirketin sona ermesine veya sona ereceği tarihin belirlenmesine karar verme olanağı varken, şirketin feshi konusunda da belli bir irade serbestisine sahip oldukları söylenebilir. Bize göre, her iki konu da aslında tahkime uygundur. Ancak kanunun bunu sınırlayacak şekilde yorumlanması ihtimali de mevcuttur.

Türk Ticaret Kanunu'nun 531.maddesinde düzenlenen haklı sebeplerle fesih maddesi kanaatimizce konu itibarıyla tahkime elverişlidir. Hatta, maddede fesih yerine mahkemenin "davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar" verebileceğinin düzenlenmiş olması ve böyle bir takdirin hakimlerden ziyade hakemlerce daha iyi yapılacağına olan inancım nedeniyle konu tercihen tahkim yolu ile görülmelidir. Ancak madde metninde bu davanın "şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde" açılacağı düzenlenmiştir. Diğer bazı azınlık hakları da benzer (şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi şeklinde) kesin yetki kuralları içermektedir. Şirketin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesine bu gibi dava ve işlemlerde kesin yetki verilmiş olmasına karşın yine de tahkime başvurulup başvurulamayacağı ayrıca tartışmalı bir konudur.

Bu tartışmaların ortasında, İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi ("İTOTAM") tarafından, kurumun web sitesinde, şirket esas sözleşmelerine konulabilecek örnek tahkim şartı ilan edilmiştir. Örnek şart içerisinde yer alan "emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla" ifadesi gereksizdir, ayrıca örnek şartta şirket ana sözleşmesi ve esas sözleşmesi ifadeleri tutarsız biçimde kullanılmıştır. Örnek şartın ikinci paragrafı ise kanaatimizce tamamen çıkarılmalıdır. Tahkim şartında, tahkim kuralları ile çelişebilecek kanunlara atıf yapılmasında bir yarar görmüyoruz. Atıf yapılan kanunlar ile tahkim kuralları arasındaki farklılıklar hem usuli esnekliğe zarar verecek ve hem de yargılama ile aslında doğrudan ilgisi olmayan birçok tartışma konusunu gündeme getirecektir. Özellikle de atıf yapılan kanun ile tahkim kuralları arasında fark olması halinde hangisinin uygulanacağını tartışılması gerekecektir. Tahkim şartı söz konusu olduğunda, mümkün olan en sade ifadelerin tercih edilmesi genellikle daha iyi sonuç doğurmaktadır.

Türkiye'de tahkim, istenen yaygınlıkta olmadığı ve bu nedenle tarafların ve hukukçuların tahkim tecrübesi sınırlı olduğu için; hakem ataması, tebligatlar ve sürecin yönetimi gibi konulardaki desteği açısından kurumsal tahkimin (ISTAC, İTOTAM, TOBB Tahkim gibi) tercih edilmesinin daha

uygun olduğu düşüncesindeyiz. Bu düşünceyle bizim esas sözleşmeye önerdiğimiz tahkim şartı şu şekildedir:

"İşbu esas sözleşmeden, şirket kararlarından ve (varsa) ortaklar sözleşmesinden kaynaklanan; ortaklar arasındaki ve ortaklar ile şirket arasındaki ihtilaflar Tahkim Merkezi kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözülecektir."

Eğer esas sözleşmesine tahkim şartı eklenmek istenen şirketin ayrıca bir ortaklık sözleşmesi varsa, bu ortaklık sözleşmesindeki tahkim şartı ile esas sözleşmeye eklenecek şartın uyumlu olması -paralel davaların görülmesi ihtimalini ortadan kaldırmak adına- çok büyük önem arz etmektedir.

Bizim önerdiğimiz maddenin İstanbul Ticaret Odası tarafından kabul görmeyeceğine ilişkin bir örnek olay incelenmiştir². Bu örnekte, ticaret sicil müdürlüğünün "emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla", "... Merkezi Tahkim Kuralları yanında Türk Ticaret Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun" uyuşmazlığa uygulanacağı gibi ifadelerin tahkim şartına eklenmesi için bir düzeltme talep ettiğinden bahsedilmektedir. Bu düzeltme talebinin yasal dayanağı, nedeni ve bu konunun neden ticaret sicil müdürlüğünü ilgilendirdiği anlaşılammıştır. Ayrıca, ortaklar arasında müzakere edilerek varılan anlaşmanın denetlenmesi konusunda ticaret sicil müdürlüğünün yetkisinin nerede başlayıp nerede bittiğinin de sorgulanması gerekmektedir.

Kısaca, şirket esas sözleşmesine tahkim şartı koyulması bir ticaret şirketinin ortakları arasındaki müşterek karardan ve menfaat birliğinden kaynaklanmaktadır. Buna olanak tanınması nereden bakılırsa bakılsın yararlıdır. Ancak Türk Hukukunda esas sözleşmenin kapsamı ve Türk Ticaret Kanunu'nun tüm bu ihtilafların tahkim ile çözülebilecek davaları tartışmalı hale getiren yapısı karşısında, esas sözleşmeye -en azından şu an için- tahkim şartı koyulmasının yarardan çok sorun yaratacağı kanaatindeyim. Nitekim tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim yargılaması yapılması halinde tahkim kararı iptal edilebilecek ve yapılan tüm yargılama masrafları ve geçirilen süre boşa gitmiş olacaktır.

Tahkim yargılaması, ticaret hayatının gerekleri doğrultusunda, uzun yıllar boyu evirilerek şekil almıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun ortaklıklar konusundaki ihtilaflarının tahkimden mahrum edilmemesi herkesin yararına olacaktır. Ancak bunun mümkün olabilmesi için yasal düzenleme yapılmalı ve Ticaret Kanunu ortaklar arası ihtilafların tahkim ile çözümünü mümkün kılacak- ciddi bir reforma tabi tutulmalıdır. ●

Kaynakça:

¹ Veziroğlu/Çevikbaş, İstanbul Ticaret Sicil'ine Tescil Edilen İlk Esas Sözleşmesel Tahkim Şartına İlişkin Tespitler, çevrimiçi <https://law.khas.edu.tr/tr/istanbul-ticaret-siciline-tescil-edilen-ilk-esas-sozlesmesel-tahkim-sarti-na-iliskin-tespitler> (05.01.2022)

² A.g.e.