



TİCARİ SÖZLEŞMELERDE RİSK YÖNETİMİ¹

Yazanlar Av. Gamze Çiğdemtekin² - Prof. Zeynep Derya Tarman³

Ticari sözleşmelerdeki hukuki ve ticari risklerin tespit edilmesi özellikle uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin müzakere süreci ve olası uyuşmazlıkların çözümü bakımından önem arz etmektedir. Ticari sözleşmeler iki tarafın da tacir olduğu; taraflar arasında ekonomik güç ve pazarlık gücü bakımından bir dengenin olduğu, sözleşme özgürlüğü ilkesinin hâkim olduğu, tarafların pek çok konuda diledikleri şartları kararlaştırabildikleri sözleşmelerdir.

Sözleşmeler Kaleme Alınırken Hangi Hükümlere/Nelere Dikkat Etmek Gerekir?

Hukuk Seçimi: Yabancılık unsuru içeren bir ticari sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı ve taraflarca bir hukuk seçimi yapıp yapılmadığı meselesi büyük önem arz eder. Türk hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 24 uyarınca düzenlenmiştir. Buna göre, bir ticari sözleşmenin tarafları aralarındaki sözleşmeye hangi devletin hukukunun uygulanacağını belirlemede özgürdür. Seçilen hukukun taraflarla bağlantılı olan bir devletin hukuku olması aranmaz. Taraflar kısmi hukuk seçimi de yapabilirler; örneğin, sözleşmenin bir kısmına Türk bir kısmına Alman hukukunun uygulanması kararlaştırılabilirler. Ayrıca hukuk seçimi her aşamada yapılabilir; örneğin, uyuşmazlık çıktıktan sonra da taraflar anlaşabilirlerse hukuk seçiminde bulunabilirler.

Sözleşmenin Geçerli Biçimde Kurulmuş Olması: Uygulamada ihmal edilen ve sorun yaratan bir diğer konu sözleşmenin geçerli biçimde kurulmuş olmasıdır. Türk hukukunda ticari sözleşmelerin kural olarak yazılı olması gerekmez ancak ispatlanması bakımından yazılı yapılması tavsiye edilir. Ayrıca, çeşitli kanunlarda bazı sözleşme türleri için özel şekil şartları aranmış olabilir; yapılan sözleşmenin bir şekil şartına tabi olup olmadığı kontrol edilmelidir. Bu mesele bakımından sözleşmeye uygulanacak hukuk yabancı bir hukuk ise o zaman bu yabancı hukuktaki şekil şartlarına da ayrıca bakılması gerekir.

Ödemelerin Döviz ya da Türk Lirası Cinsinden Yapılması: Türk Borçlar Kanunu (TBK) uyarınca, Sözleşmede TL'den başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede «aynen» ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden TL olarak da ödenebilir. Dolayısıyla, ödeme mutlaka döviz cinsinden isteniyor ise sözleşmeye “aynen dolar olarak ödenecektir” biçiminde bir ibare eklenmesi gerekir.

Faiz: Ticari işlerde faiz dürüstlük kuralına uyulmak kaydıyla serbestçe kararlaştırılabilir [Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.8]. Hiçbir ticari iş veya hizmet ücretsiz yapılmaz ilkesinin bir görünümü olarak faiz taraflar arasında kararlaştırılmamış olsa dahi istenebilir (TTK m.20). Cari hesaplarda ve ödünç sözleşmelerinde bileşik faiz uygulanabilir (TTK m.8). Taraflar arasındaki sözleşmede faiz yükümlülüklerinin düzenlenmesi önerilir. Zira, faiz konusunun özel olarak düzenlenmesi taraflarca

¹ Bu makale Alman-Türk Ticaret ve Sanayi Odası tarafından düzenlenen seminerde Gamze Çiğdemtekin ve Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman tarafından sunulan seminerin düzenlenmiş transkriptidir.

² Gamze Çiğdemtekin Çiğdemtekin Çakırca Arancı Hukuk Bürosu'nun Yönetici Ortağıdır.

³ Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesidir.

unutulmuşsa kanuni faiz devreye girer ki kanuni faiz çoğunlukla piyasada öngörülen faizin altına kalabilir ve sözleşmeye uygulanacak hukuka göre değişkenlik gösterebilir.

Sorumluluğun Sınırlandırılması: Bir sözleşmede temerrüde düşülmesi ya da tarafların edimini gereği gibi ifa edememesi gibi hallerde uğranılacak olan zararın belli bir parasal miktar ile sınırlandırılması mutlaka tavsiye edilir. Türk hukukunda, kural olarak borçlunun hafif kusurundan kaynaklı sorumluluğunu zarar doğmadan önce sınırlayan kayıtlarla taraflar sorumluluklarını daraltabilmektedirler. Buna karşılık, borçlunun ağır kusuru (kast veya ağır ihmal) halinde sorumluluğunu sınırlandıran sözleşme hükümleri geçersizdir.

Cezai Şart: Uygulamada, özellikle belli bir taahhüt içeren işlere ilişkin sözleşmelerde cezai şart meselesi gündeme gelir. Karşı tarafın sözleşmeyi ihlal ettiğinin kanıtlanması cezai şartın talep edilmesi için yeterlidir. Alacaklı herhangi bir zararı bulunmasa da cezayı isteyebilecektir. Böylelikle taraflar zararlarının ispatı külfetine girmeden karşı tarafa yaptırımında bulunabilecek olmanın güvencesiyle ekonomik değeri yüksek sözleşmeler akdedebilmektedirler. Esasen Türk hukuku kapsamında hakimlere fazla gördükleri cezayı re'sen indirebilme yetkisi verilmiş olsa da bu yetki tacir sıfatını taşıyan borçlular için kullanılmamaktadır. Öte yandan, taraflar arasında cezai şarta ilişkin bir tavan öngörülebilir. Türk hukuku uyarınca, taraflar cezai şarta ek olarak zararı ispat etmek şartıyla ayrıca bir tazminat talebinde de bulunabilirler. Buna karşılık İngiliz hukukuna tabi bir sözleşmede cezai şart öngörülmüşse zarar daha fazla olsa da cezai şarttan daha fazla bir tazminat talep edilemez.

Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması: Sözleşme ile bağlantılı olarak markanın kullanımı, fikri mülkiyet haklarının devri, kullanım sınırları ve süresi ya da kullanımına izin verilmediğine ilişkin hükümler gibi hususların taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenmesi önerilmektedir.

Ayıplı Mallar İle İlgili Muayene ve İhbar Süreleri: Satıcının ayıba karşı sorumluluğunda muayene ve ihbar yükümlülüğü için TBK'nın 223. Maddesi kapsamında genel bir düzenleme getirilmiş olsa da ("...işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz.") tacirler arasındaki ticari satışlar için TTK'nın 23. maddesi daha somut süre sınırlamaları getirmiştir. Bu süreler oldukça kısadır. Her halükârda ilgili bildirim TBK 223. madde kapsamında 2 yıllık süreye tabi olacaktır. Taraflar sözleşmelerinde bu muayene sürelerini ve gizli ayıpla ilgili süreleri daha uzun olarak düzenleyebilir.

Temerrüt: Taraflar arasındaki sözleşmede mutlaka temerrüt ile ilgili bir hüküm olması önerilir. Sözleşmede hangi hallerin temerrüt oluşturacağına ilişkin hükümlerin yer alması; temerrüt halinin ortaya çıkması halinde bunun hüküm ve sonuçları; ihtar, düzeltme hakkına ilişkin süre (cure period); ihbarın gerekli olup olmadığı, temerrüdün hüküm ve sonuçlarının ne olacağının düzenlenmesi önerilmektedir. Örneğin, karşı tarafın iflası bir temerrüt hali olarak sözleşmede yer alabilir.

Süre ve Fesih (Çıkış/Exit Hakkı): Sözleşmenin süresi ve yenilemeye ilişkin hükümlerin düzenlenmesi önerilmektedir. Bu kapsamda, sözleşmenin temerrüt (yani, diğer tarafın kusuru üzerine) feshedilmesine ilişkin hükümler; sözleşmenin herhangi bir tarafın kusuru olmaksızın sona erdirilebilmesine ilişkin düzenlemeler (belli bir ihbar süresi ile haklı sebebe dayanmayan sona erdirme) göz önünde bulundurulmalıdır.

Mücbir Sebep: Tarafların öngöremediği sebeplerle sözleşmedeki yükümlülüklerin yerine getirilememesi halinde, örneğin Covid-19 salgını gibi hallerde⁴, taraflarca mücbir sebebe dayanılması söz

⁴ Covid-19 salgını nedeniyle sözleşmesel sorumluların yerine getirilememesi hakkında:
https://www.cdcalaw.com/upload/data/files/publications/covid_19un_sozlesmelere_etkisi_ve_mucbir_sebep.pdf

konusu olabilir. Bu bakımdan taraflar arasındaki sözleşmede, mücbir sebep oluşturan haller, bu hallerin gerçekleşmesi durumunda bunun hüküm ve sonuçlarının ne olacağı açıkça belirlenmelidir. Bu konuda sözleşmede bir hükme yer verilmemesi durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuka göre hareket etmek gerekecektir.

Vergiler: Sözleşmenin yapılmasından sonra maliyetleri etkileyebilecek yeni vergilerin ortaya çıkması halinde bunun fiyatlamaya yansıtılması ya da taraflar arasında paylaştırılmasına ilişkin mekanizma ve hükümlerin sözleşmede yer alması önerilir. Tarafların masrafları yarı yarıya paylaşması ya da tek bir tarafa ödetmek üzere bir sözleşme hükmü konabilir.

Rekabet Hukuku ile ilgili Riskler: Herhangi bir sözleşmede rekabet yasağı, münhasırlık (exclusivity) ya da yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin bir hüküm varsa mutlaka alanında uzman bir avukata danışılması gerekir. Rekabet yasalarına kural olarak hisse devir sözleşmeleri, iş sözleşmesi gibi istisnai durumlarda izin verilmektedir. Münhasırlık da istisnai durumlarda ve şartları varsa izin verilen bir durumdur. Yeniden satış fiyatının belirlenmesi ise yasaktır.

Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Risk Yönetimi: Ticari sözleşmenin tarafları arasında kişisel veri aktarımı olup olmadığının tespiti gereklidir. Bazı tür ticari ilişkilerde kişisel veri aktarımı olabilir. Örneğin, pazarlama, tanıtım, araştırma, insan kaynakları, bilişim teknolojileri gibi alanlardaki faaliyetler bakımından toplanan verilerin nasıl korunduğu ve ne amaçla kullanılacağı gibi hususlar önem arz eder.

Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Uygulamada, uyuşmazlık çözüm yolları denildiğinde dört yöntem öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki “müzakere”dir (negotiation). Müzakere, en az masraflı, ilişkileri en az şekilde zedeleyen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Ancak, ne yazık ki özellikle çatışmacı kültürlerde taraflar müzakere yolu ile olumlu bir sonuç elde edemeyebilirler. İkinci yöntem, “mahkeme yargılaması”dır (litigation); diğer bir ifadeyle milli mahkemelerde dava açmaktır. Günümüzde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda milletlerarası bir mahkeme bulunmadığından uyuşmazlığın çözümünde yalnızca milli mahkemeler yetkili olmaktadır. Üçüncü yöntem dava yoluna benzeyen bir yargılama faaliyetinin yapıldığı tahkim (arbitration) ve dördüncü yöntem “ihtiyari arabuluculuk” (asiste edilmiş müzakere- mediation) olarak ortaya çıkar.

Türk hukukuna göre taraflarca yabancılık unsuru içeren bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları çözmekte yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi MÖHUK m. 47’ye tabidir. Uygulamada, taraflar arasındaki sözleşmedeki yetkiye ilişkin hüküm “İşbu Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda münhasıran Almanya/Münih mahkemeleri yetkilidir.” şeklinde genellikle sözleşmenin son maddelerinde yer almaktadır. Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda münhasıran Almanya/Münih mahkemeleri yetkilidir.” şeklinde genellikle sözleşmenin son maddelerinde yer almaktadır.

Taraflar sözleşmede yer verilen bir tahkim klozu ile aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların mahkemeye yerine tahkim yoluyla çözümünü kararlaştırabilirler. Bu durumda artık milli mahkemelere başvurulamayacaktır. Tahkimde taraflar, tahkim yerini, yargılamanın yapılacağı lisanı, uyuşmazlık konusunda karar verme yetkisi olan kişileri, diğer bir ifadeyle hakemleri seçmekte serbesttirler. Milli mahkemelerde görülen davalardan farklı olarak tahkim yargılaması gizli yürütülür ve genellikle daha kısa sürede tamamlanır. Milli mahkemelerde istinaf ve temyiz süreci varken tahkim heyetinin verdiği karar kesindir ve tarafları bağlar. Ancak, sınırlı bazı sebeplere dayalı olarak hakem kararının iptali söz konusu olabilir. Yabancı hakem kararına tahkim yerinden farklı bir yerde etki tanınması söz konusu olacaksa 1951 tarihli New York Sözleşmesi devreye girer. Aralarında Türkiye’nin de bulunduğu çok sayıda devlet bu Sözleşme’ye taraf olduğundan milli mahkeme kararlarının tenfizine kıyasla neredeyse tüm dünyada yeknesek

kurallara tabi olarak hakem kararlarının icrası gerçekleştirilebilir. Bu açılardan tahkim milli mahkemelere kıyasla daha avantajlı bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Ancak, tahkim yargılaması, hakemlerin ücretleri ve seçilen tahkim kurumuna ödenecek idari masraflar düşünüldüğünde milli mahkemelerdeki dava sürecine kıyasla daha masraflı bir süreç olabilmektedir.

Bir diğer uyuşmazlık çözüm yolu olan ihtiyari arabuluculuk ise “kazan-kazan” esasına dayalıdır. Arabuluculuk sürecinde, hangi tarafın haklı ya da haksız olduğu ya da hukukun uyuşmazlık konusunda nasıl bir düzenleme getirdiğine odaklanılmadan uyuşmazlığın makul bir biçimde çözülmesi amaçlanır. Eğer taraflar ihtiyari olarak uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözülmesini istemiş ve iyi niyetle süreci müzakere etmişlerse anlaşma ihtimalleri de oldukça yüksektir.

Tarafların uluslararası ticari konularda bir sözleşmeye taraf olurken özellikle yukarıda sayılan hukuki ve ticari riskleri tespit ederek ilerlemesi müzakere süreci ve olası uyuşmazlıkların çözümü bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu bakımdan yalnızca bir uyuşmazlık doğduğunda hukuki destek alınmasındansa sözleşmenin hazırlanması aşamasında hukuk ve finans alanlarında danışmanlık alınarak ilerlenmesi önerilmektedir.



Gamze Çiğdemtekin Özer
Yönetici Ortak
gcigdemtekin@cdcalaw.com



Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ztarman@ku.edu.tr

www.cdcalaw.com