



İTOTAM

İSTANBUL TİCARET ODASI
TAHKİM VE ARABULUCULUK MERKEZİ

ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM SEMİNERİ

16 EKİM 2021



İSTANBUL
TİCARET
ODASI 1882

140
YIL



ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM SEMİNERİ

16 EKİM 2021

Copyright © İTO (İstanbul Ticaret Odası)

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, yazarın ve İTO'nun önceden yazılı izni olmaksızın mekanik olarak, fotokopi yoluyla veya herhangi bir şekilde çoğaltılamaz. Eserin bazı bölümleri veya paragrafları, sadece araştırma veya özel çalışmalar amacıyla yazarın adı ve İTO belirtilerek bilgisi dahilinde kullanılabilir.

Basım 2022
www.itotam.com

İTO Çağrı Merkezi
Tel: 444 0 486

Editör

Av. Senem Bahçekapılı Vincenzi
Av. Muhammed Buğrahan Helvacı

Konuşmacılar

Ahmet Can Balak
Prof. Dr. Ercüment Erdem
Prof. Dr. Tolga Ayaoğlu
Prof. Dr. Mehmet Helvacı
Av. İsmail Altay
Av. Nurcan Turan
Av. Fatmagül Kansoy Temel

Moderatör

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Prof. Dr. İlhan Helvacı
Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

Odamız yayınlarına tam metin ve ücretsiz olarak
internet sitemizden ulaşabilirsiniz.

www.ito.org.tr

Yayına Hazırlık ve Baskı

Bayko Matbaa ve Yayıncılık Hizmetleri
San. Tic. Ltd. Şti.
Litrosyolu 2. Matbaacılar Sit.
3 NE/8 Davutpaşa / Zeytinburnu
Sertifika No: 47654

İÇİNDEKİLER

PROF. DR. HAKAN PEKCANITEZ (İTOTAM Tahkim Divanı Başkanı)	
AÇILIŞ KONUŞMASI.....	5
AHMET CAN BALAK (Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü Genel Müdür Yardımcısı)	
ŞİRKET SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİM ŞARTI.....	9
AV. NURCAN TURAN (İstanbul Ticaret Odası Genel Sekreter Yardımcısı)	
SİCİL UYGULAMALARI ÇERÇEVESİNDE TAHKİM ŞARTI.....	16
AV. FATMAGÜL KANSOY TEMEL (İTO /İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü Ticaret Sicili Müdürü)	
SİCİL UYGULAMALARI ÇERÇEVESİNDE TAHKİM ŞARTI	19
AV. İSMAİL ALTAY (İstanbul Barosu Tahkim Merkezi Başkanı)	
ANONİM ORTAKLIKLARDA ORTAKLIKTAN ÇIKARMA HAKKI UYUŞMAZLIĞIKLARININ TAHKİM İLE ÇÖZÜMÜ	29
1. Bölüm: ORTAKLIKTAN ÇIKARMA HAKKI VE SATMA HAKKI	32
2. Bölüm: ÇIKARMA HAKKINA İLİŞKİN YARGI DENETİMİ.....	42
KAYNAKÇA.....	63
PROF. DR. ERCÜMENT ERDEM (Erdem & Erdem Ortak Avukatlık Bürosu Kurucusu)	
ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM: İSVİÇRE ÖRNEĞİ, ALINACAK DERSLER ve ÖNERİLER.....	67
I. Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği.....	69
II. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum	71
III. İsviçre Hukukundaki Durum ve İlgili Tartışmalar.....	72
IV. İsviçre Hukuku'nda Yeni Yasal Düzenlemeler.....	74
V. Türk hukuku için Öneriler	81
SONUÇ.....	84

PROF. DR. TOLGA AYOĞLU (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku A.B.D.)

ESAS SÖZLEŞMEDE YER VERİLECEK TAHKİM ŞARTININ BAĞLAYICILIĞI VE
ŞİRKETLER HUKUKU DAVALARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ 85

PROF. DR. MEHMET HELVACI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku A.B.D.)

SERMAYE ORTAKLIKLARINA ÖZGÜ DAVALARDA “TAHKİME UYGUNLUK”
İLE İLGİLİ DEĞERLENDİRMELER 99

I. Konu ile İlgili Düzenlemelerin Ele Alınması..... 103

II. Tahkime Elverişlilik ile İlgili Temel Sorunlar..... 107

SONUÇ..... 115

YARARLANILAN KAYNAKLAR 116

PROF. DR. HAKAN PEKCANITEZ (İTOTAM Tahkim Divanı Başkanı) 119

KAPANIŞ KONUŞMASI..... 119

ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM SEMİNERİ

Av. Senem BAHÇEKAPILI VINCENZİ

İTOTAM Genel Sekreteri

İyi günler, ben Senem Bahçekapılı Vincenzi, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Genel Sekreteri'yim. Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim konulu seminerimize hoş geldiniz. Bildiğiniz üzere biz İTOTAM olarak İstanbul Tahkim Günleri adı altında her sene tahkimin çeşitli alanlarında, çeşitli konferans, çalıştay ve webinarlar düzenlemekteyiz. Pandemi döneminde de fiziki olarak yaptığımız bu etkinliklerimizi online platformlarda yapmaya devam ettik. 2022 yılını da tahkim yılı ilan ederek bu etkinliklerimizi artırmayı ve çok daha çeşitli alanlarda etkinlikler yapmayı planlıyoruz. Bugün gerçekleştirdiğimiz webinarımızı Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü ve Ticaret Odası Sicil Müdürlüğü işbirliğinde gerçekleştirmekteyiz. Bu alandaki çözüm önerilerinin, sorunların ve görüşlerin paylaşılacağı bu webinarımızın çok verimli olacağına inanıyorum ve bu alandaki çalışmalara da çok katkı sağlayacağını düşünüyorum.

Şimdi açılış konuşması için Tahkim Merkezi Divan Başkanımız Profesör Hakan Pekcanitez'e sözü veriyorum. Teşekkür ederim.

AÇILIŞ KONUŞMASI

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

İTOTAM Tahkim Divanı Başkanı

Bugün “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim” konulu toplantımızı gerçekleştireceğiz. Tahkimin şirketler hukuku alanında uygulanmasının çok önemli olması sebebiyle bu konuyu seçtik. Ülkemizde 160 yılı aşkın bir süredir mevzuatımızda tahkim hükümlerinin yer almasına rağmen, bugün geldiğimiz noktada tahkimde olması gereken yere henüz

ulaşılamadığını görüyoruz. Bu konuda dünyaya baktığımızda, gerek Anglosakson, gerekse kıta Avrupa'sı hukukunda sermaye şirketlerinde ve özellikle halka açık olmayan sermaye şirketlerinde tahkimden çok yoğun bir şekilde yararlanıldığını ve uygulandığını görüyoruz. Ülkemizde sermaye şirketlerine ilişkin uyuşmazlıklarda tahkimin yeteri kadar uygulamasının olmayışı, tahkimin olumlu yönlerinin tam olarak bilinmemesinden hatta tahkimden bir ölçüde çekinilmesinden kaynaklanıyor. 1940'lı yıllarda Avrupa'da da, bazı ülkelerde belli ölçüde tahkimden çekinilmiş ise de, zaman içinde tahkimin gelişimi ve en önemlisi yargılamanın temel hak ve ilkelerinin tahkimde de aynen geçerli kılınması, mahkemelere müracaat ile tahkime müracaat arasında sağlanan korunan temel haklar ve ilkeler bakımından herhangi bir farkın kalmaması tahkim lehine gelişmeleri beraberinde getirmiştir. Bu gelişime paralel ülkemizde de benzer uygulamaya geçilememiştir. Tahkimin bu alanda olumlu yönlerinin tanıtılması, uygulamada daha fazla bilinmesi dışında, Yargıtay içtihatlarıyla da gelişimin sağlanması önem taşımaktadır. Yargıtay'ın tahkime bakışı biraz daha tahkim lehine gelişir ise, bu alanda da, yani sermaye şirketleri alanında da tahkimin daha yaygın bir uygulaması olabileceğine inanıyorum.

Eğer sermaye şirketleri alanında tahkimi geliştirirsek eminim ki, bu konuda uzman olan hakemlerin uyuşmazlıkları çok daha kısa sürede çözebilmesi şirketler bakımından önemli bir avantaj sağlayacaktır. Bu belki de uluslararası rekabet bakımından bize önemli katkılar sağlayacaktır. Zira bugün sermaye şirketleri ile ilgili bir dava açıldığında, örneğin bir genel kurul kararının iptali davası açıldığında, her şey yolunda giderse, uyuşmazlığın kesin hükümle sonuçlanması en az 4 ila 5 yıl gibi bir süreyi almaktadır. Bu süre kanun yolu aşmasında herhangi bir bozma kararının verilmemesi halinde mümkün olabilmektedir. Eğer karar bozulursa bu sürenin daha da uzayacağı açıktır. Ticari hayatta bu sürenin çok uzun olduğunu söylemeye gerek yok. Tahkimin en önemli yönlerinden bir tanesi, bu zamanı bize çok daha kısa bir şekilde kazandırabilmesi ve bu sayede bizim rekabet yönünden daha iyi duruma gelmemizi sağlayabilmesidir. Bunun yanında sermaye şirketlerine ilişkin uyuşmazlıkların aleni yargılama sonucu herkes tarafından bilinmesi ve izlenmesi, mahkemelerde şirketlere ait ticari sır ve defterlerinin bilirkişiler yanında pek çok kişi tarafından görülmesi ve gizliliğe uyulmadan inceleme yapılması, ulusal veya uluslararası alanda sermaye şirketlerinin rekabeti bakımından son derece olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Bugün pek çok şirket kendi iç çekişmeleri sebebiyle, olması gereken yerin çok gerisine gelebilmekte ve güvenilirliği, itibarını piyasada kaybedebilmektedir. Tahkimin bu alanlarda gelişmesi, bu olumsuzlukları da ortadan kaldıracabilecektir.

Bugün ülkemizde yargının bu iş yükünü de dikkate alarak, tahkimi her alanda, ama bugünkü konu itibarıyla, sermaye şirketleri alanında daha da geliştirebilmek, olumlu yönlerini anlatabilmek için bu ve benzer toplantıları yapmaya devam edeceğimizi söylemek istiyorum. Bu arada Senem Hanım'ın biraz önce ifade ettiği gibi, tahkimi daha da geliştirmek için, 2022 yılını tahkim yılı ilân ederek, tahkimin tanınması, bilinmesi ve uygulamasını sağlamaya çalışmak istiyoruz.

Bu toplantıya destek veren Ticaret Bakanlığına, İstanbul Ticaret Odasına ve bu alanda son derece değerli eserler üretmiş olan ve tebliğ sunmayı kabul eden değerli meslektaşlarıma, Ticaret Bakanlığı Genel Müdür Yardımcısı Sayın Ahmet Can Balak'a, yine İstanbul Ticaret Odası Genel Sekreter Yardımcısı Sayın Nurcan Turan'a ve Ticaret Odası Ticaret Sicil Müdürü Fatmagül Kansoy Temel'e, bu organizasyonu yapan başta Genel Sekreterimiz olmak üzere tüm çalışanlara ayrı ayrı teşekkür ediyorum. Umarım sizlerin de katılımı ve sorularıyla bu konu daha çok aydınlanacak ve tahkim uygulamasında biraz daha bilinen ve uygulanan bir müessese olarak karşımıza çıkabilecektir. Toplantının tahkim alanında yararlı olmasını diliyorum size bir kez daha İTOTAM adına teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.

Av. Senem BAHÇEKAPILI VİNCENZİ

İTOTAM Genel Sekreteri

Hocam çok teşekkür ederiz.

Şimdi birinci oturumumuzun moderatörü olan Prof. Dr. İlhan Helvacı'yı sizlere takdim ediyorum. Kendisi Tahkim Divanımızın Başkan Yardımcısıdır. Sözü ona bırakıyorum. Teşekkürler.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Ben teşekkür ederim Senem Hanım, sağ olun.

Tüm katılımcıları sevgi ve saygı ile selamlıyorum. Tüm meslektaşlarımı sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

Bu birinci oturumda üç ayrı parça var diyebilirim. Bunlardan ilkini Ahmet Can Balak gerçekleştirecek. Bu oturumun ikinci parçasında Avukat Nurcan Turan ve Avukat Fatmanur Kansoy Temel'i dinleyeceğiz. Üçüncü parçasın-

da da Avukat İsmail Altay'ı dinleyeceğiz. Ben sözü daha fazla uzatmadan Ahmet Can Balak'a bırakmak istiyorum.

Ahmet Bey Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğünde Genel Müdür Yardımcısı olarak hizmet veren bir değerli meslektaşımız. Kendisinin açıklama yapacağı konu başlığı şirket sözleşmelerinde tahkim şartı. Önemli bir mesleki tecrübeye sahip olduğunu hep beraber biliyoruz. Bu mesleki tecrübesi çerçevesinde özellikle uygulamadaki sorunları bizle paylaşacağını düşünüyoruz. Dediğim gibi sözü fazla uzatmadan ben sözü Ahmet Bey'e bırakıyorum.

ŞİRKET SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİM ŞARTI

Ahmet Can BALAK

Genel Müdür Yardımcısı

Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü

Sayın Hocam, çok teşekkür ediyorum.

İstanbul Ticaret Odasının ve İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezinin değerli temsilcileri, sayın katılımcılar, saygıdeğer hocalarım, bizleri elektronik ortamda takip eden kıymetli hazırun, herkesi Bakanlığım ve sahsım adına saygıyla selamlıyorum. Öncelikli olarak bu webinarın düzenlenmesinde emeği geçen herkese teşekkürlerimi arz ediyorum.

Webinar bizlere kıymetli hocalarımızın, sayın panelistlerimizin, ticaret hukuku perspektifinden tahkim müessesine bakış açılarını öğrenme olanağı sağladığı gibi bizlere de bakanlık olarak yaklaşımımızı ifade etme ve bu yaklaşımımızı tartışma imkânı sunacak. Malumunuz bizler şirketler hukuku ve ticaret sicili uygulamalarına yönelik olarak çalışmalar yapıyoruz. Esas itibarıyla tecrübemiz de bu yönde. Tahkim kurumu ise Hakan Hoca-mız bahsetti mevzuatsal anlamda uzun bir geçmişe sahip olsa da aslında uygulamada şirketler hukuku alanında nispeten yeni bir mesele ve ayrı bir uzmanlık alanı gerektiren bir konu. Dolayısıyla hocalarımızın bu konuda verecekleri daha derin bilgilerle, bilgi dağarcığımız gelişecek, uygulamacı-larımızın bu konudaki katkılarıyla bakış açımız değişecek ve bu görüşler doğrultusunda biz de mevcut uygulamalarımızı gözden geçirme imkânına sahip olacağız. Belki bundan sonraki uygulamalarımız da bu toplantıda elde edeceğimiz çıktılarla gelişecek ve buna göre şekillenecek. Bugün bu-rada ben kısaca şirketler hukukunun genel olarak tahkime elverişli olup olmadığı sorununa, şirketler hukuku yönünden 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun özellikle yeniliklerinden biri olan emredici hükümler ilkesiy-le bağlantılı olarak esas sözleşmede tahkim kaydının öngörülüp öngörüle-meyeceğine ilişkin tartışmaya kısaca değinmek, bu konuda Bakanlığımız yaklaşımını aktarmak ve sonrasında şirketler hukuku yönünden sıklıkla gündeme gelebilecek belirlediğim bazı uyuşmazlıklar yönünden tahkimin mümkün olup olmadığı konusundaki fikirlerimi paylaşmak istiyorum.

Bildiğiniz üzere tahkim yargılaması mahkeme yargılamasına alternatif ola-rak ortaya çıkmış bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ve ülkemizde de gerek iç tahkime gerekse yabancılik unsuru içeren milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler mevcut. Tahkim açısından kanun koyucunun kabul ettiği

temel ölçüt kural olarak tarafların aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıkları serbestçe tahkime götürebilmesi. Malumunuz bu kuralın sınırlarını ise tahkime elverişlilik çiziyor. Hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hem de Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri incelendiğinde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı görülüyor. Bu durumda iki hal dışında kalan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu şeklinde bir sonuç ortaya çıkması da mümkün oluyor. Özellikle şirketler hukuku yönünden elimizdeki bu iki kurala göre tahkime elverişliliğin sınırlarının belirlenmesi gerekiyor. Malumunuz şirketler hukuku özellikle de sermaye şirketleri hukuku doğası gereği girift, çok taraflı yapıya sahip. Uyuşmazlıklar şirket ortakları arasında, şirket ile bir veya birden çok ortak arasında veya şirket organlarının verdikleri kararlara bağlı olarak diğer ilgililer arasında ve istisnai durumlarda da özellikle 210. madde ve diğer maddelerde de gündeme gelen Bakanlığımız da dâhil olmak üzere diğer paydaşlar arasında gündeme gelebiliyor. Ticaret hukuku ve şirketler hukuku açısından tahkime elverişlilik meselesini çözüme kavuşturmak bakımından az önce saydığım uyuşmazlıklarda doğrudan iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar kavramının içinin doldurulmasının önemli olduğunu düşünüyoruz. Hemen ifade etmek istiyorum buradan çıkaracağımız bir sonuç da şu olacak: Hukuk yargılaması açısından temel ilke niteliğinde olan tasarruf ilkesinin istisnai olarak geçerli olmadığı, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkinin kısıtlandığı, feragat, kabul, sulh gibi usul işlemlerinin yapılmasına imkan tanınmayan dava ve çekişmesiz yargı işlerinin tahkime elverişli olmayacağı şeklinde bir tespit yapmak kanaatimizce hatalı olmayacak. Malumunuz olduğu üzere 6102 Sayılı Kanun ile hem anonim şirketler hem de limited şirketler yönünden hukukumuzda yeni bir ilke girdi. Anonim şirketler bakımından kanunun 340. maddesinde limited şirketler bakımından kanunun 579. maddesinde düzenlenen emredici hükümler ilkesi. Mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde anonim şirketlerin esas sözleşmeleri ve limited şirketlerin şirket sözleşmelerinde Kanununda bir husus yasaklanmadığı müddetçe sözleşmede kanunun genellikle tamamlayıcı nitelikte olduğu kabul edilen hükümlerinden farklı düzenlemelere gidilebileceği savunulmaktaydı. Hâlbuki Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun 23. maddesinin 5. fıkrasından mülhem olduğu kanun gerekçesinde de vurgulanan emredici hükümler ilkesinin kabul edilmesiyle kanun koyucu kanunun anonim şirketler ve limited şirketlere ilişkin hükümlerinin kural olarak tamamlayıcı değil emredici nitelikte olduğunu vurgulayarak esas sözleşme-

nin veya şirket sözleşmesinin bu hükümlerden ancak kanunda buna açıkça izin verilen hallerde sapabileceğini düzenlemiş durumda.

Bu noktada belki de tahkim açısından akla gelebilecek ilk sorun 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile kabul edilen emredici hükümler ilkesi karşında anonim ve limited şirketler bakımından tahkim kaydının şirket sözleşmesine konulup konulamayacağı sorunu. Nitekim Türk Ticaret Kanunu hem anonim şirketler hem de limited şirketler için çok sayıda ve farklı şekilde uyuşmazlık düzenlemiş. Bunlar için yetkili ve görevli mahkemeyi belirlemiş ki bu mahkeme hemen hemen tüm uyuşmazlıklar yönünden şirket merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesi ve düzenlenen bu uyuşmazlıkların hiçbirinde tarafların mahkemeye gitmek yerinde tahkim yoluna başvurabileceğine ilişkin açık düzenlemeye de yer vermemiş. Öyleyse tarafların esas sözleşme veya şirket sözleşmesinde veya sonradan yapılacak ayrı bir tahkim anlaşması ile kanunun anılan hükümlerinde düzenlenen dava ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim yoluna başvurmak istemesi bizatihi emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil edecek midir? Öncelikli olarak bunun açıklığa kavuşturulması gerekir kanaatindeyim. Elbette bu sorunun cevaplandırılmasında nihai karar mercii yargı erki olacaktır. Ancak biz Ticaret Bakanlığı olarak burada her ne kadar salt olarak lafza baktığımızda böyle bir sonuca varılabileceği söylenebilecek olsa da emredici hükümler ilkesinin bu derece geniş yorumlanmasının kanun koyucunun varsayılan iradesine uygun olmadığına inanıyoruz. Nitekim Kanuna baktığımızda anonim şirkette hukuki sorumluluğa ilişkin sorumlular aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkemenin şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi olduğunu düzenleyen Kanunun 561. maddesinin gerekçesinde anılan yetki hükmünün usul hukuku yönünden kesin ve münhasır bir yetkili mahkeme yaratmadığı ve hatta tahkim ve yetki sözleşmesi yapma yolunun açık olduğu vurgulanmaktadır. Gerekçeye de yansıyan bu irade karşısında kanaatimizce Türk Ticaret Kanunu'nun anonim ve limited şirketlere ilişkin belirli uyuşmazlıklar bakımından tabii ki ilgili uyuşmazlık tahkime elverişli olduğu ölçüde HMK ve MTK'nın taraflara, aralarındaki uyuşmazlığı tahkime götürme serbestisi tanıyan hükümlerinin cari olacağı ve tarafların esas sözleşmede veya şirket sözleşmesinde tahkim kaydına yer vermiş olmasının emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini düşünüyoruz.

Peki bu doğrultuda tahkime elverişlilik açısından hangi uyuşmazlıklar bakımından şirket sözleşmelerine tahkim kaydı konulabilecektir? Bu konunun değerlendirmesinde de fayda mülahaza ediyoruz. Takdir edersiniz

burada tahkime elverişlilik açısından şirketler hukukundaki tüm dava ve çekişmesiz yargı işlerini tek tek ele alarak incelemek mümkün olmayacak, zamanımız kısıtlı. Ancak genel hatları itibariyle bazı sık karşılaşılabilecek uyuşmazlıklar bakımından değerlendirmelerimizi sunabiliriz:

Örneğin sermaye koyma borcuna ilişkin uyuşmazlıklar, bu konuda verebileceğimiz ilk örnek olabilir. Şirketler hukukunda sermaye koyma borcuna ilişkin uyuşmazlıklar, her türlü ticaret şirketi açısından genel hüküm olarak Kanunun 127 ila 132. maddelerinde düzenlenmektedir. Her ortak usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesi ile koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur. Şirket her ortağın sermaye koyma borcunu yerine getirmesini isteyebileceği ve davet edebileceği gibi yerine getirmede gecikme sebebiyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilmektedir. Kanaatimizce bu konuda doğabilecek her türlü uyuşmazlık tarafların iradesine tabi olan niteliktedir. Ancak sermaye koyma borcunun konusu, taşınmaz üzerinde mülkiyet veya başkaca bir ayni haktan teşekkül ediyorsa bu durumda davanın konusu da taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklara ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında kalacağından sermaye koyma borcunun taşınmaz üzerinde mülkiyet veya başkaca bir ayni hakka müteallik olduğu uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın tahkime elverişli sayılamayacağını vurgulamamız gerekir.

İkincisi sorumluluk davaları. Sorumluluk davaları anonim şirketlerde Kanunun 551 ila 554. maddeleri arasında düzenlenmiş durumda ve bu hükümler yapılan atıf dolayısıyla limited şirketler yönünden de uygulanmakta. Şirketler hukukunda sorumluluk davaları kapsam açısından çok çeşitli olmakla birlikte aslında baktığımız zaman hepsinin ortak bir noktası var. Tüm sorumluluk davaları zarar gören tarafından tazminat davası olarak açılmakta ve bilindiği üzere tazminat ödeme borcu kural olarak feragat kabul ve sulha konu olabilmekte. Bu nedenle bu davaların da genel olarak tahkime elverişliliği olduğunu kabul edebiliriz. Tabii burada şuna değinmekte de fayda var. Konumuz esas sözleşmeye konulacak tahkim kaydı, hâlbuki burada bahsettiğimiz sorumluluk davaları yönünden zarar gören pay sahibi olabilir, pay sahibi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir. Böyle bir durumda esas sözleşmeye taraf olmayan şirket alacaklısı ile şirket arasındaki ilişkide tahkim kaydı ile uyuşmazlığın tahkime götürülmesinin zorunlu tutulup tutulmayacağını da ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim. Bu konuda açıkçası net bir çıkarım yapmaktan da kaçındığımı bu aşamada ifade etmek istiyorum. Kıymetli hocalarımızın bu konuda yapacakları yorumları da oldukça önemli görüyorum.

Bununla birlikte şirketler hukukunda pay sahipleri sözleşmesi veya şirket sözleşmesi aracılığıyla mevcut ortaklara öncelik hakkı, ön alım hakkı, alım hakkı, geri alım hakkı gibi bazı haklar tanınması söz konusu olabiliyor. Malumunuz bunların niteliği de öğretilerde tartışılmalı. Özellikle emredici hükümler kapsamında esas sözleşmeye konulup konulamayacağı gibi tartışmalar var. Ancak gerçek şudur ki bu tarz haklara şirketler başvuruyor ve şirket sözleşmelerinde bu haklara ilişkin düzenleme yapma yolunu tercih ediyorlar. Bu arada hemen ifade etmek istiyorum, Bakanlığımızın bu konudaki yaklaşımı şu şekilde: Kanunun emredici hükümlerine aykırı olmak kaydı ile esas sözleşmeye veya şirket sözleşmesine konulan hükümleri olumlu mütalaa ediyoruz. Kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği Bakanlık iznine tabi şirketlerin esas sözleşmelerine konulan ve Kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmediğini değerlendirdiğimiz düzenlemelere ilişkin izin taleplerini olumlu karşılıyoruz. Kanaatimizce ortaklar arasında serbest tasarruf esasına göre düzenlenen bu tarz haklara dair uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olduğunun ve tahkim kaydı veya tahkim sözleşmesi aracılığıyla, tahkim yargılamasına tabi kılınabileceğinin kabul edilmesi uygun olacaktır.

Belki bu konuda yapılacak tartışmalar içerisinde benim ayrı bir yere koyduğum ve çok önemseydiğim bir mesele şirket organlarının alacağı kararlara karşı açılacak yokluk ve butlanın tespiti davaları ile iptal davalarının tahkime elverişli olup olmadığı meselesi. Bu tür uyuşmazlıklarda tahkim kaydının öngörülüp öngörülemeyeceğinin öğretilerde de en çok tartışılan konulardan biri olduğunu görüyoruz.

Bilindiği üzere Kanunun 391. maddesinde yönetim kurulu kararlarının butlan sebepleri, 447. maddesinde ise genel kurul kararlarının butlan sebepleri düzenlenmiştir. Ayrıca kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber asli kurucu unsurları yönünden eksiklik olan bir yönetim kurulu veya genel kurul kararının yokluğunun tespitinin istenebileceği de genel olarak kabul görmekte. İptal davası ise genel kurul kararları yönünden 446. maddede genel bir düzenlemeye bağlanmışken, yönetim kurulu kararları yönünden de sınırlı ölçüde kabul edilmekte. Ayrıca 391. maddenin gerekçesinde yönetim kurulu kararlarının iptal edilemeyeceği vurgulanarak genel bir iptal düzenlemesinden kaçınıldığı da vurgulanmış durumda. Bununla birlikte kayıtlı sermaye sistemini tercih eden anonim şirketler özelinde ve yalnızca kayıtlı sermaye sistemi kapsamında alınacak sermaye artırımı, sermaye azaltımı, rüçhan haklarının sınırlandırılması, primli pay çıkarılması ve benzeri yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılabilmesi olana-

ğı da kanunda tanınmış durumda. Bu davalarda genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı da belirlenmiştir. Yine istisnai bir düzenleme olarak şirketlerde yapı değişikliklerinde de kararın yönetim organı tarafından alınması halinde bu karara karşı iptal davası açılabileceği de düzenlenmiş durumda. Her ne kadar bu davaların tahkime elverişli olduğu yönünde öğretilde görüşler bulunmakta olsa da bunun aksine görüşlerin de olduğu aşikâr. Bu noktada Bakanlık olarak konuya biz de temkinli yaklaşıyoruz. Bu tarz davaların taraflarının serbestçe tasarrufta bulunabileceği uyuşmazlıklar kapsamında değerlendirilemeyeceği ve dolayısıyla tahkime elverişli olmadığını ifade edebiliriz. Bu konuda yapılacak çalışmaları ve bu alanın gelişmesini bizler de önemsiyor ve takip ediyoruz.

Son olarak şirketler hukuku yönünden fesih davası ve iflas davası gibi davaların da tahkime konu olup olamayacağı hususunu burada tartışabiliriz. Fesih ve iflasa ilişkin tüm davalar Asliye Ticaret Mahkemesinde açılmakta olup ticaret şirketlerin feshine ve iflasına ilişkin uyuşmazlıkların tarafların iradesine ve tasarrufuna tabi olmayan ve dolayısıyla tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar oldukları genel olarak kabul ediliyor. Biz de bu davaların tahkim usulüyle karara bağlanmasının uygun olmadığını düşünüyoruz. Tabi bu konuda başkaca örneklerin de ortaya konulması mümkün. Nitekim şirketler hukuku açısından gündeme gelebilecek, burada ele alınmayan diğer uyuşmazlıklar açısından da tahkime elverişliliğin uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlık konusu husus üzerindeki tasarruf yetkisinin ölçüsüne göre belirlenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Tabii ki ben burada aklıma gelen ilk örnekler üzerinde durmaya çalıştım. Her somut sözleşme hükmü üzerinde bu konuda ayrı değerlendirme yapılabilir. Şunu da ifade etmek doğru olacaktır: Tahkim kaydı şirket sözleşmesinin kuruluşta ya da hali hazırda kurulu bir şirkette sonradan sözleşme değişikliği yapmak suretiyle konulabilir. Kuruluşta bütün pay sahipleri sözleşmeyi asaleten veya vekâleten imzaladığı için bir sorun yok. Fakat bu kaydın sözleşmeye sonradan konulması durumunda, sözleşme değişikliği hangi nisapla alınacak sorunu da gündeme gelebilecektir. Bu konuda bir yorum yapmak gerekir kanaatindeyim. Bakanlık olarak bizim yaklaşımımız burada tahkim kaydının sözleşmeye tüm pay sahiplerinin oybirliği ile konulması şeklinde. Sonuç olarak Bakanlığımızın ve Ticaret Sicili Müdürlüklerimizin değerlendirmeleri de bu konuda yapılacak çalışmalara, değerli akademisyenlerimizin ve paydaşlarımızın görüşleri ile yargı içtihatlarına göre şekillenecek. Nispeten yeni ve üzerinde muhtelif görüşlerin de oldu-

ğu bir alanda gelen taleplere göre hem Bakanlık olarak biz, hem de Ticaret Sicil Müdürlüklerimiz uygulamaya yön vermeye çalışıyoruz. Bu konuda tüm paydaşlarımızın katkılarıyla tahkim kurumunu geliştirmemiz gerekir. Bugüne kadar konu ve uygulaması hakkında Bakanlığımıza çok sayıda başvuru gelmedi. İlk geldiğinde biraz detaylıca inceleme yaptık ama çok netlikle ifade edebilirim ki geçtiğimiz son 3-4 yıl içerisinde sadece bir tane örneğimiz var elimizde. Dolayısıyla bu alanın içinin doldurulması gerektiğini, kıymetli katılımcılarımızın, kıymetli akademisyenlerimizin, uygulayıcıların bu alana biraz daha önem vermesi gerektiği hususundaki görüşlere biz de iştirak ediyoruz. Ben burada sözlerime son vermek istiyorum. Tekrar bu toplantının düzenlenmesinde emeği geçen herkese teşekkür ediyorum. Saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Teşekkür ediyorum ben Ahmet Can Bey'e.

Şimdi sözü değerli meslektaşlarım Avukat Nurcan Turan ve Avukat Fatmagül Kansoy Temel'e bırakacağım. Nurcan Hanım İstanbul Ticaret Odası Genel Sekreter Yardımcısı. Fatmagül Hanım ise İstanbul Ticaret Odası İstanbul Ticaret Sicili Müdürlüğü Ticaret Sicili Müdürü görevini ifa etmekte. Bu iki değerli meslektaşımız sicil uygulamaları çerçevesinde tahkim şartını değerlendirecekler. Bu konudaki mesleki tecrübelerini bizlerle paylaşacaklar.

SİCİL UYGULAMALARI ÇERÇEVESİNDE TAHKİM ŞARTI

Av. Nurcan TURAN

İstanbul Ticaret Odası Genel Sekreter Yardımcısı

Çok teşekkür ederim. Değerli hocalarımızı, konuşmacılarımızı ve tüm katılımcıları saygı ile selamlıyorum.

Sicil uygulamaları çerçevesinde tahkim başlığı altında ilk olarak İstanbul Ticaret Odasının tahkim ile ilgili çalışmalarını, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi İTOTAM'ın gelişmesi için verdiğimiz destekleri ve Odamız bünyesindeki Sicil Müdürlüğü'ne ilişkin değerlendirmeleri ifade edeceğim. Akabinde Sicil Müdürümüz şirket sözleşmelerinde tahkim şartını sicil uygulamaları açısından değerlendirecek.

1882 yılında Dersaadet Ticaret Odası olarak kurulan ülkemizin en köklü kurumsal yapılarından biri olan İstanbul Ticaret Odası, üyelerine uzun yıllardır tahkim hizmetini vermektedir. Odamız pek çok alanda olduğu gibi tahkim hizmetinde de öncül bir rol üstlenmiştir. Tahkimin gelişmesi için verdiğimiz destekler İTOTAM'ın 2014'de kuruluşundan itibaren daha kurumsal bir yapıya kavuşmuştur. Tahkim Merkezimiz yeni binasında divan heyeti ve profesyonel kadrosu ile hizmet vermektedir. Odamız, tahkim hizmetinin yürütülebilmesi için gerekli olan yer, ekipman ve personel ihtiyaçlarının karşılamakta ayrıca tanıtım faaliyetlerine destek olmaktadır. Bu desteklerin vermesi dışında Odamızın yargılama süreçleriyle hiçbir şekilde doğrudan veya dolaylı ilgisi bulunmamaktadır. Tahkim süreçlerinin bağımsız yürütülmesi hassasiyetle gözettiğimiz bir konudur. Ben bu vesile ile saygıdeğer divan üyelerimize, genel sekreterimize ve tüm İTOTAM çalışanlarına şahsım ve Odamız adına teşekkür etmek istiyorum. Tahkimin iş dünyası ve hukuk çevrelerince tanınması ve İTOTAM'ın gelişmesi için çok büyük emek vermektedirler.

Uluslararası uygulamalar ve tahkim hukuku alanındaki yeni gelişmeler ışığında hazırlanan tahkim kuralları sayesinde İstanbul'un, uluslararası finans ve ticaret merkezi olması yolunda önemli bir rol üstleneceğini düşünüyoruz. Adil, hızlı, etkin bir şekilde alanında uzman bilirkişilerce uyuşmazlıkların çözümü, yatırımcıların İstanbul'u tercih etmesini sağlayarak ekonomiye katkı sağlayacaktır. Bu çerçevede tahkim kuralları 2021 yılında yürürlüğe giren yeni ICC kuralları dikkate alınarak güncellenmiştir. Ayrıca tahkim hizmetinin daha yaygınlaşabilmesi amacıyla hakem ücretlerinde ve idari masraf tutarlarında önemli ölçüde indirime gidilmiştir. Burada

altını çizerek belirtmek isterim ki Odamızın tahkim hizmetinde önceliği gelir elde etmek değildir. Yasal görev kapsamı içerisinde olan tahkimin iş dünyasına sağlayacağı fayda önceliğimizdir.

Tahkimin iş dünyasında tanınması ve bilinmesi beklenen faydanın elde edilebilmesi için çok önemlidir. Maalesef uygulamada iş dünyamızın yeterince tanımadığını gözlemledik. Merkezimiz özellikle son dönemde gittikçe ivme kazanan tanıtım çalışmaları yürütüyor. Kamu kurumları, ulusal ve uluslararası tahkim merkezleri, diğer ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirlikleri yapıyor, ortak etkinlikler düzenliyor. Bizler de İstanbul iş dünyasının sektör temsilcisi olan komite ve meclis üyelerimize sık sık tahkimle ilgili tanıtımlar yapıyoruz. Tahkim şartının sözleşmelerinde yer alması için teşvik ediyoruz. Tabii ki tüm bu çalışmaların etkisi zamanla ortaya çıkacaktır.

İTOTAM 2017 yılında arabuluculuk kurallarını kabul etti ve Arabuluculuk Merkezimizi de kurduk. Ancak her ne kadar zorunlu arabuluculuk hizmeti verilebilse de Ticaret, Sanayi ve/veya Ticaret ve Sanayi Odaları bünyelerindeki arabuluculuk merkezlerinin daha etkin çalışabilmeleri için kanun kapsamına alacak yasal düzenlemeyi bekliyoruz ve İstanbul Ticaret Odası olarak bu konuyu takip ediyoruz.

Odamız bünyesinde hizmet veren İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü de bizim için çok önemli. Zira tescil işlemlerinin hızla sonuçlandırılabilmesi, yoruma açık konuların doğru değerlendirilebilmesi, sicil kayıtlarının güvenli ortamda saklanması yani ticaret sicil hizmetinin hızı ve kalitesi iş dünyası için gerçekten çok önemlidir. Sicil müdürlüklerinin iş yükü oldukça fazla ve çok önemli bir görev alanı var. Sicil müdürlüklerinin inceleme görevi kapsamının çok net olarak tespit edilmesi gerekiyor. Ancak tescile tabi hususlar için geçerli olan sicil müdürünün inceleme görevine ilişkin Türk Ticaret Kanununun 32. maddesi kapsam ve sınırları net olarak belirleyememiştir. Bu durumun sicil müdürlüklerine getirdiği ilave iş yükü oluyor. Biraz daha konuyu açacak olursam; ilgililer mahkemelerden ticari hayatın beklediği hızla kararların çıkmaması nedeniyle, ticaret sicil müdürlüğünü adeta bir yargı mercii gibi görülerek kimi zaman ticari faaliyetinin devamlılığı, kimi zaman menfaatler dengesi, kimi zaman şirketin yaşayacağı muhtemel zararlar gibi sicilin görev ve yetki kapsamında olmayan değerlendirmeleri yaparak tescil talebiyle ilgili bir karar vermesi beklenmektedir. Tescile tabi olmayan hususun tescilinde ısrar edilebilmekte veya tescile tabi olan ve tescilinde yasal engel bulunmayan bir talebin adeta bir tedbir kararı vererek ret etmesi beklenmektedir. Tahkim şartının şirket ana sözleşmelerinde yer alması bu sıkıntıların azalmasına vesile olabilecektir.

Sicil Müdürlüklerine bu zorlu görevlerinde olağanüstü destekleri nedeniyle Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğümüze teşekkür etmek istiyorum. Bugün Genel Müdür Yardımcımız Ahmet Can Balak'ın burada olması da bu desteğin bir göstergesidir.

Ben son olarak odamız süreli yayını editörü olduğum REGESTA'dan kısaca bahsetmek istiyorum. REGESTA hakemli bir dergi ve ULAKBİR TR veri tabanına kayıtlı olarak yılda üç sayı yayınlanıyor. Başta ticaret hukuku olmak üzere iş dünyasını ilgilendiren hukuki meselelere ilişkin akademisyen ve uzmanların değerlendirmelerini içeren REGESTA'nın tüm sayılarına, yayınlanan makalelere ve uzman görüşlerine e-book ve pdf formatlarında regesta.ito.org.tr adresinden ulaşmak mümkün.

Bugün birbirinden değerli konuşmacılar, şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin davaların yıllarca sürmesi, bu uyuşmazlıkların alanında uzman kişilerce çok daha kısa sürelerde çözülmesi için tahkim yolunun kullanılabilmesi için ana sözleşmede tahkim koşulunun yer alabilmesine ilişkin değerlendirmelerini paylaşacaklar. Biraz önce ifade ettiğim gibi özellikle yargının üzerindeki iş yükü nedeniyle sicil müdürlüklerine yansıyan görev ve yetki alanlarını aşan iş yükünün azalması açısından da önem arz eden bir konuyu değerlendiriyoruz. Bu toplantı konunun tüm tarafları olarak akademisyenlerin, uygulamacıların ve Bakanlık yetkililerinin değerlendirmelerine imkan vererek örnek ve güzel bir çalışma olacaktır. Bu vesileyle tekrar değerli katılımcılara, konuşmacılara şükranlarımı sunmak isterim.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Nurcan Turan, değerli açıklamalarınız için sağ olun, var olun, ağızınıza sağlık. Tüm katılımcıların da gözlemlediği gibi İstanbul Ticaret Odası tam manasıyla bir tahkim dostu olarak hareket ediyor. Mümkün mertebe tahkimin ticaret hukuku alanında kök salması için elinden geleni ardına koymuyor diyebiliriz. Bu yaklaşım açısı bakımından da tekrar tekrar teşekkür ediyoruz.

Şimdi söz Av. Fatmagül Kansoy Temel'e bırakıyorum.

Av. Fatmagül KANSOY TEMEL

İstanbul Ticaret Odası İstanbul Ticaret Sicil Müdürü

Teşekkür ediyorum Hocam. Ben de tüm katılımcılara, tüm hocalarımıza, İç Ticaret Genel Müdür Yardımcımız Ahmet Can Balak’a, Genel Sekreter Yardımcımız Nurcan Turan’a ve İTOTAM Genel Sekreteri Sayın Senem Bahçekapılı’ya sonsuz saygı ve selamlarımı iletiyorum.

Şimdi konumuz çok benzer olduğu için Ahmet Bey’le, aynı konuları tekrar etmek de istemiyorum. Ahmet Bey çok genel olarak anlattı. Ben de tahkim şartına geçmeden önce ticaret sicilinden biraz bahsetmek istiyorum.

Ticaret sicilinin tanımı kanunda düzenlenmiş olup ne kadar önemli olduğu hususunda maddeyi olduğu gibi okumak istiyorum. “Ticaret sicili, ticari hayatın işleyişi ve devamlılığı bakımından önemli sayılan ve ticari işletmelere ve şirketlere ilişkin belirli belge, veri, olay ve işlemlerin kaydedildiği, tacirin, şirketlerin ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasına hizmet eden resmi nitelikte aleni bir sicildir.” Ticaret Sicili Müdürlüğünün ne kadar önemli bir hizmete önyak olduğu ve ne kadar büyük bir hizmet verdiği buradan, bu tanımdan da anlaşılıyor. Adeta Nüfus Müdürlüğü nasıl hizmet ediyorsa, tüm gerçek kişilerin kaydını tutuyorsa, Ticaret Sicili Müdürlükleri de şirketin kuruluşundan ölümüne kadar tabiri caizse mevzuatta gerekli olan ve tescile tabi olan hususların kaydının tutulduğu bir kurum. Ticaret sicilinin işlevleri var. Onların hepsine değinmeyeceğim tabii ki. Aleniyeti sağlama işlevi, güveni koruma işlevi, ispat işlevi ve kontrol işlevi. Burada ben kontrol işlevinden biraz bahsetmek istiyorum.

Kontrol işleminde, tescile gelen tüm evrakları kanuni şartların var olup olmadığını, kamu düzenine uygun olup olmadığını, üçüncü kişileri yanıltıcı olup olmadığını, gerçeği tam olarak yansıtıp yansıtmadığını kontrol etmek zorundayız. Bu bizim yükümlülüğümüzde. Bu bakımdan esas sözleşmeye tahkim şartı konulabilir mi konusuna geçecek olursak, öncelikle esas sözleşmede hangi maddelerin olması gerektiği kanunda düzenlenmiş mi ona bakmak gerekiyor. Evet esas sözleşmede olması gereken maddeler Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş. Şirketlerde ana sözleşmeye hangi maddeler konulmalıdır ve zorunludur? Biz tescil işlemi yaparken bunların hepsine bakıyoruz. Kanunda düzenlenen zorunlu maddeler ana sözleşmede olmalı, şart. Bunun haricinde yardımcı hükümler nasıl olmalı? Yardımcı hükümleri de kabul ediyoruz, çünkü kanun maddesinde birçok yerde tek tek saymasa da ana sözleşmeye konulacak bir hükümle ya da aksine bir hüküm yoksa ana sözleşmeye konulacak bir hükümle gibi ifadeler yer aldığı için yardım-

cı hükümlerin olabileceğini düşünüyoruz. Hatta bazı şirketlerin TTK'dan ayrı olarak özel kanunları olabiliyor. Özel Kanunla düzenlenen bu şirketlerin ana sözleşmesine TTK'da olmayan farklı maddeler de konulabiliyor. Bunların hepsini tabi kendi mevzuatı içerisinde değerlendiriyoruz. Şimdi tahkimle alakalı baktığımızda, tahkimle ilgili TTK'da hiçbir yerde açık hüküm yok. Tahkim alternatif bir çözüm yolu, aleni olması, iradesi açık bir şekilde kişilerin, tarafların bunu belirtmesi ve yazılı olması gerektiğini biliyoruz. Ama Ticaret Kanunu'na göre ana sözleşmeye konulur mu, konulmaz mı bilmiyoruz. Bakanlığımızdan Ahmet Bey'in de değerlendirdiği gibi emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla ana sözleşmeye konulabileceğini düşünüyoruz. Fakat biz Ticaret Sicili Müdürlüğü uygulamaları açısından baktığımızda böyle bir tahkim şartı geldi. Bilemiyoruz yani tahkim şartı uzmanı değil tescil yapan arkadaşlarımız. Diğer maddeleri incelediği gibi inceleyecekler. Nasıl? En fazla inceleyeceğimiz husus mevzuata uygun mudur? Mevzuata aykırı ne olabilir? Tahkim şartının içerisinde, TTK'ya göre Türkiye'de kurulmuş bir şirketin uyuşmazlığı Kanunlarına göre çözümlenir hükmü olmalıdır. Kalkıp tahkim şartına, İsviçre Kanunu'na göre çözümlenir ya da başka bir ülkenin kanunlarına göre çözümlenir denirse biz bunu reddedeceğiz tabii ki. İşte bu noktada biz de sizden yardım istiyoruz. Biz tamam mevzuata uygun olup olmadığına bakacağız ama tahkim şartının geçerli bir tahkim şartı mı olduğu ya da olmadığı noktasında yeknesak bir uygulama olması açısından da örnek bir tahkim şartının olması gerektiğini düşünüyoruz. Bu noktada da bir çalışma yapılırsa, Bakanlığımızla bir çalışma yapacağız ama sizden de o konuda yardım istiyoruz ve arkadaşlarımızın incelemesi anlamında da daha yararlı olacağını düşünüyoruz, Bunun haricinde ana sözleşme nasıl geliyor bize, kuruluş, ilk defa geliyor, MERSİS'ten girişlerini yaptı, randevusunu aldı, geldi. Ana sözleşmede bir sıkıntı yok, tahkim şartında da anlaştık, tamam öyle, bütün ortaklar da geldi, imzaladı. Ama kuruluştaki ana sözleşmede tahkim şartı yoktu da sonrasında yeni eklenecekse Ahmet Bey'in dediği gibi bir genel kurulda gelecek, ana sözleşmedeki değişiklik. Genel kurulda %100 katılım, oy birliği isteyeceğiz. Aynı şekilde ana sözleşmede tahkim şartı var, o tahkim şartını kaldırmak istiyorlar. Böyle maddeler de olabiliyor. Bunda da nasıl konulduysa, aynı sayıda ortaklarca %100 ortağın katılımı ile alınarak kaldırılması gerektiği şeklinde değerlendiriyorum. Hocalarımız siz de değerlendirirsiniz, nasıl doğru mu? Yani konulması kararı hangi nisapla alınıyorsa kaldırılmasının da hukuken aynı şartlarda olması gerektiğini düşünüyorum. Bunun haricinde bir de hep biz normal şirketlerden bahsettik, halka açık olmayan şirketlerden bahsettik. Peki halka açık bir şirketse, kuruluşunda tamam problem yok, bütün ortaklar zaten katılacaklar. Ama sonradan halka açılırsa, halka açık şirket-

lerde biliyoruz ki %100 katılım mümkün olmuyor. Tahkim şartı maddesi nasıl eklenecek? %100 katılımı nasıl sağlayacağız? Orada bir problem yaşayabiliriz. O da cevaplanması gereken bir konu ya da halka açık şirketlerde tahkim şartı olmayacak mı? Yani halka açıldıktan sonra. Ana sözleşmenin içeriğindeki tahkim şartı daha önce de Tolga Hocamla da görüşmüştük. O da açıklayacaktır bu konuları zaten, bağlayıcılığıyla ilgili. Ana sözleşmeye konulan tahkim şartı, şirketle ortaklar, şirketle organlar, şirketteki ortakların birbirleriyle Türk Ticaret Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili ihtilaflarda bağlayıcı. Taraflar belli, şirketin içindeki ortaklar, organlar, şirket burada şunu ifade etmekte fayda olduğunu düşünüyorum, tahkimle çözülebilecek payla ilgili uyuşmazlık, hissedarlar sözleşmesinden kaynaklan bir uyuşmazlık değil, TTK'dan kaynaklanan uyuşmazlık olması gerekiyor. Uygulamada özellikle yabancı ortaklı şirketlerde hissedarlar sözleşmesinin olduğu gibi ana sözleşmenin içine eklenmeye çalışıldığını görüyoruz ve çıkarılmasını istiyoruz. Biliyorsunuz hissedarlar sözleşmesi zaten şirket ana sözleşmesinden ayrıca düzenlenen bir sözleşme. Ona zaten tahkim şartını koyuyorlar. Hissedarlar sözleşmesine uyuşmazlığın Türk Kanunu ile çözümleneceği hükmünün konulmasına da gerek yok. Başka ülkelerin kanunlarıyla da çözümleneceği hükümleri konulabiliyor. Hissedarlar sözleşmesinin ana sözleşmeye konulamayacağı hususu mevzuatımızda da ve TTK'nın gerekçesinde de birçok yerde ifade edilmiş. Kanun'da mümkün olduğunca şirket esas sözleşmesini diğer sözleşme saçağından kurtarmak amaçlanmaktadır.

Burada karşılaştığımız tereddüt yaratan başka bir hususu da ifade etmek istiyorum. Arabuluculuk Kanunu yürürlüğe girdikten sonra arabuluculukla ilgili uyuşmazlıklara ilişkin ilk olarak şirketin ihyası da arabuluculukla yapılmaya çalışıldı arabuluculuğa elverişli olmadığı halde. Bizim avukatlarımıza şirketin ihyası için sizi arabuluculuk toplantısına çağırıyoruz dediler. Yani bu tipteki durumlarla çok karşılaştık. Aslında arabuluculuğa elverişlilik hususunu arabulucu arkadaşlarım bana kızmasınlar, değerlendiremedik ilk başlarda. Tabi bu belli bir düzene oturdu. Tahkimde de belki öyle bir durum olur mu? Bilemiyorum. Tahkimde çok değerli hocalarımız var. Tahkimle alakalı pek sıkıntı yaşayacağımızı düşünmüyorum. Yani tahkim elverişli değilse ilk baştan herhalde tahkime elverişli değil deyip dosya kapatılabilir diye düşünüyorum. Diğer bir konu hangi kararlarla ilgili tahkim şartı bize gelir? Normalde düşündüğümüzde Müdürlüğümüze genelde çıkma çıkarılma davası geliyor. İhya davası geliyor. İptal davaları geliyor. Onun haricinde çok fazla değişik davalar gelmiyor, sicili ilgilendiren. Esas sözleşmeye tahkim şartını koyduğumuzda Ticaret Sicili Müdürlüğüne tahkimle çözülen hangi konular gelecek, tabi taraflar istedikleri konuları, bize getir-

mediği takdirde kendi aralarında nasıl çözeceklerini biz bilemeyiz. Sorun sicil uygulamalarında tescili ilgilendiren, tescil edilmesi gereken bir husus geldiğinde ne yapacağız?

İptal davaları konusunda Bakanlığımızla aynı görüşü paylaşıyoruz. İptal davaları ile ilgili emredici hüküm olduğunu ve bunun Ticaret Mahkemeleriyle çözülmesi gerektiğini düşünüyoruz İstanbul Ticaret Sicili Müdürlüğü olarak. Bunun haricinde çıkma, çıkarılma ile ilgili çok büyük problem yaşıyoruz. Mahkemelerden gelen kararlarda çıkma çıkarılmayla ilgili genelde Ahmet'in çıkmasına diyor mesela. Ama Ahmet'in payının ne olacağına ilişkin hiç bilgi yok. Bu kararı kim verecek? Şirket verecek. Sicil uygulaması olarak biz gelen kararda bakıyoruz bu bir tespit kararı. Çıkmasına karar verilmesinin tespitine. Uygulamamız nedir? Böyle tespit kararları geldiğinde şirkete ihtar çekiyoruz. Diyoruz ki, mahkeme çıkmasına karar vermiştir. Buna ilişkin payının ne şekilde tasarruf edileceğine ilişkin uygun bir karar getirin bunu tescil edelim. Ama 100 tane şirket varsa bunun belki 10 tanesi bile dönüş yapmıyor. Biz orada kalakalıyoruz. Ne yapıyoruz? Uygulama olarak, kanun ve yönetmelik gereği bu sefer Ticaret Sicili Müdürlüğü olarak dava açmamız gerekiyor. Açacağımız dava mahkemenin tescile hükmetmesi. Zaten verdiği karar çıkma kararı. Tescil hükmet deyince Ticaret Sicili Müdürlüğünün işine yaramıyor yani tescil anlamında. Yine çıkan kişinin payı ne olacak? Şirket sermaye azaltımı mı yapacak? Bu pay şirkete mi kalacak? Bu payın ne kadarını şirketin iktisap edeceğine ilişkin kanun maddesi de var. En fazla %10'unu iktisap edebiliyor. Çıkma çıkarılmada en fazla %20'sini iktisap edebiliyor. Çıkarılan ya da çıkan kişinin payı %20'den fazla ise ne olacağına ilişkin bir hüküm yok. Bu konuda naçizane fikrim çıkma ve çıkarılmanın tahkimle daha kolay çözülebileceği yönünde. Türk Ticaret Kanunu'nda çıkma ve çıkarılmanın tahkimle çözümlenebileceği konusunda bir hüküm bulunmamakta ancak şirket esas sözleşmesine konulan bir hükümle çıkma ve çıkarılma düzenlenebilir diyor. Düzenlenmemişse mahkemeye başvur, haklı sebeple. Burada şirket tahkim şartını esas sözleşmesine koyduktan sonra hep beraber yani %100 katılımı imzalıyorlar, kabul ediyorlar. Bu durumda adeta çıkma ve çıkarılmayı tahkimle düzenleyeceğiz denilmekte ve kanunda yer alan esas sözleşmesine çıkma ve çıkarılma konusunda hüküm konulması ile aynı sonucu doğuran bir durum ortaya çıkmakta gibi düşünüyorum. Çıkma ve çıkarılmayı mahkemelerle çözümlememiz biraz zor oluyor çünkü mahkemeler taleple bağlı. Tahkimde de belki taleple bağlı bilemiyorum. Ancak belki tahkimde talebinde hem çıkmayı, hem payının kime kalacağına karar verilmesini birlikte talep edebilir, sermaye azaltımı yaparsa belki o konuların da görüşüleceği bir tahkim dava süreci olur ve şirket sermaye azaltımı yaparsa tahkimde verilen karara atıf yapılarak

sonradan sermaye azaltımı kararı da alabilir ve bu doğrultuda Tahkimle mahkemelere nazaran daha kısa sürede ve daha uygulanabilir kararlar alınabilir diye düşünüyorum. Hocam çok fazla tekrar da etmek istemiyorum. Sayın Ahmet Can Balak da zaten gerekli bilgileri verdi. Çok teşekkür ediyorum dinlediğiniz için.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Peki, Fatmagül Hanım. Çok teşekkür ederiz değerli açıklamalarınız için.

Bu noktada ben Ahmet Can Bey'e seslenmek istiyorum. Ahmet Can Bey sicil uygulamaları bakımından bu genel kurul kararlarının iptaline sıcak mı bakıyorsunuz yoksa uzak mı bakıyorsunuz?

Ahmet Can BALAK

Genel Müdür Yardımcısı

Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü

Sayın Hocam. Orada konuşmamda da ifade ettim. İptal davaları kanımızca tarafların üzerinde.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Serbestçe tasarruf edemiyorlar mı?

Ahmet Can BALAK

Genel Müdür Yardımcısı

Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü

Serbestçe tasarruf edebileceği bir alan olmadığı inancıyla, açıkçası o uygulamaya biraz soğuk bakıyoruz. Ama dediğimi gibi hani burada görüşülecek hususlar, edineceğimiz izlenim, bu konuda yapılacak çalışmalar, bu konudaki düşüncelerimizi de gözden geçirmemize imkân tanıyacak, açıkçası biz o alanın tahkime çok elverişli olduğunu düşünüyoruz.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Şimdi müsaade ederseniz İsmail Bey’e geçmeden önce, İsmail Bey de müsaade ederse, Ahmet Bey’e yöneltilen birkaç tane soru var. Onları alalım diye düşünüyorum ben. Çünkü bir süre sonra hafızalarda Ahmet Bey’in açıklamaları yavaş yavaş yok olmaya başlayacak.

Bir tane soru var. Bunlardan bir tanesi Ahmet Bey siz de gözlediniz mi bilmiyorum, değerli Hocamız Profesör Dr. Ercüment Erdem’in bir sorusu. Ercüment Hocamız diyor ki aynen şöyle buradan okuyacağım. Siz de mutlaka görebilirsiniz ekranınızdan.

“Ahmet Can Bey’e sormak isterim. Bugüne kadar esas sözleşmelerde yer alan ne tür tahkim şartlarına izin verdiler? Örneğin hangi tür uyuşmazlıkların tahkime tabi olduğu belirtilmiştir. Belli bir tahkim kurumu kurallarına yapılan atıflar var mıydı?”

Buna cevap verirseniz lütfen, daha sonraki katılımcımızın sorusuna geçeceğim ben. Lütfen buyurun.

Ahmet Can BALAK

Genel Müdür Yardımcısı

Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü

Tabi tabi. Hocam şöyle dediğim gibi son 3 senede bize gelen bir tane örnek başvuru vardı bu konuyla ilgili. Orada ICC tahkimi benimsenmişti. ICC tahkimi noktasında herhangi bir sorun görmedik. Tabi tahkime konu edilecek uyuşmazlıklar bakımında da esas sözleşmede özellikle pay sahipleri bakımından öncelik hakkı, önalım hakkı gibi muhtelif haklar tanımlanmıştı. Tahkim şartına yansıyan kısmı ise burada pay sahipleri arasında paylarla ilgili doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından ICC tahkiminin öngörülmesi idi. Dolayısıyla biz burada tarafların serbestçe üzerinde tasarrufla bulunabileceği haklar bakımından tahkim öngörüldüğü için başvuruya izin verdik. Çok kısıtlı bir alanda düzenlenmiş bir tahkim şartı, sözleşme hükmü niteliğindeydi.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Teşekkür ederiz. Yine Ahmet Bey’e yöneltilen bir tane soru var. Daha doğrusu bir Yargıtay kararını sizinle paylaşıyor. Hepimizle paylaşıyor. Avukat Muharrem Can, diyor ki “Anonim şirket genel kurul kararlarının iptali davalarının tahkime elverişliliği konusunda Yargıtay’ın olumsuz görüşü var.” diyor. Yani bu da sizin yaklaşımınızı teyit eden bir görüş. Bizlerle paylaşmış. Sanıyorum herhalde bu anlamda bir şey söylemek isterseniz bırakacağım sözü size. Var mı bu konuda?

Ahmet Can BALAK

Genel Müdür Yardımcısı

Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü

Yok Hocam. Yargıtay’ın yaklaşımını biz de benimsiyoruz.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Siz de benimsiyorsunuz. Peki.

Arkasından bir başka meslektaşımız var. Bir saniyenizi rica edeceğim.

Yine soru yöneltilmiş Sayın Ahmet Can Balak’a. “Tahkim şartının esas sözleşme tadiliyle kabulü halinde oy birliğinin aranması gerektiği yönündeki yaklaşımınız tahkimin tarafların rızasına dayanması ile uyum içerisinde. Öte yandan İsviçre Borçlar Kanunun tasarısının 697. n. maddesinde, oy çokluğu kuralının benimsendiği görülüyor. Bu durumu şirketler hukukunda tahkimin yaygınlaşmasına önemi bir katkı yapacağı muhakkak. Acaba oy birliğinin sağlanamadığı durumlarda tahkim şartına muhalif kalan pay sahiplerine şirketten çıkma hakkının tanınması makul bir çözüm olabilir mi?” demiş.

Ahmet Can BALAK

Genel Müdür Yardımcısı

Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü

Hocam şöyle. Malumunuz bizde tahkim şartına ilişkin 561. maddenin gerekçesi dışında aslında tahkim şartının şirket sözleşmelerinde öngörülebi-

leceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yok kanunumuzda. Ama tabii ki biz tahkim şartının esas sözleşmede öngörülebileceğini değerlendiriyoruz. Şimdi herhangi bir düzenleme olmayınca malumunuz burada tüm ortaklar bakımından hüküm ve sonuç doğuracak bir hususu biz sözleşmeye koyuyoruz ki burada o rızai ilişki de dikkate alındığında oybirliği şartı Bakanlık olarak makul bir yaklaşım gibi görülüyor. Ama tahkim şartını kabul etmeyen ortak bakımından farklı bir çıkma hakkı, yükümlülük vesaire getirilebilir mi noktasında. Açıkçası bunu da değerlendirirken şuna dikkat etmekte fayda var. Sonuçta sermaye şirketlerinde tek borç prensibimiz var. Şirket ortağı sadece şirkete taahhüt ettiği sermaye ile sorumlu. Onun dışında kendisine bu noktada ilave yükümlülük getirilmesi de uygun değil. Dolayısıyla kuruluştaki tüm pay sahipleri imza attığı için sözleşmeye zaten oybirliğiyle konulmuş oluyor. Diğer taraftan esas sözleşme değişikliği ile sözleşmeye konulması bağlamında Kanunun emredici hükümlerini ve ilkelerini de dikkate almamız gerekiyor. Burada yasal bir düzenleme yapılmadığı takdirde şirketten çıkma hakkının tanınması makul bir çözüm olabilir mi? Çıkma hakkı olabilir. Ama pay sahibini buna zorlayabilir miyiz? O konuya tereddütlerle yaklaştığımı ifade etmek isterim.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Teşekkür ederiz.

Ben o zaman Ahmet Can Bey'e tekrar tekrar teşekkür ediyorum. Nurcan Hanım'a, Fatmagül Hanım'a tekrar tekrar teşekkür ediyorum.

Av. Fatmagül KANSOY TEMEL

İstanbul Ticaret Odası Ticaret Sicil Müdürü

Hocam izninizle bir konuyu eklemek istiyorum.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Lütfen.

Av. Fatmagül KANSOY TEMEL**İstanbul Ticaret Odası Ticaret Sicili Müdürü**

Karşılaşabilir miyiz acaba Ticaret Sicili Müdürlüğü olarak tescilde? Belki direkt bizi ilgilendirmiyor bu konu ama. Yeni madde eklenmesi, çıkarılması dedik ama. Dışarıdan bir hissedar geldi. Ana sözleşmesinde tahkim sözleşmesi var. Yeni gelen hissedar için bu tahkim şartı korporatif özellikte midir? Nitelikte midir? Yoksa dışarıdan gelen bu ortak ayrı bir tahkim sözleşmesi imzalamalı mıdır? Bu noktada bazı yazarlarımız gerek olmadığını, ticaret sicilinin aleni, ilan, tescil ile olumlu etkisinin ona da yansıyabileceğini bilmesi gerektiğini ve şirkete hissedar olduktan sonra ben bunu bilmiyordum diyemeyeceğinden bahsediyor. Fakat bazı yazarlar da bilmek demek kabul ettim anlamına gelmiyor. Dolayısıyla ekstra yazılı ve açık net bir kabulünün olması gerektiğinden bahsediyor ve ayrı bir sözleşme imzalanması gerektiğini, tahkim sözleşmesi, onu kabul ettiğini. Eğer kabul etmesi gerekiyorsa yeni ortağı tescil ederken ana sözleşmede yer alan tahkim şartını kabul edip etmediğine bakma yükümlülüğümüzün olmadığını ve Ticaret Sicili Müdürlüğü ile ilgili bir husus olmadığını düşünüyorum. Ahmet Bey de bilemiyorum o konuda ne düşünür? Çünkü inceleyeceğimiz o kadar çok şey var ki bir de yeni gelen hissedar anonim şirketin de limited şirketinde olan bu tahkim şartını kabul etti mi, kabul etmedi mi konusuna da bakacak olursak tescil çıkılamaz hale gelir.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)**İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı**

Ahmet Bey bu oturum bakımından 5 dakikamız daha var. Bir söz söylemek ister misiniz bu konuda? Yoksa İsmail Bey'e yavaş yavaş sözü bırakayım mı?

Ahmet Can BALAK**Genel Müdür Yardımcısı****Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü**

Hocam şunu ifade etmek istiyorum. Malumunuz konuyu tartışıyoruz. Gelen sorularda gösteriyor aslında 160 yıllık bir uygulama olduğundan bahsetmişti mevzuatsal anlamda Hakan Hocamız. Ama tereddütle yaklaşılacak hususlar var. Ticaret Sicil Müdürlüklerimiz gerçekten zor bir görev ifa ediyor. Benim buradaki aktarımlarım açıkçası sadece Bakanlığımıza gelen somut

başvurular bakımından yaptığımız değerlendirmeler üzerine. Ama bunun dışında, doğrudan Ticaret Sicil Müdürlüklerine yapılan başvurularda muhtelif tahkim şartı düzenlemeleri de tescil talebiyle gidiyordur muhakkak. Ticaret Sicil Müdürlüklerimiz evet kanunun emredici hükümlerine uygunluk noktasında inceleme yapıyorlar. Yaptıkları iş hakikaten zor. Nurcan Hanım'ın da ifade ettiği gibi hangi husus kanunun emredici hükmüdür, hangi husus kanunun emredici hükmü kapsamında değerlendirilir meselesini açıklığa kavuşturmak ayrıca uzmanlık alanı gerektiren bir mesele ve bu özverili çalışmaları dolayısıyla tüm Sicil Müdürlüklerimize ayrıca teşekkür ediyorum. Bu işin bir tarafı. Ama tahkim meselesinde burada aslında paydaşlarımızla birlikte neyin doğru olduğuna birlikte varabilmemiz lazım. Siz kıymetli hocalarımızın bu konudaki kanaatleri bizim için önemli. Dolayısıyla bu toplantıda bu konuda yapılacak çıkarımlar oldukça kıymetli. Özellikle Kanunun şu an doktrinde de tartışılan önalım hakkı, alım hakkı gibi belli hakların şirket sözleşmesinde öngörülüp öngörülemediği noktasındaki tartışmalar... Biz bugüne kadar biraz daha şirket lehine, tacir lehine düşünerek bu tarz düzenlemelere sunumunda belirttiğim kapsamda izin verdik. Ama tabi malumunuz 6102 sayılı Kanun'la birlikte bu konudaki yargı içtihatlarının gelişmesi biraz zaman alacaktır. Dolayısıyla bu süreçte tüm paydaşlarımızla birlikte ortak çalışmalar yapmanın, doğru sonuca ulaşmanın çok kıymetli olduğunu düşünüyorum. Benim ilave edeceğim bir şey yok. İsmail Bey'e tabii ki sözü bırakabiliriz. Teşekkür ediyorum Hocam.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Ahmet Bey, teşekkür ederiz. Tekrar son iki katılımcımıza, konuşmacımıza, Nurcan Hanım'a ve Fatmagül Hanım'a değerli açıklamaları için teşekkür ediyorum. Her ikisine de zamanı doğru kullandıkları için, zamanı yeterince etkin şekilde kullandıkları için tekrar tekrar teşekkür ediyorum.

Şimdi saat 15:15 sularındayız. Değerli meslektaşımız Avukat İsmail Altay'a sözü bırakacağım ben. Avukat İsmail Altay İstanbul Barosu Tahkim Merkezi Başkanı. Meslekte benim de şahsen uzun yıllardan beri tanıdığım değerli bir meslektaşım. Kendisinin tebliğ başlığı, "Anonim şirketlerde satın alma ve çıkarma hakkına ilişkin uyuşmazlıkların tahkim ile çözümü." Evet İsmail Bey buyurun sözü size bırakıyorum. Sizin de süreyi makul bir şekilde kullanacağınıza dair inancım sonsuz. Buyurun Efendim.

ANONİM ORTAKLIKLARDA ORTAKLIKTAN ÇIKARMA HAKKI UYUŞMAZLIĞILARININ TAHKİM İLE ÇÖZÜMÜ

Av. İsmail ALTAY, LL. M, MSc

İstanbul Barosu Tahkim Merkezi Başkanı

Çok teşekkür ederim Hocam. Her şeyden önce bu panelin hazırlanmasında büyük emeği geçen Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez Hocama ve İTOTAM Divanı-na, Genel Sekreterimiz Senem Hanım ve Av. Buğrahan Helvacı'ya, Ticaret Bakanlığına, İstanbul Ticaret Odasına ve Ticaret Sicil Müdürlüğüne çok teşekkür ederim. Burada değerli meslektaşlarım var. Her birine çok teşekkür ediyorum. 2005 yılından tahkime ilk başladığım tahkim dosyasında, tahkim sekreteri olarak görev yapmıştım. Bu davada başhakemimiz olan ve sonrasında da birçok akademik çalışmalarda bir arada olduğumuz sayın hocam Prof. Dr. İlhan Helvacı ile aynı oturumda olmanın mutluluğu ve onurunu taşıdığımı bildirmek isterim¹.

Hocam, benim anlatacağım konuya, şirket uyuşmazlıklarının tahkim ile çözümü konusunun en fantezi konusu denebilir. Halka kapalı ortaklıklardaki genel kurul kararının iptali ve butlanı gibi uygulaması çok olan ama yasalardaki klasik tahkime elverişlilik sınırlamasının dışında, Yargıtay ve doktrindeki ağırlıklı görüş nedeniyle tahkim yargısına kapatılan alanı konuşmak varken, şimdilik uygulaması çok az olan halka açık anonim ortaklıklarda, SPK tarafından düzenlenmiş “Ortaklıktan Çıkarma Hakkı ve Satma Hakkı” konusunda çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yargısı ile çözümü konusunu konuşmak çok fantezi denebilir. İşte ben de tam da bunun için bu konuyu anlatmayı seçtim. Yirmi yılı aşkın şirketler hukuku, on beş yılı aşkın tahkim hukuku uygulaması birikimimle, sizlere tahkimin kapalı kapılar ardında yapılan gizli bir ayin olmadığını, bunun sadece özel bir yargı

1 Doç. Dr. İlhan Helvacı / Prof. Dr. Atilla Özer / Av. Rifat Saban Hakem Kurulu, Mehmet Yoluç & Anka İnşaat ve Yapı Endüstrisi Gayrimenkul Geliştirme ve Pazarlama A.Ş. Tahkim Davası, (Karar için bkz. Helvacı, İlhan, Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar (2000-2010), s.254 vd., Onikilevha)

olduğunu, orada pür hukuk konuştuğumuzu ve mahkemelerde hayal dahi edilemeyecek ölçüde en verimli şekilde yargılama yaptığımızı ve böyle uç bir konunun bile tahkim yargısı ile çözülebileceğini anlatmaya çalışacağım.

Bu panel özelinde, konular belirlenirken bir sistematik oluşturulmuştu. Anlatacağım konu gereğince ben en son konuşmacı olmam gerekiyordu. Benden önceki değerli konuşmacılar ortaklıklar hukuku uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümünü hakkında sorunlu tüm noktalara değinerek, bu konuda çalışması olmayan dinleyiciye ve sonra da yayın yaptığımızda okuyucuya sistematik bilgiyi verdikten sonra benim konumun dinlenmesi gerekiyordu. Böylece tekrarlardan kurtulmuş olacaktık. Ancak dün İstanbul Barosu Genel Kurulu yapıldı ve bugün de seçim var. Seçime yetişmem gerekiyor. Biz bu paneli programladığımızda, pandemi sebebiyle ertelenen seçimin tarihi henüz belirli değildi. Seçim tarihi ile panel tarihi çakışınca, İstanbul Barosu Tahkim Merkezi kurumsal kimliği olarak düzenleme komitesinden çekilmek zorunda kaldık ama ben kişisel sunumumu yapma görevimi yerine getirmek istedim. Sayın Hakan hocam bana ilk oturumda yer açarak seçime yetişmeme imkan tanıdı. Kendisine bu nedenle de teşekkür ediyorum. Yayınlanacak kitabı sistematığe uygun olarak okumanızı ve bilinçli olarak anlatmadığım konuları eksik olarak görmemenizi dilerim.

Tahkim tarafların iradesi ile oluşturulmuş bir yargıdır. Bir yargılama usulü dahilinde de uyuşmazlıklar çözülür ve karara bağlanır. Genel hatları ile mahkeme gibidir. Ancak butik terzi gibi, hakemler sadece ellerindeki o uyuşmazlığın çözümüne yoğunlaşırlar. Mahkemelerdeki gibi hakemin üzerinde onlarca yüzlerce dosya yükü bulunmaz. Ve mahkemelerden farklı olarak, taraflar hakemleri o konunun uzmanı olduğu için seçerler. Bunun sonucunda da yargılama göreceli olarak kısa sürede sonuçlanır ve ortaya nitelıklı bir karar çıkar. Bu nedenlerle, tahkim yargısına farklı anlamlar yüklenmesine çalışılması ya bilgisizlikten ya da dürüst olalım kafalarda oluşan rekabet korkusundan kaynaklanmaktadır. Buna hiç gerek yok. Bazılarında oluşan rekabet duygusunu yıkma adına bir sır vereyim, emekli hakimlerle de çok tahkim hakemliği yaptım.

Dediğim gibi, anlatacağım konu çok uç bir konu ama önemli olan burada bu konuyu da tartışmayı açmak. Umudum, bu çalışmanın sonucunda şirket uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunun açılması için İsviçre'deki gibi bir yasal düzenleme yapılması. Bizler bugün bu çalışma ile bu yasal düzenlemeye zemin hazırlamaya, bir kapı aralamaya çalışıyoruz.

1.) Ortaklıklar hukuku, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) ve 6362

sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SPKn) düzenlenmiştir. Halka Açık Anonim Ortaklıklara (HAAO) ilişkin önemli düzenlemeler SPKn ile getirilmiştir.

Ortaklık, çok taraflı bir sözleşme olduğu için, içinde çok yönlü menfaat çatışmalarını ya da potansiyel menfaat çatışmalarını da barındırmaktadır. Ortaklık içinde hakim ortak ya da birlikte hareket ederek oluşturulan hakim ortaklar sınıfı ile karşısında azınlık ya da kanundaki azınlık haklarını kullanma oranına ulaşamayan bireysel pay sahibi ortaklar sınıfı oluşmaktadır. Hakim ortak sınıfı, yönetimi de belirleyerek, ortaklığı ve ortaklık bünyesinde toplanmış olan sermayeyi idare eder ve dolayısıyla bunun sağladığı bir çok ekonomik imkanlara ve idari güce sahip olur. Azınlıkta kalanlar ise koymuş oldukları sermayenin karşılığında –eğer dağıtılsa- kâr payı beklentisinde olan, borsa şirketlerinde ise spekülâtif hareketlerle oluşan fiyatlanmalardan kâr sağlamaya çalışan sınıf olarak kalmaktadır. Çoğu kez de genel kurullarda güç boşluğu ile karşılaşmaktayız. Etken hakim ortaklar sınıfı karşısında, edilgen azınlık ortaklar sınıfının olduğunu ifade etsem, pek hatalı bir tabir kullanmamış olurum düşüncesindeyim. Hele pay sahipleri azınlık haklarını dahi kullanamayacak oranda ise, işte o zaman “etkisiz eleman” hale geliyor. İşte bu sınıfların çatışmasına sık sık tanık olmaktayız, çözüm için yargı yoluna gitmekteyiz.

Ortaklık, aynı zamanda bir yol arkadaşlığı olup bir tüzel kişilik çatısı altında, aynı hedefe yürümeye çalışan ortaklardan oluşur. Ancak bazı durumlarda, ortakların bir kısmı, diğer ortaklarla beraber yürümek istemeyebilir. SPKn'da, HAAO pay sahiplerini korumak için TTK'dan farklı imkanlar oluşturulmuştur. Başlıklar halinde şu şekilde sayabiliriz:

- ✓ SPK m. 23'de sayılan önemli nitelikteki işlemler nedeniyle, m24'deki usulü yerine getiren pay sahiplerinin paylarını HAAO'ya satarak **ayrılma (çıkma) hakkı**.
- ✓ SPK m. 25 ve 26'da düzenlenen **zorunlu pay alım teklifi**.
- ✓ SPK m. 27'de düzenlenen **ortaklıktan çıkarma ve satma hakkı**.

1. Bölüm

ORTAKLIKTAN ÇIKARMA HAKKI VE SATMA HAKKI

2.) Çalışma konumuz olan “Ortaklıktan Çıkarma Hakkı ve Satma Hakkı” Sermaye Piyasası Kanunu’nda düzenlenmiş, hakim ve azınlıktaki pay sahibi sınıflarına verilmiş özel bir haktır². 6362 sayılı SPKn’nın 27. maddesinde 1. fıkrada “Çıkarma Hakkı”, 2. fıkrada da “Satma Hakkı” düzenlenmiştir. Ayrıca mevzuatımızda bir de bu konuda tebliğ bulunmaktadır. **II-27.3 numaralı “Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği”**, 31.12.2020 tarih ve 31351 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Ortaklıktan Çıkarma Hakkı Ve Satma Hakkı

MADDE 27 – (1) Pay alım teklifi sonucunda veya birlikte hareket etmek de dâhil olmak üzere başka bir şekilde sahip olunan payların halka açık ortaklığın oy haklarının Kurulca belirlenen orana veya daha fazlasına ulaşması durumunda, paya sahip olan bu kişiler açısından azınlıkta kalan pay sahiplerini **ortaklıktan çıkarma hakkı** doğar. Bu kişiler, Kurulca belirlenen süre içinde, azınlıkta kalan ortakların paylarının iptalini ve bunlar karşılığı çıkarılacak yeni payların kendilerine satılmasını ortaklıktan talep edebilirler. Satım bedeli, 24 üncü madde çerçevesinde belirlenir.

(2) Birinci fıkrada yer alan şartlar çerçevesinde ortaklıktan çıkarma hakkının doğduğu durumlarda, azınlıkta kalan pay sahipleri açısından **satma hakkı** doğar. Bu pay sahipleri Kurulca belirlenen süre içinde, paylarının adil bir bedel karşılığında satın alınmasını oy haklarının Kurulca belirlenen orana veya daha fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişilerden ve bunlarla birlikte hareket edenlerden talep edebilirler.

(3) 6102 sayılı Kanunun 208 inci maddesi halka açık ortaklıklara uygulanmaz.

3.) “Satın alma hakkı” (squeeze-out right), Anayasal bir hak olan mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bir sistem getirmektedir. Anayasada da yer alan temel hakların yeniden yorumlanmasına neden olacak ve ortaklıklar ve sermaye piyasası hukukuna yeni bir bakış açısı getiren bu düzenleme, İngiliz hukukunda doğmuştur. Satın alma hakkından bazı farkları olan “çıkarma hakkı” ise, İsviçre hukuk sisteminden hukukumuzda entegre edilmiş ve Türk

2 Memiş, Tekin / Turan, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin, 2. Bası, 2016, s. 145 vd.; Adıgüzel, Burak, Sermaye Piyasası Hukuku, Adalet, 2. Baskı, 2018, s. 94 vd.

hukukunda SPK m. 27’de düzenlenmiştir. Ortaklıklar topluluğu için benzer nitelikte anca önemli farklar içeren “satın alma hakkı” TTK m. 208’de düzenlenmiştir³.

Çalışmamızda hakim ortak ile azınlık pay sahiplerinin menfaat çatışması ve sıralı hak kullanımı açısından inceleme yapsak da, daha geniş bir menfaati çatışan kitle bulunmaktadır. **Dr. Serdar Karababa**, tüm yönleri ile değerlendirme yapıldığında toplum, kamu ekonomisi, ortaklığın alacaklıları, müşterileri, işçileri, rakip müesseseler, tedarikçiler, ortaklığın yöneticileri, mevcut ve potansiyel pay sahipleri ile yatırımcıları, uluslararası menfaat grupları gibi birçok unsurun menfaatleri arasında dengenin, ortaklıkta barış ve huzurun sağlanmasıyla mümkün olabileceğini ileri sürmektedir⁴. **Dr. Orhan Sekmen** ise satın alma hakkının amacını, ortaklıktaki çoğunluk ile azınlık menfaat çatışması nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi; azınlığın azlık ve/veya bireysel haklarını kötüye kullanarak ortaklığın işleyişini engellemelerinin önüne geçilmesi ve bu yolla birleşme, devralma, halka kapanma gibi yoğunlaşma işlemlerini teşvik ederek ekonomik yoğunlaşmaları desteklemek suretiyle ortaklıkların güçlerinin artırılması ve gelişmelerinin sağlanması, böylece ülke ekonomisinin de büyümesine etki etmesi; azınlık menfaatlerini de çoğunluk ilkesinin kötüye kullanılmasına karşı korunması olarak ifade etmiştir⁵.

Hakim ortak ile azınlık pay sahipleri arasındaki potansiyel uyuşmazlığın engellenerek ortaklık düzeninin korunabilmesi için oluşturulan “satma hakkı” ve “çıkarma hakkı” müesseseleri, yukarıda da değindiğimiz gibi- temel haklardan olan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasamızın 35. maddesi ile teminat altına alınan “**mülkiyet hakkı**” ve Borçlar Hukukunun temel ilkesi “**sözleşme özgürlüğü**” ve bu ilkenin Ortaklıklar Hukukundaki yansıması “**payların serbest devredilebilirliği**” gibi hukukun temel prensiplerini sarsarak hukuk sistemimize girmiştir⁶.

Oluşturulan sistemde, hakim ortağın, azınlık pay sahibinin rızasını almaksızın tek taraflı beyanla ve gerekçe göstermeden azınlık paylarını satın alma hakkı (ortaklıktan çıkarma hakkı), mülkiyet hakkının ihlali olduğu gerekçesiyle davalara konu olmuştur. **Almanya ve Fransa Anayasa Mahkeme-**

3 Karababa, Serdar, Anonim Ortaklıkta Satın Alma (Squeeze-out) ve Çıkarma Hakkı, Seçkin, 2016, s. 23

4 Karababa, Serdar, a.g.e., s. 24-25.

5 Sekmen, Orhan, Şirketler Hukukunda, TTK m208 Hükmü ile Hakim Şirkete Tanınan Satın Alma Hakkı (Spueeze-Out Right), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:16, Sayı:197-198, Ocak-Şubat 2021, s. 41

6 Karababa, Serdar, a.g.e., s. 25; Sekmen, Orhan, a.g.e., s. 41-44.

leri, hakim ortağa satın alma hakkının tanınmasının temelinde ekonomik bir neden olduğu ve ekonomik yönden kamu yararı bulunduğu; satın alma hakkının ortaklıkların daha etkin yönetilmesi ve sermaye piyasalarının derinleşmesine imkan sağlaması, küresel rekabet ortamına ve ticari hayatın gereklerine uygunluk, hedeflenen ekonomik büyümenin ve gelişmenin bu sayede yapılabilecek yeniden yapılanmalarla mümkün olacağı gibi kamusal menfaatlerin mülkiyet hakkına üstün tutulabileceği gerekçelerle anayasa aykırılık bulunmadığı yönünde kararlar vermiştir⁷. AB ve AB ülkeleri de bu gerekçelerle mülkiyet hakkının satın alma hakkı ile sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir⁸.

Çıkarma ve satma haklarının, Anayasamızın 48/1 maddesi ile teminat altına alınan ve borçlar hukukunun temel prensibi olan **“sözleşme özgürlüğü”** ve anonim ortaklıklar hukukunun **“payların serbest devredilebilirliği”** ilkelere aykırılığı ileri sürülmektedir. Kural olarak hiç kimse sözleşme yapmaya zorlanamaz. Ancak kamu yararı ve menfaat dengesinin sağlanması gerekçeleriyle sözleşme özgürlüğü ve payların serbestçe devri ilkelerine, satın alma hakkı ile sınırlandırma getirilebileceği kabul edilmektedir⁹.

4.) Burada temel kavram **“hakim ortak”** ve karşıtı olan **“azınlık pay sahipleri”** kavramlarıdır.

4.1.) “Hakim ortak”, tek başına veya birlikte hareket ettiği kişilerle birlikte ortaklığın oy hakkının en az %98’ine sahip olan gerçek veya tüzel kişidir. Hakim ortak kavramına ilişkin ortaklıktaki hakim olunması gereken oy hakkı oranı kanunda değil, tebliğde belirlenmiştir. Bu %98’lik oran, Sermaye Piyasası Kurulu’nun (SPK) SPK’ndan aldığı yetki ile hazırladığı ikincil düzenleme¹⁰ olan **II-27.3 numaralı “Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği”in “Tanımlar ve Kısaltmalar” başlıklı m.3/c ve “Hakların Doğması ve Oy Haklarının Hesaplanması” başlıklı m.4/1’de** belirlenmiştir. Dolayısıyla, SPK’nın tebliğde yapacağı değişiklik ile bu oranı değiştirebilecektir.

Oysa ki kanun koyucu, çalışmamızın konusu dışında kalan **“ortaklıklar topluluğu”** (grup işletmeler) için düzenlenmiş olan TTK m. 208’de, hakim ortaklığa tanınan satın alma hakkında, hakim ortaklığın, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye ortaklığının paylarının ve oy haklarının en az

7 Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 59; Sekmen, Orhan, a.g.e., s. 42.

8 Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 25; Sekmen, Orhan, a.g.e., s. 42.

9 Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 88 vd; Sekmen, Orhan, a.g.e., s. 43-44;

10 Sermaye Piyasası Kurulu, ikincil düzenleme yapma yetkisini 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun “Kurulun görev, yetki ve sorumlulukları” madde başlıklı 128. maddesinin 2. fıkrasından almaktadır.

%90'ına sahip olmasını istemektedir. Bu oran kanun ile konulmuş ve bu oranın dışında kalanlar ise TTK m.411'deki azlık haklarını kullanma gücüne sahip sınıfı oluşturmaktadır. TTK m. 208, halka kapalı ortaklıklar için tasarlanmış olduğu için, hakim ortaklığın %90, azlığın %10 olmasının bir mantığı bulunmaktadır.

SPKn m27 düzenlemesindeki oranın da kanun koyucu tarafından konulmasının hukuk devleti ve hukuka güven ilkeleri açısından daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

4.2.) “Azınlık pay sahipleri” ise, ortaklıkta %98 oy hakkının dışında kalan bireysel pay sahiplerini ifade etmektedir. Bu kavramın TTK m. 411'te düzenlenmiş olan “azlık” ve “azlık hakları” ile karıştırılmaması gerekir. 411. madde düzenlemesinde, halka kapalı şirketler açısından sermayenin en az onda birini (%10) ve -çalışmamızın konusu olan- halka açık şirketler açısından sermayenin en az yirmide birini (%5) oluşturan pay sahipleri azlık haklarını kullanabileceklerdir. Ancak SPKn m27 düzenlemesindeki hakim ortak oranı olan en az %98'in dışında kalan **en fazla %2'lik azınlık pay sahipleri**, azlık haklarını kullanma gücünden yoksun **bireysel pay sahipleri** durumundadır.

5.) Ortaklık içinde “*hakim ortak statüsü*” (en az %98) ve “*azınlık pay sahipleri statüsü*” (en fazla %2) olarak karşıt menfaatler bulunmaktadır. Her iki tarafın **tek taraflı iradeleri** ve **sıra ile kullanabilecekleri satma** ve **çıkarma hakları** bulunmaktadır. Bu hakların ikisi de, **karşı tarafın rızasına ihtiyaç duyulmaksızın** ve **herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin** pay iktisabına imkan veren, **kanundan kaynaklanan, yenilik doğuran, tek taraflı iradenin ortaklığa varmasıyla hüküm doğuran ve hak düşürücü sürelerle tabi seçimlik haklardır.**

AZINLIK PAY SAHİPLERİNİN	HAKİM ORTAĞIN
Paylarını Hakim Ortağa SATMA HAKKI (SPKn m. 27/2)	Azınlık pay sahiplerinin tamamını ortaklıktan ÇIKARMA HAKKI (SPKn m. 27/1)

Bu haklar, kullanılmakla ya da hak düşürücü süre içinde kullanılmamakla sona ermektedir.

6.) Hakim ortak, pay alım teklifi sonucunda veya birlikte hareket etmek de

dahil herhangi bir şekilde **sahip olunan paylara ilişkin oy haklarının**, ortaklığın **oy haklarının %98'ine ulaşması** veya bu durumdayken **ek pay alınması** durumunda, azınlıkta kalan ortakları, ortaklıktan çıkarma hakkını kullanabilecektir. Azınlıkta kalan pay sahipleri de, paylarını hakim ortağa satma hakkını kullanarak ortaklıktan çıkma hakkını kullanabilirler.

Bu durumda **ilk hamle hakkı, azınlık paylarına sahip olan ortakların-
dadır**. Hakim ortak tarafından, m. 27 anlamında hakim ortak statüsünün kazanıldığıнын SPK'ya bildirilerek durumun KAP'ta kamuya açıklanır. Bu açıklamanın akabinde, ortaklık tarafından, bir aylık süre içinde payların değeri tespiti için, sermaye piyasası düzenlemeleri uyarınca değerlendirme raporu hazırlatılır ve raporun özeti kamuya açıklanır. Bu tarihten itibaren iki aylık hak düşürücü süre içerisinde, azınlık pay sahipleri, paylarını hakim ortağa satma hakkını kullanabilirler. Bu süre içinde paylarını satıp satmaymayı seçme hakkı azınlık pay sahiplerine aittir. Azınlık pay sahipleri, diyebilir ki *“ben hakim ortakla bu ortaklık çatısı altında devam etmeyeceğim, adil bir fiyattan hisselerimi hakim ortağa satacağım.”* Ya da *“ben paylarımı satmayacağım, ortak olarak kalmaya devam edeceğim”* diyebilir. Satmanın seçilmesi halinde, bu seçim, hakim ortağın çıkarma hakkını kullanması durumunda etkisiz hale gelecek, elindeki paylar istemese de hakim ortağa satmak durumunda kalacaktır. Tabi bu mülkiyet hakkına, sözleşme serbestisi ve payların serbest devredilebilirliği ilkelerine aykırılığı nedeniyle tartışmalara neden olmuş bir konudur. Ancak ekonomik kamu yararı ve menfaatler dengesi gerekçesiyle bu itirazlar Alman ve Fransa Anayasa Mahkemelerince reddedilmiştir.

Ekonomik kamu düzenine dayanılarak, azınlık istemese de hakim ortağa, paylara ilişkin adil bedelin ödenmesi karşılığında azınlığı ortaklıktan çıkarma hakkı tanınmıştır. Görüldüğü gibi, ekonomik sistem kapitalizm olunca, mülkiyet hakkı, güçlü için “mülkiyet hakkı” haline geliyor ve buna da ekonomik kamu düzeni deniyor, güçlünün mülkiyet hakkının selameti için (kolektif bakış açısındaki “kamulaştırma” kurumunun tersine), tüm payların hakim ortağın elinde toplanacağı *“bireyselleştirme”* yapılıyor.

Hakim ortak statüsünü kazanacak ortağın, geri kalan azınlık paylarını alabilecek sermayeye sahip olarak bu statüye geçmesi gerekecektir. Tebliğ ile belirlenen %98'lik oy hakkına ulaşan hakim ortak, tek başına veya birlikte hareket ettiği kişilerle birlikte aslında ortaklığı fiilen tamamen ele geçirmiş

oluyor. %2'lik kısımda kalan pay sahipleri, azınlık haklarını dahi kullanabilecek güçte değiller. Tabi %98 oy hakkı tek bir ortağın elinde değil de, birlikte hareket eden paydaşlarca oluşturulmuşsa, ilerleyen zaman içinde yaşanacak saf değiştirmelerle, %2'lik azınlık pay sahipleri önemli müttefik haline gelebilir. Çıkarma hakkının kullanılması yoluyla halka kapanma, aslında oy birliği ile alınabilecek kararlar¹¹ ile ortaklığın rotasının yeniden belirlenmesine yaramaktadır. Birlikte hareket edecek pay sahipleri ile ne kadar yol yürünebileceği de düşünülecektir. Bu durumlar Ortaklık içerisindeki taht oyunları stratejileri gibidir.

Azınlık pay sahiplerinin stratejisi de, adil fiyat oluşumu kendi lehlerine olması halinde, iki aylık hak düşümü süresi içinde satma hakkını kullanarak, hakim ortağı bu payları almak istemese de almak zorunda bırakmak şeklinde olabilir.

Azınlık pay sahipleri iki aylık hak düşümü süresi içinde satma hakkını kullanmazsa, çıkarma hakkını kullanmak isteyen hakim ortak, üç işgünü içerisinde bu hakkını kullanabilir. Hakim ortak kendine şunu sorar “*ben azınlıktaki ortaklarla birlikte yola devam edecek miyim?*” ya da bazı durumlarda “*ortaklığı halka açık olarak devam ettirecek miyim, yoksa halka kapatacak ve kendim mi yöneteceğim ve bir karşı ses olmaksızın istediğin tasarrufları yapabileceğim?*” Hakim ortağın buna karar vermesi gerekmektedir. Tek başına %2'lik oy oranı etkisiz diyerek daha fazla para harcamaksızın bu sermaye payını da ortaklık aracılığı ile yönetmeyi tercih edebilir. Eğer birlikte hareket edenlerce %98 oy oranına ulaşılarak hakim ortaklık grubu oluşturulmuşsa, gelecekteki saf değiştirme ve hamleler hesaplanarak azınlıktaki payların kaderi belirlenir. Çıkarma hakkının kullanılması tercih edilirse, bu paylar adil fiyattan satın alınarak, bu ortaklar ortaklıktan çıkarılabilir. Hakim ortak, ortaklık vasıtasıyla yapacağı yatırımlar öncesinde, ekonomik yönden daha kazançlı olduğunu düşünerek de çıkarma hakkını kullanabilir. Düşüncesi ne olursa olsun, tek başına veya birlikte hareket ettiği kişilerle birlikte ortaklığın oy hakkının en az %98'ine sahip olarak “hakim ortak” statüsüne geçen pay sahibinin cüzdanını da buna göre hazırlaması gerekir.

Yatırımcının korunması çerçevesindeki bu düzenlemede, süreç ve adil fi-

11 TTK m. 421/2 gereğince “(a) Bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar” ve “(b) Şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlar” için aranan toplantı ve karar nisabı oybirliidir. Ayrıca TTK m.189/f.1/b gereğince, Anonim şirketin kooperatife dönüşmesine ilişkin kararda, toplantı ve karar için tüm ortakların onayı gerekmektedir.

yatın belirlenmesi yargıya (tahkim ya da devlet yargısına) taşınabilecek potansiyel uyuşmazlık alanı oluşturmaktadır.

Hakların kullanılması, II-27.3 numaralı Tebliğin 5. maddesinde düzenlenmiş bir süreçtir.

SIRA	İŞLEM YAPAN	İŞLEM
1	HAKİM ORTAK	Hâkim ortak tarafından , hâkim ortak konumunun kazanılması durumu, Kurulun özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde KAP'ta kamuya açıklanır.
2	ORTAKLIK	KAP'taki açıklamayı takip eden en geç 1 ay içerisinde, Ortaklık tarafından payların değerinin tespiti amacıyla SPK düzenlemeleri uyarınca değerleme raporu hazırlatılır ve raporun özeti kamuya açıklanır.
3	AZINLIK PAY SAHİPLERİ	Özetin kamuya açıklanmasını takip eden 2 aylık hak düşürücü süre içerisinde, satma hakkını kullanmak isteyen azınlık pay sahipleri , 6. madde çerçevesinde belirlenen fiyat üzerinden SATMA HAKKINI KULLANIM TALEPLERİNİ Ortaklığa yazılı olarak iletirler.
4	ORTAKLIK	Ortaklık , satma hakkı kullanım talebinde bulunan pay sahiplerinin ortaklık sıfatını araştırır ve gelen talepleri en geç iki iş günü içinde iadeli taahhütlü mektupla veya noter aracılığı ile hâkim ortağa bildirir.
5	HAKİM ORTAK	Hâkim ortağın satma hakkı kullanım talebinin kendisine ulaşmasını izleyen en geç iki iş günü içinde pay bedellerini Ortaklık hesabına yatırması gerekir
6	ORTAKLIK	Satma hakkını kullanmak isteyen ortakların sahip oldukları payların bedeli, pay bedellerinin Ortaklık hesabına yatırılmasını takip eden iş günü Ortaklık tarafından ödenir ve ödeme ile birlikte pay devir işlemleri sonuçlandırılır.

7	HAKİM ORTAK	Ortaklıktan çıkarma hakkını kullanmak isteyen hâkim ortak, satma hakkının kullanımına ilişkin iki aylık hak düşürücü sürenin sona ermesini takiben en geç üç iş günü içinde bu hakkını 6. maddede belirtilen fiyat üzerinden ve diğer ortakların imtiyazlı veya imtiyazsız tüm payları için kullanmak üzere Ortaklığa başvurur. Söz konusu başvuruda ortaklıktan çıkarma hakkı kullanımına ilişkin toplam bedeli karşılayacak tutarda banka teminat mektubunun veya bu tutardaki nakdin bankada özel bir hesapta bloke edildiğine ilişkin bilgi ve belgelerin ortaklığa sunulması gerekir.
8	ORTAKLIK	Hâkim ortağın başvurusu üzerine Ortaklık yönetim kurulu, en geç beş iş günü içerisinde azınlık paylarının iptali ile söz konusu payların yerine geçmek üzere çıkarılacak ve hâkim ortağa verilecek yeni payların ihracı amacıyla karar alır ve karar alınmasını takip eden on iş günü içerisinde ihraç belgesinin onaylanmasını teminen belgelerle birlikte SPK'ya başvurur
9	ORTAKLIK	Payları borsada işlem gören ortaklıklar, eş zamanlı olarak ayrıca paylarının borsa kotundan çıkarılması için borsaya başvurur.
10	HAKİM ORTAK	Hâkim ortak ortaklıktan çıkarma hakkı kullanımına ilişkin toplam bedeli, SPK'nın onayını takip eden üç iş günü içinde Ortaklığın banka hesabına yatırır.

11	ORTAKLIK	Ortaklık tarafından iptal edilecek payların yerine geçmek üzere çıkarılacak ve hâkim ortağa verilecek payların bedeli , hâkim ortağın çıkarma hakkını kullanmak için ortaklık hesabına yatırmış olduğu tutardan karşılanır.
12	HAKİM ORTAK	İhraç edilecek yeni paylar için, nominal değerinden aşağı olmamak kaydıyla ortaklıktan çıkarma hakkı kullanım bedeli üzerinden hesaplanacak Kurul ücreti , ihraç belgesinin teslim alınmasından önce hâkim ortak tarafından Kurulun ilgili hesabına yatırılır.
13	ORTAKLIK	Ortaklıklar tarafından çıkarma hakkı kullanım bedelinin ortaklık hesabına yatırılmasını takip eden üç iş günü içerisinde SPK’ca onaylı ihraç belgesinin tescili ve TTSG’de yayımlanması için ticaret siciline başvurulur. Ortaklıktan çıkarma hakkının kullanımına konu olan paylar, tescil tarihi itibarıyla iptal edilmiş sayılır.
14	ORTAKLIK	- Payları borsada işlem gören ortaklıklar ile - Payları borsada işlem görmeyen ve kayden izlenen ortaklıklar, hâkim ortağın çıkarma hakkı kullanım bedelini şirket hesabına yatırmasını takip eden iş günü içinde bu bedelin azınlık pay sahiplerinin hesabına aktarılması, söz konusu ortakların paylarının iptali ve yeni ihraç edilecek payların hâkim ortak hesabına aktarılması talebi ile MKK’ya başvurur.

15	MKK	MKK sisteminde kayden izlenen paylara ilişkin tutarlar, MKK tarafından hâkim ortak dışındaki hak sahipleri hesaplarına aktarılmak üzere ilgili yatırım kuruluşları hesaplarına transfer edilerek paylar iptal edilir.
16	BORSA	MKK sürecinin tamamlanmasının ardından, BORSA tarafından konuya ilişkin başvuru değerlendirilerek ortaklık paylarının borsa kotundan çıkarılmasına ve işlem görmekten sürekli men edilmesine karar verilir. Anılan karar, kararın borsa tarafından Kamuyu Aydınlatma Platformunda duyurulmasını izleyen ilk iş günü yürürlüğe girer.
17	ORTAKLIK	Payları borsada işlem görmeyen ve kayden izlenmeyen ORTAKLIKLAR , hâkim ortağın başvurusu üzerine, hâkim ortağın ortaklıktan çıkarma hakkını kullanacağını, ortaklıktan çıkarma hakkının kullanılması sebebi ile payların iptal edileceğini ve pay sahibi olan ortakların ortaklıktan çıkarma hakkı bedeli karşılığında sahip oldukları pay senetlerinin imhası için ortaklığa başvurmaları gerektiğini Kurulun özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya açıklar , varsa ortaklık internet sitesinde ve ortaklık merkezinin bulunduğu yerde yayımlanan en yüksek tirajlı yerel süreli yayınlardan birinde veya ulusal bir gazetede ilan eder.

18	ORTAKLIK	Teslim olunan pay senetlerinin bedelleri, teslim tarihini takip eden iş günü içerisinde tam ve nakden ortağın banka hesabına yatırılır.
19	ORTAKLIK	Teslim alınan pay senetleri ilgili kuponlarla birlikte (<i>yılda en az iki kez</i>) noter huzurunda fiziken iptal ve imha edilir ve bu durum noter tarafından düzenlenecek bir tutanakla tespit ettirilir.
20	ORTAKLIK	Söz konusu ORTAKLIKLAR, ortaklıktan çıkarma hakkının kullanımına konu olan ve iptal edilmiş sayılan payları, herhangi bir süre sınırı olmaksızın sahiplerinin yapacakları başvuru üzerine satın almakla yükümlüdür.

2. Bölüm

ÇIKARMA HAKKINA İLİŞKİN YARGI DENETİMİ

8.) Satma ve çıkarma haklarının doğması, kullanılması süreci, adil fiyatın bulunması, hakkın kötüye kullanılması, doğacak zararların tazmini, işlemlerin iptali ya da butlanı gibi taraflar ve hukuki menfaati olan ilgililer arasında doğacak birçok uyuşmazlık çıkabilecek ve doğacak durum ve uyuşmazlıklar yargı denetiminden geçmeye muhtaç olabilecektir. Yargı denetimine ilişkin iki yöntem ile karşılaşırız: (1) Devlet mahkemelerince yapılacak yargılama ve (2) tahkim yargılaması.

Yasama, yürütme ve yargı, devletin temel üç fonksiyonu olup gücünü Anayasadan almaktadır. Genel anlamda yargı, devletin hukuk düzenini devam ettirmesi ve kişilerin haklarını koruması amacıyla yürüttüğü faaliyeti olup, bu faaliyet devlet için hak ve yükümlülüktür. Anayasamızın 9. maddesinde yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hükmü bulunmaktadır¹².

Türk yargı sistemi içinde, ortaklıklar hukukuna ilişkin satma hakkı ve çıkarma hakkından kaynaklanacak davalar, TTK m.4/1-a hükmü uyarınca

¹² Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin, 12. Bası, 2011, s. 71; Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Baskı, 2011, s. 58

ticari davalardan olduğu için, TTK m.5/1 uyarınca **görevli** mahkeme, dava değerine bakılmaksızın **asliye ticaret mahkemesidir**¹³.

Yetkili mahkeme ise, **ortaklığın ticaret merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesidir**. Eğer o yerde asliye ticaret mahkemesi kurulmamışsa, yetkili mahkeme ticaret mahkemesi sıfatıyla o yer asliye hukuk mahkemesidir. HMK m.14/2 hükmü gereğince, bu davalarda ortaklık merkezinin bulunduğu yer mahkemesi **kesin yetkilidir**¹⁴.

Satma hakkı ve çıkarma hakkından kaynaklanacak davalar, ortaklıklar hukukuna özgü davalardan olduğundan, yargılamada HMK m.316-321 hükümleri arasında düzenlenmiş bulunan **basit yargılama usulü** uygulanacaktır¹⁵.

9.) Devlet yargısına ilişkin yasal düzenlemeler bu şekilde olmakla birlikte, biz uygulamacılar, ortaklıklar hukukuna ilişkin davaların yıllarca sürmesi, ortaklığa ilişkin ticari sırların dava sürecinde bir şekilde alenileşmesi, geç gelen kararın adaleti sağlayamaması (hatta bazen davayı kazanıp müddeabihi kaybetme) gibi sorunları çok sık yaşıyoruz. “Bu sıkıntıları aşacak bir ihtimal daha var mı, bir yol daha var mı?” sorusuna yasalarımız, tüm Dünya uygulamasında olduğu gibi **tahkim yargılaması** olarak cevap veriyor.

Tahkim, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu değil, devlet yargısına alternatif bir yargılama yöntemidir. Mahkeme kapısına gitmeden, **“bir ihtimal daha var”** denilebilecek bir yargılama yöntemidir. Tahkimde, tahkim usul kuralları uyarınca yargılama yapılır, hukuk konuşularak maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılır ve sonuçta da devlet mahkemesindeki hakimin verdiği kararla aynı güçte, aynı şekilde ilamlı icra takibine dayanak olacak bir karar verilir.

Tahkim yasalarla düzenlenmiş bir müessesedir. Devlet yargısına alışık olan hem vatandaş hem de avukat meslektaşlarım, tahkimi daima öteliyor, “nereden çıktı bu?” diye bakıyorlar. Oysa ki yeni bir şey değil tahkim. Tahkime ilişkin yasal düzenlemeler Cumhuriyet Devrimimizden önceki dönemde de var. Cumhuriyet Devrimimizden sonra da tahkim mevzuatına ilişkin düzenlemeler yapıldı ve hâla daha yapılıyor. Ve tabii ki tahkim ile ilgili bazı önemli milletlerarası sözleşmelere taraf olduk. Çok ayrıntıya girmeden genel hatlarıyla tahkim mevzuatına ilişkin aşağıdaki listeyi bilgilerinize sunabilirim:

13 Sekmen, Orhan, a.g.e., s. 83.

14 Sekmen, Orhan, a.g.e., s. 83-84.

15 Sekmen, Orhan, a.g.e., s. 85.

1850	Kanunname-i Ticaret. (Tahkim 40 ile 52. maddeler arasında düzenlenmiş)
1861	Ticaret Usulü Muhakemesine Dair Nizamname m. 38-39
1864	Ticaret-i Bahriye Kanunu m. 176 (Deniz Sigortaları Tahkimi)
1927	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 516 - 536
1982	2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 43 - 45
1988	3460 sayılı Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin (ICSID Sözleşmesi) Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
1991	1961 tarihli BM Avrupa-Cenevre Konvansiyonu (Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi) onaylandı.
1991	3731 sayılı 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
1999	Anayasa m. 125/1'e ek (4446 sayılı Kanun)
2000	4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun
2001	4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
2003	4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
2004	5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu m. 12 /2-c
2007	5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ve Sigortacılıkta Tahkime ilişkin Yönetmelik
2007	5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 60 – 63
2011	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 407 – 444
2013	6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 4/11
2014	6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu

Bu listede 6428 sayılı Kanun'u andım ki, bazı durumlarda idarenin de taraf olduğu uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülebileceği görülebilsin. Diyeceğim, mevzuatımız tahkim dostu görüntüsü veriyor. Darısı Yargıtay'a ve avukat meslektaşlarıma.

Tahkim (ihtiyari tahkim), tarafların iradesine bağlı bir yargılama yöntemidir. Taraflar, aralarında çıkacak ya da çıkmış uyuşmazlığın çözümünü, mahkeme yargısı yerine seçecekleri hakemler tarafından yapılması konusunda anlaşma yaparlar. Böylece yargılama yetkisi devlet mahkemeleri yerine, tarafların seçecekleri hakemlere geçer. Yargılama faaliyetinin tarafların iradesine ve aralarındaki anlaşmaya dayanması ve yargılamanın hakemlerce yapılması, tahkimin kurucu unsurlarını oluşturmaktadır.

Ancak her uyuşmazlık tahkim ile çözülememektedir. Tarafların iradesine tabi ve tahkime elverişli konular tahkim yargılamasına konu olabilir. Kamu düzenine ilişkin ve tarafların iradesine tabi olmayan uyuşmazlıklar (ceza ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, velayet, soy bağı, iflas, icra hukukunda takip hukukundan doğan uyuşmazlıklar, çekişmesiz yargı) ya da tahkime elverişli olmayan bir konudan doğan uyuşmazlıklar hakkında, taraflar uyuşmazlığın tahkim yargılamasıyla çözülmesini isteseler bile, söz konusu uyuşmazlık tahkim yargılamasına konu olmaz¹⁶. Eğer tahkime elverişli olmayan bir konuda taraflar tahkim anlaşması yapmışlar ve hakemler yargılama yaparak bir karar vermişlerse, bu karar bağlayıcı değildir ve icra edilemez. Ayrıca karar, HMK m. 439/2-g hükmü gereğince iptal davasına konu olur ve karar iptal edilir.

Tahkime elverişlilik, sübjektif ve objektif olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁷. Sübjektif tahkime elverişlilik, tahkim yargılamasına taraf olabilme ehliyetini göstermektedir¹⁸. Objektif tahkime elverişlilik ise, bir konunun tahkime elverişli olup olmadığının kanunda açıkça gösterilmesidir¹⁹. **HMK m. 408** ve **MTK m. 1/4** düzenlemeleri gereğince, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Türk Hukukunda taşınmaz aynından kaynaklı uyuşmazlıkların, bazı durumlarda işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların, TBK m. 262 kapsamındaki uyuşmazlıkların²⁰, aile ve miras hukuku uyuşmazlıklarının tahkime objektif olarak elverişli olmadığı kabul edilmektedir.

16 Ekşi, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta, 2. Bası, 2019, s. 49-50.

17 Ekşi, Nuray, a.g.e., s. 48.

18 Aydemir, Fatih, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, Onikilevha, 2017, s. 251 vd.

19 Aydemir, Fatih, a.g.e., s. 222 vd.

20 TBK m. 262 gereğince, yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı, taraf olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda tahkim sözleşmesi yapamaz.

Tahkime elverişli olmadığına ilişkin kanuni bir düzenleme olmadığı halde, Yargıtay bazı konuların tahkime elverişli olmadığı görüşündedir. Örneğin tüketici, kira (özellikle konut kiralari)²¹ uyuşmazlıkları ve ortaklık genel kurulu iptali davaları. Buraya bir mim koyayım, ben Yargıtay'ın tahkim alanını daraltan bakış açısına katılmıyorum. Tahkim bir yargılama usulüdür. Taraflar özgür iradeleriyle yapacakları bir tahkim sözleşmesi ya da sözleşmedeki bir tahkim şartı ile yargılama usulünü belirleyebilirler. Eğer yargı tahkim şartına genel işlem şartı olarak bakıyorsa, sözleşmedeki diğer maddeleri de buna göre incelemelidir. Tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesini²², genel işlem şartı incelemesinde tahkimin aleyhine uygulamamak gerekir. Yargının ön yargıdan, hükümlerinin peşin hükümden kurtulmasını dilerim.

10.) Ortaklıklar hukukunda tahkime elverişlilik ve esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi hakkında Tolga hocam sunum yapacak. O konuya çok girmeyeyim. Ama tarafımı ortaya koymasam içime sinmez. Benim görüşüm, esas sözleşmeye tahkim şartı yazılabilir. Bazı yazarlar 340, 480/1 ve 447/1-a maddeleri gereği esas sözleşmeye tahkim şartı yazılamayacağını ileri sürmektedir. Ben hiç katılmıyorum bu görüşlere. Şöyle ki;

TTK m. 340 “emredici hükümler ilkesi”²³, esas sözleşmeyle TTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinden farklı bir hüküm yazılabilmesi için kanunda açıkça izin vermesi gerektiğini söylüyor. Burada kanun sadece lafına değil ruhuna da bakmak lazım. Tamamlayıcı bir hüküm olan tahkim şartının da esas sözleşmeye konulabileceğini düşünüyorum.

TTK m. 480/1 “tek borç ilkesi”²⁴, pay sahiplerine sermaye taahhüdü dışında borç yüklenemeyeceği söylüyor. Tahkim şartı ile pay sahiplerine bir borç, yükümlülük yüklenmemektedir ki, uyuşmazlık çıkması halinde yargılama yöntemini belirtilmektedir. Bir borç değil, bir hak var burada. Taraflar iradeleri ile hak arama yöntemini belirliyorlar. Yargılama usulü belirleniyor. Uyuşmazlığın esasına etki etmiyor, bir borç doğurmuyor.

21 Yargı artık ticari kiralaların tahkime elverişli olduğu düşüncesindedir. Konut kiralalarının tahkime elverişli olmadığı görüşü, konut kirasının bir Anayasal hak olan barınma hakkına ilişkin olduğu düşüncesi yapakta olduğunu düşünüyoruz. Ancak tahkim hakkın özüne etki eden, hakkın kullanımını güçleştiren bir müessese değildir. Tahkim, tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama usulüdür.

22 Kavram için bkz. Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat, 4. Baskı, 2016, s. 115 vd.

23 **“Emredici Hükümler”** madde başlıklı **TTK m. 340:** *“Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.”*

24 **“İlke”** madde başlıklı **TTK m. 480/1:** *“(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarı değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez.”*

TTK m. 447/1-a “pay sahiplerinin vazgeçilmez dava hakkı”²⁵, pay sahibinin dava hakkı sınırlandırılmaz ve ortadan kaldırılamaz, aksi genel kurul kararı kesin hükümsüz olur. Esas sözleşmeye konulacak tahkim şartı, dava hakkını sınırlandırmamakta, ortadan kaldırmamaktadır. Sadece taraflar yargılanma, hak arama yöntemini, dava yöntemini belirlemektedirler. Burada esas sözleşmeye tahkim şartı yazarken ortaklık merkezinin bulunduğu yer hukuku (*esasa ve usule Türk hukuku uygulanacaktır*), ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki tahkim merkezi seçimi (*İTOTAM Tahkim kuralları*) ile birlikte tahkim yeminin de ortaklık merkezinin bulunduğu yer seçilmesi (*tahkim yeri İstanbul’dur*), tahkim dilinin de (Türk şirketleri için konuştuğumdan) Türkçe seçilmesi gerekir ki, kanunda yer alan devlet mahkemelerine gidilmesinde karşılaşılabilecek şartlardan daha ağır yükümlülükler getirilmiş olmasın. Bir de tahkim yargılamasındaki kalite göz ardı edilerek masraflara çok vurgu yapılmakta. Masrafın ağırlığı hak arama hürriyetini kısıtlıyor. Katılıyorum ama uzun yargı süreci, ticari sırları ifşa etme riski, istenen kaliteyi yakalayamayan yargılama da hak arama hürriyetini kısıtlıyor, köküne kibrit suyu döküyor. Devlet mahkemesinde ki harçlar ve masraflar da hiç ucuz değil. Üstelik hakim ücretleri devletçe karşılandığı halde. Tahkimde hakeme de ücret verilecek tabi. Beş kuruşa hem cam kenarı, hem şoför yanı olmuyor, olamıyor. Akademik dünyada bunu da ancak bir avukat dile getirebiliyor. Ama belki ortaklıklar hukuku konusuna uzmanlaşmış ve özel tahkim kuralları düzenlemiş tahkim merkezleri, yargılama masraflarını biraz daha ekonomik hale getirebilirler.

Sonuç olarak bu bağlamda esas sözleşmeye tahkim şartı yazılmasına engel bir şey göremiyorum.

11.) İkinci oturumda konuşma yapacak olan kıymetli ve sevgili arkadaşım **Prof. Dr. Tolga Ayoğlu**, bana da armağan ettiği ve her zaman çok yararlandığım “*Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*” konulu profesörlük tezinde ve sayın hocam **Prof. Dr. Ercüment Erdem** eserlerinde ortaklıklar hukukunda tahkim konularını her boyutuyla dolu dolu incelemişler ve ikinci oturumda son gelişmelere göre bizleri tekrar bilgilendirecekler. Ancak ben bu çalışmalardan yararlanarak, özellikle de Tolga hocamın eserinden yapacağım alıntılar, kendi konuma bağlantı kurabilmek için sizlerle paylaşmak isterim.

Ortaklıklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim ile çözümü konusunu, öncelikle “**korporatif düzlemde**” ve “**korporatif düzlem dışında**” çıkan uyuş-

²⁵ “**Butlan**” madde başlıklı **TTK m. 447/1-a**: “(1) Genel kurulun, özellikle; a) Pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, ... kararları batıldır.”

mazlıkların tahkim ile çözümünü şeklinde ikili ayrım yaparak incelemeye başlamak gerekiyor²⁶. Bu konuların tahkim ile çözümü konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Ben, ortaklıklar hukukuna ilişkin tüm uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu düşünüyorum.

11.1.) Ortaklık pay sahiplerinin kendi aralarında çıkan ve borçlar hukuku zemininde akdedilen sözleşmelerden (örneğin pay sahipleri sözleşmesinden, pay satım sözleşmesinden, ortak girişim sözleşmelerinden) kaynaklanan uyuşmazlıkların (***korporatif düzlem dışındaki uyuşmazlıklar***) tahkime elverişli olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır²⁷. Bu nedenle, pay sahipleri, aralarında yapacakları tahkim anlaşması ile çıkacak uyuşmazlıkları tahkim yargılaması ile çözebileceklerdir.

11.2.) Ortaklık ile pay sahipleri arasındaki ilişkiden, ortaklık tüzel kişiliğinin organizasyonel yapısı ve iç işleyişine ilişkin, dayanağını ortaklıklar hukukuna düzeninden alan (***korporatif düzlemdeki***) uyuşmazlıkların tahkim ile çözümünü konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu uyuşmazlıklara örnek, genel kurul kararlarının iptali, butlanının tespiti, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, ortaklığın haklı nedenle feshi, birleşme, bölünme, ortaklığın iskatı gibi davalar sayılabilir.

Ortaklık tüzel kişiliği ile paydaşları, yöneticileri, müdürleri, denetçileri ve diğer ilgililer arasında uyuşmazlıkların tahkim ile çözülmesi için esas sözleşmeye tahkim şartı yazılabilir mi ya da hangi tür ortaklıklarda yazılabilir ve esas sözleşmede tahkim şartı olsa bile hangi tür davalar tahkime elverişlidir sorunları ile karşılaşmaktayız. Bu sorunları halka kapalı ve açık ortaklık olarak ikiye ayırarak inceleyebiliriz.

11.2.1.) Kıta Avrupa ekolüne dahil Alman, Fransız, İsviçre, İtalya ve İspanya hukukları ile Anglosakson ekolüne dahil İngiliz ve ABD hukukları, ***halka kapalı anonim ortaklıkların*** esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilmesine olanak vermektedir. Türk doktrininde halka kapalı ortaklıkların esas sözleşmesine tahkim şartı konulabileceğine olumlu bakan görüş ağırlık taşımaktadır. Esas sözleşmeye “*ortaklık, organları, organların üyeleri ve pay sahipleri arasında çıkabilecek ve ortaklıklar hukuku düzeninin tanıdığı tüm davaların tahkim yargılaması ile çözüleceği*” gibi en geniş şekilde tahkim şartı yazılması yerinde olacaktır. Ancak bu halde dahi davalara

26 Ayoğlu, Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, Onikilevha, 2018, s.1

27 Ayoğlu, Tolga, a.g.e., s. 1; Erdem, H. Ercüment, Şirket Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, Tahkim Anlaşması, Onikilevha, 2020, s. 1;

rın türüne göre tahkime elverişli olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır²⁸.

11.2.2.) Halka açık ortaklıkların esas sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilmesi hususunda, hukuk sistemlerinin farklı uygulamaları bulunmaktadır.

Alman Federal Mahkemesinin 2009 tarihli bir kararında, ortaklık esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilebilmesi için koyduğu kriterler kamuya önemlidir, ancak halka açık ortaklık yapısında bu kriterlerin gerine getirilebilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir²⁹.

- ✓ Tahkim şartının esas sözleşmeye dahil edilmesine tüm pay sahiplerinin rıza göstermiş olması,
- ✓ Tüm pay sahiplerinin tahkim yargılamasından haberdar edilmeleri ve tüm pay sahiplerine diledikleri takdirde yargılamaya katılma veya müdahale etme imkanının tanınması,
- ✓ Hakemler tarafsız bir merci tarafından tayin edilmedikçe tüm pay sahiplerine hakemlerin seçimine iştirak etme imkanı tanınması,
- ✓ Aynı uyuşmazlığa ilişkin tüm davaların birleştirilerek aynı hakem mahkemesi tarafından görülmesi.

Bu kriterler benim çok ilgimi çekti. Bu kriterlerden yararlanarak Türk Hukukunda, ister halka açık, ister kapalı olsun, ortaklıklar hukukunda tahkim yolunun açabilecek nasıl bir düzenleme yapabilir diye düşündüm. Tabii yasa ile desteklemek gerekiyor.

- ✓ Ortaklık kurulurken esas sözleşmede tahkim şartının bulunması tabii ki paydaşları bağlayacaktır. Pekiyi, sonradan pay satın alanların tahkim iradesi olacak mı? Halka açık ortaklıklarda, hatta Borsa şirketlerinde bile esas sözleşmesinde tahkim şartı olan paylar ayrı bir pazarda işlem görebilir. Çünkü yargı yolunun kalitesi de pay senedinin fiyatlanmasına etki edecek bir unsur. Ayrı bir Pazar ya da bilgilendirme platformu, yatırımcısının tahkim şartını kabul etme iradesiyle payı satın alacağını ve şirketin bu şartlar altında paydaşı olacağını gösterir. Nitekim Brezilya ve Hong Kong hukukunda bu görüşüme uygun uygulama bulunmakta.
- ✓ Tüm pay sahiplerinin tahkim yargılamasından haberdar edilmesi ve gerekirse davaya katılması, ancak ortaklıklar hukuku uyuş-

²⁸ Ayoğlu, Tolga, a.g.e., s. 12-13.

²⁹ Ayoğlu, Tolga, a.g.e., s. 14-15.

mazlıklarını çözmek için oluşturulmuş uzman tahkim merkezleri ile olabilecektir. Bu merkezlerin sadece ortaklık uyuşmazlıklarını tahkim ile yargılayacakları tahkim kuralları olmasına ihtiyaç var. Ayrıca bu merkezlerin Ticaret Odaları, Borsalar ve MKK ile irtibatlı olmalı. Ve bu merkezlerin, gerektiğinde, aleyhine dava açılan ortaklığın ortalık yapısını öğrenerek davalar konusunda paydaşları haberdar edebilecek bilgilendirme platformu kurması gerektiğini düşünüyorum.

- ✓ Uzmanlaşmış tahkim merkezleri tarafından hakem ataması yapılabilir. Böylece tüm pay sahiplerinin hakem seçimine katılarak kaos yaratması hatta bu konuda gerilla taktikleri geliştirilmesi engellenebilir.
- ✓ Tahkim şartında kurumsal tahkim kabul edilmesi halinde, ortaklığın merkezinin bulunduğu yerdeki uzmanlaşmış tahkim merkezinde tüm davalar açılacaktır. Bu durumda ortaklıklar hukukuna ilişkin özel tahkim kuralları olan tahkim merkezi sekreteryası bu davaları birleştirebilecektir.

ABD’de SEC (Securities and Exchange Commission), halka açılacak ortaklıkları, küçük yatırımcıyı koruma amacını ileri sürerek, esas sözleşmelerinden tahkim şartını çıkarmaya zorlamaktadır³⁰. Bir yargılama usulüne bu kadar ön yargı ile bakılan ülkenin liberalizmin babası, hatta liberalizmin ve kapitalizmin babasının sermaye piyasasını düzenleyen kurumu olması ilginç gelebilir. Bu liberalizm kavramının, ne kadar göreceli bir kavram olduğunun ispatı gibi. Serbest piyasa, bana gelince “özgürlük ve cici bir şey”; korumacılık ise, “kötü, kaka bir şey”. Kendi ülkelerinde ise kavramların içi değiş tokuş oluyor. Çin’in liberal ve kapitalist ABD’de banka satın almasına izin verilmemesi gibi. Pek samimi bulmuyorum ben böyle şeyleri. Tahkimdeki gibi.

SEC’in bu bakış açısına rağmen Amerikan Yüksek Mahkemesi (U.S. Supreme Court), 1987 yılında “*Shearson/American Express Inc. v. Mc Mahon*” **davasında** sermaye piyasası mevzuatından doğan davaların tahkime elverişliliği konusunda önemli bir karar vermiştir. Dava, menkul kıymet satışında hile iddiasıyla aracı kuruma karşı açılmıştır. Aracı kurum, aracılık sözleşmesinde yer alan zorunlu tahkim şartına dayanarak tahkim itirazında bulunmuş; Yüksek Mahkeme ise, tahkim şartının, Securities Exchange Act m. 29 (a)’da öngörülen kanun tarafından sağlanan korumadan feragatin geçersiz olduğuna dair hükmü ihlal etmediğine karar vermiştir³¹.

30 Ayoğlu, Tolga, a.g.e., s.15-17.

31 Ayoğlu, Tolga, a.g.e., s.21

İtalya Hukukunda; halka kapalı şirketlerde esas sözleşmeye tahkim şartı konulabileceği, halka açık şirketlerde ise konamayacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır³². İspanyol ve Brezilya Hukuklarında halka açık ya da kapalı ayrımı yapmaksızın ortaklık esas sözleşmesine tahkim şartına yazılabileceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Brezilya Sermaye Piyasası Kurulu, payları **Sao Paulo Borsasında** bazı pazarlarda işlem görecekt halka açık ortaklıkların esas sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilmesini bir kotasyon koşulu olarak zorunlu tutmuştur³³. **Hong Kong**'da da borsaya kote olacak şirketler bakımından esas sözleşmenin tahkim şartı içermesi zorunludur³⁴. Ben de bu düzenlemeleri destekliyorum. Şili ve Arjantin Hukuklarında da halka açık ortaklıkların esas sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilmesi imkanı tanınmış, ancak pay sahiplerine tahkim ya da devlet mahkemesine gitme konusunda seçim hakkı verilmiştir³⁵.

Ortaklıklar hukukuna ilişkin olmasa da, Türk Hukukunda da, taraflara tahkim ya da devlet yargısına başvurma konusunda seçim hakkı veren düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin Borsa işlemleri nedeniyle borsa üyesi ile müşterisi arasında çıkan uyuşmazlıkta, tarafların uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemesi ya da tahkime başvurma konusunda seçim hakkı tanınmıştır (*Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği m. 47/3, Borsa İstanbul A.Ş. Uyuşmazlık Komiteleri Çalışma Usul ve Esasları Yönergesi m. 5/3*)³⁶. Yine Sigorta Tahkim Komisyonuna ya da devlet yargısına başvurma konusunda sigortalının seçim hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla, halka açık ya da kapalı ortaklıklarda da, esas sözleşmede tahkim şartı olması halinde, ortaklığa değil de, pay sahiplerine, alacaklılara ve hak sahibi tüm kişilere tahkim ya da devlet yargısına başvurma seçim hakkı tanınan bir düzenleme yapılabilir. İsteyen tahkimin nimetlerinden yararlanır ve külfetlerine katlanır, isteyen devlet yargısının.

İsviçre, ortaklıklar hukukunun tahkime elverişli olduğunu kabul etmiş ve buna ilişkin İsviçre Borçlar Kanununda düzenleme yapıldı ancak henüz yürürlüğe girmedi. Bu konuyu Ercüment hocam ayrıntılarıyla anlatacak.

12.) Asıl çalışma konum olan, halka açık anonim ortaklıklar için SPKn m. 27 ve ikincil mevzuatta düzenlenen “Anonim ortaklıkta satın alma ve çıkar-

32 Ayoğlu, Tolga, a.g.e., s.24

33 Ayoğlu, Tolga, a.g.e., s.24

34 Ayoğlu, Tolga, a.g.e., s.25

35 Ayoğlu, Tolga, a.g.e., s.24-25.

36 Altay, İsmail, *Borsa İşlemleri ve Sermaye Piyasası Faaliyetlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü ve Tahkim*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006

ma hakları”, şirket uyuşmazlıklarının tahkim ile çözümü konusunun en uç konularından biridir. Benim görüşüm, “**kişilerin yargılanma haklarına ilişkin mecra belirleme hakkı**”, yasal bir düzenleme olmaksızın kısıtlanmaması gerekir. Nitekim Anayasal kural olarak haklar ancak gerekli şartların varlığı halinde yasalarla kısıtlanabilir. Türk tahkim sisteminde tahkime elverişlilik konusunda iki önemli kriter vardır: İki tarafın iradesine tabi konular ve taşınmazın aynına ilişkin olmayan konular tahkime elverişlidir. Ortaklıklar hukukundaki davaların bu iki kritere de uygun olduğunu düşünüyorum. Kamu düzeni de bir tahkime elverişlilik şartıdır ancak bu kavramın çok geniş yorumlanmaması gerekir.

Çalışmamın bu bölümünde, halka açık ortaklıklara ilişkin korporatif nitelikteki uyuşmazlıklardan, çıkarma hakkına ilişkin ne tür davalar açılabileceğine değinmek istiyorum. Amacım hakemlerin de bu tür davalarda hakimlerden farklı bir şekilde davayı incelemeyeceğini ortaya koymak. Eğer yargılama açısından tahkim ve devlet yargılaması arasında bir fark yoksa, neden tarafların tahkim iradesine ve yargılanma mecrasını belirleme hakkına yapay bir engel konulmak isteniyor? Eğer bu yaklaşımımın bir soru işareti oluşturabilirsem, belki bu soru işareti sorunu çözmekte anahtar olur. Bu yetmezse, yapılabilecek şirket uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümüne ilişkin yasal düzenlemeye belki gerekçe oluşturabilir.

Aşağıda değineceğim davalar **Dr. Serdar KARABABA**’nın “*Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Anonim Ortaklıkta Sayın Alma (Squeeze-out) ve Çıkarma Hakları*” adlı eserinden yararlanılarak ve alıntılar yapılarak ve eserin yazımından sonra yürürlüğe giren II-27.3 numaralı tebliğ ile güncellenerek incelenmiştir.

12.1.) Bedel Davası

12.1.1.) Çıkarma hakkı, azınlık pay sahibinin 2 aylık hak düşürücü süreye tabi olan satma hakkını kullanmamasının akabinde, hakim ortağa 3 iş günlük süre içinde sebep ileri sürmeksizin kullanabileceği, yenilik doğuran, tek taraflı ve ortaklığa başvurusu ile hüküm doğuran bir haktır. Çıkarma hakkına konu olacak azınlık payların satım bedeli, akla gelebilecek ilk dava konusudur.

Satım bedeli, SPKn m27/1’in m24’e atfı ile II-27.3 sayılı Tebliğin 6/2. maddesine göre tespit edilecek adil bedel olacaktır.

Ayrılma hakkı

MADDE 24 – (Değişik Madde: 20/2/2020 tarihli ve 7222 sayılı Kanunun 26 ncı maddesi ile) (1) ... Kurul, halka açık ortaklığın niteliğine göre, ayrılma hakkını, ayrılma hakkına konu önemli nitelikteki işlemin kamuya açıklandığı tarihte sahip olunan paylar için kullanılabilmesine ilişkin esasları belirlemeye yetkilidir. Halka açık ortaklık bu payları pay sahibinin talebi üzerine, Kurulca belirlenecek esaslara göre adil bir bedel üzerinden satın almakla yükümlüdür. Kurul, ayrılma talebine konu payların ortaklık tarafından satın alınmasından önce diğer pay sahiplerine veya yatırımcılara önerilmesine ilişkin usul ve esasları düzenleyebilir.

(3) Ayrılma hakkının doğmadığı hâller ile ortaklığa bu hakkın kullanılabilmesi yükümlülüğünden muafiyet verilmesine, bu hakkın kullanılmasına ve adil bedelin hesaplanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir. Kurul ayrılma hakkının kullanılmasına ilişkin bu hususlarda ortaklıkların niteliğine göre farklı usul ve esaslar belirleyebilir.

Ortaklıktan çıkarma ve satma hakkı kullanım bedelin belirlenmesinde uygulanacak yöntem, **II-27.2 sayılı Tebliğin 6/2. maddesinde**, (1) payları borsanın Yıldız Pazarında işlem gören, (2) borsada Yıldız Pazar dışındaki pazar ve platformlarda işlem gören ve (3) payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklar olarak üçe ayrılarak belirlenmiştir.

Payları **Borsanın Yıldız Pazarda işlem gören** ortaklıklarda, **(1)** hakların kamuya açıklandığı tarihten önceki bir aylık dönem **içinde** borsada oluşan günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması ile her bir pay grubuna ilişkin fiyatın tespiti amacıyla hazırlanan değerlendirme raporunda belirlenen değerlerin ortalaması ve **(2)** Hâkim ortak konumunun kazanılmasının eş zamanlı olarak yönetim kontrolü değişikliğine yol açması durumunda pay alım teklifi düzenlemeleri çerçevesinde hesaplanması gereken zorunlu pay alım teklifi fiyatından **yüksek olanı dikkate alınarak adil fiyat bulunur.**

Payları borsa işlem görmekle birlikte **Yıldız Pazar dışındaki pazar ve platformlarda işlem gören** ortaklıklarda ise, yine Yıldız Pazarda uygulanan iki seçenekten yüksek olanın seçildiği formül uygulanır, ancak bu seferkinde, hakların kamuya açıklandığı tarihten önceki son altı aylık dönem dikkate alınarak hesaplama yapılarak adil fiyat bulunur.

Ancak SPK, borsada işlem gören paylara ilişkin bir ve altı aylık dönemler içinde, SPKn m.107'deki "piyasa dolandırıcılığı" suçlarının işlenmesi ve bu nedenle m.101'de düzenlenen piyasanın etkin ve sağlıklı işleyişini temin için tedbirler alması veya ekonomiyi ya da sektörü etkileyen olağanüstü gelişmelerin varlığının kabulüne ilişkin karar alması durumunda, bu karara esas teşkil eden dönemler dikkate alınmayacaktır. Bu süreler hesaplama esas alınan dönemlerin başına eklenmek suretiyle dönemler tamamlanacaktır.

Payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklarda, (1)

Her bir pay grubuna ilişkin fiyatın tespiti amacıyla hazırlanan değerleme raporunda belirlenen değer ve (2) Hâkim ortak konumunun kazanılmasının eş zamanlı olarak yönetim kontrolü değişikliğine yol açması durumunda pay alım teklifi düzenlemeleri çerçevesinde hesaplanması gereken zorunlu pay alım teklifi fiyatından yüksek olan dikkate alınarak adil fiyat belirlenir.

Tebliğde hesaplama yöntemleri belirtilmiş olsa da, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken çeşitli nedenlerle gerçek ya da adil bedelin belirlenmediği yönünde itirazlarla karşılaşılabilir. Bu değerlemenin, bağımsız değerlendirme uzman raporuna dayanılarak yapılması gerektiği hemen hemen tüm hukuk sistemlerince kabul edilmiş bir görüştür³⁷.

Klasik olarak pay senetlerinin içinde idari ve mali haklar bulunduğu ileri sürülmektedir. Bu büyük bir oranda doğrudur da. Ancak bazı durumlarda, bazı hisse senetlerinde "hissi"³⁸ haklar da bulunmaktadır. Örneğin dedesinin kurucusu olduğu aile şirketinin halka açıldıktan sonra, çıkarma hakkı ile muhatap olacak kişinin paylarının bedelinin içine hissi / manevi unsurlar alınacak mıdır? Ya da bu unsur, sadece maddi değer olarak mı belirlenmelidir?

12.1.2.) Bir eda davası niteliğinde olan bedel davasında "hakem" ya da "hakim", öncelikle dava konusu hakkın var olup olmadığının tespitini yapacak ve akabinde o hakka ilişkin edimin yerine getirmesine hükmedecektir. Dolayısıyla davacının taleplerini de şu şekilde sıralayabiliriz³⁹:

- ✓ Bedelin adil olup olmadığının tespiti,
- ✓ Adil bedelin yeniden belirlenmesi ve
- ✓ Yeniden belirlenen bedelin hak sahiplerine ödenmesi.

³⁷ Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 275 vd.

³⁸ Kavram için bkz: Akın, Sunay, @SunayAkin Twitter, 14.05.2014, 12:50 :*"Tarihin en ağır bedelini ödeyerek anlıyoruz ki bir milletin zenginliği hisse senetleri değil, hissi senetleridir. Çok yoksuluz, çookk.."*

³⁹ Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 280

Adil fiyatın belirlenmesindeki usul mevzuatta belirtilmiştir. İster devlet yargısında olsun, ister tahkim yargısında olsun, adil bedelin belirlenme usulü, bedelin belirlenmesi ya da belirlenen bedelin hakkaniyete aykırı olup olmadığının denetlenmesi ve yeni bedel belirlenmesi için hakemin de hakimin de izleyeceği yol aynıdır. Atanacak bilirkişi vasıtasıyla, bedel belirlenirken hata yapıp yapılmadığı, eksiklikler, yönetimin yaptığı işlemler, değerlendirme zamanı ve metotları, farklı pay grupları açısından her bir pay grubuna özgü bedel tespiti yapıp yapılmadığı yargı denetiminde incelenecektir⁴⁰.

Çıkarma hakkının kullanılması, azınlık payının iptalini, azınlığın ortaklıktan ihracını ve MKK nezdinde kaydının silinmesi gibi sonular doğurmaktadır. Bedel davasının konusu, bedelin yeniden belirlenerek denmesi olduğu için, çıkarma hakkının sonuçlarının doğmasına engel olmamaktadır⁴¹.

Davanın konusu ve esastan incelenmesi yönüyle tahkime elverişli olduğu düşüncesindeyim.

12.1.3.) Bu davanın **davacısı**, çıkarma hakkının kullanılması üzerine adil bedele itiraz eden ve kendisine adil bedelin ödenmesini isteyen **azınlık pay sahipleri** olacaktır⁴².

12.1.4.) Bedel davasının **davalısı**, çıkarma hakkının kullandıktan sonra pay bedellerini ödeme borcu altında olan **hakim ortak** ya da **birlikte hareket eden hakim ortaklar** ve **hakim ortakla birlikte hareket edenlerdir**. Bu kişiler zorunlu dava arkadaşıdır⁴³.

Tebliğ 5. maddesi gereğince ortaklık tarafından payların değerinin tespiti amacıyla SPK düzenlemeleri uyarınca değerlendirme raporu hazırlatılır ve raporun özeti kamuya açıklanır. Hakim ortak, çıkarma bedeli olarak belirlenen pay bedellerini ortaklığa öder. Burada ortaklık, kanundan kaynaklanan temsilcidir ve görevi bedeli ortaklıktan çıkarılan azınlık pay sahiplerine iletmektir. Tebliğdeki şartların yerine getirilip getirilmediğinin denetimi ve tespiti de ortaklığın görevidir. Çıkarma süreci içinde, ortaklığın özen borcunu yerine getirmemekten kaynaklı kusuru sonucu bir zarar doğması halinde, **hakim ortakla birlikte ortaklığa** da dava yöneltilebilir⁴⁴.

40 Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 276

41 Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 283

42 Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 284

43 Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 287.

44 Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 287-288.

Korporatif düzlemdeki bu uyuşmazlıklarda, esas sözleşmede tahkim şartı bulunması halinde, ortaklık, çıkarma hakkını kullanan hakim ortak ya da hakim ortaklar, hakim ortakla birlikte hareket edenler, azınlık pay sahipleri, ortaklık yöneticileri tahkim davasının tarafı olabilecektir.

Davalı tarafın zorunlu dava arkadaşlığı nedeniyle birden çok olması halinde, davalı taraf hakeminin seçiminde bir zorluk yaşanabilecektir. Bu sorun, ortaklıklar hukuku uyuşmazlıklarında uzmanlaşmış tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında özel bir düzenleme yapılarak, örneğin bazı şartlarda hakem atama yetkisinin tahkim merkezi divanına verilmesi gibi yöntemlerle çözülebilecektir.

Bedelin MKK'dan kaynaklanan nedenlerle ödenmemesi halinde, MKK'ya devlet mahkemesinde dava açılabilir⁴⁵. MKK, tahkim sözleşmesinin tarafı olmadığından, bu gibi durumlarda tahkim yargısına başvurulamayacaktır.

12.1.5.) Bedel davasını açma süresi hakkında SPKn'da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa ki çıkarma hakkının sonucunda ortaklık yapısının değişmesi, azınlık paylarının istem dışı el değiştirmesi, ortaklığın borsa kotundan çıkarılması gibi köklü hukuki iklim değişikliği oluşmaktadır. Bu nedenle hukuk ve işlem güvenliği nedeniyle, dava açma hakkı kısa bir hak düşürücü süreye tabi olması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Nitekim Alman hukukunda pay devrine yönelik genel kurul kararının tescili tarihinden itibaren iki aylık; İngiliz hukukunda ise satın alma ihbarnamesinin azlık pay sahibine tebliğinden itibaren altı haftalık hak düşürücü süre içinde dava açılabilmesine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Türk hukuk sisteminde çıkarma hakkına ilişkin davalar için özel bir düzenleme olmaması nedeniyle bir boşluk bulunmaktadır. Bu durumda bedel davası açma süresi, TBK m. 147/4'de⁴⁶ hükmedilen beş yıllık alacak zamanaşımı süresine tabi olacaktır⁴⁷.

12.2.) Kesin Hükümsüzlük Davası

12.2.1.) Çıkarma hakkının kullanılmasının, TBK m. 27/1 uyarınca, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik

⁴⁵ Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 288.

⁴⁶ TBK m. 147: "Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır: ... 4. Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar. ..."

⁴⁷ Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 288-290.

haklarına aykırı olarak kullanılması veya **konusunun imkansız olması**⁴⁸; SPKn ve II-27.3 sayılı Tebliğin 7. maddesi düzenlenen **kamunun aydınlatılması** ve Tebliğin 9. maddesi düzenlenen **hakkın kullanımına ilişkin sınırlama**⁴⁹ düzenlemelerine uyulmaması; **azınlık haklarının korunması** gibi **sermaye piyasası ve ortaklıklar hukukunun temel ilkelerine aykırılık** nedenlerine dayanılarak çıkarma hakkının, işlemin ya da kararın kesin olarak hükümsüzlüğü istemi ile bir dava açılabilir.

12.2.2.) Kesin hükümsüzlük davaları, bir hakkın değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğundan ve mahkeme veya tahkim kurulunun vereceği karar ortaklık, hakim ortak, azınlık pay sahibi ve ilgili kişi ve kuruluşlar için bağlayıcı bir karar olacağından, hukuki niteliği itibarıyla **inşai dava** olarak kabul edilmektedir.

Bu davada, hakimiyetin varlığı ve oy hakkına ilişkin %98’lik eşiğin oluşup oluşmadığı gibi hakkın doğumuna ilişkin şartların sağlanıp sağlanmadığı, eşiğin oluşturulmasında hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı, hakkın hukuka ve ahlaka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı, “fırsat eşitliği” ilkesinin bir yansıması olan kamunun aydınlatılması yükümlülüğünün hakkın doğumu ve kullanılması aşamalarında, zamanında ve doğru bir şekilde tam olarak yerine getirilip getirilmediği, hakim ortakça çıkarma hakkının TMK m² gereği dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralları çerçevesinde ve hakkını sakınarak kullanma ilkesine uygun olarak tüm pay sahiplerinin meşru menfaatleri de gözetilerek kullanılıp kullanılmadığı denetlenecektir⁵⁰. Mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün ihlali nedenleri de davaya konu olabilir. Bu konuda Alman ve Fransa Anayasa Mahkemelerinin kararı bulunmakta⁵¹ ancak bildiğimiz kadarıyla Türk mahkemelerinin henüz bu konuda bir kararı bulunmamaktadır.

Davanın konusunun tahkime elverişli olduğu düşüncesindeyim. Hakem ya da hakim, davanın muhakemesinde aynı incelemeleri yapacaktır. Ancak tahkimin daha esnek yargılama usulü, davanın gizliliği nedeniyle ortaklığın itibarı ve pay değerinin sarsılmasının önüne geçilmesi, yargılamanın uzman ve sadece bu dosya üzerine odaklanmış hakemlerce çözülmesi sonucu zaman kaybının önüne geçilmesi ve tatmin edici gerekçeli kararlar

48 Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 291

49 II-27.3 sayılı Tebliğ, “Ortaklıktan çıkarma ve satma haklarının kullanımına ilişkin sınırlama” madde başlıklı 9. madde: “Ortaklık paylarının ilk defa borsada işlem görmeye başlamasından itibaren iki yıl süreyle ortaklıktan çıkarma veya satma hakkı kullanılamaz.”

50 Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 291 vd

51 Bu konu hakkında bkz. §.3

gibi tahkimin avantajları bu tür davalarda da tahkimin tercih nedeni olabilecektir.

12.2.3.) Söz konusu davayı, başta azınlık pay sahipleri olmak üzere, ortaklık alacaklıları, yönetim kurulu üyeleri, intifa hakkı sahibi, rehin hakkı sahibi, bağlı ortaklığın pay veya ilgili menfaat sahipleri gibi korunmaya değer hukuki menfaati olan kişiler açabilir. Ayrıca SPKn m. 92/1 hükmündeki şartların oluşması halinde, SPK tarafından da iptal, butlan veya yokluğun tespiti davası açılabilecektir⁵².

Tahkim yargısında davacı olabilecek kişiler ise, esas sözleşmedeki tahkim şartı ile bağlı olabilecek kişilerdir. Dolayısıyla azınlık pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleridir. Tahkim sözleşmesinin tarafı olmayanlar ya da tahkim anlaşmasının teşmili⁵³ kapsamına girmeyecek kişiler ancak devlet mahkemesinde dava açabileceklerdir.

Burada **paralel yargılama**⁵⁴ problemi ile karşılaşılabilir. Örneğin tahkim sözleşmesine taraf olan pay sahipleri kesin hükümsüzlük davasını tahkim yargılaması ile çözmeye çalışırken, tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan rehin hakkı ya da intifa hakkı sahipleri, aynı gerekçeye dayandıkları kesin hükümsüzlük davasını devlet mahkemesinde çözmeye çalışacaklardır.

Bir de tahkimde, **hakem kararlarının nisbi etkide olması** durumu var. Oysaki ortaklıklar hukukunda menfaat çevresi geniştir. Birçok pay sahibi ve hak sahibi var. Dava açan pay sahibi, kesin hükümsüzlük kararını hakemden aldığı anda, bu karar taraflar arasında geçerlidir. Diğer menfaat sahiplerine sirayet etmez. Bu sorun bedel davası için de söz konusu. Bu konuya ilişkin yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu düşünüyorum. Aksi taktirde klasik tahkimin nisbiliği, ortaklıklar hukuku düzleminde sorunlara yol açabilecektir.

52 Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 291 vd

53 “Teşmil” kavramı için bkz TDK Türkçe Sözlük. “Kapsamına alma, genişletme, yayma”

54 “Paralel yargılama” tanımı için bkz. Ayoğlu, Tolga, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Paralel Yargılama Problemi, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları 1, Onikilevha, 2018, s. 101 vd : “... paralel yargılama kavramı, aynı taraflar arasında, aynı uyumsuzluk hakkında, birden fazla derdest dava (yargılama) bulunması ihtimalini anlatmak üzere kullanılan bir kavramdır. Bu davalardan her ikisi devlet mahkemeleri nünde (farklı devletlere ait mahkemeler önünde), bir dava devlet mahkemesi önünde bir dava hakem heyeti önünde ya da her iki dava da hakem heyeti önünde görülmekte olabilir. Paralel yargılama kavramı, doktrinde her üç ihtimali de kapsayacak genişlikte ve anlamda kullanılmaktadır. ...” Yazar devam eden sayfalarda ortaklıklar hukuku bakımından “atipik” paralel yargılama problemi ile karşılaşıldığını, uyumsuzluğun taraflarının farklı kişiler olması ve davanın hukuki temelinin farklı olması şeklinde paralel yargılama problemlerinin ortaya çıktığını belirtmektedir.

12.2.4.) Davalı ise, somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Çıkarma kararının kesin hükümsüzlüğüne yol açan işlem hakim ortağın şahsından, ortaklıktan, ortaklık yönetim kurulu üyelerinden ya da SPK'dan kaynaklanabilir. Bazı durumlarda ortaklıkla birlikte hakim ortak zorunlu dava arkadaşı olarak davalı konumunda olabilecektir⁵⁵.

12.2.5.) Bu dava bir süreye tabi değildir. Ancak dürüstlük kuralları (TMK m²), işlem ve hukuk güvenliği ilkeleri gereği, hukuka aykırılığın farkına varılması ve öğrenilmesi anından itibaren makul süre içinde davanın açılması gerekir⁵⁶. Yargılama sırasında bu husus da inceleme konusu olabilecektir.

Dava süresi açısından özel düzenleme, SPKn 92/1 hükmünde, SPK'nın açabileceği iptal, butlan veya yokluğun tespiti davaları açısından bulunmaktadır.

MADDE 92- (1) *Bu Kanuna tabi ihraççıların, kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri sebebiyle sermayenin veya mal varlığının azalmasına veya kaybına yol açtığı Kurulca tespit edilmesi hâlinde, Kurul;*

b) *Bu durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının Kurulca tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve **beş yıl** içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açmaya,*

yetkilidir.

12.3.) Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası

12.3.1.) Hakim ortağın çıkarma hakkını kullanma talebinden sonraki süreçte, ortaklık yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşme ile kendilerine yüklenen, ayrıca TMK, TBK, TTK⁵⁷, SPKn ile II-27.3 sayılı Tebliğ düzenlemelerinden kaynaklanan özen ve sadakat borcu kapsamında yerine getirmek zorunda olduğu görevler bulunmaktadır⁵⁸.

⁵⁵ Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 292 vd

⁵⁶ Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 291-292.

⁵⁷ TTK sisteminde yönetim kurulu üyeleri, belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olmasından (m. 549), sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesinden (m.550), aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerinin biçilmesinde yolsuzluk yapılmasından (m.551), ortaklık kurmak veya ortaklığın sermayesini artırmak amacıyla yahut vadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunularak para toplanmasından (m.552) ve kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmelerinden (m.553) sorumludur.

⁵⁸ Kararbaba, Serdar, a.g.e., s. 298 vd

Satın alma ve çıkarma haklarının kullanılması, II-27.3 numaralı Tebliğin 5. maddesinde düzenlenmiş bir süreçtir⁵⁹. Bu süreci yönetmek ve gereken denetimleri yapmak, pay bedellerini hakim ortaktan almak ve işlemin muhatabı azınlık pay sahiplerine ödemek, payları iptal etmek ve yerine yenisini çıkarmak, SPK, Borsa ve MKK'ya bildirimlerde bulunmak, tescil ve ilan işlemlerini yapmak yönetim kurulu üyeleri görevleridir.

Bu süreç içinde doğacak zararlardan yönetim kurulu üyelerinin **kusur sorumluluğu**; kusurun tespitinde TTK m. 369'da düzenlenen "özen ve bağımlılık yükümlülüğü"; yönetim kurulu üyesinin **sorumluluğunun şahsiliği** (yönetim kurulu bir organdır ve bu organ sorumluluğun muhatabı değildir) ve TTK m. 557'de düzenlenen "**farklılaştırılmış teselsül**" ilkeleri, sorumluluk davasında yönetim kurulu üyesinin sorumlu olup olmadığının ya da sorumluluk derecesinin belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken ilkelere, farklılaştırılmış teselsül nedeniyle sorumluluk derecesi ve ödenecek zarar miktarının tespiti hakimden ya da tahkim yoluna başvurulmuşsa hakemden istenebilecektir. Hakemler de tıpkı hakimler gibi hukuka göre, emredici ve yedek hukuk kurallarına uyarak karar verecektir.

12.3.2.) Yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirmede özen borcuna, kanun ve esas sözleşmenin kendisine yüklediği sorumluluğa aykırı davranması sonucu zarara uğrayacak ortaklık, azınlık pay sahipleri ve hakim ortaklar, yönetim kurulu üyeleri aleyhine **doğrudan sorumluluk davası** açarak uğramış oldukları zararın tazminini isteyebilirler.

TTK m. 555/1 gereğine, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu yerine getirmemesi sonucu ortaklığın zarar görmesi halinde, pay sahipleri ve alacaklılar, **dolaylı sorumluluk davası** açarak ortaklığın zararının tazminini talep edebilirler.

Alacaklılar esas sözleşmeye konulacak tahkim şartının tarafı olmadığından, tahkim davası açamayacaktır.

12.3.3.) Dava açma süresi **TTK m. 560** hükmü gereğince, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren **iki** ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren **beş yıl** geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak zarara neden olan fiil cezayı gerektiriyorsa ve Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanacaktır.

⁵⁹ Bu konu hakkında bkz. §.7

12.3.4.) Bu dava ister devlet mahkemesinde açılsın, isterse tahkimde açılsın, hakim ve hakemin yapacağı yargılama, inceleyeceği hususlar aynıdır. Tahkime elverişliliği ihlal eden bir husus olmadığı düşüncesindeyim.

Prof. Dr. Tolga Ayoğlu eserinde Güney New York Eyalet Mahkemesinin 1994 yılında verdiği “*Salomon Inc*” kararından bahsetmektedir. Tahkimde iradilik, taraf teşkili ve dolaylı sorumluluk davasına ilişkin önemli bir bakış açısı edinebileceğimiz bir karar olduğundan, bu çalışmada söz konusu karara yer vermek istiyorum. Bu dava, halka açık ortaklığın, yönetim kurulu üyelerine karşı, ortaklığın uğramış olduğu zararın tazmini istemiyle pay sahipleri tarafından açılmış bir **dolayısıyla sorumluluk davasıdır**. Mahkeme, korporatif nitelikteki bir uyuşmazlığa ilişkin davada; “ortaklığın zararı için yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davasında asıl davacının ortaklık olduğu, pay sahiplerinin “*ortaklığın ayakkabılarını giyinmek suretiyle*” (*in the shoes of the Corporation*) *ortaklığın yerine geçerek davayı açtıkları, bu nedenle ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasında tahkim sözleşmesi mevcut ise davanın tahkimde görülmesi gerektiği, davayı açan pay sahibi ile davalı yönetim kurulu üyeleri arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunup bulunmadığını araştırmaya ve sorgulamaya gerek bulunmadığı, davacı pay sahibinin ortaklık ile davalı yönetim kurulu üyeleri arasındaki tahkim sözleşmesi ile bağlı bulunduğuna*“ karar vermiştir⁶⁰.

Ancak “**Yetkili Mahkeme**” madde başlıklı **TTK m. 561**’de “Sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir.” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu düzenleme, sanki sorumluluk davası bakımından tahkim yolunu kapatıyormuş gibi duruyor. Nitekim bu görüşte olan yazarlar da vardır. Oysa ki bu bir tür tazminat davası ve tarafların iradesine bağlı. Kamu düzeni ile de ilgili değil. Tahkime elverişliliği engelleyecek bir husus da görülmemekte. Tahkim yolunun kapatılmasının bir mantığı yok. **Maddenin gerekçesine**⁶¹ baktığımızda ise tahkim yoluna başvurulabileceği belirtilmektedir. Madde metnine yazmayıp, gerekçeye tahkimi ve yetki sözleşmesi ile yetkili mahkemeyi seçme imkanının olduğunu saklamak, bence doğru bir kanun yapım yöntemi olmamış. Yanılgılara mahal verilmemesi için maddenin değiştirilerek, gerek-

⁶⁰ Ayoğlu, Tolga, a.g.e., s. 21-22

⁶¹ **TTK Madde 561 Gerekçesi:** “6762 sayılı Kanunun 309 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmü bağımsız bir hüküm haline getirilmiştir. İsv. BK m. 761’in aksine hüküm somut olaya göre yetkili olan mahkemeler yanına bir diğer yetkili mahkeme daha eklemekte, yoksa inhisarî yetkiyi haiz bir mahkemeyi göstermemektedir. Tahkim ve yetki sözleşmesi yapmak yolu açıktır.”

çeye saklanan tahkim yoluna başvurulabilme imkanının, madde metnine alınmasının daha yerinde olacağı görüşündeyim.

Teşekkür ediyorum.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL, Burak, Sermaye Piyasası Hukuku, Adalet, 2. Baskı, 2018

AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat, 4. Baskı, 2016

ALTAY, İsmail, Borsa İşlemleri ve Sermaye Piyasası Faaliyetlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü ve Tahkim, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006

ALTAY, İsmail, Türk Menkul Kıymetler Borsası Hukukunda Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından Kotasyon Sistemi ve Kottan Çıkarılan Şirket Yatırımcısının Hukuki Başvuru Yolları, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü Sermaye Piyasası ve Borsa Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007

AYDEMİR, Fatih, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, Onikilevha, 2017

AYOĞLU, Tolga, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Paralel Yargılama Problemi, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları 1, Onikilevha, 2018

AYOĞLU, Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, Onikilevha, 2018

ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile), Vedat, 3. Bası, 2010

ÇEKER, Mustafa, Hakla Açık Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Münasebetiyle), Batider, Haziran 2005, C. XXIII, Sayı:1, s.61-73

EKŞİ, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta, 2. Bası, 2019

ERDEM, H. Ercüment, Şirket Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, Tahkim Anlaşması, Onikilevha, 2020, s. 1-24.

ESKİYÖRÜK, Serhat / ALTAY, İsmail, Tahkim Mevzuatı, Legal, 2020

HELVACI, İlhan, Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İliş-

kin Hukuki Mütalaalar (2000-2010), Doç. Dr. İlhan Helvacı / Prof. Dr. Attila Özer / Av. Rifat Saban Hakem Kurulu, Mehmet Yoluç & Anka İnşaat ve Yapı Endüstrisi Gayrimenkul Geliştirme ve Pazarlama A.Ş. Tahkim Davası Kararı, s.254 vd., Onikilevha

HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Beta, 2.Bası, 2001

KARARBABA, Serdar, Anonim Ortaklıkta Satın Alma (Squeese-out) ve Çıkarma Hakkı, Seçkin, 2016

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Baskı, 2011

MEMİŞ, Tekin / TURAN, Gökçe, Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin, 2. Bası, 2016

MOROĞLU, Erdoğan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Onikilevha, 6. Baskı, 2012

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin, 12. Bası, 2011

POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku C.I., Vedat 14.Bası, 2019

SEKMEN, Orhan, Şirketler Hukukunda, TTK m208 Hükmü ile Hakim Şirkete Tanınan Satın Alma Hakkı (Spueeze-Out Right), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:16, Sayı:197-198, Ocak-Şubat 2021, s: 29-93

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)**İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı**

İsmail Bey teşekkür ederiz. Sağ olun, var olun. Bir tane küçük bir paylaşım var. Bir değerlendirme var Fatmagül Hanım size yönelik olarak. “Sicil aleni dense de özellikle İstanbul Sicil Müdürlüğü KVKK gereğince Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun gereğince avukat olsak dahi belgeleri inceletmemektedir. Vekâletname istemektedir. Bu husus seminer konusu olmasa da aleniyete ciddi bir engel oluşturmaktadır” demiş, Pınar Benli Hanımefendi. Belki siz bu konuda değerlendirmede bulunmak istersiniz.

Av.Fatmagül KANSOY TEMEL**İstanbul Ticaret Odası Ticaret Sicil Müdürü**

Tabi şöyle, doğru söylüyor Pınar Hanım. Şu noktada aleni belgeler, bilgiler hepsi incelenir ama bir de KVKK diye bir kanunumuz var artık. Bunda da işte yönetmeliğimizde diyor ki bunların incelenmesinde müdür kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde gerekli tedbirleri almak zorundadır. Yani birde böyle bir mevzuatımız var. Şimdi inceletmemek diye bir şey yok. Bizim kendi arkadaşımızla, onunla birlikte, yani onun refakatinde dosyaları getirterek inceleyebiliyoruz. Ama online inceleme konusunda her evrakın üzerinde kişisel veriler olduğu için o da tartışmalı bir konu olduğu için mecburen böyle durumla karşı karşıyayız. Yani nereden bize bir sıkıntı doğar, ne olur? Bilemediğimiz için böyle bir tedbir alıyoruz. Ama Hanımefendi gelip istediği dosyayı bizim refakatimizde, bir arkadaşımızın refakatinde inceleyebilir. Orada da bakıyoruz mesela, TC numarası var, adresi var, her şeyi var. Şu anda MERSİS'teki ilanlarımızda onlar açık. Gazeteler açık. Aleniyet dediğim aslında bu bir taraftan da. Şimdi hazırın cetvelinde bile kişisel veriler var. Yani hazırın cetvelindeki imzada da kişisel verimidir? O bile tartışmalı katılan kişinin. TC numarası kişisel veridir dediler. Adres kişisel veridir. İmza kişisel veridir. Ben hazırın cetvelinde neyi göstereceğim? Neyi açacağız, ne olacak? İşte şirketin asıl vekili geldiği zaman ya da kimle ilgili bilgi almak istiyor, o kişinin vekili geldiği zaman onunla ilgili bilgileri gösteriyoruz. Onda bir sıkıntı yok.

Prof. Dr. İlhan HELVACI (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Başkan Yardımcısı

Teşekkür ederiz.

Sözü Senem Hanım’a bırakıyorum. Tekrar tekrar teşekkür ediyorum tüm katılımcılar ve tüm konuşmacılara. Saygılar sunuyorum.

Av. Senem BAHÇEKAPILI VİNCENZİ

İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi Genel Sekreteri

Hocam ben de tekrardan Ahmet Bey’e, Nurcan Hanım’a, Fatmagül Hanım’a ve İsmail Bey’e teşekkür ediyorum. Çok değerli görüşlerini, bilgi ve deneyimlerini paylaştılar. Bizler için de çok faydalı olduğunu düşünüyorum tüm dinleyenler için de.

Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Üyesi

İkinci oturumumuzda ilk konuşmacımız, Prof. Dr.ERCÜMENT ERDEM. Sayın Erdem Erdem&Erdem Ortak Avukatlık Bürosunun kurucusu ve kıdemli ortağıdır. Uluslararası ticaret, birleşme ve devralmalar, özelleştirmeler, kurumsal finansman ve tahkim alanlarında 35 yıla yakın deneyime sahiptir. Enerji, inşaat, finans, perakende, gayrimenkul, havacılık, sağlık ve sigorta dâhil çeşitli sektörlerde yerli ve yabancı müvekkillere hizmet vermektedir. Hocamızın tahkim alanında birçok üyelikleri var. Türkiye’yi temsil etmiş, Milletlerarası Ticaret Odası tahkiminde, İsviçre tahkiminde, Moskova tahkiminde, UNCITRAL tahkiminde ve Tahran tahkiminde farklı kurallar çerçevesinde başkanlık, sekreterlik ve taraf hakemliği yapmıştır. Hocamızın Ticaret Hukuku, Uluslararası Ticaret ve Tahkim alanında birçok kitabı ve makaleleri vardır. Hocamız bugün “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim: İsviçre Örneği, Alınacak Dersler Ve Öneriler” başlıklı tebliğini sunacaktır.

ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM: İSVİÇRE ÖRNEĞİ, ALINACAK DERSLER ve ÖNERİLER

Prof. Dr. H. Ercüment ERDEM¹

Özet

Tahkim, ticaret hayatında sıklıkla başvurulana bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olsa da şirketler hukuku alanında ve özellikle korporatif nitelikli uyuşmazlıkların çözümünde daha az kullanılır. Bu durumun en önemli nedeni ise kuşkusuz esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesine ilişkin yasal düzenleme eksikliğidir. Ayrıca esas sözleşmede tahkim şartına yer verilse bile bu tahkim şartının bağlayıcılığı ve etkileri konusunda belirsizlikler vardır.

Şirketler hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği ve tahkim şartına esas sözleşmede yer verilebilmesi olanağı ülkeden ülkeye değişir. Bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu birçok hukuk sisteminde kabul edilir ve buna uygun olarak ilgili mevzuatlarında esas sözleşmeye tahkim şartı konabilmesine ilişkin hükümler bulunur. Şirketler hukuku uyuşmazlıklarını tahkime elverişli kabul eden ancak buna ilişkin hukuki düzenleme yapmayan ülkeler de vardır. Bunun sonucu olarak öğreti ve yargı kararlarında boşluklar, çelişkiler ve tartışmalar ortaya çıkar.

İsviçre hukuku örneği incelendiğinde şirketler hukuku uyuşmazlıkları her ne kadar tahkime elverişli kabul edilse de ilgili mevzuatta esas sözleşmeye tahkim şartı eklenmesine ilişkin hüküm bulunmuyordu. İsviçre Federal Mahkemesinin esas sözleşmede tahkim şartına nasıl yer verileceğine

1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi (E.). Erdem & Erdem Ortak Avukatlık Bürosu, Kurucu ve Kıdemli Ortak. ICC Commercial Law and Practice Commission, Başkan. ICC Court of Arbitration, Divan Üyesi.

Bu makalenin ortaya çıkmasındaki yardımları için Stj. Av. Melis Uslu'ya teşekkür ederim.

ilişkin bir içtihat yaratmaması da bu alanda tahkimin yaygınlaşmasının önünde engel oluştuyordu. 2020 yılında yapılan İsviçre Borçlar Kanunu (“İsvBK”) Değişikliği ile bu sorunlar giderilmeye çalışıldı.

Türk hukukunda ise şirketler hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği ve esas sözleşmeye tahkim şartı eklenmesi konusundaki görüş ayrılıkları sürüyor. Her ne kadar ticaret sicilinde tescil edilmiş birkaç tahkim şartı örneği bulunsa da uygulamada bu tahkim şartının içeriğine ilişkin çekinceler devam ediyor. Bu çekincelerin giderilmesi ve tahkimin yaygınlaştırılması için olması gereken hukuk açısından İsviçre hukukundaki değişikliklere benzer düzenlemelerin Türk hukukunda da yapılması gereklidir.

Anahtar Kelimeler: şirketler hukuku, tahkim anlaşması, esas sözleşme, İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği, tahkime elverişlilik

Giriş

Günümüz şirketler hukukunda bir uyuşmazlık çözüm aracı olarak tahkim, gün geçtikçe daha çok tercih edilir. Özellikle şirketler hukuku konusunda uzman hakemlerin seçimi, duruşmaların gizliliği, uyuşmazlığın yahut uyuşmazlığa konu şirketin uluslararası nitelikte ve karmaşık bir yapıya sahip olması, uyuşmazlığın devlet mahkemeleri önündeki yargılamalara kıyasen daha kısa sürede çözümlenmesi, istinaf ve temyiz gibi kanun yollarının bulunmaması gibi nedenlerle taraflar tahkime başvurmayı tercih ederler. Şirketler hukuku uyuşmazlıkları hızlı karara ulaşılmasını gerektiren uyuşmazlıklardır. Halbuki, Ticaret Mahkemelerinin bugünkü iş yükü karşısında kısa sürede çözüme kavuşması gereken genel kurul kararlarının butlanı veya iptali davalarının bile, kanun yoluna başvurulmasa dahi, birkaç yılda sonuçlandığı görülür. Tahkim, hızlı çözüm sağlaması ve konunun alanında uzman hakemler tarafından ele alınması açısından şirketler hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde de etkinlik sağlar.

Genel olarak ancak taraf iradesine bağlı konular tahkime elverişlidir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) m. 408; Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”) m. 1 (4)). Bu nedenle her türlü uyuşmazlık tahkime elverişli değildir. Şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği karşılaştırmalı hukukta genel olarak kabul görse de Türk hukukunda bu uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği tartışmalıdır.

Şirketler hukuku uyuşmazlıklarının genellikle tahkime elverişli olduğunu,

ancak öğretideki ve Yargıtay kararlarındaki çekinceleri gidermek için bir yasal düzenleme yapılmasının uygun olacağını, bu yasal düzenlemede o tarihte henüz yasalaşmamış olan İsvBK'daki hükümden yararlanılması gerektiğini 2019'da verdiğim bir tebliğde ve bu tebliğin makale halinde önermişim². Aradan geçen sürede İsvBK'da şirketler hukuku uyuşmazlıklarında tahkime yasal zemin hazırlayan düzenlemeler bazı değişikliklerle yasalaştı, öğretideki görüşler zenginleşti. Bu gelişmeler çerçevesine konuyu tekrar ele almanın ve yaptığım yasal düzenleme önerilerini geliştirmenin doğru olacağını düşündüm.

Bu çalışmada öncelikle şirketler hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği kısaca açıklanır. Karşılaştırmalı hukukta ve özellikle İsviçre hukukundaki durum ele alınır, ilgili tartışmalara yer verilir. Ardından bu uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusundaki tartışmalara son vermeye yönelik olarak esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesine dair İsvBK Değişikliği incelenir. Son olarak, tahkimin uluslararası alandaki önemi ve yaygınlığı da göz önüne alınarak Türk hukukunda benzer sorunlara çözüm olması açısından yasal düzenleme önerilerinde bulunulur.

I. Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği

Tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlığın mahkemeler yerine tarafların serbest iradeleri ile hakemler aracılığıyla çözülüp çözülemeyeceği konusunu belirler. Tahkime elverişli bir uyuşmazlık “iki tarafın iradelerine tabi uyuşmazlık” olarak tanımlanabilir (HMK m. 408; MTK m. 1 (4))³.

Şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıklar genel olarak tahkime elverişli olarak değerlendirilir. Bu uyuşmazlıkları ortaklar arasındaki uyuşmazlıklar ve şirket ile ortaklar arasındaki korporatif uyuşmazlıklar olarak incelenebilir.

Pay sahipleri sözleşmesinden, pay satım sözleşmesinden yahut ortak girişim sözleşmesinden doğabilecek ortaklar arası uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu konusunda Yargıtay ve öğretide görüş birliği bulunur⁴. Çünkü bu uyuşmazlıklar taraf iradesine bağlıdır.

2 **Erdem, H. Ercüment:** “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, Tahkim Anlaşması, Kocasakal Özdemir, Hatice/Balkar, Süheyla (ed.), İstanbul 2020, s.1-24.

3 Tahkime elverişlilik konusunda genel olarak bkz. **Erdem, H. Ercüment:** Milletlerarası Ticaret Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2020, par. 1692 vd.; **Huysal, Burak:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.

4 **Erdem,** Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, s. 6-7 ve dn. 15’de sayılan yazarlar.

Korporatif uyuşmazlık olarak nitelendirilen ve şirketin yapısına, işleyişine ilişkin veya şirket ve pay sahipleri arasındaki uyuşmazlıklar hakkında ise öğreti ve Yargıtay kararlarında farklı görüşler ileri sürülür. Öğretide tüm uyuşmazlıkları tahkime elverişli bulanlar olduğu gibi, hiçbir uyuşmazlığı tahkime elverişli bulmayanlar veya sadece genel kurul kararlarına ilişkin uyuşmazlıkları tahkime elverişli bulanlar ve fesih davalarını tahkime elverişli bulmayanlar da vardır⁵. Yargıtay ise genel kurul kararlarının iptalini⁶ ve şirketin feshini tahkime elverişli bulmaz⁷.

Kanımca, korporatif uyuşmazlıkları her olay temelinde ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Ancak bu uyuşmazlıklar büyük ölçüde taraf iradesine bağlıdır ve tahkime elverişlidir⁸. Genel kurul kararının iptali ve butlanın tespiti davalarının⁹ ve fesih davalarının¹⁰ da tahkime elverişli olduğunu düşünüyorum.

Öğreti ve Yargıtay kararları arasında derin görüş farklılıkları göz önüne alındığında bu alandaki sorunlar ancak şirketler hukukunda tahkime ilişkin yasal bir düzenleme ile giderebilir. Nitekim İsviçre hukukunda da benzer tartışmalar ve görüş ayrılıkları sonucunda yasal düzenleme yapma gereksinimi doğdu ve uzun çalışmalar sonucunda İsvBK Değişiklik Metni hazırlandı. Sözü geçen Değişiklik Metni Haziran 2020’de İsviçre Federal Meclisi tarafından onaylandı. Bu değişikliğe paralel olarak İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“İsvHMK”) ile İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda da (“İsvMÖHK”) gerekli değişiklikler yapıldı.

5 **Erdem**, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, s. 7-8 ve dn. 18-20’de sayılan yazarlar.

6 **Erdem**, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, s. 11.

7 **Erdem**, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, s.15.

8 Tahkime elverişli olan uyuşmazlıklara örnek olarak, bireysel pay sahipliği hakları (birleşme, bölünme ve tür değiştirmede denkleştirme akçesinin saptanması (TTK m. 191/1); bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK m. 437/5); özel denetim isteme hakkı (TTK m. 438/2)) ve azınlık haklarının kullanılmasına ilişkin şirketler hukukuna özgü çekimsez yargı işleri (denetçinin değiştirilmesini istemek (TTK m. 399/4, b); genel kurulu toplantıya davet etmek ve gündeme madde ekletmek (TTK m. 412/1); özel denetçi atanmasını istemek (TTK m. 439/1); haklı sebeple fesih (TTK m. 531)), kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin sorumluluğunu dava etmek (TTK m. 555; sorumlular aleyhine açılacak davada yetkili mahkemeyi düzenleyen TTK m. 561 gerekçesinde “*Tahkim ve yetki sözleşmesi yapmak yolu açıktır*” denilmiştir. TTK Gerekçesi, m. 561. Bu nedenle sorumluluk davalarının tahkime elverişli olduğunda duraksamamak gerekir.), pay devir işlemleriyle bağlantılı davalar (payların gerçek değerinin belirlenmesi-TTK m. 493/5), çıkma (TTK m. 202, TTK m. 638/2) ve çıkarılmaya (TTK m. 640/3) ilişkin davalar ve sermaye borcunun ifasına ilişkin (TTK m. 128/4, TTK m. 129) davalar sayılabilir. **Erdem**, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, s. 8.

9 **Erdem**, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, s. 13.

10 **Erdem**, Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, s. 16-17.

II. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Karşılaştırmalı hukukta birçok hukuk sisteminde şirketler hukuku uyuşmazlıkları tahkime elverişli kabul edilir.

Kapalı şirketler açısından Hollanda, Finlandiya, Avusturya, İsveç¹¹, İtalya¹², İspanya ve Brezilya¹³ tahkim şartına esas sözleşmede nasıl yer verileceğine ilişkin yasal düzenlemeye sahip ülkeler arasında sayılabilir. Fransa, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’de de esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi genel kabul görür¹⁴. Uygulamada da önemli sayıda esas sözleşmenin tahkim şartı içerdiği görülür. Örneğin Almanya’da tüm tahkimlerin yaklaşık üçte biri esas sözleşmede yer alan tahkim şartına bağlı olarak yürütülür¹⁵. İtalya’da ise tüm şirketlerin yarısından fazlasının esas sözleşmesinde tahkim şartı bulunur¹⁶. Bu sayılar şirketler hukukunda tahkimin ne kadar yaygın olduğunu gösterir.

İsviçre hukukunda ise esas sözleşmede yer alan tahkim şartının geçerliliği tartışmalıydı¹⁷. İsviçre öğretisinde, adi ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmaması ve adi ortaklığın sözleşmeye dayanması nedeniyle adi ortaklıkta ortaklar arası ilişkiye uygulanmak üzere tahkim şartının kararlaştırılabileceğine ilişkin bir genel kabul söz konusuydu¹⁸. Ancak tahkim şartına esas sözleşmede yer verilmesine ilişkin yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle özellikle limited ve anonim şirketlerde konuya temkinli yaklaşıldı.

Halka açık şirketlerin esas sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilmesi bakımından da karşılaştırmalı hukukta yeknesak bir uygulama söz konusu değildir. Halka açık şirketlerin esas sözleşmelerinde tahkim şartına yer

11 **Bersheda, Tetiana**: “Les clauses d’arbitrage statutaires en droit Suisse”, ASA Bulletin, Kluwer Law International 2009, Volume 27, Issue 4, s. 697.

12 **Bersheda**, s. 694-695.

13 **Ayoğlu, Tolga**: Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 24.

14 **Ayoğlu**, s. 12.

15 **Duve, Christian/Wimalasena, Philip**: “Part IV: Selected Areas and Issues of Arbitration in Germany, Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany”, Arbitration in Germany: The Model Law in Practice (Second Edition), Kluwer Law International 2015, s. 929.

16 **Allemann, Richard G.**: “Setting the Ground for Corporate Arbitration in Switzerland: Swiss Parliament Approves New Rules for Arbitration of Corporate Law Disputes”, Kluwer Arbitration Blog, August 17, 2020, s. 1.

17 İsviçre hukukunda şirketler hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği ve esas sözleşmeye konan tahkim şartlarının geçerliliği hakkında bir durum saptaması açısından bkz. Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme), 16.077, FF, 2017 (Message société anonyme), s. 494-495.

18 **Bersheda**, s. 692.

verilmesine Almanya ve Amerika Birleşik Devletleri'nde olumsuz yaklaşılırken¹⁹ Fransa ve İspanya'da halka açık veya kapalı ayrımı yapılmaksızın tüm şirketlerin esas sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilmesine imkân tanınır²⁰. Bu açıdan tahkime karşı en açık tutuma sahip olan Brezilya hukukunda ise borsanın bazı kısımlarına kayıt için şirket esas sözleşmesinde tahkim şartının kararlaştırılmış olması şart koşulur²¹.

Uygulamaya bakıldığında halka açık şirketlerde tahkim şartı içeren esas sözleşmelere rastlanır. Örneğin Royal Dutch Shell plc, Kone Oyj veya Petrobbras SA gibi şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunan tahkim şartları bu eğilimin öne çıkan örneklerini oluşturur²².

III. İsviçre Hukukundaki Durum ve İlgili Tartışmalar

İsviçre'de şirketler hukuku uyuşmazlıklarının genel olarak tahkime elverişli kabul edilir²³. Ancak Federal Mahkeme kararları ve öğretide tartışmalı konular vardır.

A. İsviçre Federal Mahkemesinin Yaklaşımı

Federal Mahkeme ise çoğu kararında şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusuna değinmekten kaçınsa da kooperatif ana sözleşmelerinde, kat malikleri arasındaki sözleşmelerde ve dernek tüzüklerinde tahkim şartına yer verilmesine dair çeşitli kararlar verdi²⁴. Özellikle dernekler konusundaki kararlarında tahkim şartının hangi koşullarda geçerli olacağına ilişkin düzen kurduğu görülür²⁵.

19 Ayoğlu, s. 14.

20 Ayoğlu, s. 23-24.

21 Gil Lemstra, Patricia/McCahery, Joseph: "Mandatory Arbitration of Intra-Corporate Disputes in Brazil: A Beacon of Light for Shareholder Litigation?", Cambridge International Handbook of Class Actions, Brian Fitzpatrick & Randall Thomas, eds., 2020; Ayoğlu, s. 24.

22 Royal Dutch Shell Plc esas sözleşmesi m. 138'de yer alan tahkim şartı için bkz: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1306965/000119312519276250/d787822dex1.htm>. Kone Oyj esas sözleşmesi m. 12'de yer alan tahkim şartı için bkz.: <https://www.kone.com/en/investors/governance/articles-of-association/>

23 Gissberger, Daniel/Voser, Nathalie: "The Arbitration Agreement and the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal", International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives, Fourth Edition, s. 133.

24 Kooperatiflerde çoğunluk oyu ile kararlaştırılan tahkim şartının üyeler için bağlayıcı olduğuna ilişkin bkz. BGE 22 II 552; Derneklerde dernek tüzüğündeki tahkim şartının bağlayıcılığına ilişkin bkz. BGE 69 I 8; Kat malikleri arasındaki sözleşmelerde yer alan tahkim şartının kat maliklerini bağlaması için geçerlilik şartlarının sağlanmış olması gerektiğine ilişkin bkz. BGE 110 Ia 106.

25 Dernek tüzüğüne eklenen tahkim şartının yazılılık şartını sağlaması için (i) yazılı bir katılma beyanının tüzüğe eklenmesi veya (ii) katılma beyanının tüzükteki tahkim şartına atıf yapması veya (iii) yeni üyelerin tahkim şartının varlığından haberdar olduklarının anlaşılması gerekir. Öğretide hem kurucu üyelerin hem de sonradan üye olanların katılma beyanında bulunması gerektiği savunulur. Ayrıntılı bilgi açısından bkz. Bershada, s. 699.

Federal Mahkeme, 142 III 220 sayılı kararında şirket ile pay sahipleri arasındaki uyuşmazlıkların tahkimde görüleceğine ilişkin esas sözleşme hükmünü geçerli sayar²⁶. Aynı karara göre şirkette sonradan pay sahibi olanların tahkim şartı ile bağlı sayılması için tahkim şartına onay vermesi gerekir²⁷. Ancak Federal Mahkeme yeni pay sahibinin tahkim şartı ile bağlı olması için bu onayı yazılı verip vermemesine ilişkin herhangi bir saptama yapmadı. Öğreti, şirketler hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği ve esas sözleşmede tahkim şartına ne şekilde yer verileceği gibi konularda yol göstermekten kaçınması nedeniyle İsviçre Federal Mahkemesini eleştirmektedir.

B. Öğretideki Tartışmalar

Şirketler hukukuna ilişkin tahkim uygulamasının özel bir yasal düzenlemeye kavuşmadığı diğer tüm ülkelerde olduğu gibi İsviçre’de de birçok tartışmalı konu söz konusuydu.

Birinci tartışma esas sözleşmeye konacak tahkim anlaşmasının hukuki niteliği hakkındadır²⁸. Tahkim, tarafların iradesine ve anlaşmasına bağlı bir uyuşmazlık çözüm yoludur; bu nedenle kural olarak sözleşme temeline dayanır. Tahkimin sözleşmesel niteliği nedeniyle akdedilecek tahkim anlaşmasının taraflar arasında hüküm doğuracağı ileri sürülebilir. Bu durumda tahkim şartı esas sözleşmeye konduğu zaman korporatif hüküm, yani *lex specialis* haline gelip gelmediği sorusu akla gelir. Çünkü esas sözleşmenin niteliği de şirketler hukukunda tartışılan bir konudur. Öğretide esas sözleşmenin hukuki anlamda çok taraflı sözleşme niteliğini haiz olduğunu ileri süren görüşler ile esas sözleşmenin ticaret siciline tescille objektif hukuk normu niteliğini kazandığının savunan görüşler bulunur²⁹. Esas sözleşmenin niteliği hakkında benimsenecek görüşe göre esas sözleşmede yer alan tahkim şartının da korporatif etkiye sahip olacağı da savunulabilir.

Tartışmalı olan bir diğer konu ise tahkim şartının tüm ortaklar açısından

26 **Scherer, Matthias**: Introduction to the Case Law Section, ASA Bulletin, Volume 36 Issue 2, 2018, s. 379-380.

27 **Müller, Christoph/ Riske, Olivier**: Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 178 [Arbitration agreement] Switzerland: The Practitioner’s Guide, 2nd edition, 2018, s. 94.

28 **Bersheda**, s. 692-693.

29 **Veziroğlu, Cem**: Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık 2021, s. 181. Türk hukukunda esas sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin görüşler açısından bkz. **Ayoğlu**, s. 47 vd. Kanımca esas sözleşme karma bir yapıdadır. Hem şirketin kurumsal yapısına ilişkin şirketler hukuku düzenine ait hükümler (korporatif hükümler), hem de ortaklar arası ilişkileri düzenleyen borçlar hukuku nitelikli hükümleri içerebilir. **Erdem, H. Ercüment**: “Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK’nın Çözümleri, Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016), İstanbul 2017, s. 275-276.

bağlayıcı olmasına ilişkindir³⁰. Tahkim şartının kurucu ortaklar açısından esas sözleşmeyi imza ettikleri anda bağlayıcı olduğunda bir kuşku yoktur. Ancak pay sahipliği değişikliği gerçekleştiğinde tahkim şartının yeni gelen ortaklar açısından bağlayıcılığının nasıl sağlanacağına ilişkin bir belirsizlik söz konusudur. Esas sözleşmedeki tahkim şartının yeni gelen ortaklar hakkında yazılı şekil şartını yerine getirip getirmediği konusu da öğretide tartışmalıdır.

Keza esas sözleşmeye sonradan eklenecek tahkim şartı için genel kurulda aranacak çoğunluğa dair de tartışma vardır. Kural olarak kanunda veya esas sözleşmede aksi belirtilmedikçe esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının alınması için oybirliği aranmaz. Ancak esas sözleşmeye sonradan eklenecek tahkim maddesi için adi çoğunluğa dayanan bir esas sözleşme değişikliği de ortakların menfaatlerine uygun olmayabilir. Bu esas sözleşme değişikliği nitelikli bir çoğunluğa bağlanabileceği gibi, oy birliği de öngörülebilir.

Esas sözleşmeye konan tahkim şartı ile tek borç ilkesine aykırılık olup olmayacağı konusunda şüpheler doğabilir³¹. Tek borç ilkesine göre kanunen öngörülen istisnalar dışında pay sahibine, esas sözleşmeyle taahhüt ettiği payların karşılığında ödemeyi yükümlendiği sermayeyi ve primi ödemek dışında herhangi bir borç yüklenemez³². Ortağın esas sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olmasının ortak için yeni bir borç yarattığının kabulü halinde bu durumun anonim şirketler açısından geçerli olan tek borç ilkesine aykırılık oluşturacağı tartışmalıdır. Ancak İsviçre hukukunda esas sözleşmeye konacak tahkim şartının pay sahiplerinin asli hak ve borçlarını etkilemediği gerekçesiyle tek borç ilkesine aykırılık doğurmayacağı ağırlıklı olarak kabul edilir³³.

IV. İsviçre Hukuku'nda Yeni Yasal Düzenlemeler

İsviçre şirketler hukuku alanında yapılan değişiklikler 2007 yılından beri devam etmekteydi³⁴. İsvBK taslağı 2015'e kadar görüşe açık kaldıktan sonra Haziran 2020'de İsviçre Federal Meclisi tarafından kabul edildi ancak

30 **Bersheda**, s. 699, 707-708.

31 **Bersheda**, s. 699.

32 **Ayoğlu**, s. 34.

33 **Bersheda**, s. 705. Yazara göre tahkim anlaşması borç niteliğini taşımaz ve ortaklara yan edim yükümlülüğü getirmez. Aynı yönde **Veziroğlu, Cem**: "Arbitration of Corporate Law Disputes in Joint Stock Companies under Turkish Law: A Comparative Analysis", Global Relations Forum Young Academics Program Policy Paper Series No. 9, Mart 2019.

34 **Erdem, Ercüment**: İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı ve Taslağın Türk Hukukuna Etkisi, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara 2015, s. 142

henüz yürürlüğe girmedir. Bu değişikliklere paralel olarak İsvHMK ile İsvMÖHK yenilendi. İsvMÖHK da 19 Haziran 2020’de İsviçre Federal Meclisi tarafından kabul edildi fakat Borçlar Kanunu Değişikliğinin aksine 1 Ocak 2021’de yürürlüğe girdi.

C. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’ndaki Değişiklikler

İsviçre’deki yasal düzenlemelere değinecek olursak, İsviçre’de de tıpkı Türkiye’de olduğu gibi tahkim konusunda iki büyük düzenleme bulunur. İç tahkim İsvHMK, milletlerarası tahkim ise İsvMÖHK ile düzenlenir.

1 Ocak 2021’de yürürlüğe giren son yasal değişiklikler ile her iki kanunda da önemli değişiklikler oldu. İsvMÖHK m. 178’de tahkim anlaşmasının yazılı veya metin ile kanıtlanabilecek herhangi bir şekilde yapılabileceği ilkesi korundu ancak aynı zamanda ilgili kanun hükmünün kıyasen tek taraflı hukuki işlemlere veya esas sözleşmedeki tahkim şartlarına da uygulanabileceği de düzenlendi³⁵. İsvMÖHK m.178/4 hükmü şöyledir:

“Les dispositions du présent chapitre s’appliquent par analogie à une clause d’arbitrage prévue dans un acte juridique unilatéral ou des statuts”.

Öğretide bu yeni düzenlemenin dar bir kapsamı olduğu, hukuk güvenliği açısından esas sözleşmelere konan tahkim şartlarının geçerli kabul edildiği ancak esas sözleşmede yer alan tahkim şartını ayrıntılı olarak düzenlemeyi hedeflemediği belirtilir³⁶.

Keza İsvHMK m. 358’de de benzer şekilde tahkim anlaşmasının yazılı veya metin ile kanıtlanabilen başka bir şekilde yapılabileceğine halel getirmeksizin kanunun ilgili bölümünün kıyasen tek taraflı hukuki işlemlerde veya esas sözleşmelerde yer alan tahkim şartına da uygulanacağı ifade edildi. İsvHMK m. 358/2 hükmü şöyledir:

35 Bu düzenlemenin tarihi gelişimi ve getirilen yenilikler hakkında bkz. **Besson, Sébastien/ Rigozzi, Antonio**: “La réforme du droit suisse de l’arbitrage international”, *Revue de l’Arbitrage*, Volume 2021 Issue 1, 2021, s. 14 vd.; genel değerlendirme için s. 56-58; **Johnson, Alexandra**: “La révision du droit suisse de l’arbitrage international”, in Caroline Verbruggen and Maarten Draye (eds), *b-Arbitra*, *Belgian Review of Arbitration* (Wolters Kluwer 2020, Issue 2), s. 284 vd.

36 **Besson/Rigozzi**, s. 24-25. Hükmün gerekçesinde de İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.178/4’e eklenen hükmün aydınlatma (“clarifier”) amacı taşıdığı belirtilir. Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12 Arbitrage international) du 24 octobre 2018, 18.76, FF 2018 (“Message LDIP”), s. 7178. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2548/fr>

“Les dispositions de la présente partie s’appliquent par analogie aux clauses d’arbitrage prévues dans des actes juridiques unilatéraux ou des statuts”.

İleride daha ayrıntılı açıklanacağı üzere şirketler hukuku alanında yapılan reform ile İsvBK’na eklenen 697n maddesi de göz önüne alındığında esas sözleşmeye tahkim şartı konulabileceği konusu, tahkimi düzenleyen İsvHMK ve İsvMÖHK ile şirketler hukukunu ilgilendiren İsvBK olmak üzere üç önemli metinde dile getirilmiş oldu.

İsviçre öğretisinde ve İsvMÖHK Gerekçesinde 2021 yılında tahkim alanında yapılan bu reformun esasa ilişkin bir yenilik getirmediği, daha çok hukukta tutarlılığı sağladığı, zaten esas sözleşmelerde ve spor federasyonlarının yönetmeliklerinde yaygın olan ve geçerliliği konusunda şüphe bulunmayan tahkim şartlarının hukuka uygunluğunu teyit ettiği savunulur³⁷. Burada tartışmalı olan konu esas sözleşmede yer alan tahkim şartının kimler için bağlayıcı olduğu ve özellikle sermaye şirketlerinde bu tahkim şartlarının kanunun öngördüğünün aksine pay sahiplerine yükümlülükler getirip getirmediği noktasında ortaya çıkar. İsvMÖHK ve İsvHMK’da yapılan değişiklikler ile bu tartışmaları sonlandıracak bir cevap getirilememiş olmakla birlikte İsvBK değişikliği ile bu tartışmalara son verilmek istenir.

D. İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki Değişiklikler

İsvBK’a eklenen ancak daha henüz yürürlüğe girmeyen 697n maddesi esas sözleşmede tahkim şartına yer verilebileceği hususunu açıkça öngörüyor. İsviçre Federal Meclisi, şirketlerin esas sözleşmelerinde yer alan tahkim şartına ilişkin yeni düzenlemeyi 19 ve 26 Haziran 2020’de kabul etti ancak bu hükümler henüz yürürlüğe girmedi. İlgili düzenlemenin 2022 sonu veya 2023’te yürürlüğe girmesi bekleniyor. İsvBK 697n³⁸ maddesinin serbest çevirisi şöyledir:

37 **Besson/Rigozzi**, s. 19, 25; **Johnson**, s. 293, 295, Message LDIP, s. 7178.

38 Hükümün Fransızcası şu şekildedir:

(1) *Les statuts peuvent prévoir que les différends relevant du droit des sociétés sont tranchés par un tribunal arbitral sis en Suisse. Sauf disposition contraire des statuts, la société, ses organes, les membres des organes et les actionnaires sont liés par la clause d’arbitrage.*

(2) *La procédure arbitrale est régie par la 3e partie du code de procédure civile; le chapitre 12 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé n’est pas applicable.*

(3) *Les statuts peuvent régler les modalités, notamment par le biais d’un renvoi à un règlement d’arbitrage. Ils veillent à ce que les personnes qui peuvent être directement concernées par les effets juridiques de la sentence arbitrale soient informées de l’introduction et de la conclusion de la procédure et puissent participer à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure en tant qu’intervenants”.*

“Madde 697n

(1) Esas sözleşme şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların İsviçre’de oluşturulan bir hakem kurulu tarafından çözümleneceğini öngörebilir. Esas sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça şirket organları, organların üyeleri ve pay sahipleri tahkim şartıyla bağlıdır.

(2) Tahkim yargılaması Hukuk Muhakemeleri Kanunun 3. Kısımına tabiidir, Milletlerarası Özel Hukuk hakkındaki 18 Aralık 1987 tarihli Federal Kanunun 12. Bab hükümleri uygulanmaz.

(3) Esas sözleşme özellikle bir tahkim kuralına atıfta bulunarak usulü düzenleyebilir. Hakem kararına hukuki sonuçlarıyla doğrudan etkilenebilecek kişilerin yargılamanın başlatılması ve sonuçlandırılması konusunda bilgilendirilmelerine hakem kurulunun oluşturulmasına ve yargılamaya müdahil olarak katılabilmelerini gözetir.”

Tahkim şartının şirketin kuruluşu sırasında esas sözleşmeye eklenebileceği 697n maddesinden açıkça anlaşılrsa da tahkim şartının şirket kuruluşundan sonra esas sözleşme değişikliği ile esas sözleşmeye dahil edilmesi durumunun da ayrıca düzenlenmesi gerekti. İsvBK’nın 704. maddesinde yapılan değişiklik ile ilgili maddeye yeni bir fıkra eklendi (İsvBK m. 704 (1) (14). Bu fıkra göre esas sözleşmeye tahkim şartının eklenmesi için verilen oyların en az üçte iki çoğunluğu ve verilen oyların itibari değerlerinin çoğunluğuyla alınan bir genel kurul kararı gereklidir³⁹. Hükümden, esas sözleşme değişikliği ile tahkim şartının esas sözleşmeye eklenmesine ilişkin genel kurul kararının alınabilmesi için artırılmış nisap ve çifte çoğunluk öngörüldüğü anlaşılır⁴⁰.

1. Hükümün Özellikleri

Kanun değişikliği öncesi İsviçre Federal Mahkemesi, verdiği kararlarda esas sözleşmedeki tahkim şartının hukuki doğası, geçerliliği ve kapsamı konusuna yeteri kadar yol göstermediği nedeniyle eleştirilmekteydi⁴¹. Bu şekilde esas sözleşmede kararlaştırılacak tahkim şartı için tüm pay sahiplerinin yazılı iznine gerek olup olmadığı veya tüm pay sahiplerini bağlaya-

39 İsviçre Borçlar Kanunu m. 704 hükmü şöyledir: “Une décision de l’assemblée générale recueillant au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité des valeurs nominales représentées est nécessaire ... pour l’introduction d’une clause d’arbitrage dans les statuts”.

40 Hükümün gerekçesinde, ortakların devlet yargısından vazgeçerek tahkime yönelmelerinin artırılmış bir nisabı gerekli kıldığı vurgulanır. Message société anonyme, s. 496.

41 Allemann, s. 1.

cak bir tahkim şartı için pay sahiplerinin çoğunluğunun oyuna gerek olup olmadığı tartışmalıydı⁴². İsviçre öğretisine göre, bu yeni düzenleme tahkim şartı açısından sözleşme dışı bir zemin hazırlar⁴³. Tahkim şartının yer alacağı esas sözleşmenin sözleşme dışı, korporatif karakteri hüküm ile ortaya konur⁴⁴. Esas sözleşmede yer alan tahkim şartları söz konusu olduğunda İsvHMK ve İsvMÖHK hükümlerinin doğrudan değil kıyasen uygulanmasının nedeni de budur⁴⁵.

Hükümün bir başka önemli özelliği ise hakem kurulunun İsviçre’de oluşturulması ve İsvHMK hükümlerinin uygulanması gerekliliğidir. Esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilen şirketin İsviçre hukukuna tabi bir şirket olması nedeniyle uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına yahut tarafların yerleşim yerine bakılmaksızın İsvHMK uygulanır. Dolayısıyla esas sözleşmede yer alan tahkim şartına dayanarak yapılacak tahkim iç tahkimdir ve İsviçre hukuku uygulanır. Hükümde İsvMÖHK 12. Bap hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilir. Bu nedenle, İsvHMK m. 353(2) yollamasıyla, İsvMÖHK 12. Bap hükümlerinin (milletlerarası tahkim) uygulanması söz konusu olmaz⁴⁶. Bu çerçevede İsvMÖHK m. 192(1) uyarınca kanun yollarından feragat de söz konusu değildir. Böylece hakem kararları Federal Mahkemenin (veya istisnai hallerde Kanton Mahkemelelerinin, İsvHMK m. 390 (1)) denetimi altındadır (İsvHMK m. 389(1))⁴⁷.

Esas sözleşmede İsvHMK’nın izin verdiği şekilde (İsvHMK m. 373 (1)(b)) tahkimin hangi usule bağlı olacağı da öngörülebilir, örneğin kurumsal tahkim veya ad hoc tahkim kurallarına atıf yapılabilir. Esas sözleşmede ayrıca hakem kararına hukuki sonuçlarıyla doğrudan etkilenebilecek kişilerin yargılamanın başlatılması ve sonuçlandırılması konusunda bilgilendirilmelerine, hakem kurulunun oluşturulmasına ve yargılamaya müdahil olarak katılabilmelerine ilişkin hükümler öngörülmalıdır. Bu düzenleme İsvBK Değişiklik Metni’nin ilk taslağında yer almıyordu. Bu nedenle İsv-

42 Bersheda, s. 699 vd.; Besson/Rigozzi, s. 25.

43 Allemann, s. 2.

44 Allemann, s. 2.

45 Allemann, s. 2.

46 İsvHMK m. 353(2) uyarınca taraflar tahkim sözleşmesinde veya daha sonra yapacakları bir anlaşmayla İsvHMK’nın tahkime ilişkin 3 Kısım hükümlerinin uygulanmayacağını ve bunun yerine İsvMÖHK 12. Bap hükümlerinin uygulanacağını beyan edebilirler. Bu beyan İsvHMK m. 358’de düzenlenen şekle (yazılı şekil veya metinle kanıtlanabilen başka bir şekil) uygun olmalıdır.

İsvHMK m. 353(2) hükmü şöyledir: “*Les parties peuvent, par une déclaration dans la convention d’arbitrage ou dans une convention ultérieure, exclure l’application de la présente partie et convenir que les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont applicables. La déclaration doit satisfaire aux conditions de forme de l’art. 358*”.

47 Message société anonyme, s. 495.

BK Değişiklik Gerekçesinde, görüş toplama aşamasında eleştirilen, ortakları tahkim süreci hakkında bilgilendirme yükünün taslak metinden çıkarıldığı belirtiliyordu⁴⁸. İsvBK m. 697n(3)'de yer alan bu düzenlemenin sonradan eklendiği ve Federal Meclis'ten bu şekilde geçtiği anlaşıyor. Eklenen bu düzenlemeyi yerinde buluyorum. Zira, genel kurul kararlarının iptali veya şirketin feshi gibi tüm ortakları ilgilendirecek davalarda, aynı veya farklı gerekçelerle bu davaya katılmak isteyen ortaklara da bu fırsat verilmelidir. Böylece aynı genel kurul kararına karşı farklı farklı ortaklar tarafından dava açılmasının önüne geçilir ve usul ekonomisine de uygun davranılır. Nitekim, örneğin Türk hukukunda, genel kurul kararlarının iptaline ilişkin davalarda da üç aylık hak düşümü süresinin sona ermesinden önce duruşmaya başlanmaz ve birden fazla iptal davası açıldığı takdirde bu davalar birleştirilerek görülür (TTK m. 448(2)).

İsviçre hukukunda, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, esas sözleşmenin tamamı tescil ve ilan edilir. Bu nedenle esas sözleşmede yer alan tahkim şartı da tescil ve ilana tabidir. Ancak esas sözleşmenin tescilin olumlu fonksiyonundan yararlanan ve dolayısıyla üçüncü kişiler nezdinde etki doğuran hükümleri İsvBK'da sayılır. Tahkim şartı ise tescilin olumlu fonksiyonundan yararlanan hükümler arasında yer almaz. İsvBK Değişiklik Metni gerekçesinde de belirtildiği üzere, şirkete sonradan ortak olan pay sahiplerinin tahkim şartına tabi olduklarını bilmeleri açısından tahkim şartı da dahil olmak üzere tüm esas sözleşmenin ticaret siciline tescili önem taşır. Bu nedenle İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü'nün 45. maddesinde tahkim şartının da üçüncü kişiler nezdinde etki doğuran hükümler arasında sayılması gerektiği gerekçede ifade edilir⁴⁹.

İsviçre öğretisinde tartışmalı olan bir başka konu da payları sonradan edinen ortakların tahkim şartı ile bağlı olmaları için ek bir şekil şartını yerine getirme veya rıza beyanında bulunma zorunluluğu bulunup bulunmadığıdır. İsvBK Değişiklik Metni'nden, şirkette sonradan pay sahibi olan ortaklar hakkında tahkim şartının geçerliliği için kabul beyanı veya esas sözleşmeye katılma belgesi düzenlenmesi gibi bir zorunluluk aranmadığı, pay sahiplerinin esas sözleşmede öngörülen hak ve borçlara doğrudan sahip olacakları anlaşılır.

48 Message société anonyme, s. 495-496.

49 Message société anonyme, s. 495.

2. Hükümün Maddi Uygulama Alanı

İsviçre öğretisinde, şirketler hukuku kapsamındaki korporatif uyuşmazlıklardan hangilerinin tahkime elverişli olduğu konusu tartışmalıydı⁵⁰. İsvBK Değişiklik Metni Gerekçesi'ne göre m. 706'da düzenlenen genel kurul kararının iptali ve genel kurul kararının butlanı davaları, m. 736'da düzenlenen haklı nedenle fesih talepleri, m. 634'te düzenlenen tamamen ödenmemiş sermaye borcuna ilişkin uyuşmazlıklar, m. 678'de düzenlenen haksız kar payı gibi diğer kazançların geri verilmesine ilişkin uyuşmazlıklar ile m. 752'de düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin ve müdürlerin doğrudan veya dolaylı sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar esas sözleşmede öngörülecek bir tahkim şartına dayanılarak tahkime konu edilebilir⁵¹.

Esas sözleşme, tahkim şartının konu bakımından uygulamasını sınırlandırmadığı sürece, şirketler hukukundan doğan tüm uyuşmazlıklar için tahkime başvurulabilir. Ancak esas sözleşmenin daha dar bir kapsam öngerebileceği ve bazı uyuşmazlıkları tahkim şartının kapsamı dışında bırakabileceği vurgulanmalıdır⁵².

3. Hükümün Kişisel Uygulama Alanı

Tahkim şartında aksine bir belirleme yoksa, tahkim şartı şirket, şirketin organları ve organların üyeleri ile ortaklar için bağlayıcıdır. Ancak hükümün maddi uygulama alanında olduğu gibi kişisel uygulama alanı da esas sözleşme ile daraltılabilir. Esas sözleşmede kimlerin tahkim şartı ile bağlı olduğu belirtilebilir. Ancak Gerekçeye göre, hukuk güvenliğinin sağlanması için kişi bakımından sınırlama yapılmaksızın şirket, organlar ve pay sahipleri için geçerli bir tahkim şartının kullanılması daha doğru olur⁵³.

İflas nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin ve müdürlerin sorumluluğunu

50 **Bersheda**, s. 708-710.

51 Message société anonyme, s. 495.

Öğretide şu dört grup şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğu kabul edilir: (i) şirketin kuruluşuna ilişkin uyuşmazlıklar (kurucuların sorumluluğu, İsvBK m. 753; şirketin İsvBK m. 643 (3) uyarınca feshi); (ii) şirketin işleyişine ilişkin uyuşmazlıklar (genel kurul kararlarının iptali ve hükümsüzlüğünün tespiti, İsvBK m. 706-706(b); yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu); (iii) şirket esas sözleşmesine ve pay sahiplerinin haklarına ilişkin uyuşmazlıklar (kâra ve tasfiye bakiyesine katılma hakkı, İsvBK m. 660 vd.; pay sahiplerinin bilgi alma hakkı, İsvBK m. 697 (4); özel denetçi atanması, İsvBK m. 697b) ve (iv) şirketin yeniden yapılanması, feshi ve tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklar (birleşme, bölünme, tür değiştirme veya malvarlığı devri kararlarının iptali, Birleşme Kanunu (Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine) m. 106; şirketin haklı nedenle feshi, İsvBK m. 736 (4)), bkz. **Bersheda**, s. 713-714.

52 Message société anonyme, s. 495.

53 Message société anonyme, s. 495.

dava eden alacaklılar ve ortakların esas sözleşmede yer alan tahkim şartına dayanarak tahkim yoluna başvurabilmesi ise tartışmalıdır. İsviçre öğretisindeki ağırlıklı görüşe göre iflas masası mevcut tahkim anlaşmalarıyla bağlıdır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında İsviçre öğretisinde bu konuda görüş birliği olduğunu kabul etmiştir⁵⁴.

İsvBK Değişiklik Metni'nin Gerekçesinde ortaklar arası uyuşmazlıkların da kapsam dışı olduğu belirtilir. Çünkü ortaklar arası ilişkiyi düzenlemek amacıyla ortaklar sözleşmesi veya pay sahipliği sözleşmesi yapılabilir ve tahkim şartı da burada düzenlenebilir⁵⁵.

V. Türk Hukuku için Öneriler

İsvBK Değişiklik Metni'ndeki düzenlemeler, şirketler hukukuna ilişkin birçok uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı konusundaki tartışmalara son verdi. Benzer bir çalışmanın Türk hukukunda da yapılması ile birçok soruna çözüm bulunabilir.

İsviçre hukukunda izlenen tahkim dostu politikanın bir yansıması olarak İsvBK Değişiklik Metni, şirketler hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde modern yaklaşımı yansıtır. Gerekçeden, çok kapsamlı bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapıldığı, şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından tahkime başvurmaya izin veren mevzuatların incelendiği ve bu mevzuatların dikkate alınarak bir kanun değişikliği hazırlandığı görülür.

Türk hukukunda ise Yargıtay, tahkim şartının esas sözleşmeye eklenmesi ile şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda tutucu bir yaklaşım sergilemekte ve şirketin feshine ilişkin uyuşmazlıklar ile genel kurul kararlarına ilişkin uyuşmazlıkları tahkime elverişli bulmamaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nda ("TTK") açık bir düzenleme olmaması karşısında esas sözleşmede ne şekilde tahkim şartına yer verileceği hakkında öğretide ve yargı kararlarında belirsizlik söz konusudur. Dolayısıyla Türk hukukundaki tartışmalara da mevcut durumda en güncel düzenleme niteliğini taşıyan İsvBK Değişikliği dikkate alınarak yapılacak bir düzenleme ile son verilebilir.

54 **Vorburger, Simon:** Chapter 6: "Specific Effects of a Commencement of an Insolvency on International Arbitration, International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives, International Arbitration Law Library", Volume 31, 2014, s. 105. Karar için Bkz. BGE 136 III 107.

55 *Message société anonyme*, s. 495.

Kanımca, İsvBK'daki yeni düzenlemeye paralel olarak TTK'nın esas sözleşmenin içeriğine ilişkin hükmüne yani TTK m. 339'a 4. fıkra eklenebilir:

“(4) Esas sözleşme şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları Türkiye’de kurulan bir hakem heyeti tarafından çözüleceği öngörebilir. Esas sözleşmede aksine hüküm olmadıkça, şirket, organları, organların üyeleri ve pay sahipleri tahkim şartıyla bağlıdır. Tahkim, 12.01.2011 tarihli ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Onbirinci Kısım hükümlerine tabidir. 21.06.2001 tarihli ve 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanmaz. Esas sözleşme, özellikle bir tahkim kuralına atıfta bulunarak tahkim usulünü düzenleyebilir. Esas sözleşmede yer alacak tahkim şartı hakem kararının hukuki sonuçlarıyla doğrudan etkilenebilecek kişilerin, yargılamanın başlatılması ve sonuçlandırılması konusunda bilgilendirilmelerini, hakem kurulunun oluşturulmasına ve yargılamaya müdahil olarak katılabilmelerini de düzenler.”

İsvBK Değişiklik Taslağı'nın ilk halinde mevcut olmayan ve kanun değişikliğinin İsviçre Federal Meclisi'nde oylanması sırasında eklenen 697n(3) fıkrası göz önüne alındığında şirketin merkezinin Türkiye'de olması, Türk hukukunun uygulanmasının gerekmesi, yabancı bir hukukun uygulanmasının yaratabileceği sorunlar gibi nedenlerle esas sözleşmedeki tahkim şartına dayanılarak yapılacak tahkimin MTK yerine HMK'nın tahkim hükümlerine tabi tutulmasının daha doğru olduğunu düşünüyorum.

Her ne kadar HMK m. 424'te tarafların yargılama usulüne ilişkin kuralları tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilecekleri açıkça düzenlenmiş olsa da, bu hususun TTK'ya da eklenmesinde yarar vardır. TTK'da bu şekilde yapılacak düzenleme ile İTOTAM, İSTAC, TOBB gibi kurumsal tahkim kurumlarımıza şirketler hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin özel kurallar geliştirmeleri yönünde önemli görevler düşecektir⁵⁶.

İkinci bir değişiklik olarak, esas sözleşme değişikliği yoluyla tahkim şartının kabulü için aranacak çoğunluğa ilişkin TTK'ya ayrı bir hüküm eklenmesi gerektiğini düşünüyorum. Sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyunun arandığı esas sözleşme değişikliklerini düzenleyen TTK m. 421/3'e şu şekilde yeni bir bent eklenebilir:

56 Karşılaştırmalı hukukta kurumsal tahkim merkezlerinin hazırladığı özel kurallar arasında Alman Tahkim Enstitüsü (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit-DIS*) Tahkim Kuralları'nın eki niteliğindeki “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları için Ek Kurallar” öne çıkar. İsviçre’de de İsviçre Tahkim Merkezi (*Swiss Arbitration Centre*) de Şirketler Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklara İlişkin Tahkim Kuralları üzerinde çalışıyor.

“(d) esas sözleşmeye tahkim şartı eklenmesi”

Üçüncü olarak, esas sözleşmedeki tahkim şartının tescilin olumlu fonksiyonundan yararlanması için TTK m. 354/1’e yeni bir bent eklemeyi öneriyorum:

“(i) tahkim şartı”

TTK m. 36/2’ye göre esas sözleşmenin tamamı tescil edilmiş olsa da sadece tescili zorunlu olup da tescil edilmiş olan hususlar üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade eder. Sicilin olumlu etkisi nedeniyle üçüncü kişiler bu kayıtları bilmediklerini yani iyiniyetli olduklarını ileri süremezler⁵⁷. Dolayısıyla, şirkette sonradan pay sahibi olacak kişilerin esas sözleşmedeki tahkim şartından haberdar olmadıkları itirazlarıyla karşılaşmamak için tahkim şartının tescilin olumlu fonksiyonundan yararlanması sağlanmalıdır.

Anonim şirketler açısından yukarıda açıklanan önerilere paralel düzenlemeler limited şirketler açısından da yapılabilir. Anonim şirketlerde genellikle pay sahipleri sözleşmesinde yer verilen önalım, gerialım hakları gibi pek çok hüküm limited şirketlerde şirket sözleşmesinde düzenlenir (TTK m. 577(1)) ve bu haklara dair hükümler limited şirketlerde sicilin olumlu fonksiyonundan yararlanır (TTK m. 587(1)). Bu açıdan kanun koyucunun limited şirketin şirket sözleşmesinde tahkim şartına yer verilmesi hakkında anonim şirketlere göre daha serbest bir yaklaşımı olabilir.

Limited şirketler açısından TTK m. 577 (1)’e yeni (n) bendi eklenerek şirket sözleşmesine konulduğunda bağlayıcı olan hükümler arasında “tahkim şartı” sayılabilir.

Şirket sözleşmesine tahkim şartı eklenmesine yönelik alınacak genel kurul kararı için temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun olumlu oyunun aranmasının uygun olacağını düşünüyorum. Buna yönelik olarak TTK m. 621 (1)’e (i) bendi eklenerek sağlanması gereken nisaplara ilişkin düzenleme yapılabilir.

Şüphesiz limited şirketlerde de şirket sözleşmesine eklenecek tahkim şartının sicilin olumlu işlevinden yararlanması gerekir. Bu nedenle TTK m. 587 (1)’e (l) bendi eklenerek tescilin olumlu etkisinden yararlanacak şirket sözleşmesi hükümleri arasında tahkim şartı da sayılabilir.

57 Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 310.

SONUÇ

İsvBK’da yapılan değişiklik ile korporatif nitelikteki şirketler hukuku uyuşmazlıklarının da tahkimde çözülebileceği konusu yasal bir dayanak kazandı. Bu kanun değişikliği, tahkim şartının esas sözleşmede düzenlenebileceğine açıklık getirmekle kalmadı, aynı zamanda esas sözleşmede düzenlenen tahkim şartıyla kimlerin bağlı olduğunu, tahkim yargılamasında hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını, esas sözleşmeye tahkim şartının eklenmesi için sağlanması gereken nisapların ne olduğunu da düzenledi.

Kanımca, tahkimin geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması açısından Türk hukukunda, İsviçre hukukundakine benzer bir yasal düzenleme yapılmalıdır. Mahkemelerin iş yükü de göz önüne alındığında bu alanda yapılacak yasal düzenleme ile şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkimde görülmesi özendirilmelidir. Aksi halde, nispeten kısa sürede sonuçlanması gereken hukuki uyuşmazlıkların bile zamanında karara bağlanamaması gibi olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilir. Ticari hayatta bu tür gecikmeler büyük kayıplara yol açar.

Öğreti ve Yargıtay arasında yukarıda açıklanan görüş ayrılıkları ancak yasal bir düzenleme ile sona erdirilebilir. Bu yasal düzenlemenin hazırlanmasında en güncel düzenleme olan İsviçre hukukundaki değişikliklerden yararlanılabilir.

İTOTAM, ISTAC, TOBB gibi yerel tahkim kurumları şirketler hukuku uyuşmazlıklarına yönelik yeni kurallar geliştirmelidir. Bu kuralların hazırlanmasında da Alman Tahkim Enstitüsü’nün hazırladığı “Şirketler Hukuku İhtilafları için Ek Kurallar”dan yararlanılabilir.

Korporatif uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine olanak sağlanması mahkemelerin bu konudaki işlevlerinin kısıtlanması olarak algılanmamalı ve bu nedenle tahkimden ürkülmemelidir. İptal davaları yoluyla mahkemelerin denetim görevi devam edecektir.

Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (Moderatör)**İTOTAM Tahkim Divanı Üyesi**

Hocam biz teşekkür ederiz. Çok istifade ettik.

İkinci konuşmacımız Prof. Dr. Tolga Ayoğlu. Sayın Ayoğlu Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Kendisinin Uluslararası Ticaret ve Ticaret Hukuku alanında çok sayıda kitap ve makalesi var. Konumuzla ilgisi olması açısından “Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim” isimli kitabı da zannederim en son yayınlanan kitabı. Tolga Hocam buyurun.

Prof. Dr. Tolga AYOĞLU**Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi**

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Müsaade ederseniz ben de sözlerime öncelikle organizasyon komitesine davet için teşekkür ederek ve diğer yandan da tüm katılımcıları saygıyla selamlayarak başlamak istiyorum.

Şimdi tabi ben deERCÜMENT Hocamın önerisine katılarak en sonda söyleyeceğimi en başta söylemek istiyorum ve ondan sonra işin mevcut hukuk açısından analizine geçmek istiyorum. Aslında dünyadaki duruma baktığımız zaman çok net bir şekilde şirketler hukuku uyuşmazlıklarının yani korporatif uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne imkan tanındığını ve bunun desteklendiğini görüyoruz, bu tablo çok net bir tablo. Bütün gelişmiş hukuk sistemlerinde böyle. Avrupa özelinde bakarsak Almanya, Fransa, İsviçre, İtalya, İspanya, buna ilaveten Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, tamamında korporatif uyuşmazlıkların esas sözleşmede yer verilecek bir tahkim şartı çerçevesinde tahkim yoluyla çözümü mümkün kabul ediliyor. Fark nerede? Fark şurada. Bazı hukuk sistemleri halka açık şirketlerin esas sözleşmelerinde tahkim şartının yer almasına olumsuz yaklaşıyorlar. Alman Hukuku ve Amerika Birleşik Devletleri’nde tablo böyle. Amerika Birleşik Devletleri’nin sermaye piyasası otoritesi Securities and Exchange Commission buna imkan tanımıyor. Burada düşünce şu, halka açık şirketlerde yatırımcıların haklarını korumak bakımından dava yoluna gitmelerinin zorlaştırmamak düşüncesiyle buna imkan tanınmıyor. Ama kapalı şirketlerde yani halka açık şirket

niteliği taşımayan şirketlerde tahkim yoluyla korporatif uyuşmazlıkların çözümünü reddeden gelişmiş bir hukuk sistemi yok. Dolayısıyla bizim Türk Hukuku açısından bulunduğumuz nokta gelişmiş hukuk sistemlerine oranla daha geride. ŞimdiERCÜMENT Hocam haklı olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan son değişiklikten sonra Türkiye için de bir fırsat doğduğunu ve bu değişiklikte esas alınan sistemin Türk Hukuku bakımında da benimsenmesinin mümkün olduğunu, Ticaret Kanunu'na bu yönde bir düzenleme getirmenin mümkün olduğunu belirttiler. Çok haklı ve benim desteklediğim bir öneri. Eğer Ticaret Kanunu'na buna imkan tanıyan bir rejimi kanun değişikliği yoluyla dahil edebilirsek, Kanun'da buna yer verebilirsek bugün burada tartıştığımız birçok mesele kendiliğinden çözülecektir. Çünkü İsviçre'deki yeni kanun metni henüz yürürlüğe girmiş olmamakla birlikte birçok meseleyi çözüyor ve çok güvenilir, pratikte uygulanabilir ve tahkimi geliştirecek bir sistem benimsenmiş oluyor. Fakat bu noktada Türk Hukukunda bizim önce korporatif uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğine ilişkin teşhisi yapmamız lazım. Gerçekten gelişmiş sistemlerin bu açıdan çok gerisindeyiz. Geriden takip ediyoruz. Mukayeseli hukuktaki tartışma konusu şu; kapalı şirketler bakımından bir tartışma yok, tahkim şartına esas sözleşmede yer verilebiliyor ve korporatif uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülebiliyor ama halka açık şirketlerde buna imkan tanıyacak mıyız, tanımayacak mıyız? Mukayeseli hukukta sistemler arasındaki fark burada oraya çıkıyor. Biraz önce söylediğim gibi, Alman ve Amerikan hukuk sistemlerinin halka açık şirketler açısından çekincesi var. Fakat diğer ülkelerde halka açık şirketler bakımından da bu mümkün görülüyor.

Bizim de temel önerimiz, şirketler hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde, yani korporatif uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin Ticaret Kanunu ile düzenlenmesi yönünde olmalı. Çünkü en güvenilir, en sağlıklı, en öngörülebilir sistemi ve rejimi bir kanun düzenlemesi ile elde edebiliriz. O zaman birçok problemi geride bırakmış oluruz. Burada da bizim için İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki son değişiklik çok güzel bir model oluşturabilir.ERCÜMENT Hocam İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki son değişikliği detaylı bir şekilde ortaya koydular. Ben de çok arzu ederdim ki, Türk Hukukunda biz de Ticaret Kanunu'nda bir değişiklik ile aynı noktaya gidelim. Fakat mevcut olan hukuk bakımından, yani Türk Ticaret Kanunu'nun mevcut sistematiği bakımından şu an için korporatif uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü mümkün mü, değil mi? Bunu da tartışmamız gerekli. Çünkü bu noktada en başta yargı olmak üzere, yani Yargıtay'ın yaklaşımı ve bakış açısı olmak üzere bizim hukukumuzda ciddi tereddütler var. Ben bu konuda bir profesörlük takdim tezi çalışması yapmıştım 2018'de. Orada da bu tereddütleri

eleştirmiştim ve bunun mevcut olan hukuk bakımından da bizim sistemimizde mümkün olduğunu savunmuştum. Şimdi bu yaklaşımı ortaya koymaya gayret edeceğim.

Acaba esas sözleşmede korporatif uyuşmazlıklar bakımından, yani şirketle pay sahipleri arasında Türk Ticaret Kanunu'na dayanan şirketler hukuku düzleminden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından tahkim şartına yer verebilir miyiz? Burada iki ilke bakımından tereddüt ortaya çıkıyor. Bunlardan ilki Ahmet Can Bey sunumlarında değindiler ve detaylı olarak anlattılar, emredici hükümler ilkesi. Şimdi emredici hükümler ilkesine ilişkin 340. madde bizim şirketler hukukçuları olarak çok eleştirdiğimiz bir madde. Esas sözleşmedeki içerik serbestisini sınırladığı için çok da desteklediğimiz bir hüküm. Ama var mı Kanun'da, var. Tabi emredici hükümler ilkesinin yorumlanmasına ilişkin doktrinde tartışmalar da var. Bir görüş eğer Ticaret Kanunu hükümlerinde açıkça Kanun'dan sapılmasına izin verilmiş ise artık esas sözleşmenin Kanun'un getirdiği sistemi dışında herhangi bir hüküm içeremeyeceğini kabul ediyor. Ama bu azınlıkta kalan görüş. Çoğunluk görüş ise şuna bakmak gerekiyor diyor: Esas sözleşme ile getirilmek istenen düzenleme Kanun'un ruhuna, Kanun'un amacına yani anonim şirketler hükümlerinin ratio legis'ine uygun mudur? Eğer Kanun'un amacı ile ruhu ile çatışırsa o zaman emredici hükümler ilkesi devreye girer ve öyle bir düzenlemeyi esas sözleşmeye yansıtamayız. Fakat Kanun'un amacına, ruhuna aykırı değilse artık açıkça herhangi bir hükümle lafzen Kanun'un buna izin vermiş olmasını aramamak gerekir. Kanun'un amacı ile çatışıyorsa o hükmü esas sözleşmeye koyabilmek gerekir diyor çoğunluk görüşü. Burada tabi şunu da ifade etmek lazım, çoğunluk görüşü kapsamında doktrindeki genel kabul tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmeye konulabileceği yönünde. Nitekim tahkim şartı da yine ağırlıklı görüş çerçevesinde tamamlayıcı hüküm olarak nitelendiriliyor ve emredici hükümler ilkesinin esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesine engel oluşturmadığı söyleniyor. Bunun en net sağlaması bence Alman Hukukudur. Bizim emredici hükümler ilkesini aldığımız mehzaz kaynak Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu, yani Alman Hukuku. Alman Hukukunda esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi emredici hükümler ilkesine aykırı görülüyor. O zaman Türk Hukukunda da biz bu sonuca ulaşmamalıyız. İsviçre Hukukunda emredici hükümler ilkesi olmadığı için burada bizim için göstergenin Alman Hukuku olması gerekir. Alman Hukukunda da, yani ilkenin mehzazını oluşturan hukuk sisteminde de esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi mümkün görülüyor. Esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi emredici hükümleri ilkesini ihlal edecek bir uygulama olarak görülüyor. Dolayısıyla

sıyla aynı sonuca Türk Hukukunda da ulaşmak gerekir diye düşünüyorum.

Tereddüt yaratan ikinci ilke ise tek borç ilkesi. Bu ilke, Şirketler Hukukunda bizim temel bir ilkemiz, pay sahiplerinin şirkete karşı yasal istisnalar dışında sermaye taahhüdünden doğan borçlarının dışında başka bir borçları olamayacağını öngören ilkemiz. Ama burada da şunu söylemek lazım. Tek borç ilkesi pay sahibinin şirkete karşı olan borçlarından bahsediyor. Korporatif uyumsuzluklar bakımından dava açmak pay sahipleri yönünden bir hak, borç değil. Dolayısıyla tek borç ilkesini korporatif uyumsuzluklara yönelik dava haklarına teşmil edecek şekilde bir yorum yapmak doğru değil. Teknik açıdan doğru değil. Nitekim tek borç ilkesinin kaynağı da İsviçre Borçlar Kanunu. İsviçre’de de tek borç ilkesi şirketler hukuku uyumsuzluklarının, korporatif uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözülmesine engel görülüyor. Dolayısıyla şu an mevcut hukukumuz bakımından da aslında esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesine bir engel bulunmadığı görüşündeyim.

Şimdi ikinci aşamada, esas sözleşmede tahkim şartına yer verilip verilemeyeceği yönündeki soruya yanıt verdikten sonra, mevcut hukuka göre eğer böyle bir tahkim şartına esas sözleşmede yer verecek olursak, bunun hukuki etkisinin ne olacağını, yani bağlayıcılık etkisinin ne olacağını belirlememiz lazım. Acaba bu tahkim şartına korporatif nitelik verecek miyiz? Yani işte maddi anlamda esas sözleşme hükmü dediğimiz, gerçek esas sözleşme hükmü dediğimiz, sonradan gelen pay sahiplerini de bağlayacak bir etki verecek miyiz? Yoksa korporatif nitelik tanımayıp maddi anlamda esas sözleşme hükmü değildir, şekli bir esas sözleşme hükmüdür, sadece kendisini kabul eden pay sahiplerini bağlar mı diyeceğiz? Burada da tabi en önemli mesele şurada ortaya çıkıyor. Bu ayrımın bir yansıması var. Maddi anlamda esas sözleşme hükmüdür, korporatif hükmüdür dersek o zaman klasik esas sözleşme değişiklik yetersayıları ile tahkim şartını sonradan esas sözleşmeye dahil edebileceğiz. Eğer maddi anlamda esas sözleşme hükmü değildir, şekli anlamda esas sözleşme hükmüdür dersek, tahkim şartının esas sözleşmeye sonradan dahil edilmesi için oybirliği arayacağız. Eğer maddi anlamda esas sözleşme hükmü değildir, yani korporatif nitelikte değildir dersek başka bir açıdan da karşımıza önemli bir sonuç çıkacak. Maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliğinde olmadığı için tahkim şartı sonradan pay iktisap edenleri bağlamayacak. Ama maddi anlamda esas sözleşme hükmüdür, korporatif niteliktedir dersek esas sözleşmeye, klasik esas sözleşme değişiklik yetersayıları ile dahil edilebildiği gibi sonradan pay iktisap eden pay sahiplerini de

bağlayan bir tahkim şartı bulunduğu sonucuna ulaşacağız. Yani burada vereceğimiz yanıt kritik bir yanıt esasında ve üzerinde düşünülmesi gereken bir yanıt. Ama bir yasal düzenleme olduğu zaman kanun koyucu, bize İsviçre Kanun koyucusunun bu soruya yanıt verdiği gibi bir yanıt verecek. İsviçre’de kanun koyucu bir seçim yapmış. Nitelikli yetersayıyla oy birliği aranmaksızın esas sözleşmeye dahil edilebileceğini öngörerek tahkim şartına maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliği, yani korporatif hüküm, gerçek esas sözleşme hükmü niteliği izafe etmiş. Bu kanun koyucunun tercihi, İsviçre kanun koyucusunun tercihi, İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki değişiklik kabul edildi ama henüz yürürlüğe girmedi. Fakat İsviçre kanun koyucusunun iradesi bu yönde. Türk Hukukunda da Türk kanun koyucusu bu tercihi yaparsa bizim için mesele zaten çözülmüş olacak. Ama mevcut hukuk sisteminde Türk kanun koyucusunun tahkim şartına gerçek, yani maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliğini, korporatif hüküm niteliği bahşettiğini gösteren, iradesinin bu yolda olduğunu gösteren herhangi bir verimiz yok. Kanun değişikliğiyle kanun koyucu aksini öngörebilir. Kanun koyucu maddi anlamda esas sözleşme hükmü, korporatif etkisi olan esas sözleşme hükmü niteliği izafe ediyorum diyebilir tahkim şartına. Ancak bunu demediği sürece benim kanaatim Alman Hukukundaki yaklaşımın benimsenmesidir. Alman Hukukunda tahkim şartına maddi anlamda esas sözleşme hükmü, yani korporatif hüküm niteliği izafe edilmez. Bu yaklaşımına gerekçesi şudur. Aslında tahkim bir şirketler hukuku müessesesi değildir. Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bir alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak da temel aldığı kriter taraf iradeleridir. Taraf iradeleri üzerine işleyen bir sistemdir. Dolayısıyla tahkimi işletebilmek için ilgili tüm tarafların iradesinin bulunduğundan emin olmamız gerekir. Nasıl olacağız? İşte tüm pay sahipleri tahkim şartının kabulü için olumlu oy verecekler. Tahkim şartını oybirliğiyle esas sözleşmeye dahil edecekler. Bugünkü şartlarda yasal düzenleme olmadığı için sonradan esas sözleşmeden çıkartmak istiyorlarsa da yine oybirliğiyle çıkartacaklar. Nasıl bir yetersayı ile getirdilerse, aynı şekilde, aynı yetersayı ile esas sözleşmeden çıkartmaları lazım. Dolayısıyla istisnasız ilgili tüm tarafların tahkimi benimsediği yönünden emin olmamız lazım. Bunu da ancak tahkim şartının sonradan esas sözleşmeye dahil edilmesi halinde oybirliği aranması yoluyla sağlayabiliriz. Peki, tahkim şartı kuruluşta esas sözleşmede yer alıyorsa, sonradan pay iktisap edenleri, yani kuruluşta pay sahibi olmayıp sonradan pay iktisap edenleri bağlayacak mı? Yasa koyucu tahkim şartına açık hükümle maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliği izafe etmediği sürece, kanımca sonradan pay iktisap edenleri de bağlayamaz. Çünkü neden? Maddi anlamda esas sözleş-

me hükmü niteliğinde değil, korporatif hüküm niteliğinde değil, onların, sonradan pay iktisap edenlerin de tahkim iradesini göstermeleri lazım. Peki nasıl gösterecekler? Bir beyanla gösterecekler. Yani biz bu tahkim şartını kabul ediyoruz diyecekler. Bunu nasıl sağlayacağız? Sistemimizde bunun için bir çözüm var mı? Sistemimizde bunun için bir çözüm var esasında. Ne yapabiliriz? Mesela anonim şirketlerde esas sözleşmesel bir pay devir sınırlaması getirebiliriz. İki şekilde getirebiliyoruz esas sözleşmesel pay devir sınırlamasını; ya önemli bir sebep öngörüp bu önemli sebebe dayanarak şirkete pay defterine kayıttan kaçınma imkanı veriyoruz ya da ikinci alternatif, şirkete payları gerçek değeri üzerinden satın almayı önermek suretiyle pay defterine kayıttan kaçınma imkanı tanıyoruz. Şimdi yeni gelen pay sahibinin tahkim şartını kabul etmesi önemli bir sebep olarak düşünülebilir mi Ticaret Kanunu sistematığına göre? Orada biraz güçlük var. Neden? Çünkü TTK m. 493/2 hükmü diyor ki, önemli sebebin şirketin işletme konusu veya şirketin ekonomik bağımsızlığı yönünden haklı görülebilir nitelikte olması gerekir. Tahkim şirketin işletme konusu ya da ekonomik bağımsızlığıyla bağlantılı bir mesele değil. O zaman önemli bir sebepten faydalanmak mümkün değil ama ikinci ihtimalden faydalanmak mümkün. Bizim kaçış klozu dediğimiz, şirkete, payları devralanın tahkim şartıyla bağlı olmayı kabul etmemesi halinde payları gerçek değeri üzerinden satın almayı önermek suretiyle pay defterine kayıttan kaçınma imkanı tanıyabilmemiz mümkün esas sözleşme ile. Bu bize neyi sağlar? Bu bize şirkette pay sahibi olacak herkesin tahkim şartına taraf olmasını temin etmeyi sağlar. Dolayısıyla bizim açımızdan tüm pay sahiplerinin tahkim şartıyla bağlı olmayı kabul etmelerini sağlayacak bir kurgu, bir mekanizma yaratabilir. Şimdi burada bu bağlayıcılık meselesinde son olarak şunu söylemek lazım, tahkime elverişlilik tartışmalarına geçmeden önce. Tabi kanun koyucunun Ticaret Kanunu'nda bir değişiklik yaparak tahkim şartına maddi anlamda esas sözleşme hükmü, korporatif hüküm niteliği izafe etmesi mümkündür. Bunu yaparsa zaten kanun koyucunun iradesiyle bağlıyız. O zaman tahkim şartını maddi anlamda esas sözleşme hükmü olarak kabul etmemiz lazım. Dolayısıyla esas sözleşme değişikliği için öngörülen klasik yetersayılarla esas sözleşmeye dahil edilebilir. Gene esas sözleşme değişikliğine özgü klasik yetersayılarla esas sözleşmeden çıkartılabilir. Esas sözleşmede kaldığı sürece de şirkette pay iktisap eden herkesi bağlar. Ama bu yapıncaya kadar tahkim şartına maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliği izafe etmenin kolay olmadığını düşünüyorum. Buradaki temel gerekçe de tahkimin iradiliği. Yani iradeye bağlı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olması. Dolayısıyla şu anki hukuk

sisteminde, evet, esas sözleşmeye tahkim şartı konulabilir. Bu tahkim şartı bağlayıcı mıdır? Bağlayıcıdır. Ama kimi bağlar? Maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliği taşımadığı için oybirliği ile kendisini esas sözleşmeye dahil eden pay sahiplerini bağlar. Sonradan pay iktisap eden pay sahiplerini bağlamaz. Bu itibarla benim fikrim mevcut hukuk sisteminde tahkim, şirketler hukuku uyuşmazlıklarında, korporatif uyuşmazlıklarda mümkündür. Ancak kapalı şirketlerde, mesela stratejik ortaklıkların söz konusu olduğu ortak girişim şirketlerinde, yani az pay sahipli şirketler bakımından elverişli bir yöntemdir. Neden? Çünkü zaten az sayıda pay sahibi var. O az sayıda pay sahibinin tahkim şartını getirirken, esas sözleşmeye dahil ederken ortak bir iradeyle, oybirliğiyle hareket etmeleri mümkündür ve paylar el değiştirmede müddetçe tahkim şartı geçerli olarak hükümlerini doğuracaktır. Ama şu anki mevcut hukuk sisteminde, tahkim şartına maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliğini izafet etmemize imkan sağlayan bir yasal düzenleme yapılmadığı sürece, çok pay sahipli şirketlerde, mesela halka açık şirketlerde tahkim efektif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olamaz diye düşünüyorum.

Tahkime elverişliliğine geçecek olursak öncelikle şunu söylemek lazım. Bir defa her şirketler hukuku uyuşmazlığını, korporatif uyuşmazlığı ayrı değerlendirmek lazım, tahkime elverişlilik yönünden. Yani tahkim şartı esas sözleşmeye konulabilir. Bağlayıcıdır, tamam bağlayıcıdır ama hangi uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülebilir? O sorunun cevabını bize tahkime elverişlilik kavramı veriyor ve tahkime elverişlilik kavramını her bir uyuşmazlık türü bakımından ayrı ayrı değerlendirmemiz lazım. Burada değerlendirmeyi neye göre yapacağız? Tabii ki Türk Hukukundaki tahkime elverişlilik kriterine göre yapacağız. Şimdi bizim hukukumuzdaki tahkime elverişlilik kriteri nedir? İki tarafın iradesine tabi olma. Yani aile hukuku, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar bir tarafa, onlar tahkime elverişli değil, iki tarafın iradesine tabi olan uyuşmazlıkları tahkime elverişli olarak kabul ediyoruz. Bütün şirketler hukuku uyuşmazlıklarını burada tartışacak zamanımız yok. Ben de en sık görülen korporatif uyuşmazlıklar üzerinde duracağım. Hemen ilk aşamada genel kurul kararlarının iptali ya da butlan veya yokluk nedeniyle genel kurul kararlarının geçersizliğinin tespiti davaları akla geliyor. Yönetim kurulu kararlarının butlan ya da yokluk nedeniyle geçersizliğinin tespiti ve kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararlarının iptali davalarını da bunlara ekleyebiliriz. Yani organ kararlarının iptali ve geçersizliğinin tespiti diye bir üst başlık altında bu kararları değerlendirebiliriz. Şimdi burada Bakanlığımızın olumsuz bir düşüncesi, yaklaşımı olduğunu anlıyorum. Fakat ben tamamen aksini dü-

şünüyorum. Yani aslında genel kurul kararlarının iptali yahut butlan veya yokluk nedeniyle geçersizliğinin tespiti davaları bizim tahkime en çok ihtiyaç duyduğumuz dava türü ve bu teknik olarak mümkün. Çünkü kriterimiz iki tarafın iradesine tabi olma değil midir? Evet budur. Bir şirketin iptali talep edilen bir genel kurul kararına karşı açılan dava karşısında bunu dikkate alarak ikinci bir genel kurul kararı alıp ilk genel kurul kararından sarfı nazar edebilmesi mümkün müdür? Mümkündür. O zaman demek ki burada hem davayı açan pay sahibinin hem de şirketin iradesine tabi bir uyuşmazlık var. İki tarafın iradesine tabi ise bu uyuşmazlık biz bunu niye tahkimde görmeyelim? Çünkü şirket genel kurul kararını ikinci bir genel kurul kararı olarak ortadan kaldırabilir, değiştirebilir, bu imkanlara sahip. O zaman iki tarafın iradesine tabi bir uyuşmazlıktan bahsediyoruz.

Aslında şu da çok önemli bence, en çok da genel kurul kararlarının iptali ya da geçersizliğinin tespiti davalarında tahkime ihtiyaç duyuyoruz. Sebebi çok basit esasında. Ticaret Mahkemelerinin iş yükü çok fazla. Bu iş yükünün çok ciddi bir kısmını genel kurul kararlarının iptali ya da geçersizliğinin tespiti davaları oluşturuyor ve bir genel kurul kararının iptali ya da geçersizliğinin tespiti davasını, Hakan Hocam söylediler, İstanbul bölgesinde hadi iyimser yaklaşılm 4 senede kesin hükme bağlayabiliyorsunuz. Şimdi 2021 yılı içerisinde yapılan olağan genel kurul toplantılarında alınan kararlara karşı açılmış davalar var. Bu davalar 2025'in sonunda kesin hükme bağlanacak iyimser bakarsak. Bu da şu anlama geliyor, o genel kurul kararı nedeniyle bir azınlık çoğunluk ihtilafı ortaya çıkıyor. Bu ihtilafı 4 sene çözmeyip bekletiyoruz oluyor sistem olarak. Şimdi biz Şirketler Hukukunun uygulaması içerisinde yer alan insanlar, hukukçular biliyoruz ki bu tablo tek bir genel kurul kararının iptaline ilişkin davanın onlarca davaya dönüşmesine neden oluyor. Çünkü artık o ihtilaf psikolojisi içerisinde çoğunluk ve azınlık birbirlerine karşı yeni hamleler yapıp yeni davalar üretiyorlar. Azınlık o karardan sonra alınan her genel kurul kararına karşı iptal davası açıyor. Yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açıyor. Şirket ihtilaf psikolojisi içerisinde çoğunluğun iradesi çerçevesinde belki sermaye artırımına giderek azınlığın pay oranını düşündürmeye çalışıyor. İş çok ciddi bir çoğunluk azınlık ihtilafına dönüşüyor. Zamanında ve etkin müdahale ile çözülebilecek olan bir ihtilaf, içinden çıkılmaz bir davalar yumağına dönüşüyor ve şirketi çok olumsuz etkiliyor. Bu anlattıklarım için belki doğrudan şirketler hukuku uygulamasının içinde olmayan dinleyicilerimiz varsa Tolga Hoca abartıyor mu diye düşünebilirler. Ama bunlar sürekli yaşadığımız, tecrübe ettiğimiz şeyler. Bunlar uygulamadan, uygulamanın içinden doğan ve bizim gözlemlediğimiz durumlar. Şimdi bir genel kurul

kararının iptali davasını bir yılın içerisinde etkin bir şekilde çözebilirsek, uzman hukukçuların müdahalesiyle etkin bir şekilde çözebilirsek azınlık çoğunluk ihtilafını büyümeden, alevlenmeden, çok fazla sayıda davaya yayılmadan çözebiliriz ve bu bizim açımızdan büyük bir avantaj sağlayabilir. Hem mahkemelerin iş yükünü azaltmak, hem çoğunluk azınlık ihtilaflarını iki tarafı da mağdur etmeden çözmek, hem de ihtilafın şirkete olumsuz yansımaları önlemek bakımından. Tabi buradaki en önemli mesele şu, genel kurul kararlarının iptaline ilişkin davalar bakımından Ticaret Kanunumuzda öngörülen özel bir yargılama usulü var. Bunun özel usuli hükümleri var. İşte davanın açıldığını ilan edeceğiz, duyuracağız tüm pay sahiplerine dava açılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre tamamlanmadan duruşmalara başlamayacağız, birden fazla dava açılırsa bunlar birleştirilecek görülecek, davacıdan teminat istenebilmesi mümkün, yürütmenin geri bırakılması kararı verilebilmesi mümkün, bunun için yönetim kurulunun mahkemede dinlemek gerekebilecek. Bütün bu özel yargılama usulü kurlarının hakem mahkemesi tarafından da uygulanmak zorunda olduğunu unutmamak gerekir. Çünkü bunlar şirketin tabi olduğu hukuk sisteminin emredici düzenlemeleridir. İlk oturumda Fatmagül Hanım bir soru sormuştu tahkim şartında acaba şirketin tabi olduğu hukuk sisteminin dışında başka bir hukuk sistemi seçilebilir mi? Mümkün değil. Çünkü şirkete tüzel kişilik tanıyan Türk Hukuku, şirket Türk Hukukuna tabi, şirket ile pay sahipleri arasındaki ihtilafı da gene Türk Hukukuna göre çözeceğiz. Burada hukuk seçimi mümkün değil. Dolayısıyla aynı şey genel kurul kararlarının iptali davaları bakımından da söz konusu. Genel kurul kararlarının iptaline ilişkin davada da gene Ticaret Kanunu'nun özel usuli düzenlemeleri uygulanmak durumunda. Bu konu Alman Hukukunda tartışılmış, özellikle genel kurul kararlarının iptali perspektifinde tüm pay sahiplerinin bu davalardan haberdar olmasını sağlayalım, istenirse davaya müdahalede bulunabilmesini sağlayalım ve buna ilişkin önlemler alalım diye. Alman Hukukunda Alman Tahkim Enstitüsü özel tahkim kuralları belirlemiş bunun için ve bu kurallar çerçevesinde de hakemlerin seçimine, onun dışında işte davaya müdahale etmek isterse pay sahibi bu imkanın kendisine tanınmasına ilişkin kurallara yer vermiş. Bu kurallar kapsamında tüm pay sahiplerinin isterlerse davaya müdahale etmelerini sağlamış Alman sistemi. Çünkü bu kurumsal tahkim kurallarına atıf yaptığınız zaman o kurallar meseleyi çözüyor. İsviçre kanun koyucusu biraz önce Ercüment Hocamın anlattığı kanun değişikliğinde Alman Hukukundaki bu tablodan etkilenecek bunu kanuna taşıdı ve dedi ki işte hakemlerin seçimi, davanın açıldığının diğer pay sahiplerine duyurulması, pay sahiplerinin isterse davaya müdahale

edebilmeleri bakımından gerekli önlemleri esas sözleşme almalıdır. Bunu kanundaki düzenlemeye yansıttı. Şimdi tabi bir yasal düzenleme yapılırsa yasal düzenleme zaten bu sorunu çözer. Ama yasal düzenleme yokken de Alman sistemi burada uygulanabilir. Nedir o sistem? Kurumsal tahkim kuruluşları, işte İTOTAM gibi, şirketler hukuku uyuşmazlıklarından doğan ihtilaflarda tahkime ilişkin özel tahkim kuralları yayınlayabilirler ve esas sözleşmelerde bu özel tahkim kurallarına atıf yapılarak bütün bu gereklilikler karşılanabilir. Neticede çok önemli gördüğüm için biraz uzun durdum üzerinde. Ben genel kurul kararlarının iptali ya da geçersizliğinin tespitine ilişkin davaların mevcut hukuk bakımında da tahkime elverişli oldukları görüşündeyim. İsviçre kanun koyucusunun yaklaşımını açıkçası ben de benimsiyorum.

Şimdi bir başka dava türü, biraz hızlanarak devam etmeye çalışacağım, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin davalar. Tabi bu davalar da kuşkusuz iki tarafın iradesine tabi davalar, uyuşmazlıklar. Dolayısıyla tahkime elverişlilikleri bakımından hiçbir sorun yok, hiçbir problem yok. Ama ne dedik, şu an bizim İsviçre'den farklı olarak bir yasal düzenlememiz yok. İsviçre'deki düzenleme de daha yürürlüğe girmedi ama orada bir yasal düzenleme var. Bizim ise yasal düzenlememiz yok. O yüzden maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliği izafe edemeyiz, esas sözleşmedeki tahkim şartına. Bu durumda o tahkim şartı acaba yönetim kurulu üyelerini, pay sahibi de olmayabilir yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu üyesi sıfatıyla kendisine karşı açılacak sorumluluk davasında bağlar mı? Bu önemli bir soru. Ben burada bir tereddüt olduğu kanaatindeyim ve dolayısıyla bu tereddütü gidermek için şunu önerebilirim: Şirketler, esas sözleşmelerinde tahkim şartına yer verirken, henüz Türk Hukukunda o tahkim şartına maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliği izafe etmemizi sağlayacak bir yasal düzenleme olmadığı için, yönetim kurulu üyelerine esas sözleşme ile bir göreve başlama şartı getirebilirler ve yönetim kurulu üyesinin ancak tahkim şartını kabul etmesi halinde göreve başlayabileceğini öngörebilirler. Bu durumda da tahkim şartını kabul eden yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davaları tahkimde görülebilir. Ama yine de burada dikkat etmemiz gereken bir husus karşımıza çıkıyor. Sorumluluk davasını şirket ya da pay sahipleri açarsa problem yok, sorumluluk davası esas sözleşmedeki tahkim şartına istinaden tahkimde görülebilir. Fakat şirketin alacaklılarını, yani alacaklı sıfatıyla yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu için dava açacak kimseleri şirketin esas sözleşmesindeki tahkim şartı bağlamayacaktır. O bakımdan burada alacaklılar tarafından açılacak sorumluluk davalarını farklı düşünmek gerekir. Alacaklılar tarafından açılacak sorum-

luluk davalarında tahkimin işlerlik kazanabilmesi mümkün değildir diye düşünüyorum.

Sona erme davaları bir başka bir önemli kategori. İşte haklı nedenle fesih, organsızlık nedeniyle fesih ya da diğer sona erme nedenlerinin gerçekleştiğinin tespitine yönelik davalar. Burada da şunun altını çizmek gerekir diye düşünüyorum. Tabi her şirketler hukuku uyuşmazlığının tahkime elverişliliğini ayrı ayrı değerlendirmek gerekir dedik. Bu davaların sonunda tüzel kişiliğin sona ermesi ihtimali var. Dolayısıyla, bunlar şahsın hukukuna ilişkin, yani tüzel kişiliğin tüzel kişi olarak tabi olduğu şahsın hukuku sistemine dair, kişiler hukukuna ilişkin davalardır ve biliyoruz ki tahkim tek aşamalı bir karar verme mekanizmasıdır, yani ortada bir ikinci derece incelemesi, temyiz aşaması bulunmuyor. Şahsın hukukuyla ilgili olması, istinaf ve temyiz imkanının bulunmaması, benim kişisel olarak bu davaların şahsın hukukuna ilişkin karakterlerini ön plana almama ve sona erme davalarının tahkime elverişli olmadığını sonucuna ulaşmama yol açıyor. Ama şunu da belirtiyim ki bu konu tartışmalı. Ben tahkime elverişli olmadığını düşünüyorum bu davaların. Fakat Türk Hukukunda tahkime elverişli olduğunu savunan yazarlar var. Mukayeseli hukukta da bu konuda bir tartışma var. Yani burada sona erme davaları tahkime elverişlidir ya da elverişsizdir şeklinde kesin bir yargıya ulaşmak yerine mukayeseli hukukta da bu konuda tartışma olduğunu söylemek isterim.

Bir başka dava türü pay devir işlemleri ile bağlantılı davalar. Burada da iki çok sık karşılaşılan dava türü akla geliyor. İlki, pay defterine kayıt davası. Tabi pay defterine kayıt davası mutlaka iki tarafın iradesine tabi, tahkime elverişli bir dava ama acaba pay defterine kayıt talebiyle başvuran, devralan şirketin pay sahibi mi? Değilse o zaman tahkim şartının tarafı olmadığı için tahkim işlerlik kazanamayacaktır. Bir başka dava türü gerçek değeri tespitine ilişkin davalar. Bu davalar TTK m. 493/5 hükmüne göre açılan davalar. Bu davalarda, şirket, esas sözleşmesel bir pay devir sınırlandırmasına dayanarak payların gerçek değerini devredene ödemeyi önermek suretiyle devralanı pay defterine kayıttan kaçınıyor. Bu durumda gerçek değer konusunda uyuşmazlık çıkarsa paylarını devreden şirkete kaşı dava açarak gerçek değerin tespit edilmesini talep edebiliyor. İki tarafın iradesine tabi bir dava ve burada devreden de bir zaten pay sahibi ve tahkim şartının tarafı olduğu için tahkimin çok elverişli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu fikrindeyim.

Son olarak limited şirketlerdeki çıkma çıkarma davalarının da iki tarafın

iradesine tabi ve tahkime elverişli uyuşmazlıklar olduğunu söylemek istiyorum ve böylece sözlerimi bitiriyor, saygılarımı sunuyor, teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Üyesi

Tolga Hocam, değerli görüşlerinizi bizlerle paylaştığınız için biz teşekkür ederiz. Sağ olun. İki tane soru yöneltilmiş bize. Bir tanesi Tolga Hocaya yöneltilmiş. Hocam chatten okuyabilirsiniz soruyu. Ben de hazırun için buradan okuyacağım.

Tahkim her ne kadar iradi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olsa da maddi anlamda esas sözleşme hükmü olduğunun kabulünde genel kurul kararıyla kabul edilen tahkim şartının ancak genel kurul kararının iptali yoluyla tahkimin patolojik tahkim olduğunu ve dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ispat ederek bertaraf edebilen bir hal sistemi, konumu oluşturmak, sözleşme özgürlüğünü, pay sahibini şirketsel bağlamda sınırlamak mümkün müdür? Bu şekilde yorumlayabilir miyiz? Öte yandan şekli manada bir tahkim klozu koyabileceğimizi düşünmüyorum. Çünkü tek bir ortak açısından uyuşmazlık konusu edilse de tüm ortaklar açısından hüküm ve sonuç doğurabilecek uyuşmazlıklar tahkim şartını kabul etmeyen ortak hakkında nasıl hüküm ve sonuç doğurabilecektir? Teşekkürler.

Bunu soran Mehmet Ömer Tunç Bey.

Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Tolga AYOĞLU

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Meslektaşım aslında şunu söylüyor. Diyor ki, tek bir pay sahibi dahi kabul etmek istemiyorsa tahkim şartını, o şarta maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliği izafe edecek olursa yasal düzenleme ve belirli nitelikli yeter sayıyla esas sözleşmeye dahil edilmesine imkan tanıyacak olursa, o zaman o pay sahibini tahkime gitmeye zorlamak sözleşme özgürlüğüyle bağdaşmıyor. Dolayısıyla bu çok doğru olmaz diyor. Diğer taraftan maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliği izafe etmezseniz de zaten tahkimden çok

verimli bir sonuç alamazsınız diyor. Öyle anlıyorum. Fakat ben bu bakış açısına pek katılmıyorum. Maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliği izafe etmezsek tahkimden verim alamayız önermesi bence çok doğru değil. Neden? Çünkü üç pay sahibi, dört pay sahibinden oluşan bir aile şirketi düşünelim ya da bir stratejik ortaklık, bir ortak girişim şirketi düşünelim. Burada bütün pay sahipleri birbirilerini gayet iyi tanıyorlar. Kendi aralarında bir pay sahipleri sözleşmesi de mevcut olabilir. Pay sahipleri sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda zaten tahkimi tercih ediyorlar, birbirlerine karşı açacakları davalarda. Ama bir yandan da bu pay sahipleri diyorlar ki şirkete, şirket tüzel kişiliği ile aramızda ortaya çıkacak uyuşmazlıklar bakımından da biz tahkimi benimsemek istiyoruz ve esas sözleşmeye tahkim şartını dahil etmek istiyoruz. Pay devrini de sınırlandırıyoruz. Bu şirketin paylarını devralacak üçüncü kişiler esas sözleşmedeki tahkim şartını kabul etmedikleri sürece şirket payların gerçek değerini ödemeyi önererek bu kimseleri pay defterine kayıttan kaçınabilir. Bu bir aile şirketi olabilir. Dediğim gibi bir ortak girişim şirketi, bir stratejik ortaklık şirketi olabilir. Tahkimin en verimli kullanılabileceği alan bu ve böyle bu şirketlerde buna çok büyük ihtiyaç var. Çünkü neden? Burada çok önemli bir problemle karşılaşıyoruz, bu tip şirketlerde. Şimdi ortakların arasında bir pay sahipleri sözleşmesi var ve bu pay sahipleri sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar tahkime gidiyor. Fakat ortakların şirkete karşı açtıkları davalar tahkime gitmediği mahkemeye gittiği için, ortaklar arasında ihtilaf olduğu zaman bir kısmı pay sahipleri sözleşmesine dayanılarak tahkimde görülen, bir kısmı mahkeme nezdinde görülen davalar ortaya çıkıyor ve iş içinden çıkılmaz hale geliyor. Dolayısıyla asıl bu tip şirketlerde ihtiyaç var, esas sözleşmeye tahkim şartı konulmasına ve tüm ortakların iradesi ile konulacak. Bunun kimseye bir zararı olmadığını düşünüyorum. Çok da efektif bir sistem olduğunu düşünüyorum. Tabi şu bir başka bir mesele, sorunun ilk kısmına dönecek olursak. Maddi anlamda esas sözleşme hükmü niteliği izafe ederse kanun koyucu, tahkime gitmeyi istemeyen bir pay sahibini de tahkime gitmek zorunda bırakıyor. Ama artık bu bir yasama tercihi. İsviçre kanun koyucusunun yaptığı bir yasama tercihi. Evet, diğer pay sahipleri yetersayı buldukları zaman tahkim şartını esas sözleşmeye dahil edebiliyorlar ve şart bunu istemeyen, olumsuz oy veren pay sahiplerini de bağlıyor. Bu tabi bir artık yasama tercihi olduğu için o pay sahibi de en azından bunu öngörebiliyor. Yani benim iradem dışında da bu şirketin esas sözleşmesine yetersayı bulunduğu takdirde tahkim şartı dahil edilebilir ve ben onunla bağlı olurum. Yasama tercihi sayesinde bir öngörülebilirlik sağlanmış oluyor diye cevap vereyim Sayın Başkan.

Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Üyesi

Son konuşmacımız bu oturumda Sayın Profesör Doktor Mehmet Helvacı. Hocamız Galatasaray Lisesini bitirdikten sonra lisans ve yüksek lisansını İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yapmış, Lozan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsünde doktora çalışması yapmıştır. Avrupa Hukuku Merkezi Müdürlüğü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı, Galatasaray Spor Kulübü Yönetim Kurulu Üyeliği ve İkinci Başkanlığı yapmıştır. Halen Galatasaray Üniversitesinin Vakıflarında ve Teknoparkında Yönetim Kurulu Üyeliği yapmaktadır. Şirketler hukuku, tahkim ve arabuluculuk konusunda çok sayıda kitap, makale ve tebliğleri bulunmaktadır. Hocamız şirketler, Sermaye ortaklıklarına özgü davalarda “Tahkime Uygunluk” ile ilgili Değerlendirmeler isimli bir tebliğ sunacaktır.

SERMAYE ORTAKLIKLARINA ÖZGÜ DAVALARDA “TAHKİME UYGUNLUK” İLE İLGİLİ DEĞERLENDİRMELER

Prof. Dr. Mehmet HELVACI^{1*}

Genel Bakış: Konunun Takdimi, Önemi ve Sınırlandırılması

Son yıllarda cevap aranılan önemli sorunların arasında belki de en çok yer tutan sorunlardan biri de sermaye ortaklıkları ile ilgili uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığı meselesidir. Çalışmamızda tartışma konusu haline getirilecek olan, kapalı anonim ortaklıklar² ve limited ortaklıklar açısından esas sözleşmeye³ kuruluşta veya esas sözleşme değişikliği marifetiyle yazılacak olan tahkim kaydının korporatif etkiyi haiz olup olmadığıdır⁴. Konuya esas sözleşmeye yazılan tahkim kaydının korporatif etki doğurma kabiliyetine sahip olup olmadığı açısından yaklaşıldığında, esasen sermaye ortaklıklarına özgü uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığı tartışma konusu haline getirilmektedir. Bu sebeple korporatif düz-

1 * İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

2 Çalışmamız kapsamında halka açık anonim ortaklıklar özelinde tahkim kayıtlarının geçerliliğine ilişkin tartışmalara bilinçli olarak yer vermeyeceğiz. Ancak yeri gelmişken halka açık anonim ortaklıklar açısından da konunun tartışmaya açık olduğunu, halka açık anonim ortaklıklar bağlamında tahkim kaydının sonuç doğurabilmesi için korporatif etkiye sahip olması gerektiğini, ancak bu kabulden hareket edildiğinde de özellikle kurumsal olmayan küçük yatırımcılar açısından tahkim kaydının dava hakkını kısıtlayan bir niteliğe bürünüp bürünmeyeceği ile ilgili tereddütlerin bulunduğunu ekleyelim. Bu konuda mukayeseli hukukta dile getirilen diğer endişeler ve tartışmalar hakkında bilgi için bkz. TOLGA AYOĞLU, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018, s. 14 vd.; ayrıca BURAK HUYSAL, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, s. 292 vd.

3 Limited ortaklık açısından kullanılması gereken ortaklık sözleşmesi terimi yerine -metin genelindeki yeknesaklığı sağlamak adına- esas sözleşme terimi tercih edilmiştir.

4 Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak ihtiyari arabuluculuğun mümkün olup olmadığı da tartışma konusu haline getirilebilir. Ancak çalışmamızın kapsamını dikkate alarak bu konuyu ele almıyoruz. Özellik arz eden hususlar hakkında genel değerlendirme için bkz. İSMAIL KIRCA (FEYZAN HAYAL ŞEHİRALI ÇELİK/ÇAĞLAR MANAVGAT), Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2/2, Ankara 2017, s. 234-235.

lemi bulunmayan (örneğin pay sahipleri veya pay satım sözleşmelerinden kaynaklanan) uyuşmazlıkların tahkim marifetiyle çözümü kapsam dışında bırakılmaktadır. İncelememize konu olan tahkim; iradi, ihtiyari ve çoklu tahkim olup ister tahkime elverişlilik ister tahkim kaydının geçerliliği ile ilintilendirilsin, çalışmamızda özellikle ortaklıklar hukuku zaviyesinden gündeme gelebilecek temel tartışmalara temas edilecektir. Ekleyelim ki tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tahkim usulü ile ilgili esaslara girilmeyecektir. Bu itibarla münhasıran tahkime dair (özellikle tahkim kaydının şekli, ortaklık açısından geçerliliği, belirliliği, zaman bakımından uygulama alanı, uygulanacak hukuk, atıf gibi) konuların önemine temas etmekle yetinelim¹.

Esas sözleşme dışında, tüm pay sahipleri ve örneğin anonim ortaklığın tarafı olduğu bir tahkim sözleşmesi akdedilebilir. Ancak bu ihtimalde sözleşmesel ilişki, rızası olmadıkça, payı devralan yeni pay sahibi/sahiplerini bağlayıcı olmayacaktır. Başka bir açıdan tahkim anlaşmasının tarafı olmayan bir pay sahibine karşı tahkim yargılamasında “yetkisizlik” sorunu ortaya çıkacaktır². Meydana gelen bu sonuçların, payın tedavülünün temel kural olduğu anonim ortaklığın dinamik yapısı ile bağdaşmadığı söylenebilir. Bu sebeple aşağıda tahkim kaydının gerçek (=maddi) esas sözleşme hükmü olarak ele alınabilip alınamayacağı, doğrudan ifadeyle, esas sözleşmeye yazılan bu tür bir kayda ortaklıklar hukuku bakımından (ortaklık, organları ve pay sahipleri arasındaki ortaklıklar hukuk uyuşmazlıkları özelinde) bir sonuç bağlanıp bağlanmayacağı ele alınacaktır. Bundan ayrık olarak, anonim ortaklığın sözleşmesel ilişki içerisine girdiği bir tarafla tahkim sözleşmesi akdedebileceğinde veya bu sözleşmede bir tahkim kaydına yer verilebileceği hususunda zaten tereddüt yoktur.

Konuyu önemli kılan *bir diğer husus*, paralel yargılama sorunudur³. Or-

- 1 Tahkim anlaşması ve buna dair temel hususlar hakkında bkz. H. ERCÜMENT ERDEM, “Tahkim Anlaşması”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 243 vd.
- 2 Alman hukuku bağlamında tahkim kaydının geçersizliği veya hakemlerin TTK 450 kapsamındaki kişilerin tümü bakımından yetkili olmaması sebebiyle yetkisizlik sonucunu dile getiren ABDURRAHMAN KAYIKLIK, “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXVI, S. 4, 2020, s. 154. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere etkisi bağlamında ERDEM, s. 264 vd.
- 3 Kavram olarak üzerinde ittifak tesis edilen bir tanımı bulunmayan paralel yargılama, kısaca, aynı taraflar arasında aynı veya yakın ilişkideki uyuşmazlık hakkında birden fazla yargılama (*tahkim veya devlet mahkemeleri ya da her ikisi*) söz konusudur (kavram hakkında bilgi için bkz. YASEMİN MILDON, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Korporatif Düzlem ile Bağlantılı Paralel Yargılamalar, İstanbul 2020, s. 74 vd.). Bununla birlikte öğretilde -burada sözü edilen- paralel yargılamanın, teknik anlamıyla paralel yargı-

taklıklar hukuku uygulamasında esas sözleşmenin yanı sıra, pay sahipleri arasında borçlar hukuku kurallarına tâbi olarak akdedilen ve tahkime elverişliliği ile ilgili esaslı tereddüt bulunmayan pay sahipleri veya pay satımı gibi sözleşmesel ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da sıklıkla tahkim kayıtlarına yer verilebilmektedir⁴. Bunlardan kaynaklanan ihtilaflar için tahkime müracaat edilebilirken, sermaye ortaklıklarına özgü davalar mahkemeler nezdinde görülmektedir. Bu da çoğu zaman aynı veya birinde verilecek kararın diğerini etkileyebileceği uyuşmazlıklarla ilgili birden fazla yargılamanın yapılmasına ve farklı kararların ortaya çıkma ihtimaline⁵, böylelikle hukuk güvenliğinin zedelenmesine ve yargılamaların taraflar üzerinde doğurduğu maliyet etkisinin artmasına yol açma riskini beraberinde getirmektedir. İşte, sermaye ortaklıklarına özgü uyuşmazlıkların tahkim yargılamasıyla çözüme kavuşturulması, konu ile ilgili tüm uyuşmazlıkların tahkim yargılamasıyla çözümlenmesine olanak sağlayacak ve paralel yargılamalardan kaynaklanan sorunlar da -büyük ölçüde- minimize edilmiş olacaktır⁶.

lamadan ayrıldığı ve atipik bir karakter gösterdiği ifade edilmektedir. Bunun *temel sebepleri*, yargılamaların taraflarının ve hukuki sebeplerin farklı olması ile açıklanmaktadır. Bu konuda bkz. TOLGA AYOĞLU, “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Paralel Yargılama Problemi” (editörler: ZİYA AKINCI/CANDAN YASAN TEPETAŞ), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul 2018, s. 103-104.

- 4 Tahkim ile ilgili Türk literatüründe özellikle birleşme ve devralma sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar özelinde tahkime özel bir ilginin mevcut olduğu söylenebilir. Bkz. ALİ ERGİN ÇELEBİ, Birleşme ve Devralma İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Tahkim, İstanbul 2016, s. 112 vd.; CAHİT AĞAOĞLU, Şirket Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Tahkim, Ankara 2016, s. 147 vd.; pay sahipleri sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim hakkında bkz. SINAN H. YÜKSEL, “Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim” (editörler: ZİYA AKINCI/CANDAN YASAN TEPETAŞ), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul 2018, s. 150 vd.
- 5 **Öğretide bazı senaryolarda pay sahipleri sözleşmesinde yer alan hükümlerin korporatif dinamikleri değerlendirilmeksizin aynen esas sözleşmeye aktarılması ya da esas sözleşmede korporatif karakteri bulunmayan hükümler için tahkim yolunun öngörülmemesinin bu sorunu tetikleyebileceği ifade edilmektedir.** Bu konuda verilen muhtelif örnek ve ihtimaller için bkz. YÜKSEL, s. 156 vd.
- 6 Usul hukuku açısından tahkim anlaşması, devlet mahkemeleri nezdinde açılan davada bir “ilk itiraz” olarak ileri sürülebilir. Örneğin anonim ortaklığın -pay sahipleri sözleşmesinin tarafı olabileceğinin kabulü halinde- ortaklığın ilk itirazı ileri sürmemesi halinde yargılamanın devlet mahkemeleri nezdinde görülebilme ihtimali bulunmaktadır. Şu halde tahkim ve devlet mahkemeleri nezdindeki uyuşmazlıkların derdestliğe konu olamayacağı da dikkate alındığında, tahkim veya devlet mahkemeleri nezdinde yürütülen yargılamanın kesin hükümle sonuçlanması halinde birinde verilen kararın diğerini konusuz bırakma ihtimali gündeme gelebilir (davanın kabulüne karar verilmesi halinde diğer davanın konusuz kalması özelinde verilen ihtimaller ve değerlendirme için bkz. KAYIKLIK, s. 152-153). Bu ihtimal, tahkimin sürati dikkate alındığında, tahkimin devlet mahkemeleri nezdindeki yargılamayı konusuz bırakma-

Mahkemeler nezdinde görülmekte olan uyuşmazlıklara ilişkin yargılama-
larda ilk derece mahkemesi kararını takiben istinaf ve temyiz incelemesi
de dâhil olmak üzere **üç kademeli** bir inceleme yapılmakta, bu ise sürecin
uzun bir prosedürün tüketilmesini takiben sonlanması anlamına gelmek-
tedir⁷. Şayet yapılacak hukuki değerlendirme sonucunda ortaklık esas
sözleşmesine yazılacak tahkim kayıtlarının geçerli olduğu kabul edilecek
olursa, tahkim yargılamasının getireceği çok sayıda avantajın gündeme ge-
leceğini ifade etmek gerekir. Bu avantajlar başta ortaklık ve azınlık pay sa-
hiplerinin menfaatine hizmet edecektir⁸. Bahsi geçen avantajlar *altı başlık
altında* toparlanabilir. Bunlar: (i) gizlilik, özellikle açılan davanın ortaklığa
zarar vermesinin önlenmesi, (ii) tek dereceli ve daha hızlı şekilde uyuşmaz-
lık çözümü, özellikle azınlık ve çoğunluk pay sahipleri arasındaki sorunla-
rın kronikleşmesini engellemesi, (iii) tahkim heyetinin ortaklıklar hukukun-
da uzmanlığa sahip olan hakemlerden teşekkül etmesi karşısında hukuki
güvenlik ve belirlilik, (iv) çoğunluk ve azınlık arasındaki menfaat ihtilafla-
rında tahkimin sulhü teşvik edici işlevi, bu bağlamda ortaklık içerisindeki
dengenin tesisine hizmet etmesi, (v) tahkimin türü ve niteliğine göre daha
az maliyetli olma ihtimali ve (vi) mahkemelerin iş yükünün azalmasıdır⁹.

şı şeklinde tezahür edecektir. Ekleyelim ki paralel yargılama sorununun çözümlene-
bilmesi için öğretide İngiliz hukukunda uygulanan *anti-suit injunction* (tahkim hey-
etinin devlet mahkemesine başvurulamayacağına dair ihtiyati tedbir kararı alması ve
bu karara uyulmaması halinde hukuki ve/veya cezai sorumluluğun gündeme gelmesi)
ve bekletici mesele kararı [6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) 165]
verilebileceği dile getirilmektedir. Ancak önemle söyleyelim ki getirilen bu öneriler
tüm uyuşmazlıklar için nihai çözüm niteliğinde olmayıp, somut olay özelinde sonuç
doğurabilme iktidarına sahiptir. Örneğin bekletici mesele yorumu için bkz. AYOĞLU,
Paralel Yargılama, s. 110-111; somut olayın özelliklerine göre bekletici mesele ile ilgili
tereddütünü dile getiren YÜKSEL, s. 164-165; diğer çözüm mekanizmaları hakkında
bkz. MILDON, s. 87 vd.

- 7 Örneğin çok da komplike olmayan bir konuya dair genel kurul kararına ilişkin iptal
davası, ilk derece mahkemesi tarafından karar verilmesi, istinaf ve temyiz incelemesi-
ni tükettiği bir ihtimalde -gözlemleyebildiğimiz kadarıyla- üç ya da dört yıllık bir za-
man dilimi içerisinde nihayete ermektedir. Bu iyimser sürenin genel kurul kararının
niteliği, yargılama esnasında farklı bilirkişi heyetlerinden rapor alınması ve üst derece
mahkemelerin bozma yönünde karar/lar vermesi halinde uzayabileceği her türlü
tartışmanın üzerindedir.
- 8 Ortaklık menfaatinin kavramsal çerçevesi hakkında bkz. MEHMET HELVACI/EMİN
ÇAMURCU/İSMAİL TÜRKİYILMAZ, “Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati
Kavramı”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 309-331; MEHMET
HELVACI/RİFAT CANKAT, “Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı”, Prof.
Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, s. 521-553; MUHAMMED SULU, Anonim
Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul 2019, s. 8 vd.
- 9 Tahkimin sağladığı avantajlar hususunda bkz. AYOĞLU, Tahkim, s. 2 vd.

Tahkimin zikredilen avantajlarına rağmen tahkim kaydının geçerli olup olmadığı hukuk tekniği açısından bu soruna olumlu yanıt verilmesine bağlıdır. Sermaye ortaklıklarına özgü uyuşmazlıkların tahkim kanalıyla görülebilmesi için aşılması gerekli olan çok sayıda engel bulunmaktadır. Aşağıda öncelikle, Türk hukuku ve fikri takibin sağlanabilmesi adına özellikle Alman ve İsviçre hukukundaki güncel duruma temas edilecek, ardından sırasıyla tahkimin önündeki engeller ana hatlarıyla değerlendirme konusu haline getirilecektir.

I. Konu ile İlgili Düzenlemelerin Ele Alınması

A. Türk Hukuku

TTK'da bu konuda tahkime cevaz veren ya da tahkimi yasaklayan açık bir düzenleme yoktur. Tespit edebildiğimiz kadarıyla yalnızca TTK 561'in gerekçesinde tahkime dair kısa bir değerlendirmeye yer verilmiştir¹⁰.

Yargı tatbikatına bakıldığında ise Yargıtay'ın ortaklıklar hukuku açısından tespit edebildiğimiz güncel yaklaşımı, esas sözleşmeye yazılan tahkim kayıtlarının geçersiz olduğu yönündedir. Aşağıda örnek olarak alıntılanan kararda yer verilen gerekçeler muhtelif açılardan tartışmaya açık olsa da genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü özelinde tahkim kaydı ile ilgili uyuşmazlıkta Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ("HD"), 05.12.2012 tarih ve 2011-13485/19915 sayılı kararıyla aynen;

"...tahkim konusunda ana sözleşmede yer alan bir hüküm veya yapılacak hakem sözleşmesi geçersizdir. Tahkim yalnız tarafların arzularına tabi olan, yani davalı ile davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerlidir. Halbuki bir genel kurul kararının iptaline dair uyuşmazlığın davacı ve davalı arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılması mümkün değildir. Ayrıca, TTK'nun 381. maddesinin 1. fıkrasının münhasıran ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeyi yetkili kılan hükmü ile aynı maddenin 3. fıkrasının davaların birleştirilmesini zorunlu kılan hükmü de tahkim müessesesi ile bağdaşmamaktadır..."

¹⁰ Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu davalarındaki yetkili mahkeme ile ilgili 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TK") 561'in madde gerekçesinde tahkime dair kısa bir ifadeye yer verilmektedir: "...Tahkim ve yetki sözleşmesi yapmak yolu açıktır" (bkz. ARSLAN KAYA, Gerekçeli – Karşılaştırmalı – Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 660).

şeklinde değerlendirmede bulunmuştur¹¹. Şu halde Türk hukuku açısından -en azından şimdilik- içtihat yoluyla tahkim kayıtlarının korporatif etkiye sahip olacağını söyleyebilmek mümkün değildir¹².

Bilimsel öğretide ise konu tartışmalıdır: *Bir görüş*, özellikle genel kurul kararlarının iptaline yönelik uyuşmazlıklardan hareketle tahkimin mümkün olmadığını temel alırken¹³; *diğer görüş*, esas sözleşmeye yazılan tahkim kaydının geçerli olduğu, ancak korporatif etkiye sahip olduğu ve olmadığı noktasında birbirinden ayrılmaktadır¹⁴. Ekleyelim ki bu konuda ağırlık kazanan görüş, tahkim kaydının korporatif etkiye sahip olduğu yönündedir.

B. Alman ve İsviçre Hukuku

Mukayeseli hukuk perspektifinden yaklaşıldığında ise yol gösterici olması bakımından Alman ve İsviçre hukukundaki duruma ana hatlarıyla değinilmesinde fayda bulunmaktadır:

- 11 Tahkim kaydının belirsiz olması gerekçesiyle geçersiz olduğu ve genel kurul kararının iptali özelinde tahkime başvurulamayacağına dair Bölge Adliye Mahkemesi kararının onandığı bir diğer karar için bkz. Yargıtay 11. HD'nin 01.07.2019 tarih ve 2226/5000 sayılı kararı (YargıtayİB). Ekleyelim ki Yargıtay, anonim ortaklığın feshi ile ilgili uyuşmazlıklara dair tahkim kayıtlarının geçersiz olduğunu ve TTK 530 ile 531 hükümlerindeki mahkemeye vurgunun tahkim kurumu ile bağdaşmadığı görüşündedir. Bkz. Yargıtay 11. HD'nin 09.04.2014 tarih ve 141/6951 sayılı kararı (YargıtayİB). Keza, ortak olmayan müdürler bakımından tahkim kaydının bağlayıcı olmadığı yönündeki bir değerlendirme için bkz. Yargıtay 11. HD'nin 15.02.2010 tarih ve 2008-9429/1648 sayılı kararı (KazancıİB). eTK döneminde pay defterine kayıt ile ilgili bir uyuşmazlık özelinde tahkim kaydının geçerli olduğu yönünde yapılan bir değerlendirme için bkz. ve karş. Yargıtay 11. HD'nin 07.04.1983 tarih ve 1595/1780 sayılı kararı (KazancıİB).
- 12 Hemen söyleyelim ki yakın geçmişte, hukuki sonucu bulunmamakla birlikte, esas sözleşmesel tahkim kayıtlarına olan güncel yaklaşımı gösteren *iki gelişme* söz konusu olmuştur: Bunlardan *ilki*, ticaret sicili müdürlüğünün tahkim kaydı ile ilgili bir esas sözleşmeyi tescil ve ilân etmiş olmasıdır (bkz. 01.10.2021 tarih ve 10441 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi). *İkincisi ise* İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi tarafından hazırlanan örnek esas sözleşmesel tahkim şartının paylaşılmasıdır.
- 13 Örnek olarak bkz. ERDOĞAN MOROĞLU, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul 2020, s. 299-302.
- 14 Korporatif etki bağlamında bkz. KAYIKLIK, s. 154-155, 160 vd.; BURAK ETİRLİ, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının İptali Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği", Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 8, S. 32, Prof. Dr. Ali Necip Orta'nı Armağan, 2019, s. 2021, bkz. ve karş. aynı eser, s. 2024. Korporatif etkinin söz konusu olmadığını belirterek, şeklen geçerli olan esas sözleşme hükmünün ortaklığı ve tahkim kaydına rıza gösteren pay sahiplerini bağlayacağı yönünde bkz. AYOĞLU, Tahkim, s. 69 vd. eTK bağlamında tahkim kaydının pay satın alarak anonim ortaklığa katılan kimseler için de bağlayıcı olacağı yönündeki bir değerlendirme için bkz. MEHMET HELVACI, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler", Marmara Üniversitesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, İstanbul 2009, s. 190.

Alman hukukunda tahkime dair önceleri olumsuz olan tutum, Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarıyla limited ortaklıklar özelinde büyük ölçüde aşılaraq; (i) tahkim kaydının esas sözleşmeye “tüm pay sahiplerinin” rızasıyla eklenmesi, (ii) pay sahiplerinin sürecin başlangıcı ve gelişimi hakkında bilgi sahibi olması ve tahkim yargılamasına müdahil olma olanağı tanınması, (iii) hakemlerin seçiminin tarafsız bir makama bırakılması, bırakılmadıysa tüm pay sahiplerinin seçimde kanaatini bildirmesine imkân bahşedilmesi ve (iv) aynı ihtilafa dair tüm davaların tek bir tahkim heyetince karara bağlanması gerektiği içtihat edilmiştir¹⁵. Anılan koşulları -kümülatif olarak- taşımayan bir tahkim kaydı ise batıldır.

Alman Medeni Usul Kanunu'na göre tahkim kaydının ortaklık, organlar, mevcut ve müstakbel tüm pay sahiplerini bağlayıcı etkiye sahip olduğu kabul edildiğinden, tahkim kaydının korporatif etkiye sahip olup olmadığı hakkında esaslı bir tartışma yoktur¹⁶. Bununla birlikte, tahkime cevaz veren bu yaklaşım, limited ortaklık ve şahıs ortaklıkları açısından cari olup, kapalı anonim ortaklıklar açısından aksi yöndeki görüşlere rağmen emredici hükümler ilkesinin anonim ortaklıklar açısından tahkim kaydına engel teşkil ettiği savunulmaktadır¹⁷ [Aktiengesetz (“AktG”) §23/5, §246/3]. Bu gerekçeyle Alman hukukundaki sürecin, içtihat yoluyla ve limited ortaklık ile şahıs ortaklıkları özelinde gelişim gösterdiği tekrar pahasına vurgulanmalıdır.

İsviçre hukuku açısından yaklaşıldığında ise konu ortaklıklar hukuku teorisi ekseninde özellikle tek borç ilkesi [Obligationenrecht (“OR”) 680/1] ve dava hakkının vazgeçilmezliği (OR 706b/1) açısından tartışmalı olup; öğretide tahkime cevaz verilmesi gerektiği ve bunun mümkün olmadığı yönünde her iki görüş de savunulmaktadır¹⁸. İsviçre hukukunda emredici hükümler ilkesinin kabul edilmemesi dolayısıyla bu konuda bir tartışma yoktur.

15 Alman Federal Mahkemesi'nin gelişim sürecinde verdiği üç önemli karar ve özellikle kronoloji itibarıyla verilen ikinci karardaki değerlendirmeler için bkz. KIRCA, s. 221 vd.; AYOĞLU, Tahkim, s. 14-15, 90-91; KAYIKLIK, s. 138-143, özellikle s. 140. Alman hukukunda tahkime elverişlilik ile ilgili soru işaretlerinin anonim ortaklıklar açısından da kaldırıldığı yönünde bkz. ve karşı. HUYSAL, s. 307-308.

16 KAYIKLIK, s. 141-142.

17 KAYIKLIK, s. 142-143.

18 Tartışmaların sonlanmadığı yönündeki açık bir ifade için bkz. KIRCA, s. 231; KAYIKLIK, s. 144-145. İsviçre'de çoğunluğun tahkime elverişlilikten yana olduğu yönünde bkz. ELLIOTT GEISINGER/SİNEM MERMER, “Şirket Esas Sözleşme ve İç Yönergelerindeki Tahkim Şartları” (editörler: ZİYA AKINCI/CANDAN YASAN TEPETAŞ), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul 2018, s. 50.

Bununla birlikte İsviçre’de, Alman hukukundan farklı olarak içtihat yoluyla değil, OR’a açıkça eklenmesi öngörülen tahkim ile ilgili yasal düzenlemede (OR 697n); halka açık ve kapalı anonim ortaklıklar ile limited ortaklar açısından; (i) esas sözleşmede ortaklıklar hukuku ihtilaflarının İsviçre’deki bir tahkim mahkemesince görülebileceğinin kararlaştırılabileceği¹⁹, (ii) aksine düzenleme yoksa tahkim kaydının ortaklık, organlar ve pay sahipleri hakkında bağlayıcı olacağı (OR 704), (iii) tahkim usulü hakkında İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun ilgili hükümlerinin tatbik edileceği, (iv) esas sözleşmenin ayrıntıları tahkim kurallarına atıf yoluyla düzenleyebileceği ve hakem kararıyla bağlı olan kişilere sürecin başlangıcı ve bitişi hakkında bilgi verilmesi ile hakem seçimi ve davaya müdahil olarak katılabilmelerinin düzenleneceği öngörülmektedir²⁰.

Yukarıdaki kısa açıklamalardan anlaşılabileceği gibi, Alman hukukunda tahkime dair süreç, limited ortaklıklar özelinde ve içtihat marifetiyle gelişim göstermişken; İsviçre hukukunda açık bir yasal düzenlemede bulunulması suretiyle tahkimin önü açılmıştır. Her iki hukuk disiplininde tahkime cevaz verilse de bu koşulsuz ve sınırsız olmayıp, tahkim kaydında bulunması gereken içerik ve belirli koşulların varlığı kaydıyla tahkimin mümkün olduğu kabulüne dayanmaktadır.

Tekrar pahasına vurgulayalım ki sermaye ortaklıklarına özgü uyuşmazlıklarda tahkime uygunluk -ister tahkime elverişlilik ister tahkim kaydının geçerliliği ile ilişkilendirilsin- ile ilgili maddi hukuk ve usul hukuku perspektifinden iç içe geçen ve derin tartışmayı gerektiren çok sayıda hukuki argüman bulunmaktadır. Bu bağlamda yapılan ön sorun değerlendirmesini takiben aşağıda, Türk hukuku bakımından tahkime uygunluk açısından olumlu sonuca ulaşılabilmesi için aşılması gereken sorunlar maddi hukuk ve usul hukuku perspektifinden -ana hatlarıyla- ele alınmaktadır.

19 Üstelik tahkim kaydının korporatif etkiyi haiz olabilmesi için tüm pay sahiplerinin oybirliği yönünde bir nisap da aranmamakta, OR 704 ile genel kuruldaki mevcut oyların üçte ikisi ve temsil olunan sermayenin çoğunluğunun gerekli olduğu öngörülmektedir. Tahkim kaydına rıza ile ilgili olan bu sorun özelinde Türk hukuku bağlamında öğretilde esas sözleşme değişikliği marifetiyle eklenecek tahkim kayıtları için esas sermayenin tamamını temsil eden tüm pay sahiplerinin rıza göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Örnek olarak bkz. AYOĞLU, Tahkim, s. 44; KAYIKLIK, s. 162; ETİRLİ, s. 2019-2020. Mukayeseli hukukta kabul edilen nitelikli yetersayılar özelinde muhtelif örnekler için bkz. GEİSINGER/MERMER, s. 53.

20 KIRCA, s. 231-232; KAYIKLIK, s. 145-146; ayrıca GEİSINGER/MERMER, s. 51. Bu konuda Türk hukuku özelinde gündeme getirilen öneriler için ayrıca bkz. HUYSAL, s. 316 vd.

II. Tahkime Elverişlilik ile İlgili Temel Sorunlar

A. Ön Sorun

Ele alınması gereken **ön sorun**, sermaye ortaklıklarına ilişkin uyuşmazlıkların (objektif açıdan) tahkime elverişli olup olmadığıdır.

Türk hukukunda bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olabilmesinin *temel koşulu*, iki tarafın iradesine tâbi bir uyuşmazlık bulunmasıdır [HMK 408/1; 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”) 1/4]. Tarafların iradesine tâbi olmayan uyuşmazlıklar hakkında tahkim yapılamaz. Belirli istisnaları bulunmakla birlikte, temel kural, uyuşmazlığın tarafların “asaruf alanına dahil olduğu yönündedir”²¹. Dikkat edilecek olursa buradaki ölçüt, maddi hukuk bağlamındaki tasarruftur. Örneğin pay sahibinin açtığı bir genel kurul kararına karşı iptal davasından feragat edebilmesi önünde bir engel yokken açılan bu dava anonim ortaklık tarafından -genel kurulun yetkilendirmesi üzerine- sulh veya kabul yoluyla sona erdirilebilir²². Keza koşullarının varlığı halinde, genel kurulun kendi kararı üzerindeki tasarrufu ile de açılan davanın konusuz bırakılması suretiyle tasarrufta bulunabilmesi mümkündür. Başka bir açıdan, genel kurul tarafından alınan kararın icra edilmeyerek dolaylı olarak bu sonuca ulaşılabilmesi önünde bir engel yoktur.

Şu halde tarafların açılan dava üzerinde tasarrufta bulunabilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Nitekim Türk öğretisindeki genel kabul de sermaye ortaklıklarına ilişkin uyuşmazlıkların tarafların iradesine tâbi olduğu yönündedir²³. Dolayısıyla bir *ilk tespit olarak*, sermaye ortaklıklarına özgü uyuşmazlıklar özelinde -kural olarak- tahkime elverişlilik sorunu bulunmadığını altını çizerek belirtmek gerekir.

21 Bu yönde bkz. HELVACI, s. 201-202; ETİRLİ, s. 2015. Ayrıca bkz. dpn. 29.

22 Bunun mümkün olmaması dolayısıyla genel kurul kararlarına karşı açılan iptal davalarında tahkimin caiz olmadığı yönünde bkz. ve karşı. MOROĞLU, s. 300. Buna karşılık, güncel öğretide, genel kurul kararlarına karşı açılan davalarda kabul ve sulh gibi davayı sona erdiren taraf işlemlerinin yapılabileceği noktasında tereddüt bulunmadığını ekleyelim. Anlaşılabileceği gibi buradaki sorun, tahkime elverişlilik değil, ortaklık içi “yetki” sorunudur.

23 Türk hukukuna özgü *bir diğer tereddüt*, organ kararlarına dair ihtilafların şahsın hukukuna dair kabul edilmesidir (HMK 367/2). Alman ve İsviçre hukukunda genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair ihtilaflar malvarlığına ilişkin kabul edildiği için tasarruf ile ilgili bir soru işareti bulunmamaktadır. Ancak öğretide -kanaatimizce de haklı olarak- şahsın hukukuna dair olsa da bu konunun tahkime elverişliliği önünde engel teşkil etmediği, önemli olanın malvarlığı veya şahsın hukukuna özgü tartışmadan ziyade, tasarruf kabiliyeti olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. KIRCA, s. 233-234.

B. Ortaklıklar Hukuku ile İlgili Temel Sorunlar

1. Maddi hukuk perspektifinden ele alınması gereken *ilk sorun*, dava hakkının mahkemeler nezdinde kullanılmasının zorunlu olup olmadığı -ve bağlantılı olarak- tahkim kaydının dava hakkının vazgeçilmez karakteri ile çatışma içerisinde bulunup bulunmadığıdır.

Öğretide TTK'da mahkemeler nezdinde dava açılmasının zorunlu olduğuna dair bir hükmün öngörülmediği ifade edilerek, tahkim kaydının dava hakkını ortadan kaldırmadığı, bilakis bir tercihin söz konusu olduğu belirtilmekle, tek başına bir sınırlandırmanın varlığından söz edilemeyeceği, kaldı ki tahkim kaydının dava hakkını kısıtlamaktan ziyade zaman ve masraf maliyeti açısından hakkın daha etkin şekilde kullanılmasına hizmet ettiği, bu sebeple tahkim kaydının vazgeçilmez hak ihlali teşkil etmediği belirtilmektedir²⁴. Aşağıda da dile getirileceği üzere, bu açıklamalar, tahkim kaydının devlet mahkemeleri nezdindeki yargılamalara dair usuli mekanizmaları eksiksiz şekilde sağladığı varsayımı üzerine yapılmaktadır²⁵. Buradan hareketle usulün tahkim kaydında yer almaması, tahkim kaydının geçerliliği veya tahkim heyetince verilen kararın yargısal denetimi aşamasında dikkate alınması gerekli olan bir sakatlık olarak değerlendirilmektedir.

Kanaatimizce, tarafların tahkim yoluna müracaat etmesi bakımından bu açıdan bir engel yoktur. Tahkim nezdinde yürütülen bir yargılama faaliyeti olup tahkime cevaz verilmesinin tek başına ve kendiliğinden dava hakkının vazgeçilmez karakterine ters düştüğü söylenemez. Aksi bir yorum kabul edilecek olursa, mevzuatımızda dava hakkının mahkemeler nezdinde kullanılabilmesinin öngörüldüğü hallerde alternatif çözüm uyuşmazlıklarına müracaat edilmesinin kesin olarak reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılması gerekir²⁶. Bu ise prensip itibarıyla tüm uyuşmazlıklar açısından tahkime cevaz verildiğinin açıkça düzenlenmesi zorunluluğunu beraberinde getireceği gibi aynı zamanda alternatif çözüm uyuşmazlıklarının varlık sebebiyle de çelişki oluşturur.

24 Bkz. ETİRLİ, s. 2007-2008; KAYIKLIK, s. 157.

25 Bu konuda bkz. KAYIKLIK, s. 165.

26 Öğretide *Ayoğlu*, usul hukuku öğretisinde çekişmesiz yargı işlerinin tahkime elverişli olmadığı yönündeki kabule işaret etmesinin ardından, çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilse dahi pay sahipliği ve azınlık haklarının kullanılmasını sağlamaya yönelik taleplerin -istisnaları bulunmakla birlikte kural olarak- tahkime elverişli olduğunu (s. 121-122), yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarının yönetim kurulu üyesinin rızası olmaması halinde tahkimde görülmesinin mümkün olmadığını (s. 130-131), anonim ortaklığın sona ermesine dair davaların tahkime elverişli olmadığını (s. 145) belirtmektedir. Bu konuda ortaklıklar hukuku uyuşmazlıkları açısından genel değerlendirmeler için bkz. AYOĞLU, Tahkim, s. 98 vd.

Ancak önemle bir çekince olarak vurgulamak gerekir ki özellikle tahkim türüne göre TTK'da öngörülen mekanizmaya denk bir mekanizma öngörülmemiş olması, dava hakkını “kısıtlayan” bir niteliğe kavuşabilir. Bu durum Türk hukuku bakımından -özellikle- yargılama giderleri açısından ön plâna çıkmaktadır. Zira Türk hukukunda, sorumluluk davaları bir kenara bırakıldığında başta organ kararları veya tasarrufu ile ilgili olarak ikame edilen davalar, Alman ve İsviçre hukukundan farklı olarak, malvarlığı ile ilgili olmaması, diğer bir ifadeyle, şahsın hukukuna dair kabul edilmesi sebebiyle maktu harca tâbidir (karş. AktG §243). Dolayısıyla örneğin pay sahibi tarafından genel kurul kararı hakkında iptal davası açılmasının maliyeti, dava açma motivasyonunu etkileyebilecek düzeyde değildir. Şu halde her ne kadar tahkimin sağladığı avantajlar dolayısıyla bu maliyetin “katlanılabilir” bir maliyet olduğu savunulabilecek olsa da pay sahibi tarafından açılan davalarda yargılama maliyetinin dava maliyetine kıyasla çok daha yüksek olması, pay sahiplerinin dava hakkını kullanmasını kısıtlayan bir görünüme sahip olabilir. Bu ihtimalde vazgeçilmez hak ihlali dolayısıyla tahkim kaydının geçerliliği sorgulanabilir hale gelecektir [TTK 447/1-(a)].

2. İkincisi, esas sözleşmeye yazılacak tahkim kaydının “korporatif etki” tanınması bağlamında emredici hükümler ilkesi karşısındaki durumudur.

Bu soruna verilecek yanıt emredici hükümler ilkesinin yorumuna bağlıdır²⁷. TTK'nın muhtelif hükümlerinde yer alan diğer düzenlemelerde olduğu gibi, emredici hükümler ilkesi ile ilgili *en temel sorun*, emredici hükümler ilkesinin dayanağını teşkil eden hukuk sistemi ile TTK'nın muhtelif temel hükümlerinin kaynakları arasında önemli farklılıklar bulunmasıdır. Türk öğretisinde emredici hükümlerin yorumu ile ilgili *temel iki yaklaşım* bulunmaktadır: *Bir görüş*, madde gerekçesindeki açıklamalara rağmen hükmün lafzından ve varlık sebebinden hareketle katı yorumun benimsenmesi gerektiğini temel alırken, *diğer görüş*, TTK 340'ın gerekçesinde yer alan değerlendirmelerden hareketle kanunda tahdidi olarak düzenlenmeyen konularda tamamlayıcı hükümlere yer verilebileceğini kabul etmektedir. Esasen bu ikinci yaklaşımın temelinde tamamlayıcı hüküm değerlendirmesinde bulunulurken esas sözleşmede öngörülecek düzenlemenin ve TTK 340'ın amacının göz önünde bulundurulması gerektiği de dikkate alınmaktadır²⁸.

27 TK 340 bağlamında öğretide ileri sürülen güncel yaklaşımlara toplu olarak bkz. CEM VEZİROĞLU, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul 2021, s. 378 vd. Tahkim kaydı açısından olumlu yönde bkz. ETİRLİ, s. 2003; KAYIKLIK, s. 159-160; TTK 340'ın dar yorumlanması gerektiği gerekçesiyle aksi yönde olduğu anlaşılan H. ALİ DURAL, Hisse Satış Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Bakımından Tahkim (editörler: ZİYA AKINCI/CANDAN YASAN TEPETAŞ), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul 2018, s. 119.

28 Tahkim özelinde genel bir bakış için bkz. AYOĞLU, Tahkim, s. 25 vd. Yazar, Alman hu-

TTK 340'ın kaynağı olan Alman hukukunda anonim ortaklıklar özelinde tahkim kurumunun gelişmemesinin *temel sebebi*, emredici hükümler ilkesinin varlığıdır. Türk hukukundaki düzenleme ise Alman hukuku ile karşılaştırıldığında daha katıdır. Bunun *temel sebebi*, Alman hukukunda kanunda düzenlenen hususlar dışındaki konularda esas sözleşmede tamamlayıcı hükümlere yer verilebileceğinin kabul edilmesidir (AktG §23/5). Hatta öyle ki Alman hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, limited ortaklıklar özelinde emredici hükümler ilkesine yer verilmemiştir (TTK 579). Diğer bir ifadeyle, Alman hukukunda emredici hükümler ilkesi münhasıran anonim ortaklıklar açısından tatbik kabiliyetine sahiptir.

Türk kanun koyucusunun bu yöndeki bilinçli tercihi (ve bu düzenlemenin meydana getireceği olumsuz sonuçlar) dikkate alındığında, emredici hükümler ilkesinin katı yorumlanması gerektiği değerlendirilmektedir. Şu halde -Türk öğretisindeki ağırlıklı görüşün aksine- emredici hükümler ilkesinin tahkim kaydına korporatif etki tanınmasına engel teşkil ettiği söylenebilir. Bu ihtimalde esas sözleşmeye yazılan tahkim kaydı, ister ilk esas sözleşmede ister esas sözleşme değişikliği marifetiyle dahil edilmiş olsun, batıl olacak; batıl olan bu hüküm şeklen (=borçlar hukuku bağlamında) esas sözleşme hükmü olarak tahvil edilse dahi anonim ortaklığın tahkim sözleşmesinin tarafı olduğu söylenemeyecektir²⁹. Dikkat edilecek olursa tek başına emredici hükümler ilkesinin varlığı, tahkim kaydının korporatif etki doğurmasının önüne geçmektedir.

kukundaki tüm farklılıklara işaret etmesine rağmen, tahkimin bir ortaklıklar hukuku müessesesi olmaması dolayısıyla TK'da düzenlenmediğini ifade ederek, tamamlayıcı bir hüküm olarak yer verilen tahkim kaydının emredici hükümler ilkesine aykırı düşmeyeceğini savunmaktadır. Bkz. AYOĞLU, Tahkim, s. 28 vd., özellikle s. 30-33.

- 29 Esas sözleşmeye yazılan tahkim kaydının ortaklıklar hukukunun doğasından kaynaklanan sebeplerle korporatif etkiye sahip olamayacağını dile getiren Ayoğlu, korporatif veya şeklen geçerli olmasından bağımsız olarak, tahkim kaydıyla anonim ortaklığın bağlı olduğunu kabul etmektedir (AYOĞLU, Tahkim, s. 38 ve orada dpn. 82'de yer alan açıklama; ayrıca bkz. s. 61, 69 vd.). Bu ihtimalde örneğin payı devralan yeni bir pay sahibi kural olarak esas sözleşmede yer alan tahkim kaydıyla bağlı olmayacak, ancak şeklen geçerli olan bu hüküm karşısında anonim ortaklık tahkim kaydıyla bağlı olacaktır. Ancak bize göre esas sözleşmeye yazılan tahkim kaydı TTK 340'a aykırı olması dolayısıyla geçersiz olacağı için -kanuna aykırılığın dolanılması sonucunu doğuracak şekilde- anonim ortaklığın tahkim yargılamasının tarafı olabileceğini kabul etmek mümkün değildir (TBK 27). Ayoğlu, bir kısım pay sahibinin tahkim ile bağlı olması ancak bir kısmının bağlı olmaması halinde esas sözleşmedeki tahkim kaydının geçersiz hale geldiğinin kabul edilmesi gerektiğini, bu tehlikenin bertaraf edilmesi için de esas sözleşmede devir sınırlamasına yer verilerek, sonradan pay iktisap eden kimselerin tahkim şartına taraf olmayı yazılı olarak kabul etmemeleri halinde ortaklığın TTK 493/1 tahtında kaçış klozunu kullanabileceğini eklemektedir (AYOĞLU, Tahkim, s. 163).

3. Üçüncüsü, tahkim kaydına dair esas sözleşme hükmünün tek borç ilkesine aykırılık teşkil edip etmediğidir.

Öğretide tahkim kaydının doğrudan mali edim gerektiren bir borç öngörmediği, mali edimin devlet yargısında da söz konusu olduğu, tahkime gitmenin ifası talep edilebilen bir borç da teşkil etmediği, usuli bir külfetten söz edilebileceği, nitekim tek borç ilkesinin amacı ile de çatışan bir menfaatin söz konusu olmadığı, anılan gerekçelerle tahkim kaydının TTK 480 tahtında bir yükümlülük mahiyeti bulunmadığı dile getirilmektedir³⁰.

Tek borç ilkesine dair istisnalar bir kenara bırakıldığında, ilke ile amaçlanan, pay sahibinin anonim ortaklığa karşı borç altına girmesinin “kısmen” önlenmesidir³¹. Hangi açıdan bakılırsa bakılsın, tahkim kaydı ile pay sahibinin anonim ortaklığa karşı borçlandığının söylenebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple esas sözleşmeye yazılan tahkim kaydının tek borç ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

C. Usul Hukukuna İlişkin Temel Sorunlar

1. İlk sorun, TTK 448 vd. düzenlenen usule dair emredici hükümlerin tahkime engel teşkil edip etmediğidir.

Ortaklıklar hukukunun maddi esaslarına ilişkin kurallar, tahkim yargılamasında hakemler tarafından doğrudan uygulanacaktır. Bununla birlikte özellikle genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair uyuşmazlıklar özelinde öngörülen davanın usulüne dair emredici kuralların ne şekilde tatbik edileceği ile ilgili bir belirsizlik söz konusudur (TTK TTK 448-450). Öğretide konu tartışmalıdır: *Bir görüş*, -özellikle- davada taraf olmayan pay sahipleri ve alacaklıların menfaatlerinin korunması amacıyla kamu düzeninden olmak üzere öngörülen usule dair emredici düzenlemelerden hareketle tahkimin mümkün olmadığını savunmaktadır³² [6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) 27]. TTK 340’ın varlığı da dikkate alındığında, tüm pay sahipleri ve üçüncü kişilere tanınan ve emredici hükümlerle gözetilen menfaatin zarar görmesi söz konusudur³³. Buna karşılık, hakemlerin doğ-

30 AYOĞLU, Tahkim, s. 35; KAYIKLIK, s. 156.

31 Tek borç ilkesinin teorik temelleri hakkında bilgi için bkz. GÜL OKUTAN NILSSON, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003, s. 15 vd.

32 eTTK bağlamında usule dair emredici hükümlere aykırılık halinde tahkim kaydının geçersiz olacağı yönünde bkz. HELVACI, s. 200-201.

33 Davaların birleştirilmesi sebebiyle tahkimin mümkün olmadığını ifade eden MOROĞLU, s. 300; eTTK 381’de yer alan tüm usuli düzenlemeler açısından bkz. HELVACI, s.

rudan TTK 448 vd. hükümlerini uygulayacak olduğunu savunanlar olduğu gibi (=doğrudan uygulanan kural)³⁴, bunun kabul edilmemesi halinde de tarafların TTK 448 vd. yer alan kurallara uygun bir tahkim mekanizması öngörebileceğini kabul etmektedir³⁵. Bununla birlikte sonuçları açısından bu durumun tahkim heyetince emredici usuli kurallara uyulup uyulmadığının hakem kararlarının iptali tahtında (yetki aşımı ve/veya kamu düzeni gerekçesiyle) denetlenebileceğini³⁶ ve TTK 448 vd. öngörülen emredici yargılama usulünü içermeyen bir tahkim kaydının batıl olacağını dile getirenler de bulunmaktadır³⁷.

Dikkat edilecek olursa TTK 448 vd. hükümlerinde yer alan usuli hükümlerin tahkime engel teşkil etmeyeceğini savunan görüş dahi tahkim heyetince yapılacak yargılamada bu kuralların mutlak suretle uygulanabilir olması kaydıyla tahkimin mümkün olduğunu dile getirmektedir. Burada öngörülen *tek farklılık*, tahkimin peşinen reddedilmesi yerine TTK 448 vd. öngörülen hükümlerin tahkim kaydına yansıtılması ve bu kayıtları içermeyen, dolayısıyla devlet mahkemeleri nezdinde yapılacak yargılama ile denk bir hukuki koruma ihdas etmeyen tahkim kayıtlarının geçersiz ya da tahkim heyetince verilen kararın yargısal denetim aşamasında iptal edilebilir olmasıdır.

Kuşkusuz ki bu tartışma açısından da tahkim usulü ile ilgili hususların esas sözleşmeye yazılması hususunda TTK 340'ın yorumu belirleyici olacaktır. Bu sebeple tekrara düşmemek adına TTK 340'a dair açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz³⁸.

2. İkincisi, mahkemelerin yetkisinin “kesin” olmasının tahkime engel teşkil edip etmeyeceğidir.

Öğretide TTK'daki muhtelif düzenlemelerden hareketle (örn. TTK 437/5, 445, 561), mahkemelerin yetkisinin kamu düzenine dair kesin bir yetki kuralı öngörmesi sebebiyle tahkime gidilemeyeceğini savunanlar olduğu gibi³⁹, bu kuralın tahkime gidilmesine engel teşkil etmeyeceğini ve aksi özel olarak öngörülmedikçe mahkemelerin münhasır

201-202.

34 Örnek olarak bkz. AYOĞLU, Tahkim, s. 94.

35 Tahkim kaydı açısından bkz. AYOĞLU, Tahkim, s. 94-96; ETİRLİ, s. 2009-2013; ayrıca KAYIKLIK, s. 148-149.

36 ETİRLİ, s. 2009-2013.

37 Tahkim kaydının geçerliliği bağlamında bkz. KAYIKLIK, s. 149-150.

38 Bkz. yukarıda II/B/2'de yer alan açıklamalar.

39 Bkz. MOROĞLU, s. 300.

yetkisini düzenlemediğini, mahkemelere müracaat halinde uygulama alanı bulunan bir kural niteliğinde olduğunu belirten müellifler de bulunmaktadır⁴⁰.

Gerçekten de kesin yetki, mahkemeler nezdinde görülmesi gereken bir uyuşmazlık söz konusu ise bu halde mahkemenin yetkisine vurgu amacıyla öngörülmekte olup, mahkemelerin münhasır yetkisine dair bir menfaati hi-maye etmemesi sebebiyle doğrudan tahkime müracaat ihtimalini dışlama-maktadır. TTK'daki yetki kurallarıyla tahkimin özel olarak dışlanması söz konusu değildir. Dolayısıyla örneğin anonim ortaklık merkezinin bulundu-ğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesinin kesin yetkili olması -tek başına- uyuşmazlığın tahkim nezdinde görülmesine engel teşkil etmez. Bu sebeple kesin yetki kuralının, tahkime elverişlilik açısından sorun teşkil etmeyece-ği değerlendirilmektedir.

3. Üçüncüsü, tahkim anlaşmasının ve hakemlerce verilecek kararların yal-nızca taraflarını bağlayacağı, -mahkemece verilecek hangi kararın inşai et-kiyi haiz olduğu tartışmasından bağımsız olarak- mahkemece verilen ka-rarın herkese etkili olduğu uyuşmazlıklar açısından tahkimin engel teşkil edip etmeyeceğidir⁴¹.

Öğretide konu tartışmalıdır: *Bir görüş,* tek bir paya sahip davacı ile davalı ortaklık arasındaki uyuşmazlık özelinde verilen kararın bütün pay sahipleri ve organlar için geçerli olmasının hukuken kabul edilebilir olmadığını be-lirtmektedir⁴². *Diğer görüş ise,* ikili bir tasnifle; ortaklık içi ilişkilerden kay-naklanan ihtilafların tahkimin nispiliğinin istisnasını oluşturduğu ve TTK 450'de öngörülen kuralın tahkim açısından da işleyeceği⁴³ ve bundan ayrık olarak, Alman Federal Mahkemesi'nin yaklaşımından hareketle⁴⁴ tarafların tahkim kaydında bu durumu düzenlemeye kavuşturulabileceği ve böylelik-le *erga omnes* etkinin gündeme gelebileceği temeline dayanmaktadır⁴⁵.

40 HUYSAL, s. 311; AYOĞLU, Tahkim, s. 87; ETİRLİ, s. 2013-2014; genel kurul kararının hükümsüzlüğüne dair davaların mahkemeler nezdinde görülmesi açısından üstün bir menfaatten söz edilemeyeceği yönünde ayrıca bkz. KAYIKLIK, s. 148.

41 İnşai etki ve kesin hüküm etkisi farklılığı hakkında bkz. HALÜK NAMİ NOMER, Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, İstanbul 2008, s. 208-211; ayrıca ELİF IRMAK BÜYÜK, Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, İstanbul 2021, s. 156.

42 MOROĞLU, s. 300.

43 Bkz. ETİRLİ, s. 2017. Ayrıca bkz. EMRE ESEN, Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul 2008, s. 14.

44 Alman Federal Mahkemesi'nin görüş değişikliğini konu alan bu tespitinin arka plâ-nında *erga omnes* etkinin tahkim sürecinin zorunlu bir unsuru olması yer almaktadır.

45 Bu konuda özellikle bkz. HUYSAL, s. 314-315; Alman hukukunda içtihatla kabul

Kanaatimizce TTK'daki düzenleme karşısında, ortaklık içi ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların nispi ilkesinin istisnası olduğundan söz edilebilmesi için açık bir yasal düzenlemenin bulunması gerekir. Üstelik, mahkeme kararıyla ortaya çıkan etkinin mutlak inşai karakterde olması halinde bu etki, yalnızca pay sahipleri ve organlar değil, herkes açısından sonuç doğurmaktadır. Her ne kadar öğretilerde ortaklar arasında akdedilen anlaşmanın diğer ortaklara teşmili tahkim anlaşmasının nisbiliğinin istisnaları arasında zikredilse de TTK 450'de bu kural münhasıran mahkeme kararına özgülenmiştir. Bunun *temel sebebi*, mahkemelere herkese etkili olacak şekilde karar verme yetkisinin kanunla tanınmış olmasıdır⁴⁶. Halbuki tahkim yargılaması, sözleşmesel bir ilişki temeline dayanmakta olup, hakemlerce verilen karar da yalnızca tarafları üzerinde sonuç doğurma iktidarına sahiptir. Dolayısıyla uyuşmazlığın tüzel kişilik iradesini konu alması ve hakem heyetince verilen kararın zorunlu olarak pay sahipleri ve organları etkileyeceği yönünde bir argüman ileri sürülebilirse de mutlak inşai etki doğuran uyuşmazlıklar özelinde açık bir yasal düzenleme olmadıkça, mahkemelere kanun ile bahsedilen herkese etkili olacak şekilde karar verme yetkisinin tahkim yargılaması bakımından söz konusu olamayacağı (ve hukuk tekniği açısından bu yöndeki gereklilikten hareketle kıyasen uygulamaya gidilemeyeceği) değerlendirilmektedir. Öğretilerde tahkim kaydında yapılacak düzenleme ile bu sorunun aşılabileceği dile getirilmekle birlikte, kanunun tanımadığı bir sonucun tahkim kaydıyla meydana gelmesinin kabulü anlaşılabilir olmaktan uzaktır.

edilen TTK 450'nin kaynağı olan hükmün (AktG §248/1) kıyasen uygulanması yönündeki uygulamanın takdire şayan olduğunu belirterek, bu gerçekleşinceye değin tahkim kaydında bağlayıcı karar tesis etme yetkisi tanınarak sorunun aşılabileceğini ifade eden AYOĞLU, Tahkim, s. 84-86; tahkim kaydının mahkemeler nezdindeki yargılamalarla aynı usuli güvenceleri sağlaması kaydıyla bu etkiyi doğuracağı ve anılan etkinin tahkim engeli olmadığı, ancak tahkim kaydında bazı hususları taşımasını zorunlu kıldığı yönünde bkz. KAYIKLIK, s. 150-151.

- 46 Bağlantılı *bir diğer sorun*, tahkim kaydının üçüncü açısından bağlayıcı olmamasıdır. Şu halde tahkim heyeti ve mahkemeler tarafından farklı karar verilmesi de ihtimal dahilindedir. Öğretilerde tasarruf açısından yokluk veya butlanın tespiti taleplerinin iptal edilebilirlikten farklı olmadığı ve bu davaların tahkimden dışlanması haklı bir sebebi bulunmadığı dile getirilmekteyse de esas sözleşmedeki tahkim kaydının -örneğin bir alacaklı- açısından bağlayıcı olmadığı dikkate alındığında, bu tür davalarda pratik olarak tahkimin uygulanması mümkün değildir. *Bir diğer önemli sorun*, üçüncü kişiler tarafından açılan davalarda usuli mekanizmaların nasıl sağlanacağıdır.

SONUÇ

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, ortaklıklar hukukuna dair bilimsel literatürdeki güncel eğilim, olan hukuk açısından sermaye ortaklıklarına dair uyuşmazlıkların prensip olarak tahkime uygun olduğu ve muhtelif belirsizliklerin yasal düzenleme ile bertaraf edilmesine ihtiyaç bulunduğu yönündedir. Diğer bir ifadeyle, yasal düzenleme olmasa da tahkime dair esas sözleşme hükmü olan hukuk açısından sonuç doğurma kabiliyetini haizdir.

Konu, tahkim kaydının esas sözleşmeye yazılması noktasındaki iradenin nisabı ve içeriğinden, tahkim usulü ve yargılaması sonucunda verilen kararın etkisine değin birçok noktada belirsiz ve son derece tartışmalıdır. Ortaklıklar hukuku açısından aşılması gereken *temel bariyerler*, tahkim yargılamasının -bazı ihtimallerde- fiilen dava hakkının kısıtlanması sonucunu doğurması ve emredici hükümler ilkesinin varlığıdır. Usul hukuku açısından yaklaşıldığında ise özel usuli mekanizmalar ile ilgili tereddüt yanı sıra mahkeme kararıyla mutlak inşai etkinin gündeme geldiği uyuşmazlıklarda tahkim heyeti tarafından verilen kararın bu etkiden yoksun olmasıdır.

Liberal bir tutumu yansıtmakla birlikte bilimsel öğretilerde ortaya konulan tüm bu çaba, devlet mahkemeleri nezdinde tanınan güvencelerin tahkim yargılaması nezdinde sağlanması kaydıyla tahkimin mümkün olabileceği varsayımına dayanmaktadır. Halbuki tahkime cevaz verilmesi konusundaki iyimser ancak zorlama olan bu yaklaşım, esas sözleşmeye yazılan tahkim kaydının korporatif etki doğurma kabiliyetini haiz olmaması ve şeklen dahi geçerli olduğunun kabul edilemeyecek olması karşısında olan hukuk açısından açıkça dayanaksız kalmaktadır.

Yukarıda ana hatlarıyla ele alınan tüm bu sorunların salt yorum yoluyla aşılabilmesi mümkün değildir. Yargıtay'ın halihazırdaki yaklaşımının da olumsuz olduğu dikkate alındığında, yapılması gereken, tahkim özelinde buna açıkça cevaz veren ve hukuki belirliliği tam anlamıyla sağlayan açık bir yasal düzenlemenin öngörülmesidir.

Düzenleme içeriğinde *başta*; esas sözleşmede yer alacak tahkim kaydına dair toplantı ve karar nisabı, TTK 340 ile ilgili engeli aşabilmek adına esas sözleşmeye yazılan kayda korporatif etki tanınması, keza, pay sahiplerine tahkim süreci ve katılımlarına dair bilgilendirme ve teminat sağlanması ve tahkim usulü ve tahkim heyetince verilen kararın etkisine dair açık bir düzenlemeye yer verilmesidir. Düzenleme yapılmasını takiben ortaklıklar hukukunun (ve tahkim yargılamasının) temel parametrelerinden ve mahiyetinden kaynaklanan uyumsuzluk ve sorunların büyük ölçüde geride bırakılabileceği kanaatindeyiz.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AĞAOĞLU, CAHİT: Şirket Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Tahkim, Ankara 2016.

AYOĞLU, TOLGA: “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Paralel Yargılama Problemi” (editörler: ZİYA AKINCI/CANDAN YASAN TEPETAŞ), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul 2018, s. 101-113 (AYOĞLU, Paralel Yargılama).

AYOĞLU, TOLGA: Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018 (AYOĞLU, Tahkim).

BÜYÜK, ELİF IRMAK: Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, İstanbul 2021.

ÇELEBİ, ALİ ERGİN: Birleşme ve Devralma İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Tahkim, İstanbul 2016.

DURAL, H. ALİ: “Hisse Satış Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Bakımından Tahkim” (editörler: ZİYA AKINCI/CANDAN YASAN TEPETAŞ), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul 2018, s. 113-121.

ERDEM, H. ERCÜMENT: “Tahkim Anlaşması”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 241-273.

ESEN, EMRE: Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul 2008.

ETİRLİ, BURAK: “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının İptali Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 8, S. 32, Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan, 2019, s. 1997-2030.

GEİSİNGER, ELLIOTT/MERMER, SİNEM: “Şirket Esas Sözleşme ve İç Yönergelerindeki Tahkim Şartları” (editörler: ZİYA AKINCI/CANDAN YASAN TEPETAŞ), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul 2018, s. 45-57.

HELVACI, MEHMET/ÇAMURCU, EMİN/TÜRKYILMAZ, İSMAİL: “Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 309-331.

HELVACI, MEHMET/CANKAT, RİFAT: “Karşılaştırmalı Hukukta Şirket

Menfaati Kavramı”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, s. 521-553.

HELVACI, MEHMET: “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler”, Marmara Üniversitesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, İstanbul 2009, s. 179-202.

HUYSAL, BURAK: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.

KAYIKLIK, ABDURRAHMAN: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXVI, S. 4, 2020, s. 133-176.

KAYA, ARSLAN: Gerekçeli - Karşılaştırmalı - Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2021.

KIRCA, İSMAİL (ŞEHİRALİ ÇELİK, FEYZAN HAYAL/MANAVGAT, ÇAĞLAR): Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2/2, Ankara 2017.

MİLDON, YASEMİN: Anonim Ortaklıklar Hukukunda Korporatif Düzlem ile Bağlantılı Paralel Yargılamalar, İstanbul 2020.

MOROĞLU, ERDOĞAN: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul 2020.

NOMER, HALÛK NAMİ: Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, İstanbul 2008.

OKUTAN NİLSSON, GÜL: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003.

SULU, MUHAMMED: Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul 2019.

VEZİROĞLU, CEM: Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul 2021.

YÜKSEL, SİNAN H.: “Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim” (editörler: ZİYA AKINCI/CANDAN YASAN TEPETAŞ), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul 2018, s. 141-168.

Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (Moderatör)

İTOTAM Tahkim Divanı Üyesi

Değerli hocamıza çok teşekkür ederim.

Bende tahkimin şirketler hukuku açısından kullanılabilmesi görüşüne katılıyorum. Zannederim bu konudaki sorunların ortadan kaldırılması için bir yasal düzenleme getirilmesi en mantıklı ve hızlı çözüm olacak.

Şimdi sözü genel değerlendirme için Sayın Hocamız Profesör Doktor Hakan Pekcanıtez'e bırakıyorum.

KAPANIŞ KONUŞMASI

Prof. Hakan PEKCANITEZ

İTOTAM Tahkim Divanı Başkanı

Kapanış Konuşması

Çok teşekkür ediyorum. Ben de kısa bir genel değerlendirme yapmak istiyorum. Önce bugün dostların, yani tahkim dostlarının arasında olduğumuzu hissettim. İlk olarak Sayın Ahmet Can Balak tahkim konusunda kanunların yorumunu yapan Yargıtay kararlarıyla bağlı olarak bir uygulama yaptıklarını söyledi ki; bu kendilerinden beklenen doğru bir uygulama. Ama sözlerinin içinde pek çok şeyin tartışılması gerektiğini ve bu tartışmalardan da kendilerinin de faydalanabileceğini, bunun tahkim lehine yorum yoluyla çözülebileceğini söyledi. Bu açıklama tahkim bakımından çok önemliydi. Daha sonraki konuşmacılar, Sayın Nurcan Turan ve Fatmagül Kansoy Temel de aynı şekilde kendi uygulamalarını kanunların yorumu ve en önemlisi Yargıtay kararları çerçevesinde gerçekleştirdiklerini söylediler. Sayın İsmail Altay aslında çok tartışılabilir ilginç konulara girdi; bir kısmına kendisi cevap verdi, bir kısmının da tartışılmasını bizlere bıraktı. Bu da çok güzel bir sunumdu. İlk oturumdaki bütün sunumlara ayrı ayrı teşekkür ediyorum. Öğleden sonra ise sevgili Ercüment Erdem'in muhteşem bir sunumunu izledim ve öğrencilerinin ne kadar şanslı olduğunu bir kez daha gördüm. Bir konu bu kadar güzel anlatılabilir. Konuşmasında tahkimin bu alandaki gelişimini ve yasal düzenlemelerini İsviçre Hukukundan hukukumuzla aktarmakla kalmadı, aynı zamanda hukukumuz bakımından da örnek teşkil edebilecek öneriler sundu. Aslında öneriler ve görüşler bugünden itibaren tartışmamız ve düşünmemiz gereken konular olarak değerlendirilmelidir. Sayın Erdem konuşmasında bu düzenlemelerin İsviçre'de 10 yıl gibi uzun bir sürede tartışıldığını ve sonra kabul edildiğini belirtti. Ben diğer temel kanunlar bakımından da İsviçre'nin uygulamasının bu yönde olduğunu söylemeliyim. Örnek vermem gerekirse konkordato konusu İsviçre'de 2001 yılındaki Swiss Air'in iflâsından sonra yeniden ele alınmaya ve tartışılmaya başlandı, nihayet 2013 yılında yeni hükümler yürürlüğe girdi. Yani değerlendirmeler, tartışmalar ve hazırlanan taslak, tam 13 yıl değerlendirildikten sonra kanun haline getirildi ve ardından sonra yürürlüğe girdi. Biz maalesef çok kısa bir süre içinde bunları yapmaya çalışıyoruz. Hatta tartışmıyoruz ya da tartışılmasına izin vermiyoruz. Bu ise pek çok hükmün daha sonradan değiştirilmesine sebebiyet veriyor ve sık sık kanun yapmak ihtiyacını ortaya çıkarıyor. Ben bu konuda tartışmalar

rın bizde de bugünden itibaren başlamasının, ama çok da acele etmeden bu tartışmaların sonunda Türk Hukukuna özgü bir çözümün bulunmasının doğru olduğunu düşünüyorum. Yine Sayın Tolga Ayoğlu'nun çok uzun yıllar içinde hazırladığı, adeta iğne ile kuyu kazar gibi her bir cümlesini ayrı ayrı yazdığı profesörlük takdim tezinde yer alan ve mevcut hukuki sistem içindeki önerileri de Türk Hukuku bakımından çok önem taşımaktadır. Sayın Ayoğlu mevcut sistem içindeki önerileri yanında, Alman Hukukundaki çözümlerin de hukukumuz bakımından uygulanabilirliğini değerlendirdi. Ülkemiz bu önerileri tartışarak kendi sistemine en uygun olan düzenlemeyi kabul edebilecektir. Ancak pek çok soruna çözüm bulmak için yapılacak kanun değişikliği hakkında çok acele edilmeli ve bir ülkenin mevzuatının tercüme edilerek kabul edilmesi yoluna gidilmemelidir. Ancak bütün bunlar yapılırken tahkim konusundaki çekingen ve muhafazakâr görüşlerimizi de terk etmemiz gerekir. Örneğin Yargıtay'ın tahkim sözleşmesinin geçerli olması konusunda tahkim sözleşmesinde tarafların bu konuda açık ve tereddüt uyandırmayan biçimde tahkime başvurdıklarını araması, bana göre tahkimden halâ çekinilmesinin bir sonucudur. Tahkim istisnai bir yol olarak görerek, şüphe ve tereddüde yer sebebiyet vermeyecek biçimde düzenleme yapmadığı takdirde, tahkimin geçerli olmayacağı yönündeki içtihatlar uluslararası alandaki gelişmelere uygun biçimde yorumlanmalıdır. Bu yöndeki yorumlar tahkimin gelişmesini sağlayacağı gibi uygulamanın ve dolayısıyla Yargıtay'ın iş yükünü de azaltacaktır. Yargıtay'ın tahkim lehine yorumu ve bu şekilde tahkime destek vermesi, tahkimin gelişmesi bakımından olduğu kadar, Yargıtay'ın içtihatlarının ve yargının gelişimi bakımından da önem taşımaktadır. Çünkü yargının iş yükü azaldığı sürece dava sayısının ve verilen kararların sayısının ve niteliğinin artacağı tartışmasız.

Sonuç olarak bu toplantının hepimiz için faydalı olduğunu düşünüyor ve öyle olmasını diliyorum. Umarım bugün yapılan öneriler ve tartışmalar, tahkimin gelişimi için bir katkı sağlamıştır. Bu dileklerle toplantıyı kapatıyor, bir kez daha tüm katılımcılara, dinleyicilere, soru soranlara ayrı ayrı teşekkür ediyor, iyi akşamlar diliyorum.



İTOTAM

İSTANBUL TİCARET ODASI
TAHKİM VE ARABULUCULUK MERKEZİ



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**

— 1882 —

140 YIL