

# *Unilateral Choice in Arbitration*

Inside Arbitration | Vardar Şanlı



Arbitration clauses are generally based on the principle of mutuality, whereby both parties are expected to have equal rights and obligations in resorting to the same dispute resolution mechanism. In practice, however, arbitration agreements may depart from this principle and such departure may arise either from statutory provisions or from agreement of the parties. Asymmetric arbitration clauses refer to arbitration arrangements that grant one party broader or different dispute resolution options than the other. Common examples include clauses where only one party is granted the right to appoint an arbitrator while the other party is not given the same right; clauses where one party is allowed to choose between arbitration and state courts while the other party may only bring proceedings before state courts; or, conversely, clauses where one party is granted an optional right while the other party is required to proceed exclusively through arbitration.

## **Are Asymmetric Arbitration Clauses Valid?**

Neither the Turkish Code of Civil Procedure nor the International Arbitration Law contains an express provision prohibiting asymmetric arbitration clauses. However, this does not mean that such clauses will be deemed valid in all circumstances. Under Turkish law, a valid arbitration agreement requires the parties' intention to arbitrate to be clear, certain and free from ambiguity. Provisions granting only one party an advantage may raise concerns in terms of party equality, freedom to claim rights, the right to a fair trial and public policy. In particular, if one party uses its economic or social superiority to impose unilateral provisions, issues of immorality under Article 27 of the Turkish Code of Obligations may arise. Similarly, granting only one party the right to appoint an arbitrator may create public policy concerns due to the procedural advantage it confers. Where asymmetric provisions are imposed through standard terms without a real opportunity for negotiation, risks of invalidity or deemed non-inclusion may also arise.

A key consideration is whether the essence of the freedom to claim rights is impaired. For example, where an arbitration clause grants only one party the right to initiate arbitration, the other party may be left unable to effectively pursue its claim if it first brings proceedings before state courts, faces an arbitration objection, and the arbitration process is not subsequently pursued. In such circumstances, the asymmetric arbitration clause may result in the practical inability to exercise the freedom to claim rights.

## **The Turkish Court of Cassation's Approach to Asymmetric Arbitration Clauses**

Turkish court practice indicates that asymmetric arbitration clauses are assessed on a case-by-case basis, with particular emphasis on the clarity of the parties' intention to arbitrate and the parties' equal access to legal remedies.

In one notable case, the Turkish Court of Cassation reviewed an arbitration clause that granted the right to initiate arbitration only to one party (11<sup>th</sup> Civil Chamber of the Turkish Court of Cassation, File No. 2009/3257, Decision No. 2011/1675, dated February 15, 2011).

The 11th Civil Chamber of the Turkish Court of Cassation held this provision to be invalid. The Court interpreted a clause granting one party the right to initiate arbitration while leaving the other party to pursue claims before state courts as failing to reflect a clear and unequivocal mutual intention to arbitrate.

## **An Example of Statutory Asymmetric Arbitration under Turkish Law: Insurance Arbitration**

Insurance arbitration is an example of an asymmetric arbitration structure arising from statutory regulation under Turkish law. Under Article 30 of the Insurance Law (Law No. 5684), the right to apply to the Insurance Arbitration Commission is, as a rule, granted to the party having a dispute with an insurance entity that is a member of the insurance arbitration system, whereas such insurance entities are not granted the same right to initiate arbitration. The provision concerning compulsory insurances further reinforces this asymmetric structure. In disputes arising from compulsory insurances, right holders may apply to the Insurance Arbitration Commission even if the relevant insurance entity is not a member of the arbitration system.

According to certain views in doctrine, this asymmetric structure does not pose a significant problem in practice as regards voluntary insurances. This is because the insurance entity's membership in the arbitration system does not, in itself, mean that an arbitration agreement has been concluded. Rather, the arbitration agreement is deemed to be concluded when the right holder applies to the Insurance Arbitration Commission. Accordingly, where the insurance entity initiates proceedings before the state courts before any such application is made, there is no existing arbitration agreement at that stage. As a result, an arbitration objection cannot be raised, and the essence of the right of access to legal remedies cannot be considered to have been impaired. However, in disputes arising from compulsory insurances, the asymmetric structure becomes more apparent. In such disputes, right holders are entitled to apply to the Insurance Arbitration Commission regardless of whether the insurance entity is a member of the arbitration system. Since the same right is not granted to insurance entities, the parties are placed in different positions in terms of the available avenues of recourse. For this reason, certain views in legal doctrine consider insurance arbitration in compulsory insurances to raise questions regarding the balance between the parties' procedural options and the freedom to seek legal remedies.

## **The Bottom Line**

Asymmetric arbitration clauses may offer one party a strategic advantage, but may also raise validity concerns regarding clear consent to arbitrate, procedural balance and access to legal remedies. Therefore, the scope of the option right, the party benefiting from it and the potential risks under the applicable law should be carefully assessed.





# Tahkimde Tek Taraflı Seçim Hakkı

Inside Arbitration | Vardar Şanlı



Tahkim sözleşmeleri genel olarak karşılıklılık ilkesi üzerine kurulmakta, her iki taraf da aynı uyuşmazlık çözüm yöntemine eşit hak ve yükümlülüklerle başvurabilmektedir. Bununla birlikte, uygulamada bu ilkedен sapan tahkim sözleşmeleri görülmekte olup söz konusu sapma kanun hükmünden ya da taraf iradesinden kaynaklanabilmektedir. Asimetrik tahkim sözleşmeleri olarak adlandırılan bu sözleşmeler, taraflardan birine diğerine kıyasla daha geniş uyuşmazlık çözüm seçeneği tanıyan düzenlemeleri kapsayan bir üst kavramdır. Uygulamada en sık karşılaşılan örnekler arasında taraflardan yalnızca birine hakem seçme hakkı tanınırken diğer tarafa bu hakkın tanınmaması, taraflardan birine tahkim veya devlet mahkemeleri arasında seçim yapma imkânı tanınırken diğer tarafın yalnızca mahkemeye başvurabilmesi ya da bunun tam tersi olarak taraflardan birine seçimlik hak tanınırken diğerinin yalnızca tahkime başvurabilmesi sayılabilir.

## Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri Geçerli Midir?

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda asimetrik tahkim sözleşmelerini açıkça yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu durum söz konusu şartların her hâlükârda geçerli kabul edileceği anlamına gelmemektedir. Zira Türk hukukunda tahkim sözleşmesinin geçerliliği bakımından tarafların tahkim iradesinin açık, kesin ve tereddüde yer vermeyecek şekilde ortaya konulması esastır. Bunun yanında, taraflardan yalnızca birine üstünlük sağlayan hükümler; silahların eşitliği, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve kamu düzeni bakımından tartışma yaratabilir. Özellikle bir tarafın ekonomik veya sosyal üstünlüğünü kullanarak sözleşmeye tek taraflı hükümler koyması hâlinde Türk Borçlar Kanunu ("TBK") m. 27 kapsamında ahlaka aykırılık, yalnızca bir tarafa hakem seçme yetkisi tanınması hâlinde yargılamada üstünlük doğması nedeniyle kamu düzenine aykırılık, müzakere imkânı tanınmaksızın standart sözleşme hükümleri içinde asimetrik kayıtların dayatılması hâlinde ise TBK m. 20-25 kapsamında genel işlem şartlarına ilişkin geçersizlik veya yazılmamış sayılma riski gündeme gelebilir. Bu noktada öne çıkan temel ölçütlerden biri, hak arama özgürlüğünün özüne dokunulup dokunulmadığıdır. Örneğin, yalnızca bir tarafa tahkime başvurma imkânı tanındığı durumlarda, diğer tarafın devlet mahkemesine başvurması üzerine tahkim itirazında bulunulması ancak daha sonra tahkim sürecinin işletilmemesi halinde ilk başvuran tarafın talebini ne mahkeme ne de tahkim yoluyla etkin şekilde ileri sürebilmesi mümkün olmayabilir. Bu tür durumlarda asimetrik tahkim şartı, hak arama özgürlüğünün fiilen kullanılamaması sonucunu doğurabilir.

## Yargıtay'ın Asimetrik Tahkim Sözleşmelerine Yaklaşımı

Yargıtay içtihatları uyarınca, asimetrik tahkim şartlarının geçerliliği somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmekte; bu değerlendirmede tarafların tahkime başvurma iradesinin açık olup olmadığı ve tarafların hukuki yollara eşit erişimi özellikle önem taşımaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2009/3257 E., 2011/1675 K., 15 Şubat 2011 tarihli kararında asimetrik tahkim şartı içeren bir tahkim sözleşmesiyle taraflardan birine tahkime başvurma hakkı tanıyan bir tahkim şartını incelemiş ve söz konusu hükmün geçersiz olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, bir tarafa tahkime başvurma hakkı tanırken diğer tarafın devlet mahkemelerinde dava açabileceğine ilişkin hükmün, tarafların tahkime başvurma yönündeki iradesini açık ve kesin olarak ortaya koymadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur.

## Kanundan Kaynaklanan Asimetrik Tahkim Örneği: Sigorta Tahkimi

Sigorta tahkimi, Türk hukukunda kanuni düzenlemeden kaynaklanan asimetrik tahkim yapısına örnektir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 30 kapsamında, Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru imkânı kural olarak sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyumazlığa düşen tarafa tanınmıştır. Buna karşılık, sigorta kuruluşları bakımından aynı şekilde Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurma imkânı öngörülmemiştir. Aynı maddenin zorunlu sigortalara ilişkin düzenlemesi ise asimetrik yapıyı belirgin hale getirmektedir. Zira zorunlu sigortalardan doğan uyumsuzluklarda, sigorta kuruluşu tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahipleri Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilmektedir.

Doktrindeki bazı görüşlere göre, bu asimetrik yapı ihtiyari sigortalar bakımından çok büyük bir sorun teşkil etmemektedir. Çünkü sigorta kuruluşunun tahkim sistemine üye olması, tek başına tahkim sözleşmesinin kurulduğu anlamına gelmemekte ve tahkim sözleşmesi, hak sahibinin Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurmasıyla kurulmaktadır. Bu nedenle, sigorta kuruluşunun mahkemeye başvurduğu anda karşı taraf henüz Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurmamışsa, ortada kurulmuş bir tahkim sözleşmesinden söz etmek mümkün değildir. Bu durumda tahkim itirazında bulunulamayacağı gibi, hak arama özgürlüğünün özüne dokunulduğu da söylenemeyecektir.

Zorunlu sigortalarda ise asimetrik yapı daha belirgin hale gelmektedir. Bu durumda tahkime başvuru imkânı, tarafların iradesinden değil doğrudan kanuni düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Zira bu uyumsuzluklarda, sigorta kuruluşunun tahkim sistemine üye olup olmadığına bakılmaksızın hak sahiplerine Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru imkânı tanınmaktadır. Ancak aynı başvuru imkânı sigorta kuruluşları bakımından öngörülmediğinden, tarafların başvuru yolları arasında simetrik olmayan bir yapı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle doktrinde, zorunlu sigortalar bakımından sigorta tahkiminin, taraflara tanınan başvuru imkânlarının dengesi ve hak arama özgürlüğü yönünden tartışmalı bir yapı ortaya koyduğu ifade edilmektedir.

## Sonuç Olarak

Asimetrik tahkim şartları, taraflardan birine uyumsuzluk çözümünde avantaj sağlamakla birlikte özellikle tahkim iradesinin açıklığı, taraflar arasındaki usuli denge ve hak arama özgürlüğü bakımından geçerlilik tartışması doğurabilmektedir. Bu nedenle asimetrik tahkim şartları hazırlanırken seçim hakkının kapsamı, hangi tarafa tanındığı ile hükmün uygulanacağı hukuk düzeni bakımından yaratabileceği riskler açıkça değerlendirilmelidir.

