



T.C.

İSTANBUL KEMERBURGAZ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE

JOINT VENTURE VE KONSORSİYUM

AYŞE GİZEM YALÇINKAYA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Serhat ESKİYÖRÜK

İstanbul, 2015

**ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE
JOINT VENTURE VE KONSORSİYUM**

Ayşe Gizem YALÇINKAYA

T.C. İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Uluslararası Ticaret Hukuku Yüksek Lisans Programına sunulmuştur.

Bu çalışma tarafımızca incelenmiş olup, kapsam ve kalite açısından Yüksek Lisans tezi olmaya yeterli bulunmuştur.

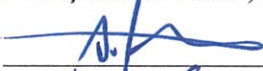
Yrd. Doç. Dr. Serhat Eskiörük
Danışman

İnceleme Komitesi Üyeleri (İlk isim jüri başkanına, ikinci isim tez danışmanına aittir.)

Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım (Jüri)

Yrd. Doç. Dr. Serhat Eskiörük (Jüri)

Yrd. Doç. Dr. Umut Yeniocak (Jüri)



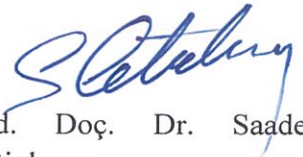


Bu çalışma bir Yüksek Lisans tezinin tüm gerekli şartlarını taşımaktadır.


Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemil
Yıldırım

Bölüm Başkanı

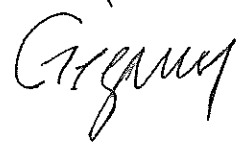
[Üniversite] onayı 03 / 06 / 2015


Yrd. Doç. Dr. Saadet
Çetinkaya

Enstitü Müdürü

Bu dökümandaki tüm bilgilerin akademik kural ve etiğe bağılı kalınarak yazıldığını ve tez yazım kuralları kapsamında bu çalışmada bulunan ve orijinal olmayan bütün bilgi ve materyallerin referanslandırıldığını temin ederim.

Ayşe Gizem YALÇINKAYA



ÖZET
ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE
JOINT VENTURE VE KONSORSİYUM
YÜKSEK LİSANS TEZİ
Ayşe Gizem YALÇINKAYA
Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Serhat ESKİYÖRÜK
Mayıs, 2015

Son yıllarda inşaat sektöründe meydana gelen gelişmeler sonucu ülkemizde ve dünyada, inşaat firmaları yatırımlarını birbirleri ile işbirliği yaparak gerçekleştirmeye başlamışlardır. Dolayısıyla, joint venture ve konsorsiyum başta olmak üzere, bir çok ortaklık modeli, özellikle büyük yatırımları gerektiren ve yüksek risk barındıran inşaat sektöründe sıklıkla tercih edilmektedir. Bu sayede inşaat firmaları aynı zamanda kendi ülkelerinin dışında faaliyette bulunabilme ve farklı pazarları tanıyıp, buralarda iş yapabilme imkanına da sahip olmaktadır.

Yurtdışı müteahhitlik hizmetlerinde, projelerin finansmanı, uluslararası ihale prosedürleri, yabancı inşaat pazarlarına giriş engellerinin kaldırılması gibi hususlar bu modeller ile aşılabilmektedir.

Türkiye’de ve dünyada, gerek inşaat alanında gerekse diğer ticari işlerde, joint venture ve konsorsiyumun bu kadar çok tercih edilmelerinin nedeni kolay kurulabilmeleri ve esnek bir hukuki yapıya sahip olmalarıdır. Değişik hukuk sistemlerine kolayca uyarlanabilen bu modeller, Türk hukuku bakımından Türk Borçlar Kanunu kapsamında adi şirket olarak değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: joint venture, konsorsiyum, inşaat hukuku.

ABSTRACT
JOINT VENTURE AND CONSORTIUM
IN INTERNATIONAL CONSTRUCTION CONTRACTS
INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCE
Advisor: Yrd. Doç. Dr. Serhat ESKİYÖRÜK
May, 2015

In recent years, as a result of the growth in the construction business, companies started to implement their investments by forming partnerships all over the world. Primarily, joint ventures and consortiums are preferred for the construction projects that require considerable amount of money and the projects carrying high risks.

By forming such types of partnerships, construction companies can have a chance to reach new technology and information about different construction markets.

Some difficulties in international construction sector like finance of projects, international bidding procedures etc. can be handled by joint ventures and consortiums.

Both in the construction and the other commercial sectors, private parties or entities tend to prefer these partnership models because of the convenience of their formation. Joint ventures and consortiums can be adopted to all legal systems. According to the Turkish Code of Obligations, these partnerships are considered as unincorporated companies.

Key words: joint venture, consortium, construction law.

KISALTMALAR

Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BİĞŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
Bkz.	: Bakınız
DB	: Dispute boards
DRB	: Dispute review boards
DAB	: Dispute adjudication boards
CDB	: Combined dispute boards
DYYK	: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
DYYKUY	: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği
FIDIC	: Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils, Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
ICC	: International Chamber of Commerce, Milletlerarası Ticaret Odası
ICSID	: International Convention on Settlement of Investment Disputes, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
KVGT	: Kurumlar Vergisi Genel Tebliği
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ,
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
Vd.	: ve devamı

İÇİNDEKİLER

Tez onay sayfası.....	ii
Yemin metni.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
KISALTMALAR.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

I. İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Tarafları	2
1) İnşaat sözleşmesinin tanımı	2
2) İnşaat sözleşmesinin tarafları	3
II. İnşaat Sözleşmesinin Özellikleri	4
1) İnşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir	4
2) İnşaat sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir	4
3) İnşaat sözleşmesi hem ani edimli hem de sürekli sözleşme özelliği taşır	4
III. İnşaat Sözleşmesinin Temel Unsurları	5
1) İnşa eseri meydana getirme unsuru	5
2) Ücret unsuru	5
IV. İnşaat Sözleşmesine Eklenmesi Gereken Belgeler	5
1) Projeler, teknik şartname ve iş programı	5
2) İmar durumu ve yapı ruhsatı	6
3) Yeterlilik belgeleri	6
V. İnşaat Sözleşmesinin Şekli	6
VI. İnşaat Projelerinde Karşılaşılan Riskler	7
VII. İnşaat Sektöründe Hazırlanacak Joint Venture ve Konsorsiyum Sözleşmelerinde Dikkate Alınması Gereken Hususlar	9
1) Ortak seçimi	9
2) Hukuk seçimi	10
3) Uluslararası standart kurallara yer verilmesi	10

4)	Mücbir sebep klostarı	11
5)	Due diligence	12
6)	Sigorta hükümleri.....	12
VIII.	İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi	12
1)	İfa sebebiyle sona erme	12
2)	Tarafların anlaşmasıyla sona erme	13
3)	İfanın imkansız hale gelmesi ile sona erme	13
4)	İnşaatın yok olması ile sona erme	14
5)	Yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması sebebiyle sona erme	14
6)	Yüklenicinin bütün zararlarını gidermek suretiyle iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi	14
7)	Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya işi geciktirmesi sebebiyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sona erme.....	15
8)	İş sahibinin temerrüdü sebebiyle yüklenicinin sözleşmeden dönmesi ile sona erme	15
9)	İnşaatın ayıplı olması sebebiyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sona erme	15
IX.	İnşaat Ortaklıklarından Doğabilecek Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları	16
1)	Uyuşmazlıkların ulusal mahkemelerde çözümlenmesi	17
2)	Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi	18
a-	ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes)	19
b-	ICC (International Chamber of Commerce)	21
c-	UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)	21
d-	Diğer kurumsal tahkim merkezleri	22
3)	Uyuşmazlıkların tahkim dışındaki alternatif çözüm yolları ile çözümlenmesi	22
a-	Müzakere yöntemi	22
b-	Hakem-bilirkişi yöntemi	22
c-	Tarafsız ve uzman üçüncü kişinin sözleşmeye dışarıdan müdahil olması.....	23
d-	Ön hakemlik müessesesi	23
e-	Uzlaştırıcı tayin edilmesi	23
i.	UNCITRAL uzlaştırma kuralları	24
ii.	FIDIC uzlaştırma kuralları	24
f-	Uyuşmazlık kurulları (Dispute boards)	25

- i. Uyuşmazlık değerlendirme kurulu (Dispute review boards) ...26
- ii. Uyuşmazlık karar verme kurulu (Dispute adjudication boards)26
- iii. Karma uyuşmazlık kurulu (Combined dispute boards)27

İKİNCİ BÖLÜM

KONSORSİYUM VE KONSORSİYUMLARDA ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİ

I.	Konsorsiyum Kavramı	28
II.	Konsorsiyum Türleri	30
1)	Emisyon konsorsiyumları	30
a-	Saf tedavül konsorsiyumları	30
b-	Üstlenme konsorsiyumları	30
2)	Kredi konsorsiyumları	31
3)	Oy konsorsiyumları	31
4)	Alacağın tahsili için harekete geçmeme konsorsiyumu	32
5)	İyileştirme konsorsiyumları	32
6)	Yapı konsorsiyumları	32
III.	Konsorsiyumlarda Adi Ortaklık İlişkisinin Varlığı	32
IV.	Adi Ortaklık Hükümlerinin Konsorsiyumlarda Uygulanabilirliği	33
V.	Konsorsiyumun Vergi Mevzuatı Bakımından Değerlendirilmesi	34
VI.	Konsorsiyumun İdare ve Temsili	35
VII.	Konsorsiyum Sözleşmesinde Bulunması Gereken Hususlar	36
1)	Taraflar	36
2)	Sözleşmenin amacı ve konusu	36
3)	Sözleşmenin süresi	36
4)	Projenin yönetimi	36
5)	Yükümlülükler	36
6)	Hakların devri	36
7)	Sözleşmeye uygulanacak hukuk ve uyuşmazlıkların çözümü	37
8)	Konsorsiyumdan ayrılma ve sona erme halleri	37

VIII. Konsorsiyumun Sona Ermesi	37
1) Amacın gerçekleşmesi veya imkansız hale gelmesi nedeniyle sona erme	37
2) Haklı sebeplerin bulunması halinde sona erme	37
3) İş sahibinin konsorsiyum üyelerinin zararlarını tazmin etmesiyle sözleşmeyi sona erdirmesi	38
4) Konsorsiyum ortaklarının oybirliği ile sözleşmeyi sona erdirmesi	38
5) Konsorsiyum ortaklarından birinin ölmesi veya iflas etmesi	38

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

JOINT VENTURE VE JOINT VENTURLARDA ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİ

I. Joint Venture'in Tanımı ve Unsurları	39
1) Genel olarak	39
2) Joint venture'in tanımı	40
3) Joint venture'in unsurları	41
a- Sözleşme unsuru	41
b- Taraf unsuru	41
c- Müşterek amaç unsuru	42
d- Müşterek amaç uğruna birlikte hareket etme (<i>affectio societatis</i>) unsuru	42
e- Müşterek yönetim unsuru	42
II. Joint Venture Sözleşmesinin Benzeri Sözleşmeler ile Karşılaştırılması	43
1) Joint venture'in konsorsiyum ile karşılaştırılması	43
2) Joint venture'in Amerikan ortaklıkları (partnership) ile karşılaştırılması	43
3) Joint venture'in konzern ile karşılaştırılması	44
4) Joint venture'in kartel ile karşılaştırılması	47
III. Joint Venture'in Türleri	48
1) Ortakların niteliğine göre joint venture'lar	48
a- Devletler arasında oluşturulan joint venture'lar	49
b- Devletler ile özel kişiler arasında oluşturulan joint Venture'lar	49
c- Özel kişiler arasında oluşturulan joint venture'lar	49

2) Yapılanma modeline göre joint venture'lar	50
a- Salt sözleşmeye dayalı joint venture	50
b- Sermayeye katılmalı joint venture	50
3) Faaliyet sahaları itibariyle joint venture'lar	52
a- Petrol ve maden işletmeciliğinde	52
b- Araştırma-geliştirme çalışmalarında	52
c- Üretim alanında	53
d- İnşaat sektöründe	53
i. Hakiki – açık - tipik joint venture	53
ii. Atipik - hakiki olmayan - kapalı joint venture	54
- Hakiki olmayan inşaat konsorsiyumu	54
- İmalat müşterek iş ortaklığı	54
- Gizli müşterek iş ortaklığı	54
- Alt katılımlı müşterek iş ortaklığı	54
iii. İnşaat sektöründe joint venture'in durumu ve yapılanması	55
- İnşaat sektöründe joint venture' in durumu	55
- Joint venture'in yapılanması	55
IV. Joint Venture'in Hukuki Yapısı ve Niteliği	56
1) Hukuki yapısı	56
a- Ön kuruluş sözleşmesi	56
b- Joint venture sözleşmesi (temel sözleşme–esaslar sözleşmesi)	57
c- Uydu sözleşmeler (satelit - tabi sözleşmeler)	58
d- Şirket ana sözleşmesi (ortaklık sözleşmesi)	58
2) Hukuki niteliği	59
a- Sözleşmeye dayalı joint venture'in hukuki niteliği	59
b- Sermayeye katılmalı joint venture'in hukuki niteliği	59
V. Joint Venture'in İdare ve Temsili	60
VI. Joint Venture'da İdareci Ortağın Özen Borcu	62
VII. Türk Hukuku'nda Joint Venture'a İlişkin Düzenlemeler	63
1) Kurumlar Vergisi Mevzuatı Bakımından	63

2) Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Bakımından	65
3) Kamu Alımları Mevzuatı Bakımından	66
4) Rekabet Hukuku Bakımından	67
VIII. Örnek Bir Joint Venture Sözleşmesinde Yer Alması Önerilen Hususlar	69
1) Ortaklar hakkında bilgiler	69
2) Sözleşmenin konusu ve amacı	69
3) Joint venture'ın hukuki niteliği	69
4) Ortakların sermaye katkıları	70
5) Uydu sözleşmeler	70
6) Ortaklığın yönetimi	70
7) Joint venture'da edinilen mallar	70
8) Kar ve zararın paylaşılması	70
9) Hakların devri	71
10) Tarafların hak ve yükümlülükleri	71
11) Denetim	71
12) Anlaşmanın süresi	71
13) Sözleşmenin sona erdirilmesi şartları	71
14) Kısıtlayıcı hükümler	72
15) Uyuşmazlıkların çözümü	72
16) Yürürlük maddesi	72
IX. Joint Venture'ın Sona Ermesi ve Tasfiyesi	72
1) Joint venture'ın sona ermesi	72
a- Genel olarak adi şirketin sona erme sebepleri	72
b- Özel olarak joint venture'ın sona erme sebepleri	73
2) Joint venture'ın tasfiyesi	75
SONUÇ	77
KAYNAKÇA	79

GİRİŞ

Son yıllarda inşaat sektöründe meydana gelen gelişmeler ve uluslararası rekabetin artması bazı işlerin firmalar tarafından tek başına üstlenilmesini zorlaştırmıştır. Bu nedenle firmalar, gelişen teknolojiye yararlanmak ve faaliyet alanlarını genişletebilmek amacıyla işbirliği yapmaya yönelmek zorunda kalmışlardır.

Farklı teknik aşamaların ve yüksek risklerin bulunduğu, oldukça yüksek yatırımların yapılmasını gerektiren projelerin uzman kişi veya kuruluşlarca yapılması ve finansmanının sağlanabilmesi için teşebbüslerin bir araya gelmeleri kaçınılmazdır. Özellikle gelişmiş ülkeler konsorsiyum ve joint venture gibi ortaklıklar vesilesiyle kendi teknolojilerini, kredi imkanlarını, uzman kadrolarını başka ülkelere sunmakta, gelişmekte olan ülkeler de bu yeni teknolojilerden yararlanabilmektedir.

Küreselleşmenin etkisiyle Türkiye'nin de dış dünya ile ekonomik ilişkileri önemli ölçüde artmış ve Türk firmaları uluslararası firmalar ile rekabet eder hale gelmiştir. Şirketler, uluslararası alandaki rekabet koşullarıyla baş edebilmek için çeşitli işbirliği arayışlarına girmişlerdir. Özellikle inşaat sektöründe joint venture ve konsorsiyum, kuruluşlarındaki kolaylık ve hukuki yapılarındaki esneklik sebebiyle Türk firmaları tarafından en çok tercih edilen işbirliği modelleri arasındadır.

Bu tezin hazırlanmasındaki amaç, joint venture ve konsorsiyumu özellikle Türk hukuku bakımından tanıtmak, hukuki nitelik ve yapılarını incelemek, bazı benzer oluşumlarla olan farklarını ve benzerliklerini saptamak, bu kavramların inşaat sektörü ile olan münasebetini belirli bir ölçüde ortaya koymak ve bu konudaki uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri hususunda bilgi vermektir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde “inşaat sözleşmeleri” genel olarak ele alınmıştır. Bu bölümde inşaat sözleşmelerinin tanımı, tarafları, unsurları, özellikleri, barındırdığı riskler, sona ermesi ve uyuşmazlıkların çözümü gibi konular üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde inşaat sektöründe yaygın olarak kullanılan ortaklık modellerinden “konsorsiyum” anlatılmaya çalışılmıştır. Bu bölümde konsorsiyumun tanımı, türleri, adi ortaklık ile olan ilişkisi, vergi mevzuatı yönünden değerlendirilmesi, konsorsiyum sözleşmesinin muhtevası ve sona ermesi hususlarına değinilmiştir.

Üçüncü bölümde ise yine inşaat sektöründe sıkça karşılaşılan “joint venture” modeli ele alınmıştır. Bu kapsamda joint venture'in tanımı, unsurları, benzeri oluşumlarla karşılaştırılması, türleri, hukuki yapısı ve niteliği, joint venture hakkındaki hukuki düzenlemeler, joint venture sözleşmesinin içeriği ve sona ermesi anlatılmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

Bu bölümde inşaat sözleşmesinin gerek Türk hukuku gerekse uluslararası hukuk bakımından tanımı, unsurları, özellikleri üzerinde durulacak ve sözleşmelerin hazırlanması sırasında dikkate alınması gereken hususlar, inşaat sözleşmesinden doğabilecek riskler, inşaat sözleşmesinin sona ermesi ile inşaat sözleşmesinden doğabilecek uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri anlatılmaya çalışılacaktır.

I. İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Tarafları

1) İnşaat sözleşmesinin tanımı

İnşaat sözleşmesi, Türk Hukuku bakımından eser sözleşmesi kapsamında kabul edilmiştir¹. Hukukumuzda inşaat sözleşmesi ile ilgili özel bir düzenleme olmayıp 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu² (TBK)'nın eser sözleşmesine ilişkin 470 vd. hükümleri inşaat sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmaktadır³.

Bir eseri meydana getirme veya imal etme taahhüdünde bulunan müteahhit ile bu eseri bir bedel ya da maddi bir menfaat karşılığı yaptıran iş sahibi arasında kurulan sözleşmeye “eser sözleşmesi” denir⁴. Bu tanıma göre; inşaat sözleşmesi, müteahhidin taşınmaz bir yapı eserini meydana getirip iş sahibine bunu teslim etmeyi, iş sahibinin de meydana getirilen yapı eseri karşılığında bir bedel ödemeyi borçlandığı sözleşmedir⁵.

Bir sözleşmenin tarafları, farklı devlet vatandaşlığına, farklı ülkelerde ikametgaha veya mutlak meskene sahip olduğunda ya da sözleşme konusu şey, hizmet veya ödemeler bir ülkenin sınırlarını aştığında o sözleşme yabancılık unsuru kazanmaktadır⁶. Şahsi veya coğrafi unsurları itibarıyla yabancılık unsuru taşımaları dahi uluslararası ticareti ya da yatırımı ilgilendirdiği ölçüde sözleşmeler uluslararası nitelik taşıyabilir⁷. Bu tanıma göre, bir inşaat sözleşmesinin tarafları farklı vatandaşlıklara veya farklı ülkelerde yerleşim yerine sahip ise ya da sözleşme konusu yapı tarafların vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği ülkenin sınırlarını aşıyorsa uluslararası nitelik taşıyan bir inşaat sözleşmesinin varlığından bahsedebiliriz.

¹ DUMAN İ. Hasan, İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2015, s. 45-46; KOCAĞA Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 25; EREN Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 1996, (bundan sonra İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer olarak geçecektir), Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 50

² Bkz. 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete

³ ÖZ M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat (bundan sonra İnşaat Sözleşmesi olarak geçecektir), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.3; KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s.27

⁴ KOSTAKOĞLU Cengiz, İcraatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (bundan sonra İcraatlı İnşaat Hukuku olarak geçecektir), 7. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2010, s. 17; EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 49; SELİÇİ Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s. 4; Yargıtay 14. HD, 2010/3897 E.-2010/6681K, T: 08.06.2010 (www.kazanci.com)

⁵ KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s.27; EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 49; SELİÇİ, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s.4-5

⁶ ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (bundan sonra Milletlerarası Ticari Tahkim olarak geçecektir), Ankara, 1986, s. 29-31; KÖKSAL Tunay, Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku (bundan sonra Uluslararası İnşaat Hukuku olarak geçecektir) 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.74

⁷ ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkim, s. 31; Özkan Ömer, Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar, Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, ISSN:1694-528X, Sayı:4, Celalabat- Kırgızistan, Ekim 2004, s.3)

2) İnşaat sözleşmesinin tarafları

İnşaat sözleşmesinin taraflarını yüklenici (müteahhit) ile iş sahibi oluşturmaktadır⁸. İş sahibi inşaatı yaptıran kişidir. İş sahibi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Genellikle inşaatın yapılacağı arsanın sahibi, inşa edilen yapının kendisine teslim edileceği kişi, iş sahibidir. Müteahhit ise, kendisine sipariş verilen inşaatı yapma borcu altında olan kişidir⁹. Müteahhit, gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi adi ortaklık şeklinde bir araya gelmiş joint venture veya konsorsiyum da olabilir¹⁰. Ancak; uzmanlık gerektiren inşaat projelerinde, bu işi yapabilecek az sayıda kişi veya kuruluşun olması halinde, bu kişi veya kuruluşlarca oluşturulacak bir joint venture veya konsorsiyum, yapılan işi kendine özgüleyerek diğer rakiplerini yarış dışı bırakabilmekte, piyasada belirleyici rol oynayarak haksız rekabete neden olabilmektedir¹¹.

İnşaat projelerinde işveren, inşasını istediği yapıyı veya tesisi birden fazla inşaat firmasına yaptırmak istiyorsa veya farklı uzmanlıklar gerektiren bir proje söz konusu ise o zaman işi üstlenecek firmaların aralarında joint venture veya konsorsiyum oluşturarak ihaleye katılmalarını talep edebilir. İhalenin kazanılması halinde inşaat sözleşmesi, işveren kuruluş veya idare ile konsorsiyum ya da joint venture'ı oluşturan tüm ortaklar arasında imzalanmaktadır¹².

Yüklenici işin tamamını veya bir kısmını yapmayı üstlenmiş olabilir. Eğer işin tamamını yapmayı üstleniyorsa “genel yüklenici” söz konusudur¹³. Kural olarak genel yüklenici inşaatın yapımını üstlenmekte, işin plan ve projesi iş sahibi tarafından verilmektedir¹⁴. Genel yüklenici yapılacak inşaatın plan ve projelerini hazırlamayı da üstleniyorsa “tam/total yüklenici” olarak adlandırılmaktadır¹⁵. Total yüklenici, inşaatın koordinasyonunu da üstlenmektedir. İşin sadece belirli kısımlarını yapma borcu altına giren yükleniciye ise “kısmı yüklenici” denilmektedir¹⁶.

Uluslararası inşaat sektöründe, inşaat işlerinin tasarımının yapılması, işin süresinin belirlenmesi, şartnamelerin hazırlanması, yapılan planların kabulü, idari ve hukuki yönden işin yönetimi ve yürürlükteki mevzuatın uygulanması gibi işler müşavir – mühendislik firmaları tarafından yürütülmekte olup, işverenler bu gibi teknik hizmetleri uzmanlaşmış kişilere yaptırmayı tercih etmektedir. Bu amaçla taraflar arasında “müşavir mühendislik”

⁸ GÖKYAYLA Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği (bundan sonra Eser Sözleşmesi olarak geçecektir), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 12; DUMAN, İnşaat Hukuku, s.146 vd.; SELİÇİ Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 4

⁹ KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 30-31

¹⁰ EREN Fikret, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 1996, (bundan sonra İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer olarak geçecektir) 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 50; ÖZER Serhat, İnşaat Sözleşmelerinden Doğabilecek Uyuşmazlıkların Alternatif Hukuki Çözüm Yolları (bundan sonra Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları olarak geçecektir), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.6; KAPLAN İbrahim, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 18-19 Mart 1996, 3. Tıpkı Basım, s. 121

¹¹ KALE, PATİL, HIRAVENNAVAR, KAMANE, Joint Venture in Construction Industry (bundan sonra Joint Venture in Construction olarak geçecektir), IOSR Journal of Mechanical&Civil Engineering, ISSN: 2278-1684, s.61-62

¹² KÖKSAL Tunay, Yurtdışı Müteahhitlik Hizmetleri Sektöründe Kullanılan Çeşitli Uluslararası İş Ortaklığı Modellerinin Hukuki Çerçevesi (bundan sonra Yurtdışı Müteahhitlik Hizmetleri olarak geçecektir), Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:2010-1, sayı:20, 2010, s.89

¹³ KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 31; SELİÇİ Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 16

¹⁴ EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 50; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (bundan sonra Borçlar Hukuku olarak geçecektir), 11. Baskı, Ankara, 2010, s. 467

¹⁵ KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 31; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, s. 467; EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s.50

¹⁶ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, s. 467; KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 31

sözleşmeleri yapılmaktadır. Önceleri sadece proje ve planların yapılması işini kapsayan müşavir mühendislik firmalarına günümüzde anahtar teslimi işler de tevdi edilmeye başlanmıştır. Bunun sonucu olarak, farklı alanlarda faaliyet gösteren müşavir mühendislik firmaları bir araya gelmekte, aralarında konsorsiyum veya joint venture oluşturarak büyük inşaat işlerini taahhüt etmektedir¹⁷.

II. İnşaat Sözleşmesinin Özellikleri

1) İnşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir

İnşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, tarafların borçlandıkları asli edimler sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturur¹⁸. İki tarafın da borç altına girdiği, taraflardan her birinin borcunun diğer tarafın borcunun karşılığını teşkil ettiği ve edimlerin değişiminin söz konusu olduğu sözleşmelere “tam iki tarafa borç yükleyen” veya “karşılıklı (sinallagmatik)” sözleşmeler denir¹⁹. İş sahibi, inşaata elverişli bir şekilde arsayı teslim ettikten sonra müteahhit, sözleşmede belirtilen süre içinde inşaatı tamamlayıp iş sahibine teslim etmelidir. Müteahhidin bu süre içinde inşaatı teslim edememesi halinde tarafların cezai şart kararlaştırmaları mümkündür. Bu durumda müteahhit, iş sahibine, ceza olarak belirli bir miktar para ödemeyi veya başka bir edimde bulunmayı taahhüt edebilir²⁰.

2) İnşaat sözleşmesi ivazlı sözleşmedir

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirip iş sahibine teslim etmesine karşılık, iş sahibinin de yükleniciye ücret ödeme borcu bulunmaktadır. Bu özellik inşaat sözleşmelerinin zorunlu bir özelliği olup, ivazlı bir sözleşme olduğunu da göstermektedir²¹. Ücretsiz bir iş görme sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir²².

3) İnşaat sözleşmesi hem ani edimli sözleşme hem de sürekli sözleşme özelliği taşır

Borcun ifası sırasında alacaklının ifanın gerçekleşmesi ile elde edeceği çıkarının zaman birimiyle ölçülemeyecek bir an içinde gerçekleştiği durumlarda “ani edim” söz konusu olur²³. Borçlunun edimini yerine getirmesi belirli bir zaman dilimine yayılmasına rağmen, alacaklı açısından ifanın her şeyin tamamlandığı son bir eylem ile gerçekleşmesi durumunda da ani edimli bir sözleşme var demektir. Doktrindeki baskın görüşe göre, ifanın ani mi sürekli mi olduğu saptanırken borçlunun edimini ne kadar zaman içerisinde yerine getirdiği değil; alacaklının, borçlunun ediminden olan çıkarını bir anda mı yoksa belirli bir zaman zarfında mı elde ettiği göz önünde bulundurulmaktadır²⁴. İnşaat

¹⁷ DAYINLARLI Kemal, İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi (bundan sonra Müşavir Mühendislik Sözleşmesi olarak geçecektir), 1. Baskı, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 2-3

¹⁸ EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 51

¹⁹ OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (bundan sonra Borçlar Hukuku olarak geçecektir), Cilt 1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 46

²⁰ KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 128

²¹ EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 51; KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 53

²² GÖKYAYLA, Eser Sözleşmesi, s. 20; ARAL/AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (bundan sonra Özel Borç İlişkileri olarak geçecektir), 9. Bası, Ankara, 2012, s. 313; EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 1996, s.56

²³ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, s. 11

²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, s. 11; SELİÇİ Ö., Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi

sözleşmeleri niteliği itibarı ile ani edimli bir sözleşme olsa da, uzun süreli inşaat sözleşmeleri, sürekli sözleşme benzeri bir görünüm vermektedir²⁵. İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin bir zaman dilimi boyunca çalışması gerekmekte ise de, bu çalışmalar iş sahibi için teslim anına kadar ifa değeri taşımayacağından, ani edimli borç ilişkisi yaratmaktadır. Bununla beraber, müteahhidin borcunun genellikle uzun bir zaman dilimi içerisinde yayılmış olmasından dolayı, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekmektedir²⁶.

III. İnşaat Sözleşmesinin Temel Unsurları

1) İnşa eseri meydana getirme unsuru

İnşaat sözleşmesinin en tipik unsuru bir inşa eseri²⁷ meydana getirmektir. İnşaat kavramı, 3194 sayılı İmar Kanunu²⁸ m. 5'te tanımlanmıştır. Buna göre, "karada ve suda, sürekli veya geçici, resmi ve özel yer altı ve yer üstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve hareketli tesisler" inşaat olarak tanımlanmıştır.

Binalar ise, kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girerek oturmasına, çalışmasına, eğlenmesine, dinlenmesine, ibadet etmesine, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır²⁹.

2) Ücret unsuru

İnşaat sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bakımından olmazsa olmaz unsuru, inşaatın belirli bir ücret karşılığında meydana getiriliyor olmasıdır³⁰. Aksi halde, ortada ya bir vekalet sözleşmesi ya da isimsiz (karma) bir sözleşme söz konusu olur. Taraflar ücreti diledikleri gibi, sabit veya yaklaşık olarak kararlaştırabilirler³¹.

IV. İnşaat Sözleşmesine Eklenmesi Gereken Belgeler

1) Projeler, teknik şartname ve iş programı

İnşaat sözleşmeleri hazırlanırken, inşa edilecek yapı ile ilgili, boyut, biçim, nitelik gibi her türlü ayrıntının tanımlanması gerekmekte, bu sebeple inşaat sözleşmeleri üretilecek yapıyı çeşitli yönlerden tanımlayacak ekler içermektedir. İnşa edilecek yapının özelliğine göre, bir inşaat sözleşmesinin ayrılmaz ekleri, yapının projeleri, teknik şartnamesi ve iş

(bundan sonra Sürekli Borç ilişkisi olarak geçecektir), İstanbul, 1977, s. 7 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N., Borçlar Hukuku Dersleri, 2. Baskı, 1985, s. 40 vd.; ÖZ M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 14

²⁵ ÖZER, Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları, s. 6-7; KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci (bundan sonra Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması olarak geçecektir), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı:109, 2013, s. 413

²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, s.12; ÖZ M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 16 vd.; 25.01.1984 tarihli ve 3/İsayılı, Yargıtay İhtihadı Birleştirme Kararı

²⁷ "İnşa eseri; sabit, toprakla doğrudan veya dolayısıyla bağlantısı olan ve insan eliyle meydana getirilmiş veya düzenlenmiş şeylerdir. Bir şeyin inşa eseri sayılabilmesi için sabitlik ve insan eliyle yapılmış veya düzenlenmiş olma unsurları gerekir". (bkz. ERTEN Ali, TBK'na Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (bundan sonra İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu olarak geçecektir), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, 2000, s. 105).

²⁸ Bkz. 09.05.1985 tarihli Resmi Gazete

²⁹ EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 54; KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması, s. 414; Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 08.06.2010 tarihli ve 2008/14021 E.- 2010/11140 K. sayılı kararı

³⁰ Yargıtay 15. HD. 08.04.1991 tarihli ve 1990/4450 E.- 1991/1798 K. sayılı kararı; Yargıtay 15. HD. 08.09.2014 tarihli ve 2013/7076 E.- 2014/5018 K. sayılı kararı

³¹ ERTEN, İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu, s.10-11

programıdır. Projeler yapıyı, şekil, boyut, estetik, fonksiyon bakımından; teknik şartname³², yapılan işlerin teknik niteliklerinin düzeyi bakımından; iş programı ise inşaatı zaman ve kaynak kullanımı bakımından tanımlamaktadır. İnşaat sözleşmelerinin yeterliliği, eki olan belgelerin nitelik ve içerik bakımından yeterliliği ile doğru orantılıdır³³.

2) İmar durumu ve yapı ruhsatı

Hukukumuzda göre bir inşaatın teknik yönden hazırlığı belediyeden imar durumunun ve yapı ruhsatının alınması ile başlar³⁴. Bu durum İmar Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiş, emredici bir hükümdür. Taraflar arasında aksine bir sözleşme olmadıkça, üzerinde inşaat yapılacak arsanın imar durumunun alınması, plan ve projelerin onaylatılması ve inşaat ruhsatının alınması, iş sahibi tarafından yerine getirilmesi gereken işlerdendir³⁵. Bu hususlar iş sahibinin öncelikli edim borcu olup, yerine getirilmediği takdirde müteahhitten inşaatı başlaması istenemez³⁶.

3) Yeterlilik belgeleri

İnşaat işlerinde ihaleye girecek firmalardan birtakım yeterlilik belgeleri sunmaları istenmektedir. Bunlar, mali, mesleki ve teknik yeterliliğe ilişkin belgelerdir³⁷.

İhaleye girecek firmanın bir joint venture veya konsorsiyum olması halinde, ortakların her birinin bu belgeleri ayrı ayrı sunması gerekecektir. Mali yeterliliğe ilişkin belgeler; bankalardan temin edilecek belgeler, teklif verenin ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait yılsonu bilançoları ve genellikle son üç yıla ait teklif verenin iş hacmini gösterir belgelerdir. Mesleki ve teknik yeterliliğe ilişkin belgeler ise; kayıtlı olunan meslek, ticaret veya sanayi odasından alınan ve müteahhit firma, joint venture veya konsorsiyumun faaliyetini sürdürdüğünü ve teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren belgeler, imza sirküleri, teklif mektubu, joint venture veya konsorsiyumu teyit eden bir beyanname, iş tecrübesini gösteren belgeler, teklif veren firmanın organizasyon yapısına ve personel durumuna ilişkin belgeler, kalite yönetim sistem belgesi ve çevre yönetim sistem belgesi ile makine ve diğer ekipmana ilişkin belgelerdir³⁸.

V. İnşaat Sözleşmesinin Şekli

İnşaat sözleşmeleri için herhangi bir şekil şartı öngörülmemişse de uygulamada özellikle sözleşme bedeli konusundaki ispat sorununun giderilmesi açısından yazılı şekil benimsenmiş bulunmaktadır³⁹. Ayrıca kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tutmadığı sözleşmeler ile teminat sözleşmeleri dışındaki sözleşmeler, elektronik ortamda

³² Yargıtay 15. HD. 21.03.2008 tarihli ve 2006/7531 E.- 2008/1810 K. sayılı kararı

³³ ÖZER, Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları, s.15; ÖCAL Mehmet Emin, Yapı Projelerinin Yönetiminde Proje+Teknik Şartname+Sözleşme (bundan sonra Yapı Projelerinin Yönetimi olarak geçecektir), Teknik Yayınevi, Ankara, 2010, s. 69

³⁴ Yargıtay 15. HD. 21.10.2002 tarihli ve 2002/4195 E.-2002/4758 K. sayılı kararı; Yargıtay 4. CD. 01.12.2008 tarihli ve 2007/4245 E.- 2008/21361 K. sayılı kararı

³⁵ Yargıtay 15. HD. 15.10.1996 tarihli ve 1996/4113 E.- 1996/5313 K. sayılı kararı

³⁶ Yargıtay 15. HD. 14.02.1991 T. 1990/3491E. – 1991/644 K., (bkz. KOSTAKOĞLU, İcathatlı İnşaat Hukuku, s. 267- 268); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.03.2002 tarihli ve 2002/15-168 E.- 2002/200 K. sayılı kararı

³⁷ KANIT Recep, İnşaat Sektöründe İş Almanın Yönetimi, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005, s. 47

³⁸ KANIT, İnşaat Sektöründe İş Almanın Yönetimi, s. 47-50; KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Hukuku, s. 41 vd.

³⁹ ÖZ Turgut, İnşaat Sözleşmesi, s.4; ŞANLI Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (bundan sonra Uluslararası Ticari Akitler olarak geçecektir), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 15

akdedilebilir olduğundan, şekle tabi olmayan inşaat sözleşmeleri de elektronik ortamda yapılabilecektir⁴⁰. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK)'na tabi sözleşmeler ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK)'na tabi sözleşmelerin noterce onaylanması; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise noterce düzenleme şeklinde yapılan, taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu doğuran, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi formunda yapılması gerekmektedir⁴¹. Dolayısıyla bu sözleşmeler elektronik ortamda akdedilemeyecektir.

Uluslararası sözleşmeler bakımından, sözleşmelerin yazılı ve detaylı şekilde hazırlanması, kanunlar ihtilafı problemlerini asgari düzeye indirmektedir. Sözleşmede düzenlenmemiş hususlarda veya ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıklarda hangi hukuk sistemine başvurulacağı gibi konular kanunlar ihtilafı sorununa yol açmaktadır. Bu tür sözleşmeler hazırlanırken sözleşme hükümleri ile seçilecek hukukun birbirine uyumlu olmasına dikkat edilmelidir. Aksi halde, sözleşme hükümleri ile seçilen hukukun emredici hükümleri arasında çelişki ortaya çıkabilecek ve bu da söz konusu sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılmasına sebep olabilecektir. Bu bakımdan tarafların, sözleşmeyi hazırlarken ifa yerindeki, gümrük ve kambiyo rejimine ilişkin kanunları, vergi kanunlarını, ithalat ve ihracat sınırlamalarını, teknoloji transferine ilişkin kısıtlamaları, imar kanunlarını, çevre ile ilgili kanunları ve benzeri yasal düzenlemeleri dikkate almaları önem arz etmektedir⁴².

VI. İnşaat Projelerinde Karşılaşılan Riskler

İnşaat projelerinin karmaşık yapısı, büyük yatırımlar yapılması, ileri teknoloji ve yoğun emek gerektirmesi, çoğu zaman birbirine yabancı ortaklar tarafından projelerin yürütülmesi gibi nedenler, hem yüklenici hem de iş sahibi açısından önemli riskleri içinde barındırmaktadır. İnşaat projelerinde hem kontrol edilebilir hem de kontrol edilemez riskler önem taşımaktadır. Yönetimsel ve işlevsel performanslar gibi, performanslardaki değişiklikler kontrol edilebilir risklere; kötü hava koşulları, enflasyon, zemin koşulları gibi faktörler de kontrol edilemeyen risklere örnek olarak verilebilir⁴³.

İnşaat sektöründe ortaya çıkabilecek riskleri şu şekilde özetleyebiliriz:

- *Finansal riskler:*

Finansal riskler, inşaat projelerinde beklenen maliyetin aşılmasına neden olabilmekte, projenin zamanında tamamlanabilmesi için önem arz etmektedir⁴⁴. Büyük bir inşaat projesi, uzayan dönemler için oldukça ciddi finansal sorumlulukları beraberinde getirebilir. Bu sorumluluklar, çalışanların istekleri, ödemelerin gecikmesi, yabancı kur dalgalanmaları, enflasyon ve maliyetin aşırı yükselmesi, yerel politikaların uluslararası uygulamalar ile uyuşmaması, malzeme kısıtlamaları, teknik problemler, tasarım

⁴⁰ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 17; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 5; ayrıca bkz. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5; "Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur. Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez."

⁴¹ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 5-6; Yargıtay 15. HD. 28.11.2011 tarihli ve 2010/7418 E.- 2011/6873 K. sayılı kararı; Yargıtay 23. HD. 29.03.2013 tarihli ve 2013/842 E.- 2013/2010 K. sayılı kararı

⁴² ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 18 vd.

⁴³ UĞUR L. Onur, İnşaat Sektöründe Riskler ve Risk Yönetimi (bundan sonra İnşaat Sektöründe Riskler olarak geçecektir), Türkiye Mühendisler Birliği Yayını, Ankara, 2006, s. 121

⁴⁴ KANTAROĞLU Berna, Türk Yüklenicilerinin Oluşturduğu Uluslararası Joint Venture'larda Ortaklık Nedeniyle Oluşan Riskler ve Çözüm Stratejileri (bundan sonra Joint Venture'larda Ortaklık Nedeniyle Oluşan Riskler olarak geçecektir), Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2008, s. 90

problemleri, çevre kirliliğine ilişkin problemler, ev sahibi hükümet tarafından verilecek izinlerin gecikmesi veya yasal düzenlemelerdeki değişiklikler gibi nedenlerden kaynaklanabilir⁴⁵. Özellikle uluslararası sözleşmeler bakımından, uzun süreli inşaat ortaklığı sözleşmelerinde, taraflar sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan kuralların geçerli olacağını açıkça belirtmelidir. Aksi halde ev sahibi ülkede meydana gelen ekonomik, politik, hukuki değişimler inşaat projelerini, dolayısıyla da joint venture veya konsorsiyumları olumsuz yönde etkileyecektir⁴⁶. Uygulamada, sözleşmelerin akdedildiği tarihte yürürlükte bulunan hukukun geçerli olacağına dair “istikrar klozları”na yer verilerek, bu klozlar sayesinde seçilen milli hukuktaki değişikliklerin, sözleşmenin hukuki rejimini olumsuz yönde etkilemesi önlenmeye çalışılmaktadır⁴⁷.

- **Yönetimsel riskler:**

Inşaat projeleri, mal sahibi, müteahhit, alt müteahhit, tasarımcı, tedarikçi gibi bir çok katılımcının olduğu karmaşık bir yapıya sahiptir. Bu sebeple söz konusu katılımcılar arasında koordinasyon ve iletişimin sağlanması iyi bir yönetim için önem arz etmektedir⁴⁸.

Özellikle uluslararası ortaklıkların yönetimi, farklı kültürlerin, politik, ekonomik ve çevresel koşulların bir araya gelmesi sebebi ile çok daha zordur. Bu sebeplerle risk yönetimi, inşaat projelerinin belirlenen zamanda ve belirlenen bütçe ile tamamlanabilmesi için oldukça önemlidir⁴⁹. Benzer kültürlerden ve birbirine yakın finansal güce sahip firmalar tarafından oluşturulan ortaklıklarda ortaklar açısından daha iyi bir çalışma ortamı olmaktadır⁵⁰.

- **Yapım riskleri:**

Bu riskler inşaatın yapımı sırasında ortaya çıkan ve projenin zamanında bitirilmesini engelleyen, maliyeti arttıran risklerdir. Projelerin tasarımındaki hatalar veya değişiklikler, malzemenin yetersiz veya kalitesiz olması, şantiye kazaları, projenin yapımında yanlış teknik kullanılması bu risklere örnek olarak verilebilir⁵¹. Bu sayılanların yanı sıra, şiddetli hava koşullarından kaynaklanan problemler ve inşaat başlandıktan sonra veya henüz başlarken zemin ile ilgili yaşanabilecek problemler de işi yavaşlatıp durdurmaya neden olabilmektedir⁵².

- **Hukuki ve politik riskler:**

Bu tür riskler, devletin politikalarında ve yasal düzenlemelerinde meydana gelen değişikliklerden kaynaklanmaktadır. Bir projenin hayata geçirilebilmesi için alınması gereken yasal izinler, vergi düzenlemeleri, tarafların hukuki statüleri ve ehliyetleri, yabancı sermaye kısıtlamaları, kamulaştırma, malzeme ithali gibi konularda ortaya

⁴⁵ KALE, PATIL, HIRAVENNAVAR, KAMANE, Joint Venture in Construction, 2008, s. 296

⁴⁶ MOHAMED Sherif, Performance in International Construction Joint Ventures: Modeling Perspective (bundan sonra International Construction Joint Ventures olarak geçecektir), Journal of Construction Engineering and Management., 2003, s. 621

⁴⁷ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s.47

⁴⁸ KANTAROĞLU, Joint Venture’larda Ortaklık Nedeniyle Oluşan Riskler, Yüksek Lisans Tezi, s. 91

⁴⁹ JAMIL, MUFTI, KHAN, Risk Identification for International Joint Venture Construction Projects (bundan sonra Risk Identification For International Joint Ventures olarak geçecektir), s. 291-292

⁵⁰ KALE, PATIL, HIRAVENNAVAR, KAMANE, Joint Venture in Construction, 2008, s.63

⁵¹ KANTAROĞLU, Joint Venture’larda Ortaklık Nedeniyle Oluşan Riskler, Yüksek Lisans Tezi, s. 94

⁵² SWEET Justin, Dispute Resolution: Reasons for Construction Disputes, Jams Global Construction Solutions, Fall 2011, s. 12

çıkabilecek problemler bu tür risklere örnek olabilir. Uluslararası inşaat sektöründe hukuken geçerli bir inşaat ortaklığı sözleşmesinin akdedilebilmesi için, sözleşmesinin hazırlanması sırasında tarafların, kendi tabi oldukları hukuka göre sözleşme yapma ehliyetine sahip olup olmadıklarına dikkat edilmesi gerekmektedir⁵³. Tarafların ehliyetsiz olması halinde yapılan sözleşmeler geçerli olmayacaktır. Bunu önlemek için tarafların, birbirlerinin yetki belgelerini ya da imza sirkülerini incelemelerinde yarar vardır⁵⁴. Bunun yanı sıra tarafların aktif ve pasif dava ehliyetinin olup olmadığının, temsile yetkili kişi ve organların kimler olduğunun bilinmesi de ileride yaşanabilecek hukuki uyuşmazlıklar bakımından önemlidir. Uluslararası inşaat sektöründe işveren olarak muhatap çoğu zaman bir kamu kuruluşudur. Bu sebeple inşaat sözleşmelerinde gelecekte bir uyuşmazlık doğması halinde, yabancı bir devlet mahkemesinde dava açıldığında ya da hakeme gidildiğinde, işveren kamu kuruluşunun pasif dava ehliyeti olmadığı itirazlarıyla karşılaşılır. Dolayısıyla, yabancı devletlerle yapılan inşaat sözleşmelerinde bu itirazın önüne geçebilmek için işveren idarenin yargı muafiyetinden feragat ettiği, sözleşme konusunun bir özel hukuk tasarrufu olduğu ve ileride bu şekilde bir itirazda bulunulamayacağı gibi açıklamalara yer verilmelidir⁵⁵.

- ***Çevresel riskler:***

Çevresel riskler, doğal afetler veya çevre kirliliğinden kaynaklanan risklerdir⁵⁶. Tarafların sorumlulukları açısından bu tür risklerle ilgili klorların inşaat sözleşmelerinde yer alması oldukça önemlidir.

VII. İnşaat Sektöründe İmzalanacak Joint Venture ve Konsorsiyum Sözleşmelerinde Dikkate Alınması Gereken Hususlar

1) Ortak seçimi

Joint venture veya konsorsiyumu oluşturan şirketler, bazı yönlerden farklılıklar gösterebilmekte; ortakların büyüklükleri, faaliyet alanları, kaynakları, beklentileri veya amaçları birbirinden farklı olabilmektedir. Bu sebeple, joint venture veya konsorsiyum şeklinde bir yapılanmaya giderken “doğru ortak seçimi” önem arz etmektedir⁵⁷. Bir şirketin, kendisine yabancı bir ülkede konsorsiyum veya joint venture ortaklığı kurarak iş yapması bakımından, o ülkenin vergi sistemi, gümrük mevzuatı, iş yasaları, işçi-işveren ilişkileri, faiz oranları, kar transferleri, iç pazar büyüklüğü, enflasyon gibi konulardaki

⁵³ 5718 sayılı MÖHUK m.9 “Ehliyet”:

(1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.

(2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

(3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.

(4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir.

(5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir.

⁵⁴ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 10-11

⁵⁵ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 13; DUNHAM Philip, GREENBERG Simon, Balancing Sovereignty and The Contractor’s Rights in International Construction Arbitrations Involving State Entities, The International Construction Law Review, 2006, s. 139; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.09.1991 tarihli ve 1991/6-299 E.- 1991/406 K. sayılı kararı

⁵⁶ KANTAROĞLU, Joint Venture’larda Ortaklık Nedeniyle Oluşan Riskler, Yüksek Lisans Tezi, s. 96

⁵⁷ OKTAY Müjde, Şirketler İçin Sinerjik Bir İşbirliği Yolu Ortak Girişimler (bundan sonra Ortak Girişimler olarak geçecektir), İstanbul Sanayi Odası Yayınları, No: 1997/6, 1997, s. 25-26

istikrarı, halkın satın alma gücü, alt yapı olanakları, iş gücü maliyeti gibi ekonomik, siyasal ve kültürel faktörlerin yanı sıra, ortak olunacak şirketin mali kaynakları, kullandığı teknoloji, uluslararası ünü ve deneyimi, büyüklüğü, ülke içinde faaliyette bulunduğu bölge, pazar payı, müşteri kitlesi, iş ahlakı, konuşma dili gibi hususlar dikkate alınmaktadır⁵⁸.

2) Hukuk seçimi

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde hukuk seçimi oldukça önemlidir. Sözleşmedeki boşluklar tarafların seçmiş olduğu hukuka göre doldurulmaktadır⁵⁹. Seçilen hukuk ile başvurulacak yargı merciinin uyum içinde olmasına dikkat edilmelidir. Aksi halde, yargı merci tarafından uygulanacak yabancı hukukun temini yargılama masraflarının artmasına ve yargılama süresinin uzamasına yol açacaktır. Taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk, sözleşmeden doğan ve sözleşme ile ilgili olan tüm hususlara uygulanacaktır. Dolayısıyla tarafların farklı bir hukukun uygulanmasını istediği, haksız fiil veya zamaşımı gibi konular olduğu takdirde bunları açıkça belirtmeleri gerekmektedir⁶⁰.

3) Uluslararası standart kurallara yer verilmesi

İnşaat sözleşmelerinin karmaşık yapısı ve teknik özelliklerinin fazla olması, uygulamada inşaat sözleşmelerinin standart kurallarla temellendirilmesine sebep olmuştur⁶¹. Tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere, FIDIC (Federation International des Ingenieurs-Consells) Tip Sözleşme ve Şartnameleri gibi bazı standart sözleşmeleri, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Hukuk Kılavuzunu, genel işlem şartlarını, kod, yönetmelik ya da uluslararası anlaşmaları seçmeleri mümkündür⁶². Özellikle tarafların her birinin farklı hukuk düzenlerine tabi olduğu uluslararası sözleşmeler düşünüldüğünde, ortak bir hukuk seçimi yapmak pek kolay olmayacaktır. Bu durumlarda uluslararası kabul görmüş tip sözleşmelere uygulamada sıkça başvurulduğu görülmektedir⁶³.

Bu kurallar arasında en çok tercih edilen FIDIC kuralları⁶⁴dır. Federasyonun amacı, müşavir mühendisler endüstrisine küresel anlamda yol göstermek, aktif olarak ahlaki ve mesleki standartları sürdürmek ve ortak mesleki yararları geliştirmektir. FIDIC tip sözleşmesi ile taraflar, zamandan tasarruf ettikleri gibi güvenilir bir uluslararası kuruluşun

⁵⁸ OKTAY, Ortak Girişimler, s. 25-26; MINJA, KIKWASI, THWALA, A Study of JV Formation Between Construction Organizations in Tanzania (bundan sonra A Study of Joint Venture Formation olarak geçecektir), Australasian Journal of Construction Economics and Building, Conference Series 1, 2012, s. 34; GERINGER J.M., Strategic Determinants of Partner Selection Criteria in International Joint Ventures (bundan sonra Partner Selection Criteria olarak geçecektir), Journal of International Business Studies, 1991, s. 41-62

⁵⁹ Bkz. 5718 sayılı MÖHUK m.24. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk: Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir. Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

⁶⁰ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 43- 52

⁶¹ ŞEREMET Melis, İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ VE "FIDIC", İSTANBUL BAROSU DERGİSİ, Cilt: 80, Sayı: 4, Yıl 2006, s. 1550

⁶² ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 53

⁶³ KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Hukuku, s. 89

⁶⁴ <http://fidic.org/>

mesleki birikimlerinden de yararlanmaktadır. Gerek yabancı sermayedarlar gerekse Dünya Bankası, kredi verdiği veya doğrudan finanse ettiği projelerin inşasında taraflara FIDIC kurallarını önermektedir⁶⁵. Afrika Kalkınma Bankası, Asya Kalkınma Bankası, Karadeniz Ticaret ve Kalkınma Bankası, Karayipler Kalkınma Bankası, Avrupa Konseyi Kalkınma Bankası, Avrupa İnşaat ve Kalkınma Bankası, Inter- Amerika Kalkınma Bankası gibi uluslararası kalkınma bankaları da, FIDIC kırmızı kitabın kalkınma bankaları için hazırlanmış olan, FIDIC MDB (Multilateral Development Banks) kurallarını tercih etmektedir⁶⁶. Ülkemiz bakımından, iş sahibi ile müteahhit arasındaki ilişkiye yönelik olarak hazırlanan ve proje yapımının iş sahibine ait olduğu “İnşaat İşleri İçin Sözleşme Koşulları”, diğer adı ile “FIDIC Kırmızı Kitap” en yaygın olarak kullanılan tip sözleşmelerdendir⁶⁷.

4) Mücbir sebep klozları

Mücbir sebep, borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında oluşan ve borcun ihlalini kesin olarak kaçınılmaz hale getiren, öngörülmesi veya önlenmesi objektif olarak mümkün olmayan olağanüstü olayları; beklenmeyen hal ise, borçlunun kusuru olmadan gerçekleşen, sözleşme yapılırken öngörülemeyen ve borca aykırı davranışa kaçınılmaz bir şekilde sebep olan olayları ifade etmektedir⁶⁸.

Taraflar, inşaat sözleşmelerinde “mücbir sebep veya beklenmedik hal”⁶⁹ teşkil edecek olaylara yer vermediği takdirde bu hususlar sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Bu sebeple ileride ortaya çıkabilecek sorunlar bakımından özellikle uzun süreli inşaat sözleşmelerinde “hardship klozları”nın bulunması tavsiye edilmektedir. Taraflar, bu konuda ayrıca düzenleme yapmak yerine, Milletlerarası Ticaret Odasının 421 sayılı Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal Kodu gibi uluslararası kodları, sözleşme hükmü haline getirme imkanına da sahiptir⁷⁰.

Sözleşmede bu tip klozlara yer verilmediği takdirde, herhangi bir mücbir sebep veya beklenmeyen halin ortaya çıkması durumunda, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasına veya feshine taraflarca belirlenen mahkeme ya da hakem heyeti karar verecektir. Esasen sürekli borç ilişkisi niteliğindeki iki taraflı taahhütleri ihtiva eden akitlerde akdin kuruluşu ile ifası arasında geçen sürede değişen şartların etkisini düzenleyen “emprevizyon nazariyesi”⁷¹, müşterek bir amacın gerçekleştirilmesini hedef alan joint venture ve

⁶⁵ ŞEREMET Melis, İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ VE “FIDIC”, s. 1550-1551; <http://fidic.org/>

⁶⁶ http://fidic.org/MDB_Harmonised_Construction_Contract

⁶⁷ KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları, AİBÜ SBE Dergisi, 2010/1, sayı: 20, s. 88-89

⁶⁸ Bkz. BAŞARA TURAN Gamze, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi, Çankaya University Journal of Law, 7/1, Mayıs 2010, s. 12-14; REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s. 313

⁶⁹ Beklenmeyen halde öngörülmezlik ve kaçınılmazlık unsurları nisbi niteliktedir. Başka bir ifadeyle, ifanın imkansızlaşmasına yol açan olayın borçlu için aşılmaz, kaçınılmaz ve engellenemez nitelikte bulunması yeterlidir. Buna karşılık, mücbir sebepte, olay, meydana geliş tarzı bakımından objektif olarak karşı konulmaz bir şiddetle meydana gelmekte ve ifayı mutlak olarak imkansız kılmaktadır. Bkz. FEYZİOĞLU Necmeddin Feyzi, Borçlar Hukuku, Cilt I Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 1345.

⁷⁰ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 37; ICC Force Majeure and Hardship Clause, ICC Publication No:650, Paris, 2003

⁷¹ Emprevizyon nazariyesi (*clausula rebus sic stantibus*)ne göre, sözleşmenin yapıldığı sırada tarafların üstlendiği edimlerin ekonomik değeri, ifa sırasında değişen şartlar nedeniyle aşırı ölçüde değişmiş ve mevcut ekonomik denge bozulmuşsa, bundan zarar gören taraf, sözleşme hükümlerine göre veya hakimden bu durumun değişen şartlara göre yeniden uyarlanmasını talep edebilir. Bkz. DAYINLARLI, Joint Venture, s.91-92; KAPLAN İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 1987, s. 161 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, s. 203; DOĞAN Gülmelihat, Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014/111, s. 11; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2003/13-599 E.- 2003/599 K.sayılı ve 15.10.2003 tarihli kararı (www.kazanci.com);

konsorsiyum ortakları arasında da edimlerin kar dengesi bozulmuşsa veya haklı sebepler varsa uygulanabilecektir⁷².

5) Due diligence

Uluslararası inşaat projeleri, ulusal projelere oranla daha fazla risk ihtiva etmektedir. Bu riskler, özellikle gelişmekte olan bir ülkenin yer aldığı projelerde daha da kritik bir hale gelebilir. Bu sebeple ortaklık ilişkisine girecek kişilerce, doğabilecek risklerin ve etkilerinin mümkün olduğunca erken tespit edilerek, projenin hayata geçirilmesinden önce bu risklere karşı uygun stratejilerin belirlenmesi istenmektedir⁷³. Risk yönetimi, oluşabilecek risklerin tanımlanmasını, etkilerinin belirlenmesini ve risklerin gerçekleşmesi halinde risklerin etkilerini azaltmak için önlemler almayı hedefleyen bir proje yönetim tekniği olup, bir projenin amacına ulaşmasını engelleyebilecek risklerin etkilerini en aza indirmek için kaynak ve aktivitelerin ekonomik planlaması, organizasyonu ve kontrolünün en iyi şekilde yapılması gerekir⁷⁴.

6) Sigorta hükümleri

Özellikle uluslararası sözleşmeler bakımından bir diğer önemli husus, sigorta konusunda her ülkede farklı bir düzenleme olması sebebiyle, uluslararası bir sigorta uygulaması oluşturulamamasıdır. Bu sebeple yabancı bir ülkede inşaat yapmak isteyen firmalara belirli bir riskin gerçekleşmesi sonucu sağlanacak teminat ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Dolayısıyla, yabancı ülkelerde faaliyet göstermek isteyen müteahhitlerin, sigorta poliçelerinin esnekliğine ve ne kadar güvence sağladığına dikkat etmesi gerekmektedir. Faaliyette bulunulan her ülkede ayrı ayrı sigorta yapılması mümkün olduğu gibi, bölgesel düzenlemeler ile uyumlu olduğu takdirde tek bir sigorta poliçesi düzenlenerek de güvence sağlanabilir⁷⁵.

VIII. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi

Bir inşaat sözleşmesi, diğer sözleşme türlerinde de olduğu gibi, ifa nedeniyle, iş sahibinin veya yüklenicinin sözleşmeden dönmesiyle, ifanın imkansız hale gelmesiyle veya haklı sebeplerin varlığı halinde sona erebilir.

1) İfa sebebiyle sona erme

Genel olarak sözleşmelerin sona erme sebeplerinin başında tarafların borçlanmış oldukları edimleri ifa etmeleri gelmektedir. Müteahhidin inşaatı sözleşmede belirtilen süre içinde bitirerek ayıpsız bir şekilde iş sahibine teslim etmesi ve iş sahibinin de bunun karşılığı ücreti müteahhide tam olarak, zamanında ödemesi halinde inşaat sözleşmesi ifa nedeniyle sona ermiş olur⁷⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1996/11-762 E.-1997/77 K. sayılı ve 19.02.1997 tarihli kararı (www.kazanci.com)

⁷² DAYINLARLI, Joint Venture, s. 91 (dipnot 149)

⁷³ JAMIL, MUFTI, KHAN, Risk Identification, s. 291-292

⁷⁴ KANTAROĞLU, Joint Venture'larda Ortaklık Nedeniyle Oluşan Riskler, Yüksek Lisans Tezi, s. 10 vd.

⁷⁵ HALL Geoffry, HAZELTON William, TEDFORD Bryan, Global Construction: International Opportunities, Local Risks, Building a Multinational Program For Contractors, ACEGROUP, Philadelphia/US, June 2014, s. 2-5

⁷⁶ EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 1996, s. 89

2) Tarafların anlaşmasıyla sona erme

Taraflar, her zaman anlaşarak inşaat sözleşmesinin sona ermesini kararlaştırabilirler. İnşaat sözleşmesi kural olarak geçerlilik şartına bağlı olmadığı için ikale anlaşması⁷⁷ da şekle tabi değildir. Bazı durumlarda ikale, tarafların yeni bir sözleşme yapmasıyla da gerçekleşebilir⁷⁸. Sözleşmeyi sona erdiren taraflar, inşaatın o ana kadar yapılmış olan kısmının bedeli ile yapılmayan kısım için yüklenicinin bir alacak hakkına sahip olup olmayacağını serbestçe belirleyebilirler. Sözleşmeyi sona erdiren anlaşmada bu hususlarda bir açıklık bulunmaması halinde bu boşluk, tarafların varsayılan iradelerine veya dürüstlük kuralına göre doldurulur⁷⁹.

3) İfanın imkansız hale gelmesi ile sona erme

İfanın imkansız hale gelmesi, borçlanılan edimin ifasının, sonradan ortaya çıkan olaylar nedeniyle objektif ve sürekli olarak mümkün olmamasıdır⁸⁰. TBK m. 485'e göre, eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik bir olay dolayısıyla imkansızlaşırsa, yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkansızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca, tazminat isteme hakkı vardır. Buradaki imkansızlık gerek henüz yapımına başlanmamış bir inşaatın yapılmasına engel olma, gerekse yapımına başlanmış bir inşaatın tamamlanmasını engelleme şeklinde ortaya çıkabilir. İfayı imkansız hale getiren beklenmedik olay, iş sahibinin şahsından kaynaklanabileceği gibi, onun hakimiyet alanından da kaynaklanıyor olabilir. İş sahibinin üzerinde inşaat yapılacak olan arsasının kamulaştırılması, inşaat yasağı getirilmesi veya iş sahibinin sunduğu projeye izin verilmemesi, imar durumundaki değişiklik⁸¹, iş sahibine ait arsanın deprem veya toprak kayması sonucu inşaat yapılamayacak hale gelmesi bu duruma örnek olarak verilebilir⁸².

TBK m. 486'da ise yükleniciden kaynaklanan sebeplerle ifanın imkansız hale gelmesi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür. Yüklenicinin kişisel bilgi ve uzmanlığı göz önünde tutulmamışsa, işin yapımının üçüncü kişiye bırakılması mümkünse bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır⁸³. İfanın imkansız hale gelmesine sebep olan bu şartlar gerçekleştiği takdirde inşaat sözleşmesi fesih beyanına gerek kalmaksızın kendiliğinden ve ileriye etkili olarak sona erer⁸⁴.

⁷⁷ "İkale anlaşması, bir sözleşmenin taraflarının anlaşarak aralarındaki ilişkiyi sona erdirmek üzere yaptıkları anlaşmadır". Bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 238

⁷⁸ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 238

⁷⁹ KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 228; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 239

⁸⁰ EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 2012, s. 1299 (karş. DUMAN, İnşaat Hukuku, s. 1351 vd.)

⁸¹ Bkz. Yargıtay 15. HD. 2002/4351 E-2002/454 K. Sayılı ve 31.01.2002 tarihli kararı (DUMAN, İnşaat Hukuku, s. 1353' ten alınmıştır.)

⁸² ARAL/AYRANCI, Özel Borç İlişkileri, s. 383-384

⁸³ EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s.100

⁸⁴ BUZ Vedat, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, Sayı:1-2, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, s. 29 vd.

4) İnşaatın yok olması ile sona erme

Bu durum TBK m. 483'te düzenlenmiştir. Maddeye göre, “eser, teslimden önce beklenmedik bir olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerini ödemesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar onu sağlayana ait olur. Eserin iş sahibince verilen malzeme veya arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini isteme hakkı vardır”.

Maddede geçen “beklenmedik olay”, inşaatın yok olmasına sebep olan ve iş sahibi veya yükleniciye yüklenemeyen olaylardır. Bu durum hem umulmayan hali hem de mücbir sebebi kapsar⁸⁵. Ayrıca, bu hükmün uygulanabilmesi için inşaatın teslim edilmeden yok olmuş olması gerekir. Teslimden sonra hasar iş sahibine geçmiş olacağından, beklenmedik olayların sonuçlarına da iş sahibi katlanacaktır⁸⁶. Bunun yanı sıra “yok olma” kesin olarak ifa imkansızlığına yol açmalıdır. İnşaatı yapmak objektif olarak mümkün olduğu sürece yüklenici onu yeniden yapmak zorundadır. Ancak, yüklenicinin inşaatı yeniden yapması ve sözleşmeye devam etmesi dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenemiyorsa, yüklenici, haklı sebeplere dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilir⁸⁷.

5) Yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması sebebiyle sona erme

TBK m. 482'ye göre, müteahhidin, önceden yaklaşık olarak belirlenen keşif bedelini aşması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı vardır. Bu aşmanın aşırı ölçüde olup olmadığı dürüstlük kuralına göre belirlenir. Sözleşmeden dönebilmek için yaklaşık bedelin fiilen aşılmış olması, ileride aşılabilecek olması ve aşılma ihtimalinin olması arasında fark yoktur⁸⁸. TBK m. 482/2 hükmüne göre, iş sahibi bedelden uygun bir miktarda indirim isteyebileceği gibi inşaat henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devam etmekten alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshetme hakkına da sahiptir⁸⁹.

6) Yüklenicinin bütün zararlarını gidermek suretiyle iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi

TBK m. 484'e göre, iş sahibinin inşa eseri tamamlanmadan önce, yapılmış olan kısmın bedelini ödemek ve müteahhidin zararını karşılamak şartı ile tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetme hakkı vardır⁹⁰. İş sahibinin fesih bildirimi ile sözleşme ileriye etkili olarak sona erer⁹¹.

⁸⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, s. 559

⁸⁶ EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s.97

⁸⁷ ARAL/AYRANCI, Özel Borç İlişkileri, s. 381-382; KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 233-234; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 227

⁸⁸ KOCAĞA, İnşaat sözleşmesi, s. 248; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 75-76

⁸⁹ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 78-79; Yargıtay 15. HD., 08.04.2008 tarihli ve 2007/2593 E.-2008/2286 K. sayılı kararı (www.kazanci.com)

⁹⁰ Yargıtay 15. HD., 02.07.2014 tarihli ve 2013/4839 E.- 2014/4650 K. sayılı kararı

⁹¹ DUMAN, İnşaat Hukuku, s. 1323 vd.; EREN, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 91 vd.; KOCAĞA, İnşaat sözleşmesi, s. 250 vd.

İş sahibine bu hakkın tanınmasının sebebi, eser sözleşmelerinde iş sahibi ile yüklenici arasındaki güven ilişkisinin önemli olması, iş sahibinin herhangi bir sebeple çalışmak istemediği bir yüklenici ile çalışmak zorunda bırakılmaması ve inşaat sözleşmelerinde söz konusu işi yapmanın yüklenici için sadece bir borç oluşturması, hak teşkil etmemesidir⁹².

7) Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya işi geciktirmesi sebebiyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sona erme

TBK m. 473/1'e göre, "müteahhidin, işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan bir gecikme yüzünden yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceği anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir".

İfa için vadenin kararlaştırılmış olduğu sözleşmelerde işe başlanmaması veya işin savsaklanması iş sahibine başlı başına sözleşmeden dönme hakkı vermeyip, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için vade tarihinde inşaatın tamamlanmasının imkansız hale gelmesi gerekmektedir. Zira, inşaatın belirli bir tarihte teslim edilmesini isteyen iş sahibini ilgilendiren husus, belirttiği tarihte inşaatın tamamlanmış olmasıdır⁹³.

8) İş sahibinin temerrüdü sebebiyle yüklenicinin sözleşmeden dönmesi ile sona erme

İş sahibinin, malzeme ve arsa sağlama, ücret ödeme, eseri teslim almama gibi davranışları nedeniyle müteahhit sözleşmeden dönebilir⁹⁴. Bu durumda müteahhit TBK m. 125'te⁹⁵ sayılan seçimlik haklardan birini kullanabilecektir. Nitekim Yargıtay 15. HD. vermiş olduğu 05.05.2004 tarihli ve 5372/2508 sayılı kararında, iş sahibinin yer tesliminde temerrüde düşmesi sebebiyle müteahhidin TBK m. 125/1'e dayanarak aynen ifa talebinde bulunmasını yerinde görmüştür⁹⁶. Ancak, TBK m. 125'te sayılan bu seçimlik haklardan yararlanabilmek için alacaklının kural olarak borçluya süre vermesi gerekmektedir. Bu sürenin verilmesinin önemi, verilen süre sonunda alacaklıya, ifa isteme hakkından vazgeçerek, tazminat isteme veya sözleşmeden dönme haklarını kullanmasını sağlamasındadır⁹⁷.

9) İnşaatın ayıplı olması sebebiyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sona erme

TBK m. 475'e göre, inşa eserinin iş sahibi tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı olması durumunda iş sahibi eseri kabulden kaçınabilir, ayıp oranında bedelden

⁹² ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 233

⁹³ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 135; Yargıtay 23. HD., 21.06.2013 tarihli ve 2013/1452 E.- 2013/4306 K. sayılı kararı

⁹⁴ KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 171

⁹⁵ 6098 sayılı TBK m. 125, "Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir."

⁹⁶ www.kazancı.com

⁹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, s. 516-517

indirim isteyebilir veya tüm masrafları yükleniciye ait olmak üzere ücretsiz onarım talep edebilir⁹⁸.

İnşaatin ayıplı olması, yüklenicinin sözleşme yapılırken taahhüt ettiği niteliklerin inşaatta bulunmaması veya bulunmayacağının anlaşılması ya da dürüstlük kuralı gereği bir yapının kendisinden beklenen yararı gerçekleştirmeye elverişsiz olması halinde söz konusu olmaktadır. Uygulamada inşaat sözleşmelerinin eki olarak hazırlanan teknik şartnamelerde belirtilen niteliklere sahip olmayan imalatlar ayıplı sayılmaktadır⁹⁹.

İnşaatin devamı sırasında ayıplı olacağı anlaşıldığı takdirde, TBK m. 473/2 hükmü gereği, iş sahibi yükleniciye ayıbın giderilmesi için uygun bir ek süre verebilir. Bu sürenin sonunda ayıp tehlikesi devam ediyorsa hasar ve masrafı yükleniciye ait olmak üzere işin üçüncü bir kişiye bırakılması da mümkündür¹⁰⁰.

Yargıtay 15. HD. 28.01.2004 tarihli ve 3442/446 sayılı kararında sözleşme konusu eserin ayıplı olması sebebiyle iş sahibinin sözleşmeyi feshedebileceğini ve ödemiş olduğu bedeli geri isteyebileceğini hükme bağlamıştır¹⁰¹.

IX. İnşaat Ortaklıklarından Doğabilecek Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları

Yabancı yatırımlara uygun bir ortam sağlamak için devletler, birçok iki taraflı ve çok taraflı anlaşmalara imza atmakta ve yatırım konusunda dünya çapında bir standart oluşturmak üzere uluslararası organizasyonlar kurulmaktadır. Yabancı yatırımı destekleyen ve korumayı amaçlayan çok sayıda bölgesel ve iki taraflı anlaşma mevcuttur. Gelişmiş veya gelişmekte olan çoğu ülkede yabancı yatırımı teşvik amacıyla yasal belirliliği sağlayacak kanunlar hayata geçirilmiştir. Yatırımları teşvik ve koruma hususunda uyuşmazlıkların çözümü meselesi önemli bir yer tutmaktadır¹⁰².

Uluslararası inşaat alanındaki joint venture ve konsorsiyum sözleşmeleri de dahil olmak üzere bir uluslararası ticaret sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar, sözleşmenin taraflarının tabiiyetinde bulunduğu ülkelerden birinin ulusal mahkemelerinde çözümlenebileceği gibi uzlaştırma ve tahkim gibi yöntemlerle de çözümlenebilir¹⁰³.

İnşaat sözleşmelerinden kaynaklanan başlıca uyuşmazlık konuları, sözleşme ilişkisinin inkarı, iş bedelinde uyuşmazlık, yer teslimi, projelerin hazırlanması, şiddetli hava koşullarından kaynaklanan problemler, zeminle ilgili problemler, iş miktarında artma veya eksilme, süre uzatımı, hak ediş raporlarının düzenlenmesi ve ödenmesi, sözleşmenin devri, kabul işlemleri, avans ödemeleri, malzeme temini ve sözleşmenin sona erdirilmesi gibi hususlardır¹⁰⁴.

⁹⁸ Yargıtay 15. HD. 01.07.1992 T. 1992/545 E. – 1992/3501 K. (KOSTAKOĞLU, İċtihatlı İnşaat Hukuku, s. 741)

⁹⁹ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 190

¹⁰⁰ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 194; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, s. 493

¹⁰¹ Bkz. DUMAN, İnşaat Hukuku, s. 837

¹⁰² LEW, MISTELLS, KRÖLL Comparative International Commercial Arbitration (bundan sonra Commercial Arbitration olarak geçecektir), Kluwer Law International, 2003, s. 762

¹⁰³ KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Hukuku, s.233

¹⁰⁴ ÖZER, Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları, s.17

1) Uyuşmazlıkların ulusal mahkemelerde çözümlenmesi

Genel olarak taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların giderilmesi için yetkili organ her ülkede o ülkenin yetkili devlet mahkemeleridir. Ulusal mahkemeler, ulusal hukukun detaylı usul kurallarına sıkı sıkıya bağlı oldukları için yargılamalar daha uzun sürmekte, maliyetler artmakta ve uyuşmazlıkla ilgili adil kararların verilmesini zorlaştırmaktadır. Ayrıca ulusal mahkemeler, karmaşık nitelikli uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözme konusunda uzmanlaşmamıştır. Uyuşmazlıkların ulusal mahkemelerde çözümlenmesi verilen kararların tenfizi konusunda da sıkıntı yaratmaktadır¹⁰⁵.

Uluslararası inşaat alanındaki joint venture ve konsorsiyum sözleşmelerinde yetki klooazları düzenlenirken ileride elde edilecek kararların, tarafların mal varlıklarının bulunduğu ülkelerde icrasının mümkün olup olmadığının dikkate alınması gerekir. Alınacak mahkeme kararının borçlunun mal varlığının bulunduğu ülkede icrası bakımından, borçlu tarafın ülkesindeki mahkemelerin seçilmesi, alacaklı tarafın ihtiyaçlarına daha uygun düşebilir¹⁰⁶.

Hukukumuz bakımından, uluslararası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan bir uyuşmazlık için yetkili bir Türk Mahkemesinin bulunup bulunmadığına 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹⁰⁷ m. 40¹⁰⁸ uyarınca karar verilmektedir. Söz konusu hükme göre, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisinin, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirleneceği ifade edilmiştir¹⁰⁹. Dolayısıyla, iç hukukta yer itibariyle yetkili bir mahkemenin bulunması milletlerarası yetkinin doğumu için de yeterlidir¹¹⁰.

Taraflar, MÖHUK m. 24'e göre, aralarındaki sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler. Taraflarca seçilen hukukun sözleşmenin bir kısmına veya tamamına uygulanması kararlaştırılabilir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır¹¹¹.

MÖHUK m. 47'ye göre, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Ancak, yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde dava, yetkili Türk mahkemelerinde görülür. Bu konuda, Yargıtay 11. HD., yerel bir mahkemenin yetkisizlik kararının temyiz edilmesi sonucu vermiş olduğu, 2007/3087 E. - 2008/4981 K. sayılı ve 14.4.2008 tarihli kararında, tarafların akdetmiş oldukları sözleşme ile uyuşmazlıkların yabancı bir mahkemede çözümlenmesini kararlaştırdıklarını, ayrıca davada münhasır yetki

¹⁰⁵ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 68

¹⁰⁶ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 71-72

¹⁰⁷ Bkz. 12.12.2007 tarihli resmi gazete

¹⁰⁸ MÖHUK m. 40, "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder".

¹⁰⁹ ÖZER, Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları, s. 20

¹¹⁰ Yargıtay 11. HD., 2007/12254 E. - 2009/1912 K. Sayılı ve 20.2.2009 tarihli kararı (www.kazanci.com)

¹¹¹ Yargıtay 11. HD., 2006/8585 E. - 2006/12877K. ve 07.12.2006 tarihli kararı (www.kazanci.com)

ve kamu düzeni söz konusu olmadığı için yerel mahkemenin vermiş olduğu yetkisizlik kararının onanması gerektiğini ifade etmiştir¹¹².

2) Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi

Tahkim, kural olarak tarafların serbest iradesine dayanan bir yargılama usulüdür. Taraflar, ihtilaflarını çözecek hakem veya hakemleri, bunların sayı ve niteliklerini, seçilmeleri usulünü, tahkim anlaşmasının içeriğini, tahkim yerini, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, tahkim yargılamasının tabi olacağı hukuku, yargılamanın usul ve şeklini, başvurulacak ispat yöntemlerini ve yargılama dilini serbestçe belirleyebilirler¹¹³.

İnşaat alanında faaliyet gösteren bir joint venture veya konsorsiyumda, ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak yöntem, uygulanacak hukuk gibi hususlar konsorsiyum sözleşmesinde veya temel mutabakatta belirtilir. Temel mutabakatta veya konsorsiyum sözleşmesinde uygulanacak hukuk gösterilmemişse, bağlama kurallarının tespiti önem kazanacaktır¹¹⁴.

Tahkim sözleşmeleri veya şartının hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Örneğin, uyuşmazlıkların çözümünde tahkimle beraber mahkemelerin yetkisini de kabul eden sözleşme ve şartlar geçersiz olacaktır. Yargıtay 15. HD., 13.04.2009 tarihli 2009/1438 E. – 2009/2153K. sayılı kararında¹¹⁵, davaya esas sözleşmede, uyuşmazlıkların çözümü hususundaki maddede tahkim şartının öngörülmüş ve ardından yetkili mahkemenin belirtilmiş olmasının geçersiz olacağını hükme bağlamıştır.

Özellikle uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurulmaktadır. Bunun sebepleri arasında, yatırımcıların genellikle yatırım yapacakları ülke mahkemelerine karşı güven duymaması, yatırımlarını koruyabileceklerinden endişe etmeleri, devletlerin uyuşmazlıkları yabancı bir mahkeme önüne göndermekte istekli olmamaları, tahkimin taraflarca bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii olarak görülmesi, mahkemelere oranla kararların daha çabuk verilmesi, tahkim mahkemelerinin uluslararası ticari uyuşmazlıklarda uzmanlaşmış olmaları, tahkim yargılamasında hakemlerin maddi hukuk ve usul hukuku kuralları ile sıkı sıkıya bağlı olmayıp, uluslararası ticaretin ihtiyaçları ile bağdaşmayan kuralların dışına daha kolay çıkabilmeleri, taraf iradelerinin, örf ve adetin ön planda olması, hakem kararlarının icrasındaki kolaylık, tahkim yargılamasının ucuz ve gizli olması sayılabilir¹¹⁶. Özellikle inşaat projeleri uzmanlık gerektiren konular olduğu için hakem seçiminde uzman bir kişinin tercih edilmesi

¹¹² Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD., 2008/10853 E. - 2010/1688 K. ve 15.2.2010 tarihli kararı (www.kazanci.com)

¹¹³ NÖMER, EKŞİ, GELGEL, Milletlerarası Tahkim Hukuku (bundan sonra Milletlerarası Tahkim olarak geçecektir), Cilt I, 4. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2013, s.1

¹¹⁴ Bu durumda MÖHUK m. 24'e göre, "Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tabi olur". Örneğin, bir Alman firmalar grubu, Türk firmalar grubu ile İstanbul'da havaalanı yapımını üstlendiği takdirde en yakın hukuk Türk Hukuku olacaktır (bkz. DAYINLARLI, Joint Venture, s. 357). Özellikle inşaat işlerine ilişkin joint venture'larda şantiyenin kurularak faaliyet göstereceği yer en yakın irtibatlı hukukun tespitinde rol oynamaktadır (bkz. TEKİNALP Gülören/TEKİNALP Ünal, Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın' a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1989, s. 175).

¹¹⁵ KOSTAKOĞLU, İçtihatlı İnşaat Hukuku, s.184

¹¹⁶ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 220 vd.; LEW, MISTELLS, KRÖLL Commercial Arbitration, s. 762

uyuşmazlığın çözümünde başarılı bir sonuç alınabilmesi için oldukça önemlidir¹¹⁷. Taraflar hakem seçerken, hakemin inşaat sektöründeki kişilerle iletişimindeki deneyim ve becerisini dikkate almalıdır¹¹⁸.

Bütün bu sayılanlar, tahkimin yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde önemli bir rol oynamasına sebep olmaktadır. Uluslararası anlaşmalarda da genellikle uyuşmazlıkların çözümü konusunda tahkim yolunun tercih edilmesinin desteklendiği görülmektedir. Örneğin, FIDIC (Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils/International Federation of Consulting Engineers), tahkim başlıklı 20.6 maddesinde ICC (International Chamber of Commerce) tahkimini öngörmektedir.

Uluslararası anlaşmaların desteklediği ve ticari uyuşmazlıkların çözümünde sıkça başvurulmuş önemli tahkim merkezlerinden bazıları şunlardır:

a- ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes)

Merkez, Dünya Bankası tarafından 1965 yılında yürürlüğe konulan “Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma” ile kurulmuştur. Ülkemiz de “Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile Konvansiyonu onaylamıştır¹¹⁹. ICSID Konvansiyonu madde 1¹²⁰e göre; merkezin amacı, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarından doğan tahkim davalarına bakmaktır¹²¹.

Yatırım uyuşmazlıkları diğer ticari uyuşmazlıklardan farklılık arz etmektedir. Yatırım uyuşmazlıklarında uyuşmazlık konusu miktar oldukça yüksektir ve uyuşmazlığın önemli politik etkileri de olabilmektedir. Hakem heyetinin oluşturulmasında hakemlerin milliyeti diğer ticari davalara nazaran önemli bir mesele haline gelmektedir. Bir diğer önemli fark ise, diğer ticari tahkimlerdekinin aksine, yatırım uyuşmazlıklarında taraflar arasında bir tahkim anlaşması olmasa bile ulusal kanunlar veya devletlerce imzalanan uluslararası sözleşmeler taraflara birbirlerine karşı ICSID tahkim yargılamasını başlatma hakkı verebilmektedir¹²². Son yıllarda, devletler arasında akdedilen pek çok ikili¹²³ ve çok taraflı anlaşmada, doğrudan ICSID hakemliği kabul edilmiştir. Birçok devlet yatırımların korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerini uluslararası sözleşme ve kurallara uygun hale getirmiştir. Buradaki amaç yatırımcıya samimi bir ortam sağlamak, ayrımcılık yapılmaması, kendi vatandaşı gibi muamele edilmesi, adil bir tazminat olmaksızın kamulaştırma yapılmayacağı gibi asgari düzeyde korumalar getirerek yabancı yatırımı

¹¹⁷ RYAN M. Judith, Be an Expert With Experts, Jams Global Construction Solutions, Winter 2013, s. 4.

¹¹⁸ BRUNER L. Philip, Construction Mediation: Pick a Mediator With Experience in Dealing With Construction Industry Participants' Differences in Outlook, Jams Global Construction Solutions, Fall 2012, s. 2.

¹¹⁹ Bkz. 02.06.1988 tarihli ve 19830 sayılı Resmi Gazete

¹²⁰ Bkz. ICSID Convention, Regulations and Rules (<http://icsid.worldbank.org>)

¹²¹ NOMER, EKŞİ, GELGEL, Milletlerarası Tahkim, s. 107-108; ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 259

¹²² Devletler, yatırım teşvik kanunlarında ICSID tahkimini öngörebilmekte veya diğer devletlerle yapacakları yatırım anlaşmalarına ICSID tahkimine ilişkin bir madde koyabilmektedir (bkz. NOMER, EKŞİ, GELGEL, Milletlerarası Tahkim, s. 111)

¹²³ Türkiye-Bulgaristan arasında imzalanan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşması (bkz. 04.05.1997 tarihli Resmi Gazete), Türkiye-Litvanya arasında imzalanan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşması (bkz. 05.07.1997 tarihli Resmi Gazete), Türkiye-Malezya arasında imzalanan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşması (bkz. 06.02.2000 tarihli Resmi Gazete) vb.

çekmektir. Bu tür ulusal düzenlemeler, uyuşmazlıkların çözüm aracı olarak tahkim yargılamasını desteklemektedir¹²⁴.

ICSID yargılamasına başvurabilmek için Konvansiyonun 25/1 maddesine göre, taraflar arasında hukuki bir anlaşmazlık olması, ICSID'e başvurma konusunda yazılı bir anlaşma yapılmış olması, uyuşmazlığın ICSID'e taraf bir ülke ve yine ICSID'e taraf başka bir ülke vatandaşı arasında çıkmış olması ve doğrudan yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlık olması gerekmektedir¹²⁵.

ICSID m. 25/2-b'ye göre, ev sahibi ülke vatandaşlığına sahip bir tüzel kişinin belirli koşullarda yabancı ülke vatandaşı olarak değerlendirilebileceği öngörülmüştür. Burada dikkate alınması gereken yabancı yatırımcıların, yatırımlarını gerçekleştirebilmek için çoğu kez yerli firmalarla joint venture veya konsorsiyum şeklinde ortaklık yoluna gidiyor olmasıdır. Taraflar, bu şekilde ortaklık kuran firmaların yabancı devlet vatandaşı statüsünde sayılmasını ve ICSID prosedürünün uygulanmasını kararlaştırabilmekte; bu durumda, yerli firmanın yabancı yatırımcıya ait olduğunun bilinmesi yeterli olmaktadır. Çoğu zaman yerli firma doğrudan yabancı yatırımcı tarafından yönetilmese de son karar merciinin yabancı olması yeterli görülmüştür¹²⁶.

Konvansiyon, kararlara karşı başvuru yollarını kısıtlı tutmuş ve burada sayılanlar dışında bir kanun yoluna gidilmesini önlemiştir. Konvansiyona göre kararlara karşı başvuru yolları, kararların yorumlanması (ICSID m. 50), yeni maddi vakıaların ortaya çıkması nedeni ile kararların yeniden gözden geçirilmesi (ICSID m. 51) ve hükümsüz kılınmasından (ICSID m. 52) ibarettir¹²⁷.

ICSID Konvansiyonu'nun 54/1 maddesi uyarınca, konvansiyona üye olan her devlet, kararları tanımak ve parasal yükümlülükleri, aynen kendi ülkesinde verilmiş nihai kararlar gibi uygulamak zorundadır. Kararları uygulamayan taraf kendisinin uluslararası sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal etmiş olmaktadır. Uygulamada, verilen kararlar çoğunlukla taraflarca kendiliğinden yerine getirilmektedir. Çünkü devletlerin uluslararası itibarı, verilen bir karar sonucu ödemeleri gereken bedelden daha önemlidir¹²⁸.

Konvansiyonun 54/2 maddesi, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında yer alan, kararın niteliği, taraflar arasındaki esas ilişki veya kararın kamu düzenine aykırılığı ile ilgili itirazların ileri sürülmesini engellemektedir. Bu maddeye göre, akit bir ülkenin sınırları içerisinde kararın tanınmasını ve tenfizini isteyen tarafın, akit devletin bu amaçla belirleyeceği bir mahkeme veya otoriteye Genel Sekreterce onaylanmış bir karar örneğini sunması yeterli olacaktır¹²⁹.

¹²⁴ LEW, MISTELLS, KRÖLL, Commercial Arbitration, s. 764-765

¹²⁵ NOMER, EKŞİ, GELGEL, Milletlerarası Tahkim, s. 110; <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA-chapter02>. Merkezin İdare Kurulu, konvansiyon kapsamı dışında kalan kişi veya devletler için bazı "ek kurallar (additional facility rules)" da düzenleme altına almış ve bu kurallar en son 10.04.2006 tarihinde revize edilmiştir. Bu kurallar; delil tespitine ilişkin davalarda, taraflardan birinin konvansiyona üye olmadığı durumlarda veya uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanmadığı davalarda uygulanmaktadır. ICSID ek kuralları; delil tespiti kuralları, uzlaştırma kuralları ve tahkim kuralları olmak üzere üç gruptan oluşmaktadır (bkz. https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/AFR_English-final.pdf)

¹²⁶ LEW, MISTELLS, KRÖLL, Commercial Arbitration, s. 779

¹²⁷ NOMER, EKŞİ, GELGEL, Milletlerarası Tahkim, s. 117

¹²⁸ LEW, MISTELLS, KRÖLL, Commercial Arbitration, s. 802-803

¹²⁹ NOMER, EKŞİ, GELGEL, Milletlerarası Tahkim, s. 118

b- ICC (International Chamber of Commerce)

Joint venture ve konsorsiyum sözleşmelerinde taraflar, uyuşmazlıkların çözümü konusunda Milletlerarası Ticaret Odası veya orijinal adı ile “International Chamber of Commerce (ICC)” tahkimini de öngörmüş olabilirler. ICC tahkim prosedürünün uygulanması, tarafların aralarındaki sözleşme ile tahkim şartını kararlaştırmış olmalarına bağlıdır. Taraflar bunu yaparken sözleşmelerinde ICC’nin standart tahkim şartını kullanabilirler¹³⁰. Bunun yanı sıra taraflar, FIDIC sözleşmeleri gibi, ICC tahkim prosedürünün öngörüldüğü standart sözleşmeleri de tercih edebilirler¹³¹. Tahkime gitmeden önce birtakım alternatif çözüm yollarına başvurulması da mümkündür. Taraflar, bu uzlaşma yöntemleri ile verilen kararları uygun bulmadığı takdirde, uyuşmazlık konusunu tahkime götürebilirler. Söz konusu alternatif çözüm yolları:

- Ön hakemlik müessesesi,
- Arabuluculuk,
- Uzlaşma,
- Uzman bilirkişi tayin edilmesi¹³²,
- Uyuşmazlık kurulları¹³³ olarak sayılabilir.

Bu kurallar, dünyanın herhangi bir yerinde meydana gelen, sözleşmeden doğan bütün uyuşmazlıklara uygulanabilir. ICC kurallarının dünya çapında her dilde ve her hukuk sistemindeki yargılamalara uygulanması amaçlanmaktadır¹³⁴.

ICC m. 34/6’ya göre, ICC kurallarına uygun olarak verilmiş nihai hakem kararları tarafları bağlar. Taraflar ICC tahkim kurallarını seçmekle verilecek kararı derhal icra etmeyi ve kanuni yollara başvurma haklarından feragat etmeyi kabul etmiş sayılırlar.

ICC m. 35’e göre, taraflar, verilen kararlara karşı, hakem heyetinden düzeltme veya yorumlama talep etme ya da yerel mahkemelerde iptal davası¹³⁵ açma imkanına sahiptir.

c- UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law- UNCITRAL) nun hazırladığı, ad hoc tahkimi öngören bu kurallar, ilk olarak 1976 yılında yayınlanmış olup, 2010 yılında revize edilmiştir. Bu kurallar hem özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasındaki ticari uyuşmazlıklarda, hem yatırımcı ile devlet arasında doğan uyuşmazlıklarda hem de devletler arasındaki uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulabilmektedir¹³⁶.

¹³⁰ Bkz. www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/standart-icc-arbitration-clauses/

¹³¹ FIDIC Kırmızı Kitap m. 20/6’ya göre, “Dostane müzakerelerin sonuç vermediği veya DAB kararının bağlayıcı ve kesin hale gelmediği her uyuşmazlık nihai olarak ICC tahkim yoluyla çözümlenir”.

¹³² Bkz. www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/

¹³³ Bkz. www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/

¹³⁴ ICC Tahkim Kuralları, 2012, s. 2 bkz. http://icc.robh.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf

¹³⁵ Türk Hukuku bakımından hakem kararlarına karşı iptal davası açma hakkı 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 15 ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 439’da düzenlenmiştir.

¹³⁶ UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), UNITED NATIONS, New York, 2011, s. 1

(www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf)

UNCITRAL kurallarına göre, taraflar uyuşmazlığın tek hakemle çözümlenmesine karar verdiği takdirde, tarafların birlikte belirleyecekleri bir hakem ya da bu konuda anlaşamamaları halinde, atama kurulu tarafından belirlenecek hakem uyuşmazlığı çözmeye yetkili olacaktır (UNCITRAL m.8). Taraflar uyuşmazlığın çözümünde üç hakemli bir heyetin görev almasını istedikleri takdirde, taraflardan her biri birer hakem seçecek, taraflarca seçilen bu iki hakem ise heyete başkanlık edecek olan üçüncü hakemi belirleyecektir (UNCITRAL m.9).

Hakemlerce verilen kararlar nihai nitelikte olup taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar, verilen kararları gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür. Taraflar, hakem kararına karşı, kararın alınmasından itibaren 30 gün içinde, kararın yorumlanmasını (UNCITRAL m. 37), düzeltilmesini (UNCITRAL m. 38) veya tahkim yargılamasına sunulmuş olmasına rağmen hakemlerce karar verilmemiş konular hakkında ek karar verilmesini talep edebilirler (UNCITRAL m.39).

d- Diğer kurumsal tahkim merkezleri

İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi¹³⁷, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi¹³⁸, Avusturya Federal Ekonomi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi¹³⁹, Amerika Tahkim Odası¹⁴⁰ örnek olarak sayılabilir.

3) Uyuşmazlıkların tahkim dışındaki alternatif çözüm yolları ile çözümlenmesi

Uyuşmazlıkların mahkemeler ve tahkim dışında çözümlenebileceği başlıca alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri arasında müzakere, uzlaştırma, hakem-bilirkişilik, teknik ekspertizlik, ön hakemlik, sözleşmelerin üçüncü kişiler tarafından tamamlanması, yorumlanması veya uyarlanması sayılabilir. Bu yöntemler, daha az maliyetli olması ve kısa sürede sonuç vermesi bakımından tercih edilmektedir¹⁴¹.

a- Müzakere yöntemi

Müzakere yöntemi ile uyuşmazlıklar, taraflar arasında doğrudan görüşmeler ile çözümlenebilmektedir. Özellikle yabancı ülkelere yönelik müteahhitlik hizmetlerini desteklemek amacıyla yatırımcının yabancı ülkedeki ticari ve politik riskleri sigorta edilmektedir. Bunun gibi sigorta kapsamındaki zararlar söz konusu olduğunda, sigorta şirketi ile olan uyuşmazlıklar çoğu zaman müzakere yolu ile çözümlenmektedir¹⁴².

b- Hakem-bilirkişi yöntemi

Taraflar, sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda karar vermesi için “hakem-bilirkişi” olarak adlandırılan uzman kişilerin atanmasını kararlaştırabilirler. Hakem-bilirkişiler kendilerine gelen ve teknik uzmanlık gerektiren

¹³⁷ <http://www.ito.org.tr>

¹³⁸ <http://www.lcia.org>

¹³⁹ <http://www.viac.eu/en/>

¹⁴⁰ <http://www.adr.org/aaa>

¹⁴¹ KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Hukuku, s.236

¹⁴² ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 371-372

husus rapor halinde tespit eder¹⁴³. Uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda kurumsal hakem – bilirkişilik faaliyeti, Milletlerarası Ticaret Odasına bağlı, “Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi” tarafından yürütülmektedir. Teknik bilirkişilik yöntemine başvurulmuş olması tahkime veya mahkemeye başvurmaya engel olmamaktadır. Teknik bilirkişi kararları taraflar için bağlayıcı değildir¹⁴⁴.

c- Tarafsız ve uzman üçüncü kişinin sözleşmeye dışarıdan müdahil olması

Taraflar aralarında imzalayacakları sözleşmede, tarafsız ve uzman üçüncü kişinin sözleşmeye dışarıdan müdahil olmasını ve sözleşmeyi yorumlayarak boşlukları doldurmasını kararlaştırabilir. Milletlerarası Ticaret Odası kurallarına göre, üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesinin kapsamı ve sınırları tamamen tarafların anlaşmalarına bağlıdır. Aynı şekilde, üçüncü kişi tarafından verilecek tavsiye veya kararın bağlayıcı olup olmayacağına da taraflar karar verecektir. Bu yöntemle başvurulmuş olması tahkime veya mahkemeye başvurmaya engel değildir. Ancak üçüncü kişi tarafından verilen karar, hakem veya mahkemece sözleşmenin bir parçası olarak dikkate alınabilir¹⁴⁵.

d- Ön hakemlik müessesesi

Uluslararası ticaret sözleşmelerinin ifası sırasında, ifayı ve taraflar arasındaki ilişkileri ciddi şekilde etkileyen, inşaatla kullanılan çimento ve demir kalitesinin düşük çıkması, işin projeye uygun yapılmaması gibi, hukuki, mali ve teknik sorunlar ortaya çıkabilir. Bu durumlara acilen müdahale edilebilmesi için “ön hakemlik müessesesi” oluşturulmuştur. Ön hakem uyuşmazlıkları geçici olarak çözüme kavuşturan kişi olarak öngörülmüşse de taraflar bu kararı nihai karar olarak da kabul edebilirler. Bu yöntemin kullanılabilmesi için taraflar arasındaki sözleşmede mutlaka kararlaştırılmış olması gerekir¹⁴⁶.

e- Uzlaştırıcı tayin edilmesi

Tarafların sözleşme ile bir uzlaştırıcı tayin etmeleri de mümkündür. Uzlaştırıcı, uyuşmazlığın sulhane bir şekilde çözümü ile ilgili olarak, taraflara sadece tavsiyelerde bulunabilir. Taraflar bu tavsiye ve kararlara uymak zorunda değildir. Uzlaştırma nihai ve bağlayıcı ise, tahkim veya mahkemeye bir alternatif olarak öngörülebileceği gibi, bunların bir ön adımı olarak da kararlaştırılabilir. Günümüzde uzlaştırma hizmeti veren başlıca kuruluşlar, ICC, UNCITRAL, ICSID, FIDIC, AAA (American Arbitration Association), RCIA (The Regional Centre for International Arbitration/Malesia), CIArb (The Chartered Institute of Arbitrators/London), CEDR (The Center for Dispute Resolution/London), The Society of Construction Arbitrators/London, İTO (İstanbul Ticaret Odası) dır¹⁴⁷.

¹⁴³ ÖZER, Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları, s. 46

¹⁴⁴ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 386-390; Bkz. www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/experts/

¹⁴⁵ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 392 vd.; ÖZER, Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları, s. 50; Bkz. www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/experts/

¹⁴⁶ KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Hukuku, s.241; Bkz. www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/pre-arbitral-referee/

¹⁴⁷ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 375 vd.

Tarafların arabuluculuğu tercih etmelerinde zaman ve masraftan tasarruf edilmesi, uzman kişilerin görev yapması, tarafların kendilerini daha iyi ifade etme imkanı bulması ve kontrolün taraflarda olması, gizliliğin korunması gibi sebepler etkili olabilmektedir¹⁴⁸.

i. UNCITRAL uzlaştırma kuralları

Bu kurallara göre, bir uzlaştırma prosedürünün icra edilebilmesi için tarafların sözleşme ile bu usulü açıkça kabul etmiş olmaları gerekmektedir. UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları¹⁴⁹ nın 2. maddesine göre, uzlaşmak isteyen taraf anlaşmazlık konusunu belirterek bunu diğer tarafa yazılı olarak iletir. Karşı tarafın bildirimi kabul etmesiyle uzlaşma usulü başlar. Uzlaşma teklifi gönderildiği tarihten itibaren 30 gün içinde bir cevap alınamaz ise, talepte bulunan taraf bunu uzlaşma teklifinin reddi olarak değerlendirebilir. Taraflarca uzlaştırıcı sayısı kararlaştırılmadığı takdirde, bir kişi uzlaştırıcı olarak seçilir (m.3). Uzlaştırıcı, tayin edildikten sonra, uyuşmazlığın genel niteliğiyle ilgili olarak taraflardan yazılı bir beyan ister (m.5). Taraflardan her biri uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olarak önerilerde bulunabilir (m. 12). Taraflar uzlaşmaya vardığı takdirde yazılı bir çözüm anlaşması imzalamakta ve bu anlaşma ile bağlı kalmaktadır (m.13/2). Uzlaşmanın sağlanamaması halinde taraflar arasında bir tahkim şartı veya sözleşmesi mevcutsa tahkime başvurulabilecektir¹⁵⁰.

ii. FIDIC uzlaştırma kuralları

FIDIC sisteminde mühendisin yeri oldukça önemlidir. Kırmızı Kitabın 1987 yılına ait baskısının 67. maddesine göre, inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ister teknik ister hukuki konuda olsun, tahkimden önce “mühendis”e havale edilmekte ve mühendis uzlaştırıcı görevi görmektedir. Mühendisin verdiği uzlaştırma kararına karşı tarafların 70 gün içinde itiraz etmemesi halinde, bu karar taraflar için bağlayıcı nitelik kazanmaktadır. Mühendisin kararından memnun olunmaması veya 84 gün içinde mühendisin karar verememesi halinde tarafların tahkime başvurma imkanı vardır. FIDIC m.67/2’ye göre, tahkime gidileceğine dair bildirim yapıldıktan sonra taraflar 56 gün içinde dostane çözüm yollarına başvurmayı deneyebilirler. Dostane çözüm yolu ile de bir sonuç alınamadığı takdirde uyuşmazlık nihai ve bağlayıcı olarak ICC Tahkim Mahkemesi kurallarına göre çözülür (m. 67/3)¹⁵¹.

1999 yılında yayımlanan yeni düzenleme, bir veya üç üyeden oluşan “Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu” adında bir kurul öngörmektedir¹⁵². Buna göre, uyuşmazlık konusu taleplerin, mühendis veya iş sahibi tarafından kabul edilmemesi halinde uyuşmazlıkları sonuçlandırma kuruluna bildirilmesi gerekmektedir. Mühendisin buradaki rolü, uyuşmazlık ortaya çıkmadan önceki aşamaya aittir. Eski düzenleme (67. Madde) den farklı olarak, mühendisin uyuşmazlığı çözme görevi yoktur. Mühendise sadece talepler için başvuru yapılmaktadır¹⁵³. Uyuşmazlıkları sonuçlandırma kurulu, taraflar arasında

¹⁴⁸ ÖZER, Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları, s. 30

¹⁴⁹ Bkz. www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html

¹⁵⁰ ÖZER, Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları, s.40-41

¹⁵¹ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 386

¹⁵² BAKER E., MELLORS B., CHALMERS S., LAVERS A., “FIDIC CONTRACTS: LAW AND PRACTICE”, 5. Edition, Informa Law From Routledge, Oxon, 2009, s. 507 vd.

¹⁵³ EKŞİ Nuray, FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 2015, Cilt 4, Sayı 1, s. 40

akdedilen sözleşmede veya ihale ekinde belirtilen tarihe kadar taraflarca müştereken atanır. Taraflar, kararlaştırmış oldukları bir tarihte herhangi bir mesele hakkında görüşünü vermesi için kurula başvurabilir. Ancak, taraflardan hiçbiri diğer tarafla anlaşmadan herhangi bir konu hakkında kurula danışamaz (FIDIC m. 20/2)¹⁵⁴.

FIDIC m. 20/4' e göre, "Mühendisin sertifikaları, tespitleri, talimatları, görüşleri ve değerlendirmelerine ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, işlerin yürütülmesine ilişkin, sözleşmeyle bağlantılı veya sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlık doğduğu takdirde, taraflardan her biri, uyuşmazlık hakkında karar vermesi için yazılı olarak uyuşmazlıkları sonuçlandırma kuruluna başvurabilir. Bu başvurunun birer sureti karşı tarafa ve mühendise iletilir. Kurul, başvuruyu aldıktan itibaren 84 gün içinde veya taraflarca belirlenen farklı bir sürede gerekçeli kararını vermelidir. Her iki taraf da kurulun kararından tatmin olduğu takdirde, bu durumu kararın alınmasından itibaren 28 gün içinde karşı tarafa bildirir. Eğer kurul 84 gün içinde veya taraflarca belirlenen bir başka sürede, karar vermemiş ise, taraflardan her biri bu sürenin bitiminden itibaren 28 gün içinde nedenleri ile birlikte tatminsizlik bildirimini karşı tarafa iletmelidir. Aksi halde taraflar tahkim prosedürünü başlatamayacaktır. Eğer kurul belirtilen süre içinde kararını verir ve taraflardan hiçbiri kararı aldığı tarihten itibaren 28 gün içinde tatmin olmadığına ilişkin bildirimde bulunmazsa, karar her iki taraf için de kesin ve bağlayıcı hale gelecektir"¹⁵⁵.

FIDIC m. 20/5'e göre, "Tatminsizlik bildirisinin verildiği durumlarda tahkimden önce taraflardan her biri uyuşmazlığı dostça halledebilmek için girişimlerde bulunabilir. Böyle bir girişimde bulunulmasa bile, tatminsizlik bildiriminin verildiği günden itibaren 56 gün geçtikten sonra ICC tahkim prosedürü başlatılabilir". Uyuşmazlıkların dostça çözümünün mümkün olmadığı durumlarda, uyuşmazlıkları sonuçlandırma kurulunun vermiş olduğu kesin ve bağlayıcı bir karar yok ise, uyuşmazlık nihai olarak uluslararası tahkim ile çözümlenecektir (FIDIC m. 20/6). Tarafların aralarındaki inşaat sözleşmesinden doğabilecek uygulama ve yoruma ilişkin uyuşmazlıkları, kurula götürebilmeleri için öncelikle işveren, müteahhit ve kurul üyeleri arasında üç taraflı bir "uyuşmazlıkları sonuçlandırma anlaşması" imzalanması gerekmektedir¹⁵⁶.

FIDIC Kırmızı Kitabın 1999 tarihli son baskısı ile mühendisin uyuşmazlık çözme rolünün uyuşmazlık sonuçlandırma kurullarına bırakıldığını söyleyebiliriz.

Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri tamamen ihtiyaridir. Tarafsız üçüncü kişi (arabulucu) tarafından verilen kararlar taraflar açısından bağlayıcı değildir. Arabulucu tarafından verilen kararı uygun bulmayan tarafların her zaman mahkeme veya tahkime gitme imkanları vardır. Joint venture sözleşmelerinde genellikle "Uyuşmazlık Değerlendirme Kurulu (Dispute Review Board)" yöntemi kullanılmaktadır¹⁵⁷.

¹⁵⁴ ÖZER, Uyuşmazlıkların Hukuki Çözüm Yolları, s. 140

¹⁵⁵ EKŞİ Nuray, FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar, s. 42 vd.

¹⁵⁶ KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Hukuku, s. 181

¹⁵⁷ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 400 vd.

f- Uyuşmazlık kurulları (Dispute boards-DB)

Uyuşmazlık kurulları, sözleşmelerin ifası sırasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek üzere oluşturulan bağımsız organlardır. Bu kurullar genellikle sözleşme akdedilirken kurulur ve sözleşme devam ettiği sürece varlıklarını sürdürürler. Uyuşmazlık kurulları, orta ve uzun vadeli sözleşmeler için ideal bir uyuşmazlık çözme yöntemidir¹⁵⁸.

Tarafların uyuşmazlık kurullarını oluşturmaktaki başlıca amaçları; bu kurulların, uyuşmazlıklar hakkında tahkim veya ulusal mahkemelerin aksine daha kısa sürede karar verebilmeleri, maliyetlerin daha düşük olması, gerektiğinde uyuşmazlıkları yerinde inceleyebilmeleri ve taraflar arasındaki problemlerin yargılamaya tabi olacak bir uyuşmazlık haline gelmeden müdahale edilerek çözümlenebilmesidir¹⁵⁹.

Uyuşmazlık kurullarının yetkileri tamamen taraflar arasındaki sözleşmelerden kaynaklanmakta ve uyuşmazlık kurulu tarafından verilen kararlar tanıma ve tenfize konu olmamaktadır. Uyuşmazlık kurulunun verdiği kararların bağlayıcı olması isteniyorsa bu durumun taraflar arasındaki sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekmekte, sözleşmede kurul tarafından verilen kararların bağlayıcı olacağına dair bir hüküm olmaması halinde söz konusu kararın icraya konulabilmesi için ulusal ya da uluslararası bir mercii bulunmamaktadır¹⁶⁰.

ICC “Uyuşmazlık Kurulları Kuralları (Dispute Board Rules)”na göre üç tür uyuşmazlık kurulu bulunmaktadır. Bunlar:

i. Uyuşmazlık Değerlendirme Kurulu (Dispute Review Boards-DRB)

Uyuşmazlık Değerlendirme Kurulları (DRB), sözleşme süresince ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları takip etmek ve bu uyuşmazlıklarla ilgili taraflara yardımcı olabilmek için genellikle taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasıyla oluşturulan, tarafsız ve uzman kişilerin görev yaptığı bir kuruldur¹⁶¹.

DRB, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklar üzerine tavsiye niteliğinde kararlar verir (m. 4/1). Taraflar bu kararlara uymayı tercih edebilirler ancak böyle bir zorunlulukları yoktur (m. 4/2). Kurulun vermiş olduğu karara taraflarca yazılı olarak, 30 gün içinde itiraz edilmediği takdirde, karar taraflar için bağlayıcı hale gelir. Bu takdirde taraflar kararı gecikmeksizin yerine getirmelidir (m. 4/3). Taraflardan birinin verilen karara uymaması durumunda diğer taraf uyuşmazlık konusunu tahkime veya mahkemeye taşıyabilir (m. 4/4). Kurulun kararını 90 gün içinde verememiş olması veya tarafların itiraz haklarını süresinde kullanmamaları halinde uyuşmazlık nihai olarak tahkim veya mahkemelerce çözülecektir (m.4/6)¹⁶².

¹⁵⁸ <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/>

¹⁵⁹ DORGAN Carrol, The ICC's New Dispute Board Rules, The International Construction Law Review, Paris, 2005, s. 144 vd.

¹⁶⁰ KOCH Christopher, The New Dispute Board Rules of the ICC, ASA BULLETIN 1/2005 (MARS), s. 61

¹⁶¹ http://www.drb.org/manual_access.htm

¹⁶² http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/#article_4

ii. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (Dispute Adjudication Boards-DAB)

Kurulun vermiş olduğu kararlar taraflar için bağlayıcıdır ve taraflar bu kararlara gecikmeksizin uymak zorundadır (m. 5/2). Taraflardan biri verilen karara uymadığı takdirde, diğer taraf uyuşmazlığı tahkim veya mahkemeye taşıyabilmektedir (m. 5/4). Karardan memnun olmayan taraf, kararı aldığı tarihten itibaren 30 gün içinde, memnuniyetsizliğini içeren yazılı bildirimini karşı tarafa ve kurula iletmelidir (5/5). Taraflardan hiçbiri verilen karara itiraz etmez veya kurul 90 gün içinde kararını vermezse uyuşmazlık nihai olarak tahkim veya tarafların kararlaştırmış olduğu mahkemede çözümlenecektir. Uyuşmazlık tahkim veya mahkeme yargılaması ile kesin olarak sonuçlanana kadar kurul tarafından verilen karar taraflar için bağlayıcı olmaya devam etmektedir (m. 5/6)¹⁶³. FIDIC Kırmızı Kitapta (m. 20/2), inşaat projesinin başından beri oluşturulan daimi DAB öngörülmektedir¹⁶⁴.

iii. Karma uyuşmazlık kurulu (Combined Dispute Boards-CDB)

Karma uyuşmazlık kurulu, uyuşmazlıklar konusunda hem tavsiye niteliğinde hem de gerektiğinde bağlayıcı kararlar verebilmektedir¹⁶⁵. Kural olarak, kurulun kararları tavsiye niteliğindedir. Ancak; durumun aciliyeti, telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasının engellenmesi, sözleşme ile ilgili bir delilin korunması gibi sebeplerle bağlayıcı kararlar vermesi de mümkündür¹⁶⁶.

¹⁶³ http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/#article_5

¹⁶⁴ EKŞİ Nuray, FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar, s. 43

¹⁶⁵ KOCH Christopher, The New Dispute Board Rules of the ICC, ASA BULLETIN 1/2005 (MARS), s. 57

¹⁶⁶ http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/#article_6

İKİNCİ BÖLÜM

KONSORSİYUM VE KONSORSİYUMLARDA ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİ

I. Konsorsiyum Kavramı

Konsorsiyum kelimesi köken itibarıyla Latince'deki "*consortium*" veya "*consortio*" kelimelerinden gelmekte olup birlik, katılım, ortak mülkiyet gibi anlamlara gelen bir kavramdır¹⁶⁷. Kişilerin belirli bir işi veya işler dizisini birlikte gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmeleri ve bunlardan her birinin, diğerlerinden bağımsız olarak, işin sadece bir bölümünün yerine getirilmesini üstlenmesi durumunda "konsorsiyum" söz konusu olur¹⁶⁸.

Başka bir tanıma göre konsorsiyum, farklı milletlerden iki veya daha fazla ticari kuruluşun, belirli ve sınırlı bir işi yapmak amacıyla, geçici olarak bir araya gelmelerini ifade etmektedir¹⁶⁹. Konsorsiyum kendi başına bir kuruluş veya şirket değildir. Konsorsiyum, kendisini oluşturan taraflar arasında kurulan sözleşmesel bir ilişkidir¹⁷⁰.

Konsorsiyum ilişkisi bir sözleşmeye dayanır. Bu sözleşmenin tarafları gerçek veya tüzel kişiler olabilmekte, konsorsiyuma katılanların tacir olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Konsorsiyum sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp, sözleşme yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilmektedir. Yapılan işlerin hacmi göz önünde bulundurulduğunda sözlü yapılan sözleşmelere uygulamada rastlanmadığı görülmektedir¹⁷¹.

Konsorsiyumda ortak gaye iktisadi nitelikte olsa da, amacın, oy konsorsiyumlarında olduğu gibi mutlaka kazanç elde etme ve bunu paylaşmaya yönelik olması şart değildir¹⁷².

Konsorsiyum ve joint venture terimlerinin gerek uygulamada gerekse doktrinde çoğu kez birbirlerinin yerine kullanıldığı, kendilerine özgü bir yasal düzenlemenin mevcut olmaması sebebiyle de bu iki kavram arasındaki çizginin kesin olarak çizilemediği görülmektedir¹⁷³. Konsorsiyumda joint venture'dan farklı olarak mutlaka teşebbüslerin birleşmelerine, müşterek bir organizasyona, tüzel kişilik ortaya çıkaracak bir yapılanmaya ihtiyaç yoktur¹⁷⁴. Yine joint venture'dan farklı olarak, konsorsiyumlarda, konsorsiyumu

¹⁶⁷ ŞAHİN Turan, Konsorsiyum Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011/92, s.452

¹⁶⁸ BARLAS Nami, Adı Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri (bundan sonra Adı Ortaklık olarak geçecektir), 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.243; TEKİNALP/TEKİNALP, Joint Venture, s. 162

¹⁶⁹ HANNON, Use of an International Consortium in a Major International Project, in 1970 PRIVATE INVESTORS ABROAD 103, 105. (Fordham International Law Forum, Volume 3, 1979-80 Number 2, International consortia: Definition, purpose and the consortium agreement, Joseph Russell Milton, s. 121'den alınmıştır.)

¹⁷⁰ MILTON J.R., *International consortia*: Definition, purpose and the consortium agreement (bundan sonra *International Consortia* olarak geçecektir), Fordham International Law Forum, Volume 3, 1979-80 Number 2, s. 122

¹⁷¹ BARLAS, Adı Ortaklık, s. 246

¹⁷² BARLAS, Adı Ortaklık, s. 247; TEKİL Fahman, Adı, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku (bundan sonra Adı, Kollektif ve Komandit Şirketler olarak geçecektir), 5. Baskı, İstanbul, 1996, s. 78

¹⁷³ İki kavramın kullanılış biçimleri bakımından bkz. SRIDHARAN Govindan, Determinants Of Joint Venture Performance In The Construction Industry: Cases From The Mass Rapid Transit Project In Singapore, A Thesis Of Doctor Of Philosophy, University Of London, 1995, s. 20 vd.; CHUNG Hon-tat, Joint Ventures: A Case Study On An International Joint Venture In The Construction Industry In Hong Kong, 1993, s. 3 vd.

¹⁷⁴ KAPLAN İbrahim, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı Joint Venture (bundan sonra Müşterek İş Ortaklığı olarak geçecektir), Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 37

oluşturan ortakların elde edilen karı paylaşma hakkı bulunmamakta, her ortak işin kendi payına isabet eden bölümünün kazanç ve kaybına kendisi katlanmaktadır¹⁷⁵.

Uluslararası konsorsiyumlar, yeni pazarlara girmek, hammadde, teknoloji, sermaye, know-how edinmek, maliyetleri azaltmak, yeni yönetim ve pazarlama teknikleri öğrenmek, ar-ge maliyetlerini azaltmak, yeni ürünler üretmek, rakip firmalarla işbirliği yaparak rekabeti azaltmak, ihracatı artırmak, kaynakları paylaşmak, yabancı sermayeye karşı olumsuz tepkileri azaltmak gibi nedenlerle kurulabilmektedir. Yerli ortağın yerel piyasada halihazırda pazar payına sahip olması yabancı ortağın beklentilerini daha çabuk karşılamakta, maliyetler paylaşıldığı için riskler azalmakta ve kaynakların birleştirilmesi ile tarafların tek başlarına yapması mümkün olmayan işlerin yapılması konsorsiyumlar sayesinde mümkün olmaktadır¹⁷⁶.

Bazı ülkelerde hükümet politikası gereği, yatırımlar için yerli müteahhitler ve tedarikçiler tercih edilmektedir. Konsorsiyum vasıtasıyla bu yerli kuruluşlarla iş birliği yapmak, yabancı yatırımcılara rekabet üstünlüğü tanımaktadır. Özellikle katma değer vergisi veya hasılat vergisi gibi vergi sistemlerinin uygulandığı bazı ülkelerde konsorsiyum oluşturma, birtakım mali veya vergisel avantajları da olabilir¹⁷⁷.

Konsorsiyumlar, barajlar, tüneller, otoyollar, hidroelektrik santraller, köprüler gibi çok büyük yatırımları ve ileri teknolojiyi gerektiren, bir yatırımcının tek başına gerçekleştiremeyeceği işlerde tercih edilmektedir. Bunun gibi durumlarda birden çok inşaat firması bir araya gelerek bu tür yatırımları gerçekleştirir. Örneğin, bir hidroelektrik santrali yapımında birbirinden çok farklı makine, teçhizat, personel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulmakta, baraj alanının yapımı için farklı makine ve ekipman, santral tesislerinin kurulması için farklı bir ekipman ve teknolojik bilgi gerekmektedir. Dolayısıyla bunun gibi projeler her biri kendi alanında uzman olan firmaların oluşturduğu konsorsiyumlar tarafından hayata geçirilmektedir¹⁷⁸. Ülkemizde, Dicle Nehri'nin su ve toprak kaynaklarının artırılması için yapılmış olan ILISU Barajı ve Hidroelektrik Santrali projesini bu tür bir konsorsiyuma örnek olarak verebiliriz.

Özellikle, ülkemiz ekonomisi açısından büyük bir öneme sahip olan, yurt dışı müteahhitlik hizmetleri sektöründe konsorsiyum sıkça başvurulmuş oluşumlardan biridir. Bu tür ortaklıkların kolay kurulup tasfiye edilebilmeleri, sıkı şekil şartlarının bulunmaması gibi nedenlerle iş yaşamının ihtiyaç duyduğu esnekliği vermeleri, daha çok tercih edilmelerine yol açmaktadır¹⁷⁹.

Bir konsorsiyum sözleşmesinin getirebileceği en basit yükümlülükler, işin sözleşmede belirlendiği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan projenin kalitesi ve uygulanmasındaki kusurlar ile taahhüt edilen iş takvimine uyulmaması sonucu projenin tamamlanmasındaki gecikmeden kaynaklanan yükümlülüklerdir. Bu türden zararların sorumlu tarafça giderilmesini öngören maddelerin konsorsiyum sözleşmelerine koyulması

¹⁷⁵ MILTON J.R., *International consortia*, s. 125; KALE, PATIL, HIRAVENNAVAR, KAMANE, *Joint Venture In Construction*, s. 60

¹⁷⁶ OKTAY, *Ortak Girişimler*, s.28

¹⁷⁷ MILTON J.R., *International consortia*, s. 127

¹⁷⁸ DUMAN, *İnşaat Hukuku*, s. 150

¹⁷⁹ KÖKSAL, *Yurtdışı Müteahhitlik Hizmetleri*, s.86

uygun olacaktır¹⁸⁰. Konsorsiyum sözleşmelerinde karşılaşılan bir başka problem ise, konsorsiyumu oluşturan firmaların, daha sonra rakip haline gelmeleridir. Örneğin, Türkiye’de metro yapımı için Alman firmalarının oluşturduğu bir konsorsiyum, metro inşası bittikten sonra feshedilecektir. Bundan sonra söz konusu Alman firmalarının Türkiye’de rakip olarak kalmasını önlemek için yapılacak şey konsorsiyumu bir takım hukuki düzenlemelerle devam ettirmektir. Şöyle ki, tarafların ekonomik menfaatleri uygun düştüğü ölçüde, başlangıçta konsorsiyum sözleşmesi olarak imzalanan sözleşme bir joint venture sözleşmesine dönüştürülebilir¹⁸¹.

Konsorsiyumlar hukuk sistemimizde kanunen düzenlenmemiştir. Sadece 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu¹⁸²,’nun ortak girişimler başlıklı 14. maddesinde¹⁸³ ve 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin¹⁸⁴ iş ortaklıklarını düzenleyen 2.5. no’lu maddesinin 2. alt bendinde iş ortaklığının kurumlar vergisi mükellefi sayılabilmesi için gereken koşullar sayılırken konsorsiyumlardan bahsedilmiştir. Bu hükme göre, her ortağın işin belli bir bölümünün yapımını üstlendiği konsorsiyumlar, iş ortaklığı tanımı dışında kalmaktadır. Bu tür ortaklıklarda her bir ortağın yapacağı işin yüklenim sözleşmesinde açıkça belirtilmesi zorunludur. Ancak, yüklenim sözleşmesinde belirtilmemekle beraber, ortakların kendi aralarında yapacakları sözleşme ile her bir ortağın yükleneceği işin belirlenmesi ve işveren idarece de bu sözleşmenin kabulü halinde, bu tür ortaklıklar da konsorsiyum olarak kabul edilecektir.

II. Konsorsiyum Türleri

1) Emisyon konsorsiyumları

Bir kuruluşun ihraç edeceği hisse senedi ve tahvillerin sadece tedavüle çıkarılması veya hem tedavüle çıkarılması hem de bizzat konsorsiyumca üstlenilerek üçüncü kişilere plase edilmesi amacıyla bankaların bir konsorsiyum sözleşmesi ile bir araya gelmeleridir. “Saf tedavül konsorsiyumları” ve “üstlenme konsorsiyumları” olmak üzere iki türü vardır¹⁸⁵.

¹⁸⁰ MILTON J.R., *International consortia*, s. 134-135

¹⁸¹ WOLF R. Charles, *A Guide To International Joint Ventures With Sample Clauses* (bundan sonra *International Joint Ventures* olarak geçecektir), 2nd Edition, Kluwer Law International, London, 1999, s. 77

¹⁸² Bkz. 22.01.2002 tarihli Resmi Gazete.

¹⁸³ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.14 “Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayrıarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler. İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir. İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir. İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları, konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir”.

¹⁸⁴ Resmi Gazete, 03.04.2007, s.26482

¹⁸⁵ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 251; ŞAHİN Turan, *Konsorsiyum Sözleşmesi*, s. 456

a- Saf tedavül konsorsiyumları

Konsorsiyum üyesi bankalar sadece, üstlendikleri kotaya dahil kıymetli evrakı, onu ihraç eden kuruluş hesabına sermaye piyasasına getirmekte ve elde edilen bedeli ihraç edene aktarmaktadır. Emisyonun ekonomik rizikosu ihraç edendedir¹⁸⁶.

b- Üstlenme konsorsiyumları

Konsorsiyum üyesi bankalar kıymetli evrakı tedavüle çıkarmanın yanı sıra bunları bedeli karşılığında kendi hesaplarına üstlenirler ve çoğu zaman sözleşme ile ihraç edenin istekleri doğrultusunda plase etmeyi, borsada işlem görmesini sağlamayı ve belirli bir kur değerinin oluşumunu da taahhüt ederler. Emisyon konsorsiyumlarında lider, kıymetli evrakı konsorsiyum adına devralır ve bunları kotalarına göre konsorsiyum ortaklarına dağıtır. Ancak ihraç edene karşı devralma beyanı ve bundan kaynaklanan ödeme yükümlülüğü, kendi kotası oranında münferiden her bir ortağa aittir. Bir ortağın ihraç edene karşı ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden ötürü diğer ortakların sorumluluğu söz konusu olmaz. Her bir ortak konsorsiyumdaki payı oranında emisyon üzerinde bireysel mülkiyet hakkına sahiptir ve kendi kotası dahilindeki bu emisyonu kendi adına ve hesabına üçüncü kişilere devreder. Bu sebeple her bir ortak sadece kendi emisyon diliminin ekonomik rizikosuna katlanır. Plasman sonucu elde edilen kazancın ortaklar arasında paylaşılması söz konusu değildir¹⁸⁷.

2) Kredi konsorsiyumları

Kredi konsorsiyumlarında büyük bir kredinin birden fazla banka tarafından birlikte karşılanması söz konusudur. Konsorsiyum liderinin kredinin tamamını kredi kullanıcısına kendisinin verdiği ve geri ödemeyi de sadece kendisinin tahsil ettiği ama gerek tahsis olunan meblağın, gerekse borçlunun yaptığı geri ödemelerin iç ilişkide diğer konsorsiyum ortakları ile paylaşıldığı ve böylece riskin dağıtıldığı durumda “gerçek konsorsiyal kredi” söz konusudur. “Gerçek olmayan konsorsiyal kredi” ise konsorsiyum ortaklarının, konsorsiyum sözleşmesine göre kendi paylarına düşen tutarda krediyi, eş içerikli ama birbirinden bağımsız sözleşmeler ile kredi alana verdiği ve bu paya isabet eden ödemeleri de doğrudan kendilerinin aldığı kredidir. Bu halde liderin görevi kredinin sağlanmasını ve geri dönmesini kotaları nazara alarak denetlemekten ibarettir¹⁸⁸.

3) Oy konsorsiyumları

Oy konsorsiyumu ile iki veya daha çok pay sahibi, ortak bir amaca ulaşmak için oy haklarını sözleşmede belirledikleri veya daha sonradan sözleşmeye göre aralarında saptayacakları yönde, bizzat veya bir temsilci aracılığı ile topluca kullanmayı ya da kullanmamayı taahhüt eder. Belirli bir genel kurul toplantısına veya bir gündem

¹⁸⁶ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 251

¹⁸⁷ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 252

¹⁸⁸ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 253; ŞAHİN, Konsorsiyum Sözleşmesi, s.456

maddesine yönelik olarak ya da genel ve süreklilik arz edecek biçimde yapılabilir. Oy konsorsiyumları da diğer konsorsiyumlar gibi adi şirket niteliğindedir¹⁸⁹.

4) Alacağın tahsili için harekete geçmeme konsorsiyumu

Bu konsorsiyum türü, alacaklılar (genellikle bankalar) tarafından ödeme güçlüğü içindeki borçluya karşı hemen harekete geçmeyip, ona belirli bir süre tanınması amacıyla oluşturulur. Alacaklılar, kredi ilişkisinin belirli bir tarihe kadar açık tutulup, borçlunun belirli taksitler halinde yapacağı ödemeleri kabul etme konusunda anlaşılır¹⁹⁰.

5) İyileştirme konsorsiyumları

Alacaklılar, borçlunun ticaretini sürdürebilmesi, kazanç elde edebilmesi ve böylece ödeme gücüne tekrar kavuşması amacıyla ona belirli bir yardımda bulunma hususunda anlaşılır. Bu yardım borçluya danışmanlık verme, yeni iş imkanları sağlama, kısa vadeli kredinin orta veya uzun vadeli krediye dönüştürülmesi, ek kredi sağlanması ya da asıl alacağın veya faizlerin bir kısmı itibariyle borçlunun ibrası şeklinde olabilir¹⁹¹.

6) Yapı konsorsiyumları

Bu tür konsorsiyumlarda konsorsiyum üyeleri, işverene karşı bir inşaat projesinin yapımını her biri işin belirli bir bölümünden sorumlu olmak üzere üstlenmektedir¹⁹². Yapı konsorsiyumları, iş ortaklığı müessesesi ile yakınlık arz etse de, salt sözleşmeye dayalı joint venture niteliğini taşıyan iş ortaklığından, işin sadece belirli bir bölümünün sorumluluğunun üstlenilmesi bakımından ayrılır¹⁹³.

III. Konsorsiyumlarda Adi Ortaklık İlişkisinin Varlığı

Konsorsiyum, Türk hukuk doktrinde TBK m. 620 anlamında bir adi ortaklık olarak değerlendirilmektedir¹⁹⁴. Ancak, konsorsiyuma katılan ortakların üçüncü şahıslara karşı müteselsil sorumlulukları bulunmamaktadır. Her ortak diğer akide karşı yalnızca işin kendi üstlendiği kısmı için sorumludur. Aksi halde söz konusu ilişkiyi “salt sözleşmeye dayalı joint venture” veya “müteselsil sorumluluğun hüküm sürdüğü bir adi ortaklık modeli” olarak nitelendirmek gerekir¹⁹⁵. Bu bakımdan, birden fazla müteahhidin, iş sahibine karşı, işin tümünün ifasından müteselsilen sorumlu olmak üzere büyük bir yapı işini birlikte üstlenmeleri durumunda kurulan ilişkinin “müteahhitler konsorsiyumu” olarak nitelendirilmesi kavram karışıklığı yaratmaktadır. Bu ilişki gerçekte bir konsorsiyum değil, salt sözleşmeye dayalı türden joint venture niteliği taşımaktadır¹⁹⁶.

¹⁸⁹ KORKUT Ömer, Türk Hukuku Bakımından Joint Venture ve Konsorsiyumun Hukuki Niteliği, s.24 (www.omerkorkut.gen.tr);

MOROĞLU Erdoğan, Oy Sözleşmeleri, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.34

¹⁹⁰ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 255; ŞAHİN, Konsorsiyum Sözleşmesi, s.457

¹⁹¹ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 255-256

¹⁹² ALTAY Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), (bundan sonra Equity Joint Ventures olarak geçecektir), İstanbul, 2009, s. 251

¹⁹³ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 256

¹⁹⁴ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 37; ŞAHİN, Konsorsiyum Sözleşmesi, s. 457; TEKİNALP/TEKİNALP, Joint Venture, s.163

¹⁹⁵ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 249

¹⁹⁶ Tandoğan, müteahhitler konsorsiyumu ve joint venture terimlerinin aynı kavramları ifade ettiğini vurgulamıştır. (Haluk TANDOĞAN, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture), BATIDER, 1986, sayı 3-4, s.83-84)

Konsorsiyumlarda ortakların elbirliği ile mülkiyetine tabi bir malvarlığının bulunmaması ve ortakların müteselsil sorumluluklarının sözleşme ile bertaraf edilmiş olması adi ortaklıktan sapmalar göstermekte ise de; bu özellikler, kanunun emredici olmayan yedek hukuk kuralı niteliğindeki hükümlerinde yer aldığından, konsorsiyumun adi ortaklık niteliğini haiz olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu durum adi ortaklığın esnek karakteri ve adi ortaklığa ilişkin kanun hükümlerinin sözleşme özgürlüğü ilkesine geniş uygulama alanı tanıyan yedek hukuk kuralları niteliğini taşıması sayesinde mümkün olmaktadır¹⁹⁷.

IV. Adi Ortaklık Hükümlerinin Konsorsiyumlarda Uygulanabilirliği

Konsorsiyumun hukuken adi ortaklık niteliği taşıması sebebiyle adi ortaklığa ilişkin düzenlemeler konsorsiyum için de doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Adi ortaklık hükümlerinin karakteristik vasfı, sözleşme özgürlüğü ilkesine geniş bir hareket alanı tanımasıdır. TBK'nun adi ortaklığa ilişkin hükümleri, genel olarak yorumlayıcı ve tamamlayıcı rol oynayan yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğundan, konsorsiyum sözleşmesinin hükümleri, TBK. m. 620 vd. hükümlerine nazaran öncelikle uygulanır. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümleri tamamlayıcı olarak devreye girer¹⁹⁸.

Konsorsiyumlarda ortak kazanç elde etme ve paylaşma gayesi söz konusu olmadığından ve her ortak işin kendi payına isabet eden bölümünün kazanç ve kaybına kendisi katlanmak durumunda kalacağından TBK m. 622 ve m. 623'ün uygulama alanı bulması pek mümkün olmayacaktır. Çünkü TBK m. 622'de ortakların, ortaklığa ait olan bütün kazançları paylaşmakla yükümlü olduğundan; m. 623'te ise, aksi kararlaştırılmadıkça her ortağın kazanç ve zarardaki payının, katılım payının değeri ve niteliğine bakılmaksızın eşit olacağından bahsedilmektedir. Yönetim hakkının da sözleşme ile konsorsiyum liderine bırakılması gerekeceğinden TBK m. 625¹⁹⁹ kısmen uygulanabilecektir. Yönetim yetkisinin yönetici ortaktan alınmasına ilişkin TBK m. 629 konsorsiyumlarda uygulanamaz. Zira konsorsiyum yapılanmasında liderin yeri oldukça önemlidir ve onun varlığı diğer ortaklar bakımından konsorsiyuma katılma noktasında özel önem taşır. Yönetim yetkisinin yargı kararı ile liderden alınması, yönetim konusunda ortakların yeni bir karar alıp, yeni bir lider yaratmalarını veya her birinin yönetime yetkili olduğu genel rejimin devreye girmesini gerektirir ki, her iki hal de konsorsiyumun mahiyeti ile bağdaşmaz. Eğer konsorsiyum lideri kendisine düşen görevi gereği gibi yerine getirmiyorsa diğer ortaklar TBK m. 639/7 uyarınca konsorsiyum ilişkisini haklı nedenle fesih suretiyle sona erdirebilirler. Konsorsiyumlarda kural olarak ortaklık malvarlığının bulunmaması sebebiyle TBK m. 638/1²⁰⁰ ve tasfiyeye ilişkin TBK m. 642²⁰¹

¹⁹⁷ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 257-258

¹⁹⁸ ÖZDEMİR Erkan/ARAPGİRLİ Murat, Kamu İhale Hukukunda Ortak Girişim (bundan sonra Kamu İhale Hukuku olarak geçecektir), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 7-8

¹⁹⁹ 6098 sayılı TBK m. 625, 'Yönetim, sözleşme veya kararlar yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir. Ortaklık, ortakların tümü veya birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir; ancak ortaklığı yönetmeye yetkili olan her ortak, tamamlanmasından önce işleme itiraz etmek suretiyle, bu işlemin yapılmasını engelleyebilir. Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gerekmektedir. Ancak gecikmesinde sakınca olan hallerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir.'

²⁰⁰ 6098 sayılı TBK m. 638/1 'Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği halinde bütün ortaklara ait olur.'

düzenlemeleri uygulama alanı bulamayacaktır. Aynı şekilde konsorsiyum üyelerinin müteselsil sorumlulukları bulunmadığından TBK m. 638/3²⁰² kuralının da konsorsiyum açısından bir değeri yoktur²⁰³.

Buna karşılık şirket kararları hakkındaki TBK m. 624, sadakat ve özen yükümlülüklerine ilişkin TBK m. 626 ve m. 628, hesap vermeye ilişkin TBK m. 630/3, denetim hakkına ilişkin TBK m. 631 ve sona erme hallerine ilişkin TBK m. 639 hükümleri konsorsiyumlar için de uygulanabilir niteliktedir²⁰⁴.

V. Konsorsiyumun Vergi Mevzuatı Bakımından Değerlendirilmesi

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK)²⁰⁵, nun 1. maddesine göre, sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadî kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmeler ve iş ortaklıkları kurumlar vergisine tabi tutulmuştur.

Aynı kanunun 2. maddesinde ise iş ortaklıkları; sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadî kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmelerin kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklar olarak tanımlanmıştır. İş ortaklığı şeklindeki ortaklıkların kurumlar vergisi mükellefi olmaları ise ortakların iradesine bırakılmıştır.

5520 sayılı KVK'nun uygulanmasına yönelik çıkarılan 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği²⁰⁶,nin 2.5.2. maddesinde, iş ortaklıklarının kurumlar vergisi mükellefi sayılabilmesi için taşıması gereken unsurlar sayılmıştır. Bunlar:

- Ortaklardan en az birisinin kurumlar vergisi mükellefi olması,
- Ortaklığın belli bir işi sonuçlandırmak üzere yazılı bir sözleşmeyle kurulması,
- İş ortaklığı konusunun belli bir iş olması,
- Birlikte yapılacak olan işin belli bir süre içinde gerçekleştirilmesinin öngörülmesi,
- İş ortaklığı ile işveren arasında bir yüklenim sözleşmesinin olması,
- Tarafların, müştereken yüklenilen işin belli bir veya birden fazla bölümünden değil, tamamından işverene karşı sorumlu olmaları,

²⁰¹ 6098 sayılı TBK m. 642 ' Katılım payı olarak bir şeyin mülkiyetini koyan ortak, ortaklığın sona ermesi üzerine yapılacak tasfiye sonucunda, o şeyi olduğu gibi geri alamaz; ancak koyduğu katılım payına ne değer biçilmişse, o değeri isteyebilir. Bu değer belirlenmemişse, geri alma, o şeyin katılım payı olarak konduğu zamanki değeri üzerinden yapılır.'

²⁰² 6098 sayılı TBK m. 638/3 'Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.'

²⁰³ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 259-260

²⁰⁴ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 260; DAYINLARLI, Joint Venture, s. 321

²⁰⁵ Bkz. 21.06.2006 tarihli Resmi Gazete.

²⁰⁶ Bkz. 03.04.2007 tarihli Resmi Gazete.

- İşin bitiminde kazancın paylaşılması,
- Birlikte yapılması öngörülen ve müştereken yüklenilen işin bitimi ve Vergi Usul Kanununda belirtilen mükellefiyetle ilgili ödevlerin tamamının yerine getirilmesiyle mükellefiyetin sona ermesidir.

Yukarıda sayılan unsurların bulunmadığı ortaklıklar kurumlar vergisi mevzuatı anlamında iş ortaklığı olarak kabul edilmeyecektir. İş ortaklığı kapsamına girmeyen bir adi şirketin ise kurumlar vergisi mükellefi olması mümkün değildir. Tebliğde sayılan bu hususlar, konsorsiyumların temel özellikleri ile bağdaşmadığından, konsorsiyumlar da bir adi şirket olarak değerlendirilecek ve her ortağın elde ettiği kazanç onun bir kurum veya gerçek kişi olmasına göre kurumlar ya da gelir vergisine tabi olacaktır²⁰⁷.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu²⁰⁸ uyarınca adi ortaklıklar, ortaklardan ayrı bir tüzel kişi olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle ortakların her biri gelir vergisi bakımından ayrı ayrı mükellef olarak kabul edilmiştir.

Konsorsiyumlar, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu²⁰⁹ bakımından da katma değer vergisi (KDV) mükellefidir. 24.02.1987 tarihli resmi gazetede yayımlanan 25 Seri No'lu KDV Genel Tebliği'nde KDV uygulamasında adi ortaklıkların bağımsız işletme birimleri olarak ayrı vergi mükellefiyetine sahip olacakları belirtilmiştir. Buna göre, adi ortaklıklarca defter tutma, belge düzenleme, muhafaza ve ibraz gibi vergi ödevleri ile beyanname verme ve vergi ödeme gibi mükellefiyetlerin ortaklardan ayrı olarak yerine getirilmesi, ortaklığın KDV ile ilgili hesaplarının, ortakların varsa şahsi işletmelerindeki işlemlerden ayrı olarak yapılması gerekir²¹⁰.

VI. Konsorsiyumun İdare ve Temsili

Konsorsiyumun işlerini sevk ve idare yetkisi, sözleşme ya da daha sonradan alınan bir karar ile konsorsiyum ilişkisine katılan ortaklardan birine bırakılır. Bu ortağa "konsorsiyum lideri" denir²¹¹. Diğer ortakların yönetime doğrudan katılma ve müdahale etme hakkı yoktur. Dolayısıyla konsorsiyum ortakları, konsorsiyum sözleşmesinde gösterilen sınırlar dahilinde, sevk ve idare yetkisine sahip olan konsorsiyum liderinin talimatlarına uyarak işin veya işler dizisinin gerçekleştirilmesi için çaba göstermekle yükümlüdürler²¹². Ancak, yönetim yetkisinin sözleşme ile aynı anda birden fazla ortağa bırakılması da mümkündür²¹³. Konsorsiyum liderinin temel görevi, konsorsiyum üyeleri arasındaki koordinasyonu sağlamak ve üyeler ile işverenler arasında aracı olarak görev yapmaktır²¹⁴. Konsorsiyumu temsil yetkisi de konsorsiyum liderine aittir. Eğer konsorsiyum bir dış ortaklık şeklinde yapılmışsa lider, konsorsiyumun diğer üyeleri adına ve hesabına hareket eder. Böylelikle konsorsiyumun varlığı ve işlemin konsorsiyum

²⁰⁷ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s. 39

²⁰⁸ Bkz. 06.01.1961 tarihli resmi Gazete.

²⁰⁹ Bkz. 02.11.1984 tarihli Resmi Gazete.

²¹⁰ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s. 40

²¹¹ KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Hukuku, s. 192

²¹² TİLE Latif, Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri, Yüksek Lisans Tezi, Nisan, 2013, s. 37; BOYACIOĞLU Cumhur, Konzern Kavramı (bundan sonra Konzern olarak geçecektir), Ankara, 2006, s. 195.

²¹³ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 248

²¹⁴ MILTON J.R., *International consortia*, s. 130

ile yapıldığı üçüncü kişiler tarafından bilinir. Ancak, konsorsiyum sadece iç ortaklık şeklinde karşımıza çıkıyorsa, o zaman lider dışa karşı işlemi kendi adına, fakat iç ilişkide konsorsiyum hesabına gerçekleştirir. Bu halde işlemin tüm sonuçları ilk olarak liderin üzerinde doğar²¹⁵.

VII. Konsorsiyum Sözleşmelerinde Bulunması Önerilen Hususlar

Yukarıda anlatılan hususlar ışığında bir konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken asgari unsurları şu şekilde sıralayabiliriz:

1) Taraflar

Tarafların isim ve adresleri, tüzel kişilik olmaları halinde ticaret unvanları, şirket merkezinin bulunduğu yer gibi bilgiler belirtilmelidir.

2) Sözleşmenin amacı ve konusu

Konsorsiyumun hangi amaçla kurulduğu, bu amacı gerçekleştirmek üzere konsorsiyumun yapacağı işin tanımı, konsorsiyumu oluşturan üyelerin üstlendiği kısımlar ve gösterecekleri faaliyetler belirtilmelidir.

3) Sözleşmenin süresi

Konsorsiyumlar genellikle belirli bir işi gerçekleştirmek üzere kurulduğundan meydana getirilecek projenin süresi sözleşmede belirtilmelidir.

4) Yönetim

Konsorsiyumun ne şekilde yönetileceği sözleşme ile belirlenmelidir. Yönetimin bir konsorsiyum lideri seçilerek lider vasıtasıyla mı; yoksa birden fazla ortak tarafından mı yerine getirileceği, konsorsiyumun olağanüstü işleri ve günlük işleri ile ilgili karar alma mekanizmaları, temsil yetkisi, konsorsiyum liderinin yapmış olduğu işler hakkında diğer ortakların bilgi alma ve denetim hakları ile ilgili hususlar sözleşmede açıkça düzenlenmelidir.

5) Yükümlülükler

Konsorsiyum üyelerinin konsorsiyuma vermiş oldukları zararlardan dolayı ne şekilde sorumlu olacakları sözleşmede belirtilmelidir. Konsorsiyumda her bir üye işin sadece kendi üstlendiği kısmından sorumlu olsa dahi, herhangi bir üyenin işi yapmakta gecikmesinden veya işi sözleşmede belirtilen niteliklere uygun yapmamasından ötürü diğer üyeleri zarara uğratması durumunda üyelerin birbirlerine karşı olan sorumluluklarının sözleşmede düzenlenmesinde fayda vardır.

6) Hakların devri

Konsorsiyum sözleşmesinde ortakların sözleşme ile yükümlülük altına girdikleri borç şahsi niteliklidir. Ortakların teknik ve mali durumları diğer üyeler tarafından dikkate

²¹⁵ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 248

alınarak böyle bir işe kalkışılmıştır. Ortakların birbirlerine karşı güvenleri gerek sözleşmenin imzalanması gerekse sözleşmenin icrası aşamasında çok önemlidir. Dolayısıyla ortaklardan herhangi birinin hak ve yükümlülüklerini üçüncü kişilere devretmesi mümkün değildir. Ortakların rızası olmaksızın yapılan böyle bir devir geçersiz olacaktır²¹⁶. Bu sebeple ortakların devir işlemlerine ilişkin hükümlerin sözleşmede yer alması önemlidir.

7) Sözleşmeye uygulanacak hukuk ve uyuşmazlıkların çözümü

Konsorsiyum sözleşmelerinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklarla ilgili hangi yargılama yöntemine başvurulacağı, hangi hukukun uygulanacağı sözleşmede kararlaştırılmalıdır. Tahkim yolunun seçilmesi halinde bu hususun sözleşmede açıkça belirtilmiş olması gerekir.

8) Konsorsiyumdan ayrılma ve sona erme halleri

Konsorsiyum, normal şartlarda üstlenilen projenin tamamlanması ile sona erecektir. Diğer sona erme halleri Türk hukuku bakımından TBK m. 639'da sayılmıştır. Buna göre, konsorsiyum üyeleri sözleşmenin hangi hallerde sona ereceğini, bir üyenin ayrılması, iflas etmesi, ölmesi gibi hallerde sözleşmeye diğer üyeler ile devam edilip edilmeyeceğini serbestçe kararlaştırabilirler.

VIII. Konsorsiyumun Sona Ermesi

Konsorsiyumun Türk hukuku bakımından adi ortaklık olarak nitelendirilmesinin bir sonucu olarak adi ortaklığa ilişkin sona erme halleri konsorsiyumlar için de geçerli olacaktır.

1) Amacın gerçekleşmesi veya imkansız hale gelmesi nedeniyle sona erme

Normal şartlar altında konsorsiyum sözleşmesi ile iş sahibine karşı üstlenilen işin ifa edilmesi konsorsiyum sözleşmesini sona erdirecektir. Ancak TBK m. 639/1'e göre, ifanın imkansız hale gelmesi durumunda da sözleşme sona erebilir²¹⁷. Örneğin, baraj yapımı için oluşturulmuş bir konsorsiyumda baraj inşasına başladıktan sonra arazinin baraj yapımına müsait olmadığı anlaşılırsa fiili imkansızlık nedeniyle konsorsiyum son bulacaktır²¹⁸.

2) Haklı sebeplerin bulunması halinde sona erme

TBK m. 639/7'ye göre, konsorsiyum, haklı sebeplerin bulunması halinde, başka bir koşul aranmaksızın, taraflardan birinin fesih istemi üzerine, mahkeme kararıyla sona erdirilebilir. Konsorsiyum sözleşmesinin imzalanmasındaki amaç belli bir işin yapılmasıdır. Bu sözleşmenin yerine getirilmesinin, konsorsiyum liderinin görevini gereği gibi yerine getirmemesi gibi nedenlerle mümkün olmaması veya çok zorlaşması halinde konsorsiyum sözleşmesinin üyelerce sona erdirilebileceği kabul edilebilir²¹⁹.

²¹⁶ ŞAHİN, Konsorsiyum Sözleşmesi, s.465

²¹⁷ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 260

²¹⁸ DAYINLARLI, Joint Venture, s.342

²¹⁹ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 260

3) İş sahibinin konsorsiyum üyelerinin zararlarını tazmin etmesiyle sözleşmeyi sona erdirmesi

Konsorsiyumun amacı bir eser meydana getirmek olduğu takdirde, TBK m. 484'e göre, iş sahibi işin bitiminden önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve konsorsiyum üyelerinin tüm zararlarını karşılamak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilir²²⁰.

4) Konsorsiyum ortaklarının oybirliği ile sözleşmeyi sona erdirmesi

TBK m. 639/4'e göre, ortakların oybirliği ile karar alması halinde sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür.

5) Konsorsiyum ortaklarından birinin ölmesi veya iflas etmesi halinde sona erme

TBK m. 639/2-3²²¹ hükümleri konsorsiyumda şu şekilde uygulanmaktadır: Konsorsiyum sözleşmesinde taraflardan birinin ölümü halinde iş sahibinin de onayı alınarak başka bir kişi ya da şirketin konsorsiyuma dahili mümkündür. Ancak, inşaat sektöründe ölen ya da iflas eden firmanın lider firma olması halinde inşaat sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği; fakat diğer üyelerin teklifte bulunması halinde inşaat sözleşmesinin devam edeceği ifade edilmektedir. Konsorsiyum üyesi firmalardan birinin iflas etmesi veya acze düşmesi halinde de diğer ortaklar sözleşmeye başka bir ortak olarak ya da aynı ortak ile devam etme kararı alabilirler²²².

²²⁰ ŞAHİN, Konsorsiyum Sözleşmeleri, s. 480-481

²²¹ TBK m.639/2: Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa ortaklardan birinin ölmesiyle adi şirket sona erer.

TBK m.639/3: Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi sonucu adi şirket sona erer.

²²² ŞAHİN, Konsorsiyum Sözleşmeleri, s. 479

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

JOINT VENTURE VE JOINT VENTURLARDA ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİ

I. Joint Venture'ın Tanımı ve Unsurları

1) Genel olarak

Belirli bir işin yapılması veya bir şirket kurarak sektörel bir ticari faaliyette bulunulması, işin teknik özelliği yahut hacmi sebebiyle tek bir kişinin veya kuruluşun finansal yapısını, teknolojik imkanlarını, bilgi ve becerisini aşabilir. Böyle durumlarda işin veya ticari faaliyetin işbirliği çerçevesinde gerçekleştirilmesi gereklidir. Örneğin, yurt dışında gerçekleştirilecek büyük bir liman inşası işini, her biri tek başına kaldıramayacak olan üç inşaat firması, ihaleyi açan kuruluşa karşı, her biri işin tamamından sorumlu olmak üzere birlikte üstlenmek isteyebilirler. Bu bağlamda başvurulacak işbirliği modellerinin başında “joint venture” gelmektedir. Kökenini Amerikan Hukuku'ndan alan bu kavram kelime anlamı itibariyle riski birlikte üstlenmek demektir²²³.

Son yıllarda inşaat sektöründe faaliyet gösteren joint venture'lar üzerinde yapılan çalışmalar, bu tür joint venture'ları oluşturmaktaki amaçların, yeni pazarlara giriş, teknoloji transferi, risk paylaşımı, ev sahibi ülkenin yasal düzenlemelerine uyum sağlayabilme gibi unsurlar olduğunu göstermiştir²²⁴. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde yabancı yatırımcının ülkeye girişinde yerli ortak ile joint venture kurması büyük ölçüde tercih edilmekte, hatta gelişmekte olan birçok ülkede yabancı yatırımcıya ancak bu şekilde yatırım izni verildiği görülmektedir²²⁵. Örneğin, Rusya'da yabancı yatırımcılara doğrudan yatırım yapma izni %100 verilmediğinden, joint venture yabancı yatırımcılar için en uygun yöntemlerden biridir²²⁶.

Joint venture'ın işlevini yerine getirmesi bakımından bir takım hususların belli bir plan dahilinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bunlar, joint venture'ın oluşturulması, ortakların seçimi, projenin genel koordinasyonu ve yönetiminin belirlenmesi, sınai ekipmanın ön etütlerinin yapılması, tesisin kurulacağı yerin temini, mimar veya genel müteahhidin ön etüdünü gerçekleştirmesi, inşaat işlerine ilişkin ihalenin yapılması, bina, yol, park yeri ve çitlerin yapılması, sınai ekipmanların nihai etüdünün yapılması ve tesise yerleşimi, ekipmanın ambalajı, sigortası, nakliyesi, gümrükten çekilmesi işlemleri, personelin eğitimi, ekipmanların tesise montajı, ekipman işletme testlerinin yapılması, imalata başlama, lisans veren tarafından muhtemel teknik yardım yapılması gibi işlemlerdir²²⁷.

Özellikle uluslararası joint venture'larda, gelişmekte olan ülkelerdeki yerli ortak seçiminin doğru yapılması, joint venture'ın o ülkeye uyum sağlayabilmesini

²²³ BARLAS, Adi Ortaklık, s.261

²²⁴ MOHAMED, International Construction Joint Ventures, 2003, s.619

²²⁵ KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Hukuku, s. 199

²²⁶ ULAŞ Dilber, Uluslararası Pazarlara Giriş Stratejisi Olarak Ortak Girişimler ve Türkiye'de Uygulamaları (bundan sonra Ortak Girişimler ve Türkiye'de Uygulanmaları olarak geçecektir), Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.127

²²⁷ DAYINLARLI, Joint Venture, s.9-10

kolaylaştırarak belirsizliği azaltmakta ve joint venture'in başarılı olmasını sağlamaktadır. Kredi verilebilir, finansal gücü yüksek, ev sahibi ülke ile kuvvetli bağlantıları bulunan ortakların seçilmesi karşılaşılabilecek risklerin en aza indirilmesi bakımından önemli tedbirler olarak sayılabilir. Taraflar arasında karşılıklı güven ve bilgi paylaşımı gibi hususlar da joint venture'in iyi bir şekilde işlemesi için gereken vazgeçilmez unsurlar arasındadır²²⁸.

Joint venture'in başarılı olabilmesi bakımından, joint venture sözleşmesinin hemen kabul edilmeyerek iyice değerlendirilmesi, ortak olunacak kişi ya da kuruluşun daha iyi tanınabilmesi için joint venture kurulmadan önce beraber küçük projeler yapılması, joint venture'in amacının sınırlı tutulması ve iyi tanımlanması, sürenin kısıtlanarak joint venture'in gelişiminin sık sık değerlendirilmesi, uluslararası ortaklıklarda benzer kültürlerden ve birbirine yakın finansal kaynağa sahip ortakların seçilmesi gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır²²⁹.

2) Joint venture'in tanımı

Joint venture, yapısal bakımdan iki türde, "sözleşmeye dayalı joint venture" ve "sermayeye katılmalı joint venture" olmak üzere karşımıza çıkmaktadır. Bunlara, joint venture'in faaliyette bulunacağı sektöre göre, farklı sözleşme içerikleriyle şekillendirilmesi olgusu da eklenince durum iyice karmaşık bir hal almaktadır²³⁰.

Joint venture'in bütün türlerini ve sektörel modellerini kapsayacak biçimde bir tanım yapmak mümkün olmayıp, joint venture'ların tümü için ortak özellikleri ortaya koyan bir çerçeve çizmek daha doğru olacaktır. Buna göre, joint venture, "hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız, birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve faaliyetin rizikolarını her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri" anlamını taşır²³¹.

Joint venture için doktrinde yapılmış birçok tanımdan bazıları su şekildedir:

Doktrinde yapılan tanımlardan birine göre, joint venture, "*birbirinden bağımsız iki veya daha fazla işletmenin varlıklarını birleştirmek suretiyle bir ortaklık oluşturdukları ve bu ortaklık üzerinde ortak kontrol yetkisine sahip oldukları bir modeldir*"²³².

Başka bir tanıma göre joint venture, "*birden fazla işletmenin genellikle belli bir iş için birbirlerini tamamlayıcı aktivite ve edimlerle yükümlü ve işin sonucundan*

²²⁸ MOHAMED, International Construction Joint Ventures, 2003, s. 621

²²⁹ KALE, PATIL, HIRAVENNAVAR, KAMANE, Joint venture in construction, s.63

²³⁰ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 262

²³¹ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 262. 'Benzer tanımlar için bkz. DAYINLARLI, Joint Venture, s.58; KAPLAN, Müsterek İş Ortaklığı, s.24; GERINGER, Partner Selection Criteria, s.41-62; NORWOOD and MANSFIELD, Joint Venture Issues Concerning European And Asian Construction Markets of the 1990's, International Journal of Project Management, Vol. 17, No.2, s.89-93

²³² KOGUT Bruce, SINGH Harbir, "The Effect Of National Culture On The Choice Of Entry Mode, Journal of International Business Studies", No:19, 1988, s. 412.

müteselsil olarak sorumlu bulunmak üzere kar gayesi ile gerçekleştirdikleri ortak girişimdir"²³³.

Diğer bir tanım ise, joint venture'in "İki veya daha çok sayıda gerçek veya tüzel kişinin, uygulamada büyük iş yapma gücüne sahip iki firmanın, genelde biri teknoloji ve sermaye taşıyan yabancı, diğeri emlak ve işletmenin veya inşaatın bulunduğu yerdeki şartları bilen ve emek gücünü sağlayan yerel firmanın aralarında bir birlik meydana getirerek ortak amaca ulaşmak ve elde edilecek karı paylaşmak üzere kurmuş oldukları şirket" olduğunu ifade etmektedir²³⁴.

Yapılan bu tanımlar doğrultusunda inşaat sektöründe faaliyet gösteren bir joint venture'in tanımı ise şöyle yapılabilir: "İnşaat sektöründe faaliyet gösteren iki veya daha fazla müteahhidin veya müteahhitlik firmasının ya da gerçek veya tüzel kişiliğe haiz kurum, kuruluş veya şirketlerin, müşterek bir inşaat işini gerçekleştirmek ve kar elde etmek amacıyla sözleşmeye dayanarak kurdukları, tüzel kişiliği bulunan ya da bulunmayan bir ortaklıktır"²³⁵.

Anglo-amerikan hukuku çerçevesinde joint venture'i ifade etmek için "joint business venture", "joint adventure", "joint undertaking", "joint enterprise", "coadventure", "joint speculation" gibi terimler de kullanılmaktadır. Dilimize "müşterek teşebbüs" veya "ortak girişim" olarak çevirebileceğimiz bu terim genel olarak joint venture'in bütün türlerini kapsamamakta, onun sadece en yaygın modeli olan "sermayeye katılmalı joint venture"i ifade etmektedir²³⁶.

3) Joint venture'in unsurları

a- Sözleşme unsuru

Joint venture'in kuruluşu ve türü ne olursa olsun bir sözleşmeye dayanmaktadır. Taraflar bu sözleşme ile mallarını ve emeklerini ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya getirmektedir. Tarafların karşılıklı iradeleri ortak bir gayeye yönelmektedir. Örneğin, büyük bir oteller zinciri bünyesinde yer alan yirmi otelin inşaatını üstlenen bir sözleşmesel ortak girişimde taraflardan birinin otellerin mimari projelendirilmesini, diğerinin kaba inşaat işlerini, bir diğerinin ise ince inşaat ve dekorasyon işlerini üstlenmeleri halinde söz konusu edimler taraflar arasında değiş tokuş edilmemekte, hiç bir tarafın taahhüdü diğer tarafın taahhüdünün karşılığını teşkil etmemektedir. Burada tarafların ortak bir amaç etrafında bir araya gelmesi söz konusudur²³⁷.

b- Taraf unsuru

Joint venture sözleşmesi Türk hukukuna göre bir adi ortaklık sayılmaktadır. TBK m.620'ye göre, adi ortaklığın oluşumu için en az iki kişinin varlığı gerekmektedir. Söz

²³³ TEKİL, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku, s. 78.

²³⁴ AKYOL Şener, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), II. Fasikül: Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 1997, s. 75.

²³⁵ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s.25

²³⁶ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 265-266

²³⁷ ALTAY, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, Doktora Tezi, 2007, s. 39

konusu maddede herhangi bir sınırlama yapılmadığı için, gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de bir adi şirket ve dolayısıyla joint venture oluşturabilirler²³⁸.

c- Müşterek amaç unsuru

Joint venture'in kurulmasındaki amaç, belirli bir işin ortaklar tarafından beraberce üstlenilmesi ve sonunda elde edilen karın paylaşılmasıdır. Joint venture sözleşmesinin taraflarının menfaatleri, her iki tarafa hak veren ve borç yükleyen sözleşmelerdeki gibi karşılıklı değil, aynı doğrultudadır²³⁹. Karın paylaşılması unsuru joint venture'ı dernek ve sendika gibi kişi birliklerinden ayırmaktadır. Joint venture'da ortakların varlıkları ve kişisel çabaları, kar elde etmek ve bunu paylaşmak için değil de, kişisel kullanım için bir malvarlığı oluşturmaya özgülenmişse ortada bir joint venture ilişkisi yoktur. Bu bakımdan kar elde etme amacı joint venture'ın vazgeçilmez bir unsurudur²⁴⁰. Joint venture sözleşmesinde belirtilmediği takdirde ortaklar, TBK'nun adi şirkete ilişkin 623. maddesi uyarınca kar ve zarara eşit oranda katılacaktır.

d- Müşterek amaç uğruna birlikte hareket etme (*affectio societatis*) unsuru

Joint venture'larda müşterek bir amaç etrafında toplanmış tarafların, bu amacı gerçekleştirmeye yönelik faaliyetlere katılmaları, diğer ortaklarla işbirliği içerisinde olmayı üstlenmiş olmaları, özen ve gayret göstermeleri gerekir. "*Affectio societatis*", ortak amacın gerçekleşmesi uğruna, ortakların güçleri oranında, belli bir çaba göstermesi, çalışmalarını ortaya koymasısıdır²⁴¹. Ortaklardan bazılarının yapılması gereken fiili işlemlere katılmadan, sadece finansman desteğinde bulunmaları da mümkündür. Dolayısıyla "*affectio societatis*" unsurunun kapsamına aktif işbirliğinin yanı sıra pasif işbirliğini de eklemek gerekir²⁴².

e- Müşterek yönetim unsuru

Joint venture kural olarak ortaklar tarafından birlikte yönetilmektedir. Ancak, ortaklar şirket sözleşmesi ile veya daha sonradan alacakları kararlar ile şirket yönetimini aralarından bir veya birkaçına bırakabilecekleri gibi ortak olmayan bir kişiye de bırakabilirler²⁴³. Genellikle olağan işler için ortaklardan biri "pilot firma" seçilir ve joint venture'ın yönetimi bu ortağa bırakılır²⁴⁴. Joint venture'da yönetici ortaklar ile yönetici olmayan ortaklar arasındaki ilişki, joint venture'ın tüzel kişiliği olmaması sebebiyle vekalet hükümlerine tabi olmaktadır²⁴⁵.

²³⁸ ŞENER Oruç Hami, Adi Ortaklık, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 4-5

²³⁹ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s.17

²⁴⁰ TİLE Latif, Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri, Yüksek Lisans Tezi, Nisan, 2013, s.8

²⁴¹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku Dersleri (bundan sonra Şirketler Hukuku olarak geçecektir), Dora Basım Yayın, Bursa, 2013, s. 23; ayrıca bkz. KARAYALÇIN Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, Şirketler Hukuku, Giriş-Şahıs Şirketleri", Ankara, 1965, s. 49.

²⁴² ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s.18

²⁴³ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 329

²⁴⁴ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 289; ayrıca bkz. KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 63 vd.

²⁴⁵ POROY Reha, ÇAMOĞLU Ersin, TEKİNALP Ünal, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, 9. Baskı, İstanbul, 2003, s. 72; ÖZTÜRK Pınar, Ortak Girişim ve Uygulanacak Hukuk (bundan sonra Ortak Girişim ve uygulanacak Hukuk olarak geçecektir), Beta Yayınları, 1. Basım, İstanbul, 2001, s.43

II. Joint Venture Sözleşmesinin Benzeri Sözleşmeler ile Karşılaştırılması

1) Joint venture'in konsorsiyum ile karşılaştırılması

Konsorsiyumun tanımı ve özellikleri önceki bölümde ayrıntılı olarak anlatılmıştır. Buna göre, joint venture ile konsorsiyum arasındaki farkları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Joint venture'da ortak amaca ulaşmak için genellikle bir organizasyona ihtiyaç duyulmakta iken, konsorsiyumlarda böyle bir organizasyona gerek yoktur²⁴⁶.
- Konsorsiyum, joint venture'dan farklı olarak, genel bir ticari işletme faaliyeti için değil, münferit ticari işlemlerin gerçekleştirilmesi için oluşturulur²⁴⁷.
- Joint venture'dan farklı olarak konsorsiyumda, konsorsiyuma katılanlar, işin sadece belirli bir bölümünden sorumlu olurlar²⁴⁸.
- Konsorsiyumun işlerini sevk ve idare yetkisi, sözleşme ile veya sonradan alınan bir kararla genellikle ortaklardan birine bırakılmaktadır. Bu ortak, konsorsiyum lideri olup, yönetim ve temsil yetkisinin tek sahibidir. Diğer ortakların doğrudan yönetime katılma hakları yoktur²⁴⁹. Joint venture'da ise ortak yönetim esastır. Ortaklardan her biri, tek başına, söz konusu müşterek amaçta diğerlerini temsile yetkilidir²⁵⁰.

2) Joint venture'in Amerikan ortaklıkları (partnership) ile karşılaştırılması

Partnership ile yakın ilişki içinde bulunan joint venture, çoğu kez bu ortaklık modeli ile aynı kefeye konulmuştur. Belirli bir işi veya süreklilik arz eden bir faaliyeti birlikte gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla şekle tabi olmayan bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelen, birden fazla partnerin oluşturduğu, partnerlerin müşterek mülkiyetine tabi ayrı bir şirket malvarlığına sahip bulunan, tüzel kişilik teşkil etmemekle beraber aktif ve pasif dava ehliyetini haiz olan partnership'te ortaklığın borçlarından dolayı ortakların müteselsil ve sınırsız sorumluluğu esastır²⁵¹.

Amerika'da birçok federe devletin kabul ettiği "*Uniform Partnership Act*"²⁵² e göre ise; partnership, iki veya daha fazla kimsenin kar elde etmek amacıyla müştereken yönettikleri bir ortaklık olarak tanımlanmıştır²⁵³. Buna göre;

²⁴⁶ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 37

²⁴⁷ KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Hukuku, s. 193

²⁴⁸ KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 49; ÖZTÜRK, Ortak Girişim ve Uygulanacak Hukuk, s. 12

²⁴⁹ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 248

²⁵⁰ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 59

²⁵¹ BARLAS, Adi Ortaklık, s.263; ayrıca bkz. DAYINLARLI, Joint Venture, s.14; İMREGÜN Oğuz, Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları (bundan sonra Amerikan Ortaklıklar Hukuku olarak geçecektir), İstanbul, 1963, s. 4 vd.; YILMAZ A. Lerzan, Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı (bundan sonra Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture olarak geçecektir), Prof. Dr. Mahmut Belik'e Armağan, İstanbul, 1990, s. 478 vd.

²⁵² Amerika'da federe devletlerin hukuk sistemleri arasında uyum sağlamak için ülke çapında, çeşitli konularda yapılan genel

a- Partnership'in joint venture ile benzerlikleri

- Bir sözleşmenin varlığı,
- İki veya daha fazla kişi (partner) nin varlığı,
- Kar elde etme amacı,
- Ortak yönetim olarak sayılabilir.

Bununla birlikte, iki müessese arasında önemli bazı farklılıklar da bulunmaktadır.

b- Partnership'in joint venture'dan farkları

- Uygulamada joint venture genellikle tek bir işin icrası için seçilirken partnership, belli bir işletmeyi işletmek gibi daha uzun süreli işler için tercih edilir²⁵⁴.
- Joint venture'lara hem gerçek hem de tüzel kişilerin ortak olması mümkün iken, partnership'e sadece gerçek kişiler ortak olabilir. Bu sebeple, tüzel kişiliğe sahip şirketler, partnership'e ortak olamazken, joint venture'a ortak olabilmektedir²⁵⁵.
- Joint venture'da ortaklığa tahsis edilen malların mülkiyeti ortaklarda kalır, ortaklığa intikal etmez. Partnership'te ise ortaklar, teşebbüse ve onun malvarlığına müştereken sahiptir²⁵⁶.
- Joint venture'da, ortaklığı temsil yetkisi genellikle ortaklardan birine bırakılmakta iken, partnership'te partnerlerden her biri ortaklığı tek başına temsile yetkilidir²⁵⁷.

3) Joint venture'ın konzern ile karşılaştırılması

Konzern, “birden çok hukuken bağımsız işletme veya şirketin ekonomik bir bütünlük sağlamak amacıyla, tek bir şirketin sevk ve yönetimine girerek oluşturdukları hukuki bir yapıdır”²⁵⁸.

Daha geniş bir tanıma göre, konzern, “bir veya birden çok işletmenin, doğrudan veya dolaylı surette, diğer bir veya birden fazla şirketi, oy ya da sermaye çoğunluğuna

düzenlemelerdir. Bkz. İMREGÜN, Amerikan Ortaklıklar Hukuku, s.1

²⁵³ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s. 21; ayrıca bkz. DAYINLARLI, Joint Venture, s. 17

²⁵⁴ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s. 22

²⁵⁵ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 60

²⁵⁶ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 264 (dipnot 158)

²⁵⁷ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s. 22

²⁵⁸ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, s. 90

veya yönetim organında ekseriyeti oluşturan sayıda üyeyi seçtirme hakkına dayalı olarak yahut diğer şekillerde merkezi sevk ve idare altında toplamasıdır”²⁵⁹.

Konzernin iki temel özelliği vardır: Bunlardan ilki, hukuki bağımsızlık, diğeri ise tek elden yönetimdir. Konzerne katılan teşebbüslerin hukukten bağımsızlıkları devam etmesine rağmen, ortak bir yönetim altına girmeleri, karar ve icra mekanizmalarında tek bir yönetim düzeninin hakim olmasına yol açacağından, ekonomik olarak bağımsızlıkları ortadan kalkmaktadır²⁶⁰. Konzern ilişkisindeki şirketler, hukukten mevcut olduğu halde kararlarını kendi iradesi ile değil, yöneten hakim şirketin talimatlarına bağlı olarak vermekte, dolayısıyla şirketin işleyişine ve organlarının işlevlerine ilişkin kurallar kağıt üzerinde kalmaktadır²⁶¹. Konzernde amaç, planlanan biçimde tek elden yönetim sayesinde koncerne katılan şirketler bakımından ekonomik çıkar sağlamaktır²⁶².

Türk hukukunda önceleri koncerne ilişkin bir düzenleme bulunmamakla beraber daha sonra, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)²⁶³,nun şirketler topluluğu²⁶⁴ başlığını taşıyan, 195 – 209. maddeleri arasında bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Şirketler topluluğunda topluluk için belirleyici iki unsur vardır. Bunlar kontrol ve birden çok ticaret şirketinin varlığıdır. Kontrol, ana şirketin yavru şirketler üzerinde kurduğu hakimiyet olgusudur. Kontrol araçları, sermaye çoğunluğu, oy çoğunluğu ve yönetim organındaki üyelerin çoğunluğu olarak sayılabilir²⁶⁵.

Konzernler, “sözleşmeye dayalı Konzernler”, “fiili Konzernler”, “tabilik esasına dayalı Konzernler” ve “eş düzey Konzernler” olmak üzere dörde ayrılmaktadır. Bu ayrıma göre, koncerne dahil teşebbüsler bir sözleşme akdederek bir araya geliyorsa ortada sözleşmeye dayalı Konzern var demektir. Buna karşılık, Konzern, bir sözleşme akdedilmeksizin, sermayeye katılma, kişisel bağıllık veya diğeri bir fiili ilişki sayesinde oluşuyorsa fiili Konzern söz konusudur²⁶⁶. Tabilik esasına dayalı Konzernler, birden fazla teşebbüsün imzaladıkları bir hakimiyet sözleşmesi ile içlerinden birinin ortak yönetimi altına girmeleriyle oluşur. Ortak yönetim zorunlu olarak hakim teşebbüsün elindedir. Eş düzey Konzernde ise, teşebbüslerden hiçbirisi diğeri teşebbüse bağımlı değildir. Ortak yönetim gücü, aynı anda teşebbüslerin tümünün elinde bulunmaktadır. Eş düzey Konzernde Konzern işletmeleri eşit hak ve yetkilere sahiptir²⁶⁷.

Eş düzey Konzernlerde teşebbüse katılanlar arasındaki ilişki bir adi ortaklık teşkil etmektedir²⁶⁸. Bu tür Konzernler adi ortaklığın bütün özelliklerini taşır. Buna göre,

²⁵⁹ BOYACIOĞLU, Konzern Kavramı, s. 122.

²⁶⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, s. 90; BARLAS, Adi Ortaklık, s. 230; AYTAÇ Zühtü, Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünümü (bundan sonra Bağlı İşletmeler Hukuku olarak geçecektir), Batider, C. VIII, 1976, s. 99

²⁶¹ TİLE Latif, Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri, Yüksek Lisans Tezi Nisan, 2013, s. 43

²⁶² BARLAS, Adi Ortaklık, s. 231

²⁶³ Bkz. 14.02.2011 tarihli Resmi Gazete

²⁶⁴ Şirketler topluluğu terimini Almanya, Avusturya, Hollanda ve İsviçre “Konzern” olarak adlandırmaktadır. [Bkz. 6102 sayılı TTK. Şirketler topluluğu ile ilgili genel açıklamalar (m. 195 – 209), s. 273]

²⁶⁵ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, s. 90

²⁶⁶ BARLAS, Adi Ortaklık, s.237; BOYACIOĞLU, Konzern Kavramı, s. 285 vd.; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, s. 91 vd.

²⁶⁷ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 238-239; BOYACIOĞLU, Konzern Kavramı, s. 331

²⁶⁸ BOYACIOĞLU, Konzern Kavramı, s. 184-185.

konzerne'nin amacı tüm ortaklar için müşterektir. Konzerne dahil teşebbüsler ticari faaliyet sonucunda kazanç elde edebilmek için iyi bir yönetime ihtiyaç duyarlar ve planlanan biçimde tek elden ortak bir idare ile her teşebbüs kendi amacına ulaşırken, aynı zamanda diğerlerinin amacını da izlemiş olur. Müşterek amaç uğruna birlikte çaba gösterme unsuru da bu ilişkide mevcuttur²⁶⁹. Dolayısıyla eş düzey konzerne'lerin, teşebbüsler arasında ortak bir amacın olması ve bu amaç uğruna teşebbüslerin beraber hareket etmeleri bakımından joint venture ile benzerlik gösterdiğini söyleyebiliriz.

Bunun yanı sıra, her iki oluşumda da hakimiyet ilişkisi söz konusu olmakla beraber, bu hakimiyet ilişkisinin nitelikleri birbirinden farklıdır. Şirketler topluluğunda tek elden yönetim ile hakimiyet kurulmakta ve bu nedenle toplulukta bulunan şirketler ekonomik bağımsızlıklarını kaybetmektedir. Oysa joint venture, hâkim teşebbüslerin ortak kontrolü altında olmasına rağmen, özellikle sermayeye katılmalı joint venture'lar bağımsız bir ekonomik birim olarak ortaya çıkmaktadır. Joint venture şirketi, hâkim teşebbüslerden hiçbirine tek başına bağımlı olmayıp, onlardan hiçbirisiyle bağımsız bir ekonomik bütünlük oluşturmamaktadır. Joint venture'ın şirketler topluluğu olarak değerlendirilmesi mümkün olmasa da temelinde hakimiyet ilişkisinin olduğu ve joint venture şirketinin, hakim teşebbüslerin hukuka aykırı işlemlerinden korunması için, şirketler topluluğu hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkün olabilir²⁷⁰.

Konzern'in joint venture ile farklılık gösterdiği noktalar ise;

- Konzernde ortak yönetim sonucu gerçekleşen işlemlerden dolayı her teşebbüs kendi ticari sirkülasyonu çerçevesinde kazanç elde edeceğinden, kazancın paylaşılması söz konusu olmayacaktır²⁷¹. Dolayısıyla konzerne dahil teşebbüslerin müteselsil sorumluluğunun bulunmadığını da söyleyebiliriz.
- Konzerne katılan teşebbüsler hukuken bağımsızlıklarını korumalarına rağmen ekonomik yönden bağımsızlıklarını kaybetmektedirler. Oysa joint venture'ı oluşturan ortakların hukuken ve ekonomik olarak bağımsızlıkları devam etmektedir.
- Joint venture'da yönetime ortakların her birinin katılması mümkün iken, konzernde bu mümkün değildir. Çünkü konzerne'nin esas amacı ortak bir yönetim tesis etmektir.
- Adi şirkete ilişkin yönetim yetkisinin kaldırılması ve sınırlandırılması hükümleri de mahiyeti gereği konzernde uygulama alanı bulmamaktadır. Ortak yönetim organının görevini gereği gibi yerine getirememesi halinde

²⁶⁹ BARLAS, Adi Ortaklık, s.240

²⁷⁰ TİLE, Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri, Yüksek Lisans Tezi Nisan, 2013, s. 43; Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin joint venture'a uygulanabilirliği sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. ALTAY, Equity Joint Ventures, s. 587 vd.

²⁷¹ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 242

konzerne dahil teşebbüslerin yapabileceği tek şey konzern ilişkisini haklı nedenle feshetmektir²⁷².

4) Joint venture'ın kartel ile karşılaştırılması

Kartel, hukuki ve iktisadi bağımsızlıklarını koruyarak, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin pazarda ortak bir tutum almak üzere özellikle belirli bir malın üretilmesi, pazarlanması, fiyatının belirlenmesi gibi hususlarda veya belirli hizmetlerin verilmesi konusunda yapmış oldukları anlaşmalar veya almış oldukları kararlardır²⁷³.

Kartelde teşebbüsler arasındaki rekabet tümüyle ortadan kalkmamakta sadece düzenleme altına alınmaktadır. Kartel kurulduktan sonra teşebbüslerin hem ekonomik hem de hukuksal yönden bağımsızlıkları devam ettiğinden²⁷⁴, karteldeki ilişkinin sadece teşebbüsler arasında, belirli bir konudaki dayanışmadan ibaret olduğu söylenebilir. Kartelin varlığından söz edilebilmesi için, sektörde ciddi bir ağırlığa ve pazar payına sahip olan teşebbüslerin birlikte hareket etmeleri ve en azından piyasadaki rekabet koşullarını kendi çıkarları doğrultusunda etkileyebilmeleri gerekmektedir²⁷⁵.

Kartelde ortakların katılma paylarının konusu, “kaçınma” veya “katlanma” şeklinde ortaya çıkan yapmama edimlerinden ibarettir. Kartellerde bir ortaklık malvarlığı veya işletme sermayesi söz konusu olmamaktadır²⁷⁶.

Karteller genellikle bir ortaklık şeklinde yapılmaktadır²⁷⁷. Bu ortaklığın amacı ticari bir faaliyet sürdürerek kazanç elde etmek değil; pazara hakim olup, üretim ve fiyat politikasını belirleyerek rekabeti sınırlandırmaktır. Böylece kartele dahil olan teşebbüsler oluşan piyasa koşullarından dolayı olarak fayda sağlayacaktır²⁷⁸.

Türk hukukunda doğrudan kartele ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından, bu konu 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)²⁷⁹ ile düzenlenmektedir. Kanunun 4. maddesine göre, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasak sayılmıştır.

Kartelin hukuka uygun sayılabilmesi ancak RKHK m. 5'teki şartların gerçekleşmesiyle mümkün olabilecektir. Buna göre, kartel, malların üretim ve dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin sağlanması ya da

²⁷² BARLAS, Adi Ortaklık, s. 242

²⁷³ ÖZSUNAY Ergun, Kartel Hukuku, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 6 vd.

²⁷⁴ AYTAÇ, Bağlı İşlemler Hukuku, s.4; ARSLANLI Halil, Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, İstanbul, 1960, s. 55

²⁷⁵ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 209-210

²⁷⁶ ARSLANLI, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 55

²⁷⁷ Kartel, bir adi ortaklık şeklinde oluşturulabileceği gibi limited şirket, kooperatif hatta dernek şeklinde de yapılabilir (Bkz. BARLAS, s. 224 vd.). Bunun yanında, kartellerin devamlılığının sağlanması ve sorumluluğun sınırlı olması bakımından kartelleşmede anonim şirketlerin de kullanıldığı görülmektedir (Bkz. ANSAY Tuğrul, Anonim Şirketler, Konsantrasyon ve Küçük Pay Sahibi, Kitap İncelemesi, AÜHF Dergisi, C. 26, S.1, 1969, s. 379 vd.)

²⁷⁸ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 38; ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s. 23; BARLAS, Adi Ortaklık, s. 210

²⁷⁹ Bkz. 13.12.1994 tarihli Resmi Gazete

ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, tüketicinin bu gelişmelerden yarar sağlaması, rekabetin sadece amacın gerektirdiği kadar sınırlanıyor ve kartele rağmen ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin devam ediyor olması halinde hukuken caiz olacaktır. Bu durumda kartel mensupları, Rekabet Kuruluna başvurarak yasaktan muaf tutulmayı talep etmelidir²⁸⁰.

RKHK m. 4 hükmüne aykırı olan kartel anlaşmaları RKHK m. 56 uyarınca geçersizdir. Bu halde kartele mensup olan teşebbüsler tarafından ifa edilen edimler sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade edilecektir. Kanuna aykırı kartel ilişkisinden zarar görenlerin uğradıkları zarardan kartel mensupları müteselsilen sorumlu olacaktır.

Kartelde de belirli bir amaç için teşebbüslerin bir araya gelmesi söz konusu olmasına rağmen, joint venture ile bir takım farklılıklar göstermektedir. Bunlar:

- Karteller uygulamada genel olarak adi şirket şeklinde oluşturulmakta ise de, bazen dernek bünyesinde hayata geçirildiği de görülmektedir²⁸¹. Oysa joint venture'ların bu şekilde yapılması mümkün değildir.
- Kartelde amaç, ilgili sektördeki rekabeti sınırlandırarak dolaylı bir fayda sağlamak iken, joint venture'da amaç birlikte bir iş yapmayı taahhüt etmek ve taahhüt edilen işin yapılması sonucu kazanç elde ederek bunu paylaşmaktır²⁸².
- Kartelde esas olarak teşebbüsler arasındaki rekabet devam etmektedir. Oysa joint venture'da ortakların birbirleriyle rekabeti yasaklanmıştır²⁸³.
- Joint venture'ın sermayesi muhtelif ögelerden oluşabilmekte iken, kartelde doğrudan doğruya kazanç elde etmek üzere ticari bir faaliyetin söz konusu olmaması sebebiyle, herhangi bir işletme sermayesine veya ortaklık malvarlığına gerek yoktur.

III. Joint Venture'ın Türleri

1) Ortakların niteliğine göre joint venture'lar

Ortakların niteliği bakımından joint venture'ları; “devletler arasında oluşturulan joint venture”, “devletlerle özel kişiler arasında oluşturulan joint venture” ve tamamen “özel kişiler arasında oluşturulan joint venture” olarak ayırabiliriz.

²⁸⁰ ÇEKER Mustafa, Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni, BATİDER, C. XVIII, 1996, s. 104 vd.

²⁸¹ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 224

²⁸² ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s. 23

²⁸³ 6098 sayılı TBK m. 626, “Ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar”.

a- Devletler arasında oluşturulan joint venture'lar

Devletler arasındaki joint venture'lar bir anlaşmaya dayanır. Devletler bu tür ilişkilerinde tam eşitlik ilkesine riayet etmek zorundadır. İlgili devletler çoğu kez tüzel kişiliği haiz bir teşekkül aracılığıyla bu oluşumu gerçekleştirir. İhtilafların çözümünde ise en doğal yol, Milletlerarası Adalet Divanına müracaat etmek ya da diplomatik müzakereler yoluyla sorunları gidermektir. Bu tür joint venture'lara örnek olarak, Fransa ile İtalya arasında Mont-Blanc tüneli hakkında akdedilen anlaşma, Fransa ile İsviçre arasında Basel-Müllhousen havaalanının yapımı ve kullanımı hakkında akdedilen anlaşma gösterilebilir²⁸⁴.

b- Devletler ile özel kişiler arasında oluşturulan joint venture'lar

Bu tür joint venture'larda ortaklardan biri özel hukuk bakımından gerçek veya tüzel kişi iken, diğeri devlet veya kamu tüzel kişiliğini haiz devlete ait bir kuruluştur. Bu tür joint venture'larda taraflardan birinin devlet olması kamu hukuku kurallarının da devreye girmesine sebep olmaktadır. Devletler ile özel kişiler arasında oluşturulmuş joint venture'a örnek olarak, National Iranian Oil Company ile İtalyan şirketi AGIB Minereria arasında kurulan, petrol işletilmesine ilişkin "SIRIP" adlı ortak girişimi gösterebiliriz²⁸⁵.

c- Özel kişiler arasında oluşturulan joint venture'lar

Bu tür joint venture'lara uygulamada daha çok rastlanmaktadır. Özellikle uluslararası ticaret ile uğraşanlar, farklı pazarlara girmek, know-how veya lisans temin etmek, sermaye getirmek, vergi kolaylıklarından yararlanabilmek gibi amaçlarla bu modeli tercih etmektedir²⁸⁶.

Ortakların niteliğine göre yapılan bu 3'lü ayırmadan hareketle, üzerinde durulması gereken farklı bir ayırım da ulusal ve uluslararası joint venture'lardır. Buna göre,

- **Ulusal joint venture**, joint venture taraflarının tümünün aynı ülkenin vatandaşlığında olması halinde söz konu olacaktır. Joint venture ortaklarının tümünün Türk tabiiyetinde olması halinde yerli bir joint venture söz konusu olmaktadır²⁸⁷.
- **Uluslararası joint venture**, belirli bir ticari faaliyeti gerçekleştirmek üzere, joint venture'ı oluşturan taraflardan en az birinin, joint venture'ın faaliyet gösterdiği ülkeden başka bir ülkenin vatandaşlığına sahip olması durumunda söz konusu olabilmektedir²⁸⁸. Uluslararası joint venture'lar, kar payının dışarıya transferi, yabancı çalışanların istihdamı gibi konularda daha fazla özen gösterilmesini gerektirir. Esasen ulusal bir joint venture ile uluslararası joint venture arasında hukuki anlamda fark yoktur²⁸⁹. Bu tür joint venture'a örnek olarak, ülkemizde yapılmış olan Marmaray

²⁸⁴ DAYINLARLI, Joint Venture, s.70 vd.

²⁸⁵ DAYINLARLI, Joint Venture, s.74 vd.

²⁸⁶ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 81

²⁸⁷ KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 39

²⁸⁸ GERINGER and HEBERT, Control and Performance of International Joint Ventures, J. Int. Business Studies, 20(2), s. 235-254; OZORHON, ARDITI, DIKMEN, BIRGONUL, Effects of Host Country and Project Conditions in International Construction Joint Ventures, International Journal of Project Management, Vol.25 (8), 2007, s. 799-806

²⁸⁹ WOLF R. Charles, A Guide To International Joint Ventures With Sample Clauses (bundan sonra International Joint Ventures olarak

Projesinin, BC1 Raylı Tüp Tünel geçişi ve istasyonlar etabını gerçekleştiren “*Taisei – Gama – Nurol Türk-Japon ortak girişimini*”, Kahire Uluslararası Havaalanının yenilenmesi ve yolcu kapasitesinin artırılmasına ilişkin projede “*Limak İnşaat – GMR Türkiye-Mısır ortak girişimini*” gösterebiliriz.

2) Yapılanma modeline göre joint venture’lar

Joint venture yapılanma modeli bakımından “salt sözleşmeye dayalı joint venture” ve “sermayeye katımlı joint venture” olarak ikiye ayrılır²⁹⁰.

a- Salt sözleşmeye dayalı joint venture

Joint venture’ın oluşumu, türü ne olursa olsun, ilişkiye katılanlar arasında akdedilen bir sözleşmeye dayanır. Bu sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlı değildir²⁹¹. Joint venture’ın bu yalın modelinde ilişki sadece taraflar arasında akdedilen bir sözleşmeden ibaret kalmaktadır²⁹². Müşterek amaca ulaşılabilmesi için ortakların ayrıca bir ticaret şirketi kurmalarına gerek yoktur. Bu türde genellikle ortaklığa özel bir sermaye tahsis edilmemektedir²⁹³.

Müşterek amaca ulaşılması ortakların getirdikleri katılma payları sayesinde olur. Örneğin; bir otomobil üreticisinin istediği yeni model bir otomobilin tasarımını gerçekleştirmek üzere kurulan joint venture’a ortaklardan biri tasarım için geliştirdiği bilgisayar programını, diğeri oto tasarımı konusunda uzman personelinin ve bir diğeri de tüm imkanlarıyla dizayn atölyesinin kullanımını katılma payı olarak getirebilir²⁹⁴.

Salt sözleşmeye dayalı joint venture çoğu kez kapsamlı bir organizasyona ihtiyaç göstermemektedir. Tek iş kavramı ayırt edici unsur olarak öngörülmüş olmamakla beraber, bu model, inşaat ihalelerinde de olduğu gibi genellikle tek bir iş veya kısa süreli taahhütler için elverişlidir²⁹⁵. Salt sözleşmeye dayalı joint venture’ı konsorsiyumdan ayırt etmek kimi zaman güçlük arz eder. Aradaki fark ise, ortaklar konsorsiyumla diğer akide karşı yalnızca kendi üstlendiği iş için sorumluluk altına girerken, joint venture’da ortakların her birinin işlemin sonuçlarından bir bütün olarak müteselsilen sorumlu bulunmalarıdır²⁹⁶.

b- Sermayeye katımlı joint venture

Joint venture’ın bu şekilde çift katlı ve karmaşık bir yapı söz konusudur. Burada ilişkiye katılan taraflar öncelikle aralarında bir “joint venture sözleşmesi” akdederek

geçecektir), 2nd Edition, Kluwer Law International, London, 1999, s. 1

²⁹⁰ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 21; BARLAS, Adi Ortaklık, s. 269; KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Hukuku, s. 195

²⁹¹ BARLAS, Adi Ortaklık, s.264

²⁹² SCHNEIDER Michael, VULLIET Jean-Paul, OLSBURG Carolyn, International Joint Ventures, International Trade Centre, International Trade Forum Issue: 4/2002

²⁹³ KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 40; TEKİNALP/TEKİNALP, Joint Venture, s. 156; TEKİL, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 79

²⁹⁴ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 269

²⁹⁵ TUZLUOĞLU Ecehan, Ortak Girişimlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 22-23

²⁹⁶ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 270. Gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında konsorsiyum ve joint venture terimlerinin çoğu kez birbirini yerine kullanıldığı görülmektedir (bkz. SRIDHARAN Govindan, Determinants of Joint Venture Performance In The Construction Industry: Cases From The Mass Rapid Transit Project In Singapore, A Thesis Of Doctor Of Philosophy, University Of London, 1995, s. 19 vd.; CHUNG Hon-tat, Joint Ventures: A Case Study On An International Joint Venture In The Construction Industry In Hong Kong, 1993, s. 3 vd.; KALE, PATIL, HIRAVENNAVAR, KAMANE, Joint venture in construction, s. 60

adi ortaklık niteliğini taşıyan bir ortaklık ilişkisi (joint venture) oluştururlar. Ardından, imzalanacak bir “şirket ana sözleşmesi” ile tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketi (yavru şirket) kurarlar veya zaten mevcut olan böyle bir ortaklığa katılırlar ve bu ortaklığa “uydu” veya “satelit” sözleşmeler olarak adlandırılan çeşitli sözleşmeler ile katkıda bulunurlar²⁹⁷.

Sermayeye katılmalı joint venture’ın temelini “joint venture sözleşmesi” veya başka bir deyişle “esaslar sözleşmesi” oluşturur. Temel sözleşmede joint venture’ın amacı, faaliyet alanı, yönetim ve temsili, ortakların katılma payları, hak ve yükümlülükleri, finansman durumu, kar dağıtımı, joint venture’ın süresi ve sona ermesi, kurulacak olan yavru ortaklığın türü, yavru ortaklıkta karar alma, icra ve denetim mekanizmalarının kurulması ve ortaklığın temsili esasları, yavru ortaklığın joint venture ile rekabet ilişkileri ile uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun ve yetkili merciin belirlenmesi, özellikle de tahkim kaydı düzenleme altına alınır²⁹⁸.

İnşaat sektöründe imzalanacak bu tür bir sözleşmede ise yukarıda sayılanlara paralel olarak, ortakların hak ve yükümlülükleri, ortaklığın yönetim kurulu niteliğindeki inşaat komisyonunun yapısı ve görevleri, ortaklığın yöneticisi ve temsilcisi tayin edilen pilot firmanın unvanı ve yetkileri, inşaatın teknik, idari ve mali yönetimi ile ilgili hususlar, ortaklığın denetimini yapacak murakıplar heyetinin teşekkülü ve görevleri, joint venture’ın yapımını üstlendiği inşaat işi, ortakların şirketten ayrılması, inşaatın tasfiyesi ve şirketin sona erme sebeplerine yer verilir²⁹⁹.

Sermayeye katılmalı joint venture’da kurulacak olan, tüzel kişiliği haiz ortaklığın ana sözleşmesinin imzalanmasına kadar geçen aşamada kurucular arasındaki ilişki bir “kuruluş ortaklığı” niteliğini taşır. Ana sözleşmenin imzalanmasından şirketin tüzel kişilik kazanmasına kadar geçen süreçte ise ortaklar arasındaki ilişki bir “ön ortaklık” teşkil eder. Yavru ortaklığın kurulmasından sonra, joint venture’ın nihai amacını gerçekleştirmeye yönelik işlemler bu ortaklıkça yürütülür. Bu bağlamda joint venture, üçüncü kişilerle olan işlemlerde ortaklık olarak ortaya çıkmamakta, joint venture sözleşmesi ise sadece ortaklar arasındaki iç ilişkiyi düzenleme ve joint venture ile yavru ortaklık arasındaki bağlantıyı kurma fonksiyonu göstermektedir³⁰⁰.

Sermayeye katılmalı joint venture’da yavru ortaklığın kurulması ile birlikte, joint venture ortakları ve yavru şirket arasında birtakım sözleşmeler yapılmasına ihtiyaç duyulabilir. Bu sözleşmelere “uydu sözleşmeler” veya “tabi sözleşmeler” denir. Joint venture sözleşmesinde uydu sözleşmelerin imzalanmasına dair hükümlere yer verilir veya bu sözleşmeler ek olarak ana sözleşmeye konulur. İlgili ortak bu sözleşmeyi yavru ortaklık ile akdetmeyi taahhüt eder. Uydu sözleşmeler uygulama protokolü niteliğindeki sözleşmelerdir. Bunlar, marka, patent ve lisans teminine ilişkin sözleşmeler ya da personel, hammadde temini, kredi sözleşmesi gibi sözleşmelerdir³⁰¹.

²⁹⁷ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 271-272; WOLF R.C., International Joint Ventures, s. 8-9

²⁹⁸ KOCAĞA, İnşaat Sözleşmeleri, s. 43 vd.; BARLAS, Adi Ortaklık, s. 274; DAYINLARLI, Joint Venture, s. 85 vd.

²⁹⁹ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 27

³⁰⁰ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 275-276

³⁰¹ KOCAĞA, İnşaat Sözleşmeleri, s. 49; BARLAS, Adi Ortaklık, s. 277; KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 32

Sermayeye katılmalı joint venture’larda, yavru ortaklığın, joint venture’ın ortakları ile aynı iktisadi alanda faaliyet göstermesi ve onlarla ortak bir üretim projesinde üretimde bulunması halinde “yatay joint venture”; yavru ortaklığın farklı bir iktisadi katmanda yer alıp, ana ortaklıkların üretimi için hammadde sağlanması, üretime yönelik araştırma ve geliştirme çalışmaları yapılması ya da ana ortaklarca üretilen malların dağıtımı, taşınması, pazarlanması gibi yardımcı faaliyetlerde bulunması halinde “dikey joint venture”; yavru ortaklığın faaliyet alanı ana ortaklıklarınki ile hiçbir şekilde ilişkili değilse, alakaları sadece sermaye birleşimi bazında kalıyorsa “yığılmalı joint venture” söz konusu olur³⁰².

3) Faaliyet sahaları itibariyle joint venture’lar

a- Petrol ve maden işletmeciliğinde

Joint venture sözleşmesinin ilk olarak Amerika’da petrol ve maden şirketleri arasında akdedildiği görülmüştür. Risklerin niteliği ve kapsamı şirketleri birlikte hareket etmeye yöneltmiştir³⁰³. Petrol ve maden arama faaliyetleri, kuyu ve madenlerin açılması, taşıma için gerekli boru hatları, deniz ve demir yolları için gereken sermaye ve üstlenilen risk diğer sektörlerle göre daha fazladır³⁰⁴.

Şirketleri bu modeli kullanmaya iten fikirler şunlardır³⁰⁵:

- Araştırma ve işletme masrafları ile risklerin ve karların paylaşılması,
- Müşterek amacın gerçekleşmesi için ortaklardan birinin işletmeci olarak tayini,
- İşletmeci firmanın işlerini joint venture adına kontrol eden bir kurulun oluşturulması.

b- Araştırma-geliştirme çalışmalarında

Firmaların faaliyette bulunduğu endüstriyel yapı içerisinde lider olarak kalabilmeleri, üretim teknolojilerinde veya ürünlerinde yenilik yapmalarına bağlıdır. Bu amaçla işbirliği içinde olan taraflar, yoğunlaşma doğrucu bir işlemde farklı olarak, yeni ürünlerin ya da üretim süreçlerinin keşfine, geliştirilmesine veya yayılımına yönelik olarak bir araya gelmektedir³⁰⁶.

³⁰² BARLAS, Adi Ortaklık, s. 268; KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 39; “Dayınlarlı, yatay ve dikey joint venture’i, ortakların iş sahibi ile doğrudan bağlantısı olup olmamasına göre tanımlanmıştır” bkz. DAYINLARLI, Joint Venture, s. 305

³⁰³ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 64

³⁰⁴ TİLE, Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri, Yüksek Lisans Tezi Nisan, 2013, s. 14

³⁰⁵ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 64

³⁰⁶ KAYAR M. Akif, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu Yayın no:0132, ISBN: 975-8301-83-7, Ankara, Temmuz 2003, s. 11

c- Üretim alanında

Üretim ortak girişimleri, teşebbüslerin üretimlerini çeşitlendirmelerine ve üretim kapasitelerini artırmalarına yönelik oluşturulmaktadır. Bu tür ortak girişimler, belirli nitelikleri taşıyan ürünlerin imal edilebilmesi için gereken üretim tesislerinin, teknolojinin ve nitelikli işgücünün farklı teşebbüslerin elinde bulunduğu hallerde sıkça tercih edilen bir işbirliği modelidir. Teşebbüslere ait üretim tesislerinin, teknolojinin ve nitelikli işgücünün ortak girişime tahsis edilmesi sağlanmaktadır. Bazı durumlarda teşebbüsler, belirli bir ürünün geliştirilmesi, üretilmesi ve pazarlanması faaliyetlerini kendi bünyelerinden ayırarak ortak girişim bünyesinde bir araya getirebilirler. Bu olasılıkta, taraflar arasında her bir süreç, ayrı bir sözleşmeyle ele alınabilmekte, araştırma-geliştirme sözleşmesi, üretim sözleşmesi ve pazarlama sözleşmesi olmak üzere çeşitli sözleşmeler akdedilebilmektedir³⁰⁷.

d- İnşaat sektöründe

Joint venture modelinin en çok kullanıldığı alanlardan biri inşaat sektörüdür³⁰⁸. İki veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişinin, iş sahibine karşı bir inşaatın yapımını müştereken üstlenmeleri söz konusudur. İnşaat sektöründe joint venture'ları iki gruba ayırabiliriz:

i. Hakiki-açık-tipik joint venture

İki veya daha çok bağımsız inşaat müteahhitlik firması veya müteahhitleri, yapı sahibine karşı müştereken somut bir inşaat projesini bir tek inşaat sözleşmesi ile üstlenmektedir. Bir grup olarak inşaat müteahhitlerinin müşterek faaliyeti, aralarındaki sözleşmeye dayanan bir organizasyona dayanmakta, bu organizasyonun kuruluşunu ve kurallarını "temel mutabakat" veya diğer adıyla "joint venture sözleşmesi" göstermektedir. Bu sözleşmede, grubu teşkil eden müteahhitlik firmalarının müşterek amaca ulaşmak için, üçüncü şahıslara karşı belirli etkileri olabilecek hak ve borçları da yer aldığından, joint venture sözleşmesi aynı zamanda grup içi hukuki ilişkileri düzenleyen bir kurallar bütünüdür³⁰⁹. Joint venture'ın ortakları olan müteahhitlik firmaları kural olarak üst yapı veya alt yapı branşından inşaat şirketleridir. Joint venture'ı oluşturan firmalar değişik inşaat branşlarından meydana gelmişse, o zaman ortada bir "proje ortaklığı" var demektir³¹⁰. Tipik joint venture gerçek bir ortaklıktır. Zira o, üçüncü şahıslara karşı bir organizasyon olarak ortaya çıkmaktadır. Açık bir ortaklıktır; çünkü üçüncü şahıslar tarafından bilinmektedir. Ortakların müşterek bir gayeye ulaşmak, emek ve sermayelerini sözleşme temeline göre birleştirmek maksadında olmaları bu yapılanmanın TBK m. 620 vd. hükümlerine göre kurulmuş ve faaliyet gösteren, tüzel kişiliği olmayan ancak Sosyal Sigortalara ve Kurumlar Vergisine tabi bir adi şirket niteliğinde olduğunu göstermektedir³¹¹.

³⁰⁷ ALTAY, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, Doktora Tezi, s. 52-53

³⁰⁸ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 66- 67

³⁰⁹ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 40-41

³¹⁰ Proje Ortaklığı daha çok anahtar teslimi usulü ile üstlenilen elektrik santrali, çöp yakma tesisi veya demir-çelik kompleksi gibi işlerin yapımında söz konusu olabilir. Bkz. KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s.41 (dipnot 58).

³¹¹ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 40-41; GÜRCANLI G. Emre/MÜNGEN Uğur, İnşaat Sektöründe Ortak Girişimler Üzerine Bir

ii. Atipik - hakiki olmayan - kapalı joint venture

Bu tip joint venture'lar, "hakiki olmayan inşaat konsorsiyumu", "imalat ortaklığı", "gizli ortaklık" ve "alt katılımlı müşterek ortaklık" olmak üzere dört türde karşımıza çıkmaktadır³¹².

- Hakiki olmayan inşaat konsorsiyumu

İki veya daha ziyade değişik branşlarda çalışan müteahhit, mimar, mühendislik firmaları ve inşaat teknisyenleri bir grup oluşturmakta ve bir gayrimenkulün iktisabı, imarının alınması, üzerinde çok katlı binaların yapılması ve bunlardaki dairelerin kat mülkiyeti esasına göre satılmasını müşterek amaç olarak belirtmektedirler. Daha ziyade kendi kendine istihdam yaratmak ve işin sonunda kazancı paylaşmak amacı vardır. Bu tür bir ortaklıkta, grubun dışında olan arsa sahibi ile yapılmış inşaat sözleşmesi mevcut değildir. Zira işin büyük bir bölümü grup içinde yer alan teşebbüsler tarafından aralarındaki sözleşme hükümlerine göre ifa edilmektedir³¹³.

- İmalat müşterek iş ortaklığı

Birden ziyade inşaat müteahhitliği firması arasında yatırımların akıllıca paylaşılması ve kullanılması, bir veya daha fazla inşaat malzemesinin imali ve işletilmesi için aralarında sözleşmeye dayanan bir ortaklık kurmaları durumunda söz konusu olur. Ortaklığa ait müşterek tesiste inşaat ham maddelerinin hazırlanması gerçekleştirilir. Örneğin, ortaklığa ait hazır beton fabrikası veya kum-çakıl tesisi kurulabilir. Ortaklara müşterek tesisten malzeme alma yükümlülüğü getirilebilir³¹⁴.

- Gizli müşterek iş ortaklığı

Gizli ortaklar yapı sahibi ile akdedilen inşaat sözleşmesinde görünmezler. Değişik sebeplerle bir müteahhitlik şirketi inşaat işini tek başına yürütmek isteyebilir. Bu durumda müteahhitlik firması ya diğer firmalarla taşeronluk sözleşmesi yapar veya bunlarla gizli bir ortaklık kurar. Birincil durumda asıl inşaat işini üstlenen müteahhitte alt müteahhit arasında alt inşaat sözleşmesi hazırlanır. İkinci durumda ise asıl müteahhitte diğer müteahhitler arasında adi şirket niteliğinde gizli bir joint venture söz konusu olur. Her iki durumda da inşaatın yapım ve tesliminde asıl müteahhit yapı sahibine karşı tek başına sorumludur³¹⁵.

- Alt katılımlı müşterek iş ortaklığı

Joint venture'ı oluşturan ortaklardan biri, joint venture'a ait gayenin gerçekleşmesi için, bir veya daha fazla üçüncü kişiler ile bir şirket teşkil ederse ortada alt katılımlı ikinci bir şirket söz konusu olur. İnşaat sözleşmesinin tarafları olan yapı sahibi ile müteahhitler grubunun oluşturduğu joint venture'ın, alt katılımlı şirket ve

Araştırma, İnşaat Mühendisleri Odası, 2. Yapı İşletmesi Kongresi, İzmir, Haziran 2000, s. 106-107

³¹² KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 41

³¹³ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 41-42

³¹⁴ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 42; KÖKSAL, Yurtdışı Müteahhitlik Hizmetleri, s.90

³¹⁵ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 42

ortaklarından herhangi bir bilgileri yoktur. Alt katılımlı şirketi kuran ve joint venture'ın da ortağı olan müteahhit alt katılımı yapan ortak hiç mevcut değilmiş gibi kendi adına ve hesabına joint venture'daki hukuki ilişkisini devam ettirmektedir. Bu durumda mevcut alt katılımlı şirket bir iç şirket niteliğindedir³¹⁶.

iii. İnşaat sektöründe joint venture'ın durumu ve yapılanması

- İnşaat sektöründe joint venture'ın durumu

Kapsam açısından hacimli ve yüksek bedelli inşaat işlerinde müteahhit grubu tarafından üstlenilen inşaata ilişkin edimler, belli zaman aralıklarında birbirini takip eden inşaatın projelerinin hazırlanması, tasdiki, ruhsatının alınması, üst yapılarda temel inşaat ve üst yapının gerçekleştirilmesi, alt yapının geliştirilmesi ve bağlantı yolları gibi değişken edimlerdir. Yapı sahibine karşı inşaatın tümünü üstlenen joint venture'ın kuruluş amacı münferit edimlerin ifasının iş birliğini sağlamaktır. Bu iş birliği sağlama görevi hem ihaleye katılma, projelerin çizimi ve onaylatılması safhasında hem de inşaatın yapımı aşamasında devam eder veya genel müteahhitlik ile toptan müteahhitlikte olduğu gibi her iki aşamayı da birlikte kapsar³¹⁷.

- Joint venture'ın yapılanması

İki ortaklı yarı yarıya katılımlı joint venture

İki müteahhitlik firması tarafından kurulmuş bir joint venture'da, firmalardan birine pilot firmalık ve teknik yönetim, diğerine ise mali yönetim verilmiş olabilir. Buna göre pilot firma ve teknik yönetici olan müteahhitlik firması, özellikle inşaatın plan ve projelerinin yapımı ve tasdiki, inşaat yerinin teknik yönden hazırlanması, barakaların inşası, su, elektrik, gaz ve havalandırma tesislerinin yapımı, iş ve inşaat programının belirlenmesi ve tasdiki, ilave işlerin fiyatlandırılması, eleman alımı, günlük hesapların kontrolü ve tasdiki, bu işlerle ilgili yazışmaların yapılması, bu konularda joint venture'ın yapı sahibine karşı temsili işlemlerini yürütmekle görevlidir. Diğer ortak ise, inşaatın mali yönetiminden sorumlu olup, muhasebe ve kayıt defterlerinin tutulması, banka işlemlerinin yürütülmesi, ücretlerin ödenmesi, kaza sigortası ve tatil günlerinin tanzimi, hastalık sigortası, hesapların denetimi ve ödenmesi, bu konularla ilgili yazışmalar ve ortaklığın bu konularda yapı sahibine karşı temsili ile yetkilidir³¹⁸.

Çok ortaklı joint venture

Bu tür çok ortaklı joint venture'larda şirketin organ gibi faaliyet gösteren inşaat komisyonu, kural olarak katılım payı oranına göre bütün ortaklardan teşekkül eder. Ortakların kar ve zarara katılım ve oy hakkı, kendi katılma oranlarına göre belirlenir. Bu durumda inşaat komisyonu şirket genel kurulu gibi faaliyet gösterir. İnşaat

³¹⁶ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 43; KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Hukuku, s. 201

³¹⁷ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 44

³¹⁸ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 45

komisyonunun örneğin, sadece beş müteahhidin temsilcilerinden oluşması öngörülmüşse, bu takdirde inşaat komisyonu şirket yönetim kurulu gibi faaliyet gösterir. Bu tür joint venture’da ortaklardan biri pilot firma olarak işleri yürütür ve şantiye organizasyonunu sağlar. Diğer ortaklardan her biri inşaatın plan ve projeleri, üst yapıları, alt yapıları, yol, su, elektrik ve kanalizasyon gibi değişik işlerini üstlenir³¹⁹.

IV. Joint Venture’ın Hukuki Yapısı ve Niteliği

1) Hukuki yapısı

Joint venture’ların sözleşmeye dayalı veya sermayeye katımlı olmasına bakılmaksızın üç tür sözleşmeden oluştuğu görülmektedir³²⁰. Bunlar, “ön kuruluş sözleşmesi”, “joint venture sözleşmesi (temel sözleşme/esaslar sözleşmesi)” ve “uydu sözleşmeler”dir. Sermayeye katımlı joint venture’larda bu sözleşmelere bir de joint venture’ın faaliyetlerini yürütecek olan ticaret ortaklığının “şirket sözleşmesi” eklenmektedir.

a- Ön kuruluş sözleşmesi

TBK m. 29’a göre, “Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, ön sözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır”.

Bir sözleşmenin yapılması için gerekli koşulların bulunmadığı hallerde, sözleşmeyi akdetmeye engel olan durumların ortadan kalkmasını veya sözleşmeyi imzalamak için gereken koşulların oluşmasını beklemek gerekmektedir. Ön sözleşme bu ihtiyacı karşılamakta ve sözleşmenin yapılabilmesi için gereken şartlar oluştuğunda tarafları sözleşme yapma borcu altına sokan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Ön sözleşmenin konusunu tarafların ileride yapacakları sözleşme vaatleri oluşturur³²¹. Ön sözleşmenin geçerli sayılabilmesi için kurulacak asıl sözleşmenin temel unsurlarını içermesi gerekir. Şekil bakımından ise ön sözleşme, asıl sözleşmenin bağlı olduğu şekil şartına bağlıdır³²².

Joint venture tarafları da temel sözleşmeyi imzalamadan önce ön kuruluş sözleşmesi³²³ akdedebilirler. Bu sözleşme ile ileride akdedecekleri joint venture sözleşmesi için mutabakata varırlar. Ön kuruluş sözleşmesi, temel sözleşmenin giriş kısmı şeklinde de düzenlenebilir³²⁴.

Temel sözleşme herhangi bir sebepten dolayı imzalanamadığı takdirde, ön kuruluş sözleşmesi de kendiliğinden ortadan kalkar. Temel sözleşmenin akdedilmesi

³¹⁹ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 45

³²⁰ ŞAHİNALP Kaan, Türk Hukukunda Joint Venture’ların Hukuki Yapısı ve Niteliği ile Joint Venture’larda Karşılaşılan Sorunlar (bundan sonra Joint Venture’ların Hukuki Yapısı ve Niteliği olarak geçecektir), Yargıtay Dergisi, C.27, Sayı:3, Temmuz 2001, s. 490; KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 26

³²¹ DUMAN, İnşaat Hukuku, s. 110

³²² ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 20

³²³ Ön kuruluş sözleşmesi niyet mektubu olarak da adlandırılmaktadır (bkz. WOLF R.C. International Joint Ventures, s. 19 vd).

³²⁴ KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 42-43

durumunda ise, giriş veya başlangıç maddesi olarak temel sözleşmedeki yerini alır³²⁵. Yapılacak olan temel sözleşme ile uydu sözleşmeler arasında bir uyumsuzluk ortaya çıktığında ön kuruluş sözleşmesindeki hükümlere bakılır. Ön kuruluş sözleşmesinin yapılması ile taraflar arasında bir adi şirket sözleşmesi kurulmuş olur. Yargıtay 11. HD., 30.03.1990 tarih ve 1990/1595 E.-1990/3298 K. Sayılı kararında, taraflar arasında joint venture kurmaya yönelik imzalanan anlaşmanın bir ön akit olduğunu ve adi ortaklık olarak değerlendirilmesi gerektiğini, herhangi bir sebeple joint venture'ın kurulamaması halinde ise bu ortaklığın konusuz kalmış olması sebebiyle infisah edeceğini ifade etmiştir³²⁶.

Ön kuruluş sözleşmesinde yapılacak işin tanımı, tarafların pay oranları, sermaye, kar ve zarar paylaşımı, ortaklığın süresi, yürürlüğe girme, uyumsuzlukların çözümü gibi temel hususlar yer almaktadır. Dolayısıyla, ileride temel sözleşme ile uydu sözleşmeler arasında bir ihtilaf olması halinde, ön kuruluş sözleşmesi yol gösterici olacaktır³²⁷. Başka bir ifade ile ön kuruluş sözleşmesi, herhangi bir anlaşmazlık halinde, kendisine başvurulabilecek bir kaynak niteliğindedir³²⁸.

b- Joint venture sözleşmesi (temel sözleşme/esaslar sözleşmesi)

Taraflar arasındaki joint venture ilişkisi, türüne bakılmaksızın, temel sözleşme ile kurulmaktadır.³²⁹

Temel sözleşmede joint venture'ın amacı, faaliyet alanı, hukuki yapısı, sermayeye katılmalı bir joint venture olması halinde kurulacak yavru ortaklığın türü, yönetim ve temsili, toplantı ve karar yeter sayıları, joint venture ortaklarının hak ve yükümlülükleri, ortaklar arasında kar dağıtımı, ortaklık paylarının devri, joint venture'ın süresi ve sona ermesi ile uyumsuzlukların ne şekilde çözümleneceğine dair hususlar yer alır³³⁰. Sermayeye katılmalı bir joint venture kurulmak istendiği takdirde, joint venture sözleşmesinde yer alan bu kayıtların çoğu, ileride kurulacak olan şirketin ana sözleşmesine yansır. Çeşitli sebeplerle ortakların ana sözleşmede yer vermek istemedikleri hususlar ise temel sözleşmede kalır ve varlıklarını korurlar³³¹. İnşaat sektöründeki bir joint venture sözleşmesinde bunlara ek olarak, inşaat komisyonunun yapısı ve görevleri, pilot firmanın unvanı ve yetkileri, inşaatın teknik, idari ve mali yönetimi ile ilgili hususlar, ortaklığın denetimi, joint venture tarafından yapılacak olan inşaat işi, ortakların şirketten ayrılması gibi hususlar da yer alabilir³³².

³²⁵ AKYOL, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), s. 70

³²⁶ KORKUT Ömer, Türk Hukuku Bakımından Joint Venture ve Konsorsiyumun Hukuki Niteliği, www.omerkorkut-gen.tr, (erişim tarihi 02.05.2015), s.8; www.kazanci.com.tr

³²⁷ AKYOL, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), s. 70

³²⁸ ÖZTÜRK, Ortak Girişim ve Uygulanacak Hukuk, s. 28

³²⁹ TEKİNALP/TEKİNALP, Joint Venture, s. 167

³³⁰ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 274; AKYOL, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), s. 72

³³¹ TEKİNALP/TEKİNALP, Joint Venture, s. 167; ALTAY, Equity Joint Ventures, s. 271

³³² KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 27

Türk hukukuna göre temel sözleşme adi ortaklık hükmündedir³³³. Ancak, bir ticaret şirketi kurarak ya da önceden var olan bir ticaret şirketine katılarak da joint venture kurulabilir³³⁴.

c- Uydu sözleşmeler (satelit/tabi sözleşmeler)

Temel sözleşme imzalandıktan sonra, joint venture ile ortakları arasında, joint venture'in amacına ulaşmak üzere faaliyetlerini gerçekleştirebilmesi için bir takım sözleşmeler yapılması ihtiyacı doğmaktadır. Bu sözleşmelere "tabi sözleşmeler" veya temel sözleşmenin etrafında yer almaları nedeniyle "uydu sözleşmeler" denilmektedir³³⁵.

Temel sözleşmedeki uydu sözleşme yapılmasına ilişkin hükümler birer ön sözleşme, diğer bir deyişle sözleşme yapma vaadi³³⁶ niteliğindedir³³⁷. Temel sözleşmedeki bu hükümlerin ön sözleşme niteliğinde olması, joint venture ortaklarının taahhüt etmiş oldukları uydu sözleşmeleri yapma borcu altına girmelerine neden olmaktadır³³⁸. Ön sözleşmenin geçerli sayılabilmesi için kurulacak olan asıl sözleşmenin asli unsurlarını içermesi gerektiğinden³³⁹, temel mutabakattaki hükümlerin de uydu sözleşmeler ile ilgili temel unsurları içermesi gerekir.

Temel mutabakat, joint venture ve uydu sözleşmeler bakımından bir çerçeve niteliğindedir. Uydu sözleşmeler ise, temel sözleşme ile yapılması öngörülen hususların ayrıntılarını düzenleyen hukuki bakımdan bağımsız sözleşmelerdir. Temel sözleşme herhangi bir nedenle geçersiz kılınırsa, joint venture ortağı, joint venture ile yaptığı uydu sözleşmesinin, akdin lüzumlu vasıflarında hata sebebiyle iptalini talep edebilir³⁴⁰.

Bu sözleşmeler genellikle know-how, marka, patent ve lisans teminine ilişkin sözleşmeler, teknoloji transferi, personel temini sözleşmesi, kredi sözleşmesi gibi sözleşmelerdir³⁴¹.

d- Şirket ana sözleşmesi (ortaklık sözleşmesi)

Sermayeye katılmalı joint venture'larda temel sözleşmenin akdedilmesinin ardından taraflar joint venture'in faaliyetlerini yürütmesi için bir ortaklık sözleşmesi

³³³ İMREGÜN, Amerikan Ortaklıklar Hukuku, s. 32

³³⁴ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 271

³³⁵ YILMAZ L., Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmaları, s. 485; DAYINLARLI, Joint Venture, s. 116; KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 47

³³⁶ Ön sözleşme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 20; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, s. 194 vd.; DUMAN, İnşaat Hukuku, s. 110

³³⁷ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 33

³³⁸ Yargıtay 14. HD, 22.02.2006 tarihli ve 2005/9207 E.- 2006/1921 K. sayılı kararında, ön sözleşmenin taraflara asıl sözleşmeyi yapma borcu yüklediğini ve ön sözleşme ile taahhütte bulunan kişinin bu borcunu ifa etmediği takdirde, alacaklının mahkemeye başvurarak borçlunun aynen ifaya mahkum ettirmesini isteyebileceğini hükme bağlamıştır.

³³⁹ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 20; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.04.2010 tarihli ve 2010/15-193 E.-2010/235 K. sayılı kararı (www.kazanci.com)

³⁴⁰ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 33

³⁴¹ ÖZTÜRK, Ortak Girişim ve Uygulanacak Hukuk, s. 28; KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 47; KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 32; DAYINLARLI, Joint Venture, s. 141 vd.

akdederek tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketi kurarlar. Bu ortaklık genellikle anonim şirket şeklinde kurulmaktadır³⁴².

Sermayeye katılmalı joint venture'larda temel sözleşme, devamlılık unsuru taşıyan bir ticari faaliyetin yürütülmesi amacıyla düzenlenmektedir. Faaliyetin devamlılık arz etmesi taraflar arasındaki ilişkinin kurumsallaştırılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, temel sözleşme ile bir ortaklık kurularak söz konusu faaliyetlerin yürütülmesi amaçlanmaktadır³⁴³.

Sermayeye katılmalı joint venture'larda çift katlı bir yapının bulunması bazı yazarlar tarafından "çifte ortaklık" olarak değerlendirilmiştir. Çifte ortaklık, iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin iki ayrı şirket kurduğu ve bunlardan birinin diğer şirketin bağımlı organı olarak çalıştığı bir modeldir³⁴⁴. Sermayeye katılmalı joint venture'da da temel şirket genellikle TBK m. 620 anlamında bir adi ortaklık, organ şirket ise TTK'da sayılan ticaret şirketlerindendir. Ancak, joint venture'ın aksine çifte ortaklıkta bu ikili yapı ekonomik olarak birbirine bağımlıdır. Her ne kadar joint venture'da da yavru ortaklık ve temel sözleşme ile oluşturulan ortaklık arasında bir bütünlük mevcutsa da, yavru ortaklığın tamamen bir organ şirket şeklinde faaliyet gösterdiği söylenemez. Oysa çifte ortaklığa bakıldığında organ şirket tamamen temel ortaklığın ekonomik amacına özgülünmüş, onun yöneticisi, temsilcisi durumundadır³⁴⁵.

2) Hukuki niteliği

a- Sözleşmeye dayalı joint venture'ın hukuki niteliği

Sözleşmeye dayalı joint venture'da ortaklar, müşterek bir amacın gerçekleştirilmesi için ortaklık paylarının ve katkılarının belirtildiği bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelir ve faaliyette bulunurlar. Joint venture'ın bu türünde ortaklar arasındaki ilişki sadece bir Borçlar Hukuku sözleşmesinden ibarettir³⁴⁶. Adi ortaklık niteliğine haiz sözleşmeye dayalı joint venture'ın kurulabilmesi için herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır.

b- Sermayeye katılmalı joint venture'ın hukuki niteliği

Bu tür joint venture'da ortaklar, yine bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmekte, fakat müşterek amaçlarını gerçekleştirebilmek için tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketi de kurmaktadır. Dolayısıyla, sermayeye katılmalı joint venture'ın iki basamaklı bir kuruluş süreci vardır. Temel sözleşme ile kurulan joint venture adi ortaklık niteliğindedir. Temel sözleşmede ortaklık için kurulması düşünülen şirketin niteliği belirtilmiş olabilir. Türk hukukuna göre bu şirketler TTK'da sayılan şirketlerden ibarettir. Ancak, temel sözleşmede kurulacak şirketin türünden

³⁴² KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmeleri, s. 48; BARLAS, Adi Ortaklık, s. 276

³⁴³ TİLE, Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri, Yüksek Lisans Tezi Nisan, 2013, s. 24

³⁴⁴ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 38

³⁴⁵ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 142; TİLE, Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri, Yüksek Lisans Tezi Nisan, 2013, s. 20; Sermayeye dayalı joint venture'ın çifte ortaklık olduğu yönündeki görüş için bkz. KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 38

³⁴⁶ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s. 12

bahsedilmemiş ve sadece ortaklığın temsili, idaresi ve sona erme sebepleri düzenlenmişse bu şirket bir adi şirket niteliğindedir³⁴⁷.

V. Joint Venture'ın İdare ve Temsili

Türk Hukuku bakımından adi ortaklık niteliği taşıması sebebiyle joint venture'ın yönetimi hususunda TBK m. 625 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, yönetim, joint venture sözleşmesi ile veya sonradan ortakların alacağı bir kararla ortaklardan bir veya birkaçına bırakılabileceği gibi, dışarıdan seçilmiş üçüncü bir kişiye de bırakılabilecektir. Böyle bir karar alınmadığı takdirde joint venture ortaklarının hepsi yönetime katılma hakkına sahip olacaktır³⁴⁸.

Joint venture'ın yönetimine ilişkin yetki, amacın gerçekleşmesi için gerekli olan olağan iş ve işlemleri kapsar. Bunların dışında kalan, dava açılması, yeni ortak alınması³⁴⁹, gayrimenkuller üzerinde tasarruf işlemleri yapılması gibi işlemlerin yapılabilmesi için bütün ortakların oy birliği ile karar alması gereklidir³⁵⁰.

Joint venture'ın tüzel kişiliği bulunmadığından hak ehliyeti de söz konusu değildir. Dolayısıyla, joint venture, hukuki işlemlerde taraf sıfatıyla hareket edemez. Bunun sonucu olarak da joint venture'ın davalarda aktif ve pasif taraf ehliyetinin bulunması mümkün değildir³⁵¹. Bu sebeple, joint venture ilişkisi nedeniyle açılacak davalarda davacı sıfatı tüm ortaklara ait olacaktır. Joint venture'a karşı açılacak davalarda ise; davanın tüm ortaklar hasım gösterilerek açılması gerektiği yönünde³⁵², ortakların müteselsil sorumlu olmaları sebebiyle sadece bir veya birkaçına karşı davanın yöneltilmesinin yeterli olacağı yönünde³⁵³ ve adi ortaklığa karşı açılacak davaların konusunun para veya paradan başka bir şey olmasına göre bir ayırım yapılması gerektiği yönünde³⁵⁴ üç görüş vardır³⁵⁵. Kanaatimce, davada taraf olmak joint venture'ın olağan dışı işlerinden olduğundan ortakların birlikte hareket etmelerini gerektirir. Ancak, bu konuda kendisine özel yetki verilmiş bir yönetici ortak veya pilot firma olması halinde, dava konusunun para veya başka bir şey olmasına bakmaya gerek olmadan, joint venture adına tek başına davacı veya davalı olarak gösterilebilmesi gerekmektedir³⁵⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu konuda vermiş olduğu 17.01.1990 tarihli ve 1989/13-457 E.-1990/2 K. sayılı kararında, tek ortak tarafından davanın açılmış olması halinde, iştirak hükümlerinden yararlanılarak davacıya diğer ortakların davaya katılması veya muvafakatının alınıp kendisine temsil yetkisi verilmesini sağlamak üzere süre verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

³⁴⁷ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 32

³⁴⁸ ÖZTÜRK, Ortak Girişim ve Uygulanacak Hukuk, s. 43; Yargıtay 12. HD. 21.06.2011 tarihli ve 2010/31617 E.- 2011/12765 K. sayılı kararı; Yargıtay 14. HD. 4.07.2008 tarihli ve 2008/4589 E.- 2008/8861 K. sayılı kararı

³⁴⁹ Yargıtay 13. HD. 12.05.2003 tarihli ve 2003/1439 E.-2003/5851 K. sayılı kararı

³⁵⁰ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 331; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, s. 233

³⁵¹ Yargıtay 12. HD 27.05.2014 tarih ve 12436/15031 sayılı karar, bkz. DUMAN, İnşaat Hukuku, s. 202

³⁵² KARAYALÇIN Y., Ticaret Hukuku II: Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2009, s. 133; Yargıtay 15. HD. 18.02.2005 tarihli ve 2004/5384 E.- 2005/866 K. sayılı kararı

³⁵³ POROY R./TEKİNALP Ü./ÇAMOĞLU E., Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2003, s. 53

³⁵⁴ KURU B./ARSLAN R./YILMAZ E., Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2011, s. 223-224; Yargıtay 7. HD. 05.06.2013 tarihli ve 2013/14340 E.-2013/10490 K. sayılı kararı

³⁵⁵ KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmeleri, s. 46

³⁵⁶ Bu yönde bkz. Yargıtay 12.HD. 10.02.1986 tarihli ve 1985/7855 E.- 1986/1443 K. sayılı kararı; Yargıtay 13. HD. 17.02.1988 tarihli ve 1987/6728 E.- 1988/838 K. sayılı kararı

Dolayısıyla, temsil yetkisine haiz ortak tarafından açılan davalar ve temsile yetkili ortak hasım gösterilerek açılan davalar bakımından taraf teşkilinin sağlanmış olduğunu söyleyebiliriz.

TBK m. 625/2'ye göre, ortakların tümü veya birkaçı joint venture'ı yönetmek üzere seçilmiş ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir. Ancak, diğer ortakların bu işlemlere itiraz etme hakkı vardır.

TBK m. 629 uyarınca, haklı sebeplerin varlığı halinde idareci ortağın yetkileri, joint venture'ın diğer ortakları tarafından kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir.

TBK m. 630/2-3 hükümlerine göre, joint venture'da yönetme yetkisi bulunmayan bir ortağın ortaklık işlerini görmesi halinde vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır. Yönetici ortaklar, yılda en az bir defa hesap verme yükümlülüğü altındadır.

Kural olarak joint venture'ı yönetmeye yetkili olan kişi veya kişiler, joint venture'ı temsil etmeye de yetkilidir. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlerine ilişkin yetkinin bütün ortakların oybirliği ile verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması gerekir (TBK m. 637/3)³⁵⁷.

Uygulamada joint venture'ın amacına ulaşabilmesi bakımından yapılması gerekli, defterlerin tutulması, yazışmaların yapılması, personel alımı gibi olağan işlerin icrası için ortaklardan birine yetki verildiği görülmekte ve bu ortağa "pilot ortak" adı verilmektedir³⁵⁸.

İnşaat sektöründe ise joint venture'ın idare organına "inşaat komisyonu" denilmektedir. İnşaat komisyonunda ortaklar getirmiş oldukları paylar oranında temsil edilir. Yetkinin belirli bir kişiye devredilmemiş olması halinde şirketi idare yetkisi tüm ortaklar tarafından müştereken kullanılır. Komisyon, yetkilerini çoğunlukla pilot firma aracılığıyla kullanmaktadır. İki'den fazla müteahhitlik firmasının oluşturduğu joint venture'larda ise pilot firmanın yanında teknik yönetim ve mali yönetim gibi birimler oluşturulur³⁵⁹.

Joint venture'larda ortakların yönetime ne ölçüde katıldığı zaman zaman sorun yaratabilmektedir. Bazı joint venture'lar her ortağın aktif olarak katılımını gerektirirken bazıları böyle bir katılım gerektirmeyebilir. Ortaklardan birinin çoğunluk paya sahip olduğu durumlarda küçük ortak, nakit, marka, teknoloji hakkı vs. tedarik ediyor ve günlük kararlar ile bir ilgisi bulunmuyor olabilir. Ancak, yarı yarıya ortaklıklarda veya küçük ortağın alınan her kararda yer almak istemesi durumunda durum karmaşık bir hal alır. Yarı yarıya ortaklıklarda, her ortağın aynı çabayı sarf

³⁵⁷ Yargıtay 12. HD. 21.06.2011 tarihli ve 2010/31617 E.-2011/12765 K. sayılı kararı

³⁵⁸ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 289

³⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 61 vd.

etmesi beklenebilir ya da uluslararası ortaklıklarda basit iletişim problemleri bazı önemli yönetsel sorunlara yol açabilir³⁶⁰.

Şunu belirtmek gerekir ki, joint venture'larda şirketlerin sahip oldukları pay oranları, yönetim kurulundaki temsil oranları ile doğru orantıda olmak zorunda değildir. Dolayısıyla, joint venture'da azınlık paya sahip olan tarafın yönetimde ağırlıklı olarak söz sahibi olması ya da çoğunluk paya sahip olan tarafın yönetimdeki etkisinin daha az olması mümkündür. Ancak uygulamada, tarafların, yönetimde eşit olarak temsil edildiği joint venture'lar tercih edilmektedir³⁶¹.

VI. Joint Venture'da İdareci Ortağın Özen Borcu

Joint venture'da ortakların birbirine karşı sadakat borcu vardır. Bu nedenle ortaklardan her biri kendi işinde gösterdiği dikkat ve özeni joint venture'ın işlerini ifa ederken de göstermelidir. Ortaklar özen borcuna aykırı davrandığı takdirde bundan zarar gören diğer ortakların zararını gidermekle yükümlü olurlar. Özen borcundan, joint venture'ın müşterek amacını gerçekleştirebilmesi için gösterilmesi gereken özen anlaşılır. Ücret almadan joint venture'ı yöneten ortak için özen borcu, kendi işinde göstermekle yükümlü olduğu özen kadardır³⁶². Ücret alanlarda ise bu sorumluluğun derecesi vekil gibidir (TBK m. 628/3, TBK m.506)³⁶³.

TBK m. 506'ya göre, vekil vekalet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil işi başkasına yaptırabilir. Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.

Yönetici ortak, joint venture ortaklarının menfaatlerini korumakla yükümlüdür. Yönetici ortağın göstereceği özenin derecesi tespit edilirken ortağın mesleki bilgisi ve yetenekleri de dikkate alınmalıdır³⁶⁴. Bu bakımdan gösterilecek özenin derecesi subjektifleştirilmiş bir objektif sorumluluk olacaktır³⁶⁵.

Yönetici ortak veya pilot firmanın özen borcunu ihlalinden doğan zararlardan iş sahibine karşı pilot firma ile diğer joint venture ortakları da sorumlu olacaktır. Ancak pilot firma bu zararların doğumunda kusurlu ise iç ilişkide diğer ortakların kendisine

³⁶⁰ KALE, PATIL, HIRAVENNAVAR, KAMANE, Joint venture in construction, s. 64

³⁶¹ OKTAY, Ortak Girişimler, s. 27

³⁶² Yargıtay 13. HD. 07.03.1986 – 1986/386E - 1986/1345K., www.kazanci.com

³⁶³ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 331-332; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, s. 29

³⁶⁴ Örneğin, inşaat sektöründe kurulacak bir joint venture sözleşmesinde pilot firma seçilirken, inşaat sektöründeki tecrübesi, teknik kadrosu, yapmış olduğu inşaat işleri gibi hususlar göz önünde tutulmuşsa, pilot firmanın bu özelliklerini joint venture'ın üstlendiği inşaat işinde göstermesi, inşaat işinin idarecisi ve koordinatörü olarak proje, plan ve inşaatın keşif bedellerinin teknik kurallara uygun olarak hazırlanması ve yapı sahibince veya onun kontrol müşavirliğince onaylanması, proje ve planlar yapı sahibince hazırlanıp verilmişse bunların inşaatın teknik ve sanat kurallarına göre kontrolü ve takibinin mümkün olup olmadığının tespit edilip yapı sahibine bildirmesi, işin süresine uygun iş programı hazırlanarak ödenen avansla gerekli malzemelerin alınması, yapı sahibinin proje değişikliği taleplerinin maliyetinin hesaplanması ve fazla maliyet bedelinin tahsili, uygun malzeme seçimi, yeteri kadar denenmiş ve güvenilir yöntemlerin kullanılması beklenir. Pilot firmanın özen borcu, işin tamamlanıp yapı sahibine teslimine kadar devam eder. Pilot firma özen borcuna aykırı davranışlarından dolayı ortaya çıkan bu tür zararları diğer ortaklara yükleyemez. Bkz. KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s.76-77

³⁶⁵ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 333

karşı rücu imkanı vardır³⁶⁶. TBK m. 628/2'ye göre, joint venture ortağının kendi kusuru ile diğer ortaklara verdiği zararları, joint venture'a diğer işlerde temin ettiği menfaatlerle mahsup etme hakkı yoktur³⁶⁷.

Pilot firma veya yönetici ortağın özen borcunu ihlalinden dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi için³⁶⁸ ;

1. Özen borcuna aykırı davranış,
2. Ortada bu davranıştan kaynaklanan bir zarar,
3. Zarar ile davranış arasında uygun illiyet bağı,
4. Kusurun bulunmadığına dair kurtuluş beyyinesi getirilmemiş olması gerekir³⁶⁹.

TBK m. 147/4³⁷⁰ uyarınca, yönetici ortak veya pilot firmanın vermiş olduğu zararlardan dolayı diğer ortakların alacak hakları 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

VII. Türk Hukuku'nda Joint Venture'a İlişkin Düzenlemeler

1) Kurumlar Vergisi Mevzuatı Bakımından

Türk Hukuku'nda ilk olarak 10.06.1949 tarih ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK)'nda, 12.01.1985 tarih ve 3239 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle getirilen, değişik 1. maddenin 'e' bendinde, kurumlar vergisi mükellefi olarak "iş ortaklığı" deyiimi kullanılmış; bu ortaklığın tanımı ise, aynı kanunun mükerrer 6. maddesinde yapılmıştır.

5520 sayılı KVK³⁷¹ ile 5422 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 5520 sayılı kanunun 1. maddesinin 'd' bendi ve 2. maddesinin 7. fıkrasında iş ortaklıklarına yer verilmiş ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği' nin³⁷² 2.5 no'lu maddesinde iş ortaklıkları yeniden tanımlanmıştır. Buna göre iş ortaklığı; "sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve vakıflara ait işletmelerin kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklar" olarak tanımlanmıştır.

5520 sayılı KVK m. 2/7'ye göre, iş ortaklıklarının kurumlar vergisi mükellefi olması ortakların iradesine bırakılmıştır. Mükellefiyet tesis edilmesini istemeyen iş ortaklıkları, adi ortaklık teşkil edecek ve her ortak yaptığı iş nedeniyle kendi vergi mükellefiyetini yerine getirecektir. Mükellefiyet tesis edilmesini isteyenler ise, tüzel

³⁶⁶ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 75

³⁶⁷ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 333

³⁶⁸ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 79

³⁶⁹ Yargıtay 13. HD. 16.02.1988 – 1988/6808E - 1988/802K.

³⁷⁰ TBK m.147/4, "Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar 5 yıllık zamanaşımına tabidir".

³⁷¹ Bkz. 21.06.2006 tarihli Resmi Gazete.

³⁷² Bkz. 03.04.2007 tarihli Resmi Gazete.

kişiliği olmamasına rağmen bir kurum olarak değerlendirilecek ve ortaklardan birinin gerçek kişi olması, onun kurumlar vergisi mükellefi sayılmasını önlemeyecektir³⁷³.

1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin 2.5.2 maddesinde iş ortaklıklarının kurumlar vergisi mükellefi sayılabilmesi için bazı unsurlar öngörülmüştür. Bunlar:

- Ortaklardan en az birinin kurumlar vergisi mükellefi olması³⁷⁴,
- Ortaklığın belli bir işi sonuçlandırmak üzere yazılı bir sözleşmeyle kurulması,
- İş ortaklığı konusunun belirli bir iş olması,
- Birlikte yapılacak olan işin belli bir süre içinde gerçekleştirilmesinin öngörülmesi,
- İş ortaklığı ile işveren arasında bir yüklenim sözleşmesinin olması,
- Tarafların, müştereken yüklenilen işin belirli bir veya birden fazla bölümünden değil, tamamından işverene karşı sorumlu olmaları,
- İşin bitiminde kazancın paylaşılması,
- Birlikte yapılması öngörülen ve müştereken yüklenilen işin bitimi ve Vergi Usul Kanununda belirtilen mükellefiyetle ilgili ödevlerin tamamının yerine getirilmesiyle mükellefiyetin sona ermesidir.

Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'ne göre, iş ortaklığı sözleşmesi yazılı şekil şartına bağlı kılınmıştır. Kurumlar vergisi mevzuatı bakımından bu bir geçerlilik şartıdır. Ancak, yazılı şekilde yapılmamış olsa dahi iş ortaklığı sözleşmesi borçlar hukuku anlamında geçerli olacaktır³⁷⁵.

Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde işin belirli bir sürede bitirilmesi şart kılınmıştır. Genellikle işin süresi iş ortaklığının süresi ile aynıdır. İş ortaklığının belirsiz bir süre için kurulması mümkün değildir. Süresi biten iş ortaklıklarında ortakların işe devam etmesi yeni bir iş ortaklığı yaratmaz³⁷⁶.

Tebliğe göre, iş ortaklığı ortaklarının, müştereken yüklenilen işin belli bir bölümünden değil de, tamamından işverene karşı sorumlu olmaları, iş ortaklığının nitelendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Buna göre iş ortaklığı, bir

³⁷³ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s. 37

³⁷⁴ KVK'ya göre, sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve vakıflara ait işletmeler ve iş ortaklıkları kurumlar vergisi yükümlüsüdür.

³⁷⁵ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 280; DAYINLARLI, Joint Venture, s.281; TEKİNALP/TEKİNALP, Joint Venture, s. 159

³⁷⁶ DAYINLARLI, Joint Venture, s.284

konsorsiyum değil, salt sözleşmeye dayalı joint venture niteliği taşımaktadır³⁷⁷. Ancak, belirtmek gerekir ki, iş ortaklığı ile joint venture eş anlamlı deyimler olmayıp, joint venture iş ortaklığını da içine alan daha geniş bir kavramdır³⁷⁸.

Sistemimizde iş ortaklığı, önceleri konu bakımından sınırlandırılmış olup, birden fazla takvim yılına yayılmış inşaat, onarım, montaj ve teknik hizmet işine yönelik olmak durumundaydı. Oysa bugün böyle bir sınırlama kalmamış ve iş ortaklıkları her türlü iş için kurulabilir hale gelmiştir³⁷⁹.

Kurumlar Vergisi Genel Tebliği uyarınca gerekli unsurları barındırmayan bir joint venture kurumlar vergisi mükellefi olamayacaktır. Kurumlar vergisi mükellefi olmayan joint venture'lar "adi ortaklıkların vergilendirilmesi" esaslarına göre vergilendirilmektedir³⁸⁰.

2) Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Bakımından

Son yıllarda özellikle inşaat firmalarımızın yurt dışında aldıkları işler itibariyle endüstriyel tesisler, yol, köprü, tünel, petro-kimya tesisleri ve havaalanları gibi ileri düzeyde uzmanlaşma ve teknoloji gerektiren proje türleri artış göstermiştir. Türk firmaları, yerli ve yabancı firmalarla konsorsiyum veya joint venture oluşturmak suretiyle, gerek Türkiye'de gerekse yurtdışında büyük projelerin yatırım ve işletmesini üstlenen firmalar haline gelmişlerdir. Bu sebeple, ülkemizde yabancı yatırımı teşvik etmesi bakımından söz konusu ortaklık modelleri önemli bir rol oynamaktadır.

Ülkemizde doğrudan yabancı yatırımı kolaylaştırmak için bazı tedbirler alınmış, bu bağlamda yabancı sermayeli şirketlerde yabancı sermaye oranında herhangi bir kısıtlama yapılmamış, hükümete bağlı bir üretim planı ya da yerli girdi kullanımı zorunlu kılınmamış, yönetim kadrolarında tabiiyetle ilgili herhangi bir sınırlamaya gidilmemiş, yabancı ortakların döviz şeklinde kar veya sermaye transferi yapmaları mümkün kılınmış, yabancı ortaklar bankalardan kredi çekme ve teşviklerden yararlanma konusunda yerli ortaklarla eş tutulmuştur³⁸¹.

Türk hukukunda yabancı yatırımlara ilişkin yasal düzenlemeler, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu³⁸² (DYYK), bu kanuna dayanılarak çıkarılan Uygulama Yönetmeliği (DYYKUY) ve Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Personelin İstihdamı Hakkında Yönetmelikten oluşmaktadır. Söz konusu mevzuata göre; yabancı yatırımcılar, Türkiye'de bir şirket kurarak veya kurulmuş bir şirkete iştirak ederek yatırımlarını gerçekleştirebilmektedir³⁸³. Buna göre, yabancı yatırımcılar

³⁷⁷ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 287; Kaneti Selim, Vergi Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1989, s.354; ÖNCEL Mualla/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, Genel Vergi Hukuku, 15. Bası, Ankara, 2008, s. 335

³⁷⁸ TEKİNALP G./TEKİNALP Ü., Joint Venture, s. 157; ŞAHİNALP K., Türk Hukukunda Joint Venture'ların Hukuki Yapısı ve Niteliği, s. 483; AKKURT Zülal/AKGÜL Barış, Joint venture ve Konsorsiyumun Türk Hukukundaki Yeri, Yargıtay Dergisi, C.27, Sayı:4, Ekim 2001, s. 733

³⁷⁹ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 280; DAYINLARLI, Joint Venture, s. 285; bkz. 1. Seri nolu KVG m. 2.5.2; 31 Seri nolu KVG m. 1/b-v

³⁸⁰ TİLE, Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri, Yüksek Lisans Tezi Nisan, 2013, s. 70

³⁸¹ OKTAY, Ortak Girişimler, s.58

³⁸² Bkz. 17.06.2003 tarihli Resmi Gazete.

³⁸³ Yabancı Sermaye Çerçeve Karı Hakkında Tebliğ, Sayı: 2, m.2-3 (24.08.1995 tarihli resmi gazete)

TTK'da sayılan ticaret şirketlerinden birini tercih ederek faaliyet gösterebileceği gibi TBK kapsamında bir adi şirket kurarak da faaliyet gösterebilecektir³⁸⁴.

DYYKUY'nin 9. maddesinde, yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketlerin TTK'da düzenlenen şirketler ile TBK'da düzenlenen adi şirket olduğu; konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim (joint venture) gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve TTK'da düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıkların, DYYK uygulaması bakımından adi şirket sayılacağı belirtilmiştir³⁸⁵.

3) Kamu Alımları Mevzuatı Bakımından

Türkiye'de kamu alımlarını düzenleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu³⁸⁶ (KİK)'nin 4. maddesinde ortak girişim, "ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı ve konsorsiyumları ifade eder" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, KİK kapsamında yapılacak bir kamu ihalesine istekli olarak gerçek veya tüzel kişilerin teklif verebilmesi mümkün olduğu gibi, birden fazla gerçek veya tüzel kişinin oluşturduğu ortak girişimlerin de teklif vermeleri mümkündür³⁸⁷.

KİK'in ortak girişimler başlıklı 14. maddesinde ise, ortak girişimlerin birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabileceği belirtilmiştir. İş ortaklığı üyelerinin, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere; konsorsiyum üyelerinin ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaptıkları, iş ortaklığının her türlü ihaleye teklif vermesinin mümkün olduğu, ancak idarelerin, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğinin ihale dokümanında belirtileceği ifade edilmiştir. İş ortaklığı sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları; konsorsiyum sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin belirli kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir.

İhale aşamasında ortak girişim ve konsorsiyumlardan aralarındaki ortaklığı gösteren anlaşma istenir. Bu ortaklık anlaşması uygulama yönetmeliklerinin ekinde "iş ortaklığı beyannamesi" ve "konsorsiyum beyannamesi" adıyla standart form olarak düzenlenmiştir. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir. İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir. KİK bakımından iş ortaklıkları her türlü ihaleye teklif verilmektedir. Ancak, konsorsiyumların hangi ihalelere teklif verebileceklerinin

³⁸⁴ DAYINARLI, Joint Venture, s. 271

³⁸⁵ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s.45-46 (bkz. 20.08.2003 tarihli resmi gazete)

³⁸⁶ Resmi Gazete, 22.01.2002, Sayı: 24648

³⁸⁷ DOĞANYİĞİT Sadettin, Kamu İhalelerinde Ortak Girişim Müessesesi, Mali Hukuk Dergisi, Mart/Nisan 2005, sayı:116, s.94
ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s.112

ihale dokümanlarında belirtileceği şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi halinde konsorsiyumlar ihaleye teklif verebilecektir. Fakat, Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği³⁸⁸’nin 6. maddesinin 6. fıkrasına göre, çerçeve anlaşma ihalelerine konsorsiyumların teklif verebilmesi hiçbir koşulda mümkün değildir³⁸⁹.

KİK’in getirdiği bir başka önemli düzenleme ise, kamu ihalelerine ilişkin uyuşmazlıkların daha hızlı bir şekilde çözümlenebilmesi için tarafların dava açmadan önce şikayet ve itirazın şikayet yollarını tüketmesinin zorunlu kılınmasıdır. İstekli tarafından idareye yapılan başvurular şikayet; Kamu İhale Kurumuna yapılan başvurular ise itirazın şikayettir. İtirazen şikayet üzerine verilen Kurul kararları ilgililerce dava konusu edilebilmektedir³⁹⁰. Bu aşamalardan sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklar ise adli yargıda çözümlenmektedir³⁹¹.

4) Rekabet Hukuku Bakımından

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (RKHK) 07.12.1994 tarihinde kabul edilmiş ve 13.12.1994 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. RKHK’nun kabulünden önce mevzuatımızda bu konuyla ilgili bir düzenleme bulunmamakta, haksız rekabete ilişkin hükümler 6762 sayılı TTK’nun 56. maddesi³⁹² ile 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 48. maddesi³⁹³’nde düzenlenmekteydi.

4054 sayılı RKHK’nun 2. maddesine göre, “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren veya bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar” bu kanun kapsamında sayılmıştır.

Kanunun, birleşme ve devralmaları düzenleyen 7. maddesi³⁹⁴’ne dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ³⁹⁵”de ortak girişimlerden bahsedilmiştir. Tebliğin “birleşme ve devralma sayılan haller” başlıklı 5. maddesinin 3. fıkrasında ortak girişimler devralma işlemi olarak kabul edilmektedir. Hukuki niteliği itibarıyla ortak

³⁸⁸ Bkz. 04.03.2009 tarihli 1. Mükerrer resmi gazete

³⁸⁹ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s.64

³⁹⁰ ÖZTÜRK İlhami, KARYAĞDI Müjgan, Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı ile Tanınan İtirazen Şikayet Hakkı, TBB Dergisi, 2010, sayı: 87, s. 447

³⁹¹ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s.112

³⁹² 6762 sayılı TTK m. 56: “Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir” (6102 sayılı TTK’ nın 54. Maddesine denk gelmektedir).

³⁹³ 818 sayılı BK m. 48: “Yanlış ilanlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir. Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur” (6098 sayılı TBK’ nın 57. Maddesine denk gelmektedir).

³⁹⁴ 4054 sayılı RKHK m.7, “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.”, Resmi Gazete, 13/12/1994, Sayı: 22140

³⁹⁵ Bkz. 07.10.2010 tarihli Resmi Gazete

girişimlerin oluşturulması devralma sayılmasa bile tebliğdeki düzenleme uyarınca, bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirebilmesi koşuluyla ortak girişimler bir devralma işlemi olarak kabul edilmiştir³⁹⁶.

Ortak girişimlerin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesinde üzerinde durulması gereken nokta, ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı mı yoksa azaltıcı mı olduğudur. Başka bir deyişle ortak girişimin konsantrasyona mı yoksa kooperasyona mı sebep olduğunun tespit edilmesi gerekir³⁹⁷.

Konsantrasyon, diğer adıyla yoğunlaşma, ekonomik karar alma gücünün teşebbüsler arasında el değiştirerek belirli merkezlerde yoğunlaşması ve bu durumun, ilgili piyasada rekabet süjelerini azaltacak şekilde yapısal değişikliklere yol açması olarak tanımlanmaktadır. Başka bir ifade ile teşebbüsler arasındaki birlikteliklerin sürekli, bağımsız ve kurumsal nitelik göstermesi ve bunun piyasadaki rekabetin azalması sonucunu doğurması halinde, 7. madde anlamında bir konsantrasyondan bahsetmek mümkündür³⁹⁸.

Yoğunlaşmada bir işletme veya ortaklığa, başka bir ortaklığın çoğunluğuna sahip olma veya tamamen kendi sevk ve yönetimi altına alma ya da çeşitli türdeki borçlar hukuku sözleşmeleriyle onu kısmen veya tamamen yönetme imkânı verilmekte ve bu durum hâkimiyet altındaki işletmelerin hukuken bağımsız olmalarına rağmen ekonomik açıdan bağımlı olmaları sonucunu doğurmaktadır³⁹⁹.

2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde birleşme ve devralma sayılan haller belirtilmiştir. Buna göre,

1. Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da

b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, Kanunun 7. Maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.

2. Kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir

³⁹⁶ ÖZDEMİR/ARAPGİRLİ, Kamu İhale Hukuku, s. 43

³⁹⁷ SANLI Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği (bundan sonra Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler olarak geçecektir), Rekabet Kurumu Yayınları, No: 49, Ankara, 2000, s. 334

³⁹⁸ SANLI, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler, s. 317.

³⁹⁹ TİLE, Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri, Yüksek Lisans Tezi, s. 87

sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.

3. Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının her biri devralan olarak kabul edilir.
4. Şartla bağlanan ya da kısa bir zaman dilimi içerisinde menkul kıymetlerle seri bir şekilde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler, bu madde kapsamında tek bir işlem olarak kabul edilir.

Tebliğde belirtilen şartları taşıyan joint venture'lar yoğunlaşma kapsamına girmekte ve RKHK'nun 7. maddesine göre değerlendirilmektedir.

Ortak girişim sözleşmeleri rekabeti sınırlayıcı olsa dahi bazı durumlarda olumlu etkileri de olabilmektedir. Örneğin, bir yandan rekabeti sınırlayacak sonuçlar doğururken diğer yandan üretimde, dağıtımda, teknolojiye iyileşmeler yaratarak ekonomiye katkı sağlayabilirler. Bu çerçevede RKHK'nun 4. maddesine aykırı bir joint venture sözleşmesinin olumlu yönlerinin bulunduğu ve bu olumlu yönlerinden tüketicinin yararlandığı, bunlara ulaşmak için rekabet sınırlamasının kaçınılmaz olduğu ve ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin devam ettiği durumlarda joint venture'ın yasak kapsamından çıkarılması daha adil ve ekonomik bakımdan yararlı olabilir⁴⁰⁰.

VIII. Örnek Bir Joint Venture Sözleşmesinde Yer Alması Önerilen Hususlar

Çalışmamızda verilen bilgiler kapsamında, bir joint venture sözleşmesinde bulunabilecek hususları şu şekilde sıralayabiliriz:

1) Ortaklar hakkında bilgiler

Ortakların gerçek veya tüzel kişi olmalarına göre, isim veya ticaret unvanları, yerleşim yerleri, merkezleri gibi taraflara dair bilgilere joint venture sözleşmesinde yer verilmelidir.

2) Sözleşmenin konusu ve amacı

Joint venture'ın hangi amaçla kurulduğu ve bu amacı gerçekleştirmek üzere yapılacak işin tanımı ve kapsamı açıkça belirtilmelidir.

3) Joint venture'ın hukuki niteliği

Joint venture'ın hangi türde oluşturulduğu, sözleşmeye dayalı bir joint venture mı yoksa sermayeye katılmalı bir joint venture mı oluşturulmak istendiği hakkında

⁴⁰⁰ KAYIHAN Lerzan, "Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, s. 65

bilgiler sözleşmede yer alabilir. Sermayeye katılmalı joint venture’larda kurulacak yavru şirketin türü belirtilebilir.

4) Ortakların sermaye katkıları

Ortaklardan her birinin joint venture’a getirecekleri sermaye joint venture sözleşmesinde gösterilmelidir. Getirilecek olan sermayenin niteliği, ödeme miktarı ve zamanı gibi hususlar açıkça belirtilmelidir. Örneğin, ortaklardan biri işletmenin kurulacağı arsayı, diğeri ise makine ve teçhizat finansmanını sağlamayı taahhüt edebilir.

5) Uydu sözleşmeler

Ortakların joint venture ile yapmayı taahhüt ettikleri marka, lisans, teknoloji kullanımına yönelik sözleşmelere, joint venture sözleşmesinde yer verilmektedir.

6) Ortaklığın yönetimine ilişkin hükümler

Joint venture’da ortaklığın yönetimi genellikle ortaklardan bir veya birkaçına bırakılmaktadır. Bunun yanı sıra joint venture’ın idaresi, yönetim kurulu veya müdürler kurulu gibi birimlere de bırakılabilir. Pilot firma veya yönetim kurulu üyelerinin nasıl seçileceği, yönetim kuruluna bağlı olarak oluşturulabilecek alt komiteler, toplantıların hangi sıklıkta yapılacağı, yönetici ortakların ücretleri, yönetici ortağın tek başına yapabileceği işlemler, joint venture’ın olağan dışı işlerine ilişkin toplantı ve karar yeter sayıları gibi hususlar sözleşmede gösterilir. Sözleşmede belirtilmediği takdirde adi ortaklık hükümleri uyarınca yönetime tüm ortaklar birlikte katılmaktadır⁴⁰¹.

7) Joint venture’da edinilen mallara ilişkin hükümler

Joint venture’da ortaklığa ait bir malvarlığı yoktur. Ancak joint venture’ın iktisap ettiği veya joint ventura’a devredilen alacaklar ve ayni haklar, temel mutabakat hükümlerine göre iştirak halindeki mülkiyet esasları gereğince ortaklara ait olur. Temel mutabakatta ortakların müşterek mülkiyet esasını tercih etmeleri de mümkündür. Temel mutabakatta böyle bir hüküm öngörülmediği takdirde joint venture ortakları arasında adi şirket hükümleri gereği iştirak halinde mülkiyet geçerli olacaktır⁴⁰².

8) Kar ve zararın paylaşılmasına ilişkin hükümler

TBK m. 623’e göre, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça her ortağın kar ve zarara katılma oranları, getirmiş oldukları sermaye paylarına bakılmaksızın eşit olacaktır. Dolayısıyla bu hususun sözleşme ile belirlenmesi joint venture’ın amacı bakımından

⁴⁰¹ Yargıtay 13.HD 2003/7920 E.-2003/14209 K. Sayılı ve 02.12.2003 tarihli kararında, ortaklığı tek başına temsile yetkili olan idareci ortağın ortaklık işlerinin yürütülmesi ve borçlarının ödenmesi konusunda ortak hesaptan para çekme ve bu yolda vekaletname verme yetkisinin bulunmamasının, joint venture sözleşmesi hükümlerine ve yasa kapsamına aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir. (www.kazanci.com)

⁴⁰² DAYINLARLI, Joint Venture, s. 323

önem arz etmektedir. Tarafların kar veya zarara ilişkin sözleşmeye koymuş oldukları hükümler diğeri için de geçerli olacaktır.

9) Hakların devrine ilişkin hükümler

Ortakların sözleşme ile belirlenen hak ve yükümlülüklerini başka bir şirket veya şahsa devretmesinin mümkün olup olmadığı, böyle bir devir yapılması halinde devreden ve devralanın sorumlulukları, devralanın ortaklık sıfatı kazanıp kazanmayacağı gibi hususlar sözleşmede açıkça belirtilmelidir (TBK m. 632)

10) Tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümler

Joint venture sözleşmesinde tarafların sermaye koyma borcu yanında iş birliği yapma borcu da bulunmaktadır. İş birliği yapma borcu, rekabet etmemek ve müşterek amacın gerçekleşmesini sağlayacak şekilde joint venture kararlarına iştirak etmekten ibarettir⁴⁰³.

11) Denetime ilişkin hükümler

TBK m. 631'e göre, yönetim yetkisi olmasa bile her ortağın ortaklığın işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıtlarını inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkı vardır. Bu hüküm emredici niteliktedir ve aksine yapılacak her türlü sözleşme geçersiz olacaktır. Söz konusu hükme göre, joint venture ortakları da joint venture'ın işlerinin nasıl gittiği hakkında bilgi isteyebilir, defterlerini inceleyebilir, mali durumu hakkında özet çıkarabilir.

12) Anlaşmanın süresi

Sözleşmeye dayalı joint venture'lar genellikle tek bir iş veya kısa süreli taahhütler için tercih edildiğinden söz konusu iş için belirlenen süre sözleşmede belirtilmelidir.

13) Sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümler

Normal şartlar altında joint venture sözleşmesi joint venture'ın amacının gerçekleşmesi ile son bulacaktır. Ancak TBK'nun adi şirkete ilişkin diğer sona erme hallerinin ne şekilde uygulanacağını joint venture sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekir. Joint venture sözleşmelerinde, joint venture'ın yapısı gereği fesih uygun görülmemekte⁴⁰⁴ ise de, tarafların hangi hallerde haklı sebeplere dayanarak feshi ihbar talebinde bulunabileceği, taraflardan birinin ayrılması, iflası, mücbir sebep gibi hallerde diğer ortakların ne şekilde sözleşmeye devam edeceğine dair hususlar sözleşmede kararlaştırılmalıdır.

⁴⁰³ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 102-104

⁴⁰⁴ Özellikle inşaat sektöründeki ortak girişimler, tek iş niteliğindeki inşaat işini üstlenmek ve tamamlamak üzere kurulmuş, geçici nitelikte, süresi belirli ya da belirlenebilir olan adi şirketlerdir. Bu tür adi şirketlerde, şirketin fesih yolu ile sona erdirilmesi hukuken kabul edilmemektedir. Şirket kural olarak sadece gayenin objektif olarak imkansızlaşmış olması halinde hakim kararı ile sona erdirilebilecektir. Bkz. KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 113

14) Kısıtlayıcı hükümler

Gizlilik ve rekabet yasağına ilişkin kısıtlamalar açıkça belirtilmelidir.

15) Uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler

Taraflar sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar konusunda ulusal mahkemeler veya tahkim yolundan hangisini seçeceklerini sözleşmede açıkça belirtmelidir. Tahkim yolunun tercih edilmiş olması halinde, hangi tahkim prosedürünün uygulanacağı, kaç hakem seçileceği, tahkim yeri, tahkim dili, uygulanacak hukuk gibi hususların belirlenmesi gerekmektedir. Taraflar tahkime başvurmadan önce dostane bir çözüm yolu da öngörebilirler. Taraflar uzlaşma gibi dostane bir çözüm yolu öngördüğü takdirde uzlaşmanın sağlanması, aksi halde tahkim yargılamasının başlatılması için kesin bir süre de kararlaştırılmalıdır.

16) Yürürlük maddesi

Sözleşmenin hangi tarihten itibaren yürürlüğe gireceği, yürürlük için özel bir şekil şartı olup olmadığı gibi konular bu maddede belirtilebilir.

IX. Joint Venture’ın Sona Ermesi ve Tasfiyesi

1) Joint venture’ın sona ermesi

Joint venture’ı kuran, onun organizasyon ve işleyişini belirleyen temel mutabakat sözleşmesinde sona erme sebeplerinin, ileride ihtilafa meydan vermemek için açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumda önce TBK m. 639 ve 640’ta düzenlenmiş olan adi şirketin sona erme sebeplerinin, daha sonra da joint venture sözleşmesinde belirlenen sona erme sebeplerinin üzerinde durulması gerekir⁴⁰⁵.

a- Genel olarak adi şirketin sona erme sebepleri⁴⁰⁶

- Şirket akdinde belirlenen gayenin elde edilmesi veya elde edilmesinin imkansız hale gelmesi,
- Mirasçılar ile şirketin devamına dair evvelce yapılmış bir mukavele olmadığı takdirde ortaklardan birinin ölmesi,
- Ortaklardan birinin tasfiyedeki payı hakkında cebri icra takibi yapılması, bir ortağın müflis olması veya hacredilmesi,
- Bütün ortakların karar almaları,
- Şirket için belirlenen sürenin bitmesi,

⁴⁰⁵ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 88-89

⁴⁰⁶ Bkz. 6098 sayılı TBK m. 639 ‘Sona erme sebepleri’.

- Şirket mukavelesinde bu hak muhafaza edildiği veya şirket belirsiz bir süre için veya ortaklardan birinin hayatı müddetince tesis olduğu hallerde bir ortağın feshi ihbar etmesi,
- Haklı sebeplerden dolayı mahkemece fesih kararı verilmesi şeklinde öngörülmüştür⁴⁰⁷.

Adi şirketin sona ermesi ile bunun ilk hukuki sonucu her ortağın şirketin tasfiyesini talep etme hakkının doğması olacaktır⁴⁰⁸.

b- Özel olarak joint venture'in sona erme sebepleri

- Joint venture'in amacına ulaşması ve olağan sona ermesi

Joint venture'in kurulması sırasında ortaklarca güdülen amacın gerçekleşmiş olması halinde joint venture kendiliğinden son bulur. Örneğin, inşaat sektöründe faaliyet gösteren bir joint venture'in, yapı sahibi ile imzaladığı inşaat sözleşmesinin konusu olan inşaat işi bitirilip teslim edilince ortaklık gayesi gerçekleşmiş olduğundan, joint venture sona erecektir. Yani inşaat sözleşmesinin sona ermesi, müteahhitler arasındaki joint venture'ı da doğrudan sona erdirmektedir. Ancak, garanti süresi içinde yapı sahibi tarafından bazı ilave yükümlülüklerin ifası talep edilebilir. Dolayısıyla, eser sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından önemli olan sonucu elde etmek olduğundan ve sonuç da tüm ayrıntıları ve garanti edilen değerlerle ancak işin kesin kabulü ile elde edilmiş olduğundan, joint venture'in işin kesin kabulünden sonra sona ereceğinin söylenmesi daha uygun olacaktır⁴⁰⁹. Bu durumda joint venture ortaklarının müşterek hareket etme ve karşılıklı sadakat yükümlülükleri, garanti süresi içinde doğacak borçların ifasına, yani gayeye kesin olarak ulaşılmasına ve tüm aktif ve pasiflerin sona ermesine kadar fiili olarak devam edecektir⁴¹⁰.

- Joint venture'in haklı sebeplerle sona ermesi

TBK m. 639/7 hükmüne göre, haklı sebeplerin varlığı halinde joint venture ortakları, başka bir koşula gerek kalmadan mahkemeden joint venture'in feshini talep edebilecektir.

TBK m. 629/3'te yönetici ortağın görevini aşırı ölçüde ihmal etmesi veya iyi yönetim için gerekli olan yeteneğini kaybetmesi hali haklı sebep olarak sayılmıştır. Söz konusu maddede belirtilen koşulların mevcut olması durumunda joint venture ortakları mahkeme kararı ile joint venture'ı sona erdirebilirler.

Bunların dışında TTK m. 245'te sayılan haklı sebepler de genel nitelikte olup tüm şirket tiplerine uygulanabilmektedir⁴¹¹. Maddede sayılan haklı sebep halleri:

⁴⁰⁷ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, s.37

⁴⁰⁸ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 91

⁴⁰⁹ DAYINLARLI, Joint Venture, s.341

⁴¹⁰ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 92-93

⁴¹¹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, s.40; DAYINLARLI, Joint Venture, s. 347

- ✓ Bir ortağın şirketin yönetim işlerinde veya hesaplarının çıkarılmasında şirkete ihanet etmiş olması,
- ✓ Bir ortağın kendisine düşen asli görevleri ve borçları yerine getirememiş olması,
- ✓ Bir ortağın kişisel menfaatleri uğruna şirketin ticaret unvanını ya da mallarını kötüye kullanması,
- ✓ Bir ortağın uğradığı sürekli bir hastalık veya diğer bir sebepten dolayı, üstüne aldığı şirketin işlerini yapmak için gerekli olan yeteneği ve ehliyeti kaybetmesidir.

- Joint venture'in ifanın imkansız hale gelmesi sebebiyle sona ermesi

Joint venture ile güdülen amaca herhangi bir sebepten ötürü ulaşmak imkansız hale gelirse joint venture infisah eder. Örneğin, inşaat sektöründe faaliyet gösterecek bir joint venture'in, yapı sahibinin açmış olduğu ihaleyi kazanamaması yani inşaat sözleşmesinin yapılamaması veya politik ve ekonomik sebeplerle joint venture'in üstlendiği işin yapımından vazgeçilmesi halinde, TBK m. 639/1 uyarınca gayenin gerçekleşmesinin imkansız olması sebebiyle joint venture kendiliğinden sona erer⁴¹².

- Joint venture'in ortaklarından birinin ölmesi ile sona ermesi

TBK m. 639/2'ye göre, joint venture sözleşmesinde ortaklardan birinin ölümü halinde şirketin devam edeceğine ilişkin bir düzenleme yoksa joint venture, ortaklardan birinin ölümü ile sona ermekte ve tasfiyeye girmektedir. Joint venture'larda ortaklardan birinin ölümü halinde, ölen ortağın mirasçılarının joint venture'a pay sahibi olarak girebileceği veya ölen ortağın hissesinin doğrudan doğruya mirasçılara intikal edeceği gibi, mirasçılarla şirketin devamını sağlayan kayıtlara temel mutabakatta yer verilmesi gerekir⁴¹³.

- Joint venture'in ortaklarından birinin ödeme güçlüğüne düşmesi nedeniyle sona ermesi

Kural olarak joint venture ortaklarından birinin ödeme güçlüğüne düşmesi veya iflası joint venture'in akdetmiş olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini etkilemez. Bu sözleşmeler, iş sahibi ile diğer joint venture ortakları arasında, bu ortakların söz konusu işi tamamlayabilecek yetenekte olmaları koşulu ile aynen devam eder. Ancak joint venture sözleşmesi bakımından bir ortağın alacaklıları, o ortağın tasfiye payı üzerinde icra takibine kalkıştırlarsa veya ortak iflas ederse TBK m. 639/3⁴¹⁴ uyarınca adi şirket sona erer. Joint venture ortağının tasfiye payı üzerinde alacaklılar tarafından girilmiş olan haciz işleminin kesinleşmesi adi şirketi sona erdirmek için yeterli değildir. Ancak tasfiye sonucunda ortağın tasfiye payının

⁴¹² KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 88; DAYINLARLI, Joint Venture, s. 342

⁴¹³ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 343

⁴¹⁴ TBK m. 639/3, "Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın kısıtlanması, iflası, veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle ortaklık sona erer."

belirlenerek, satış işlemlerinin gerçekleşmesi ile şirket son bulabilir. Joint venture'ın sona ermesini engellemek amacıyla diğer ortaklar ödeme gücü içindeki ortağa yönelik alacaklı taleplerini ödeyerek bu ortağın ortak olarak kalmasını ve şirketin devamını sağlayabilirler⁴¹⁵.

- **Joint venture için belirlenen sürenin dolması ile sona ermesi**

Joint venture belirli bir iş için kurulduğu takdirde bu iş için belirlenen sürenin sonunda kendiliğinden sona erecektir. Uygulamada sözleşmeye dayalı joint venture'lar genellikle belirli süreli işler için oluşturulmaktadır.

- **Joint venture ortaklarının tümünün karar alması ile sona ermesi**

Şirket ilişkisinin iradi bir işlem olması sebebiyle, joint venture ortakları, oybirliği ile alacakları bir kararla ortaklıklarına son verebilirler⁴¹⁶.

2) Joint venture'ın tasfiyesi

Kural olarak joint venture'da ortakların elbirliği ile mülkiyetine tabi bir malvarlığı bulunmadığından tasfiye gündeme gelmeyecektir. Ancak, ortaklık malvarlığının bulunması durumunda TBK hükümlerine göre tasfiye işlemleri gerçekleştirilir⁴¹⁷.

Tasfiye halinde joint venture ortaklar arasında devam eder, ancak bu kez amacı tasfiyeyi gerçekleştirmektir. Bu aşamada, TBK m. 645 uyarınca, ortaklar ile üçüncü şahıslar arasında mevcut olan akdi taahhütlerde herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Bu itibarla ortakların üçüncü kişilere olan müteselsil sorumluluğu devam eder⁴¹⁸.

Tasfiye sırasında halen devam eden askıdaki işlemler ve yükümlülükler, alacaklının onayı ile bir ortak tarafından üstlenilebilir. Şirketin malvarlığından karşılanması gereken borçların kısmen veya tamamen tasfiye sonunda denkleştirilmek kaydıyla, bir ortak tarafından karşılanması kararlaştırılabilir. Özel bir tasfiye şekli de, joint venture'ın aktif ve pasiflerinin sözleşme veya tasfiye sırasındaki bir anlaşma ile bir ortak veya üçüncü bir kişi tarafından devralınmasıdır. Joint venture'ın malvarlığının durumuna göre, devralan tarafından ödenen karşılık, sermaye paylarının iadesinde ve karın dağıtılmasında devralana ödenir⁴¹⁹.

TBK m. 644, tasfiye işlemlerinin yönetici olmayan ortaklar da dahil olmak üzere, bütün ortakların elbirliği ile yapılacağını öngörmüştür. Ancak, maddenin ikinci fıkrasına göre; ortaklar, dilerse tasfiye işlemlerini yürütmesi için bir tasfiye memuru atayabilir veya bu konuda anlaşamamaları halinde hakim tarafından memur atanmasını talep edebilirler.

⁴¹⁵ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 100-101

⁴¹⁶ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, s. 39

⁴¹⁷ BARLAS, Adi Ortaklık, s. 290

⁴¹⁸ DAYINARLI, Joint Venture, s. 350

⁴¹⁹ KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 118

Tasfiye aşamasında joint venture'in mevcut işlerinin tamamlanması yoluna gidilir ve sadece tasfiye amacıyla sınırlı yeni işler alınabilir. Bundan başka ortaklığın mevcutları paraya çevrilir ve alacakları tahsil edilir. Daha sonra joint venture'in üçüncü şahıslara olan borçları ödenir. Joint venture'in mevcutları borçlarını karşılamaya yetmiyorsa zarar etmiş demektir. Bu durumda zarar sözleşmede belirlenen hükümlere göre ortaklar arasında paylaşılır. Joint venture'in mevcudu borçları karşılamaya yetiyorsa o zaman ortakların getirmiş oldukları sermayeleri iade edilir. Bu aşamadan sonra geriye kalan tutar joint venture'in karını oluşturur ve sözleşme hükümleri çerçevesinde ortaklar arasında paylaşılır. Tasfiye işlemleri böylece sona ermiş olur. Ortaklar adına kayıtlı bir ticari işletme varsa ticaret sicilinden sildirilir ve joint venture kesin olarak sona erer⁴²⁰.

TBK m. 642-645 tamamlayıcı nitelikte olduğundan, joint venture sözleşmesinde ortakların şirketin tasfiye düzenini kararlaştırmaları mümkündür.

Özetlemek gerekirse joint venture'in başlıca tasfiye işlemleri sırasıyla⁴²¹;

- Aktif ve pasiflerin tespit edilmesi⁴²²,
- Ortakların alacaklarının tahsili ve borçların ödenmesi
- Ortakların yaptığı masrafların ve verdiği avansların iadesi
- Kar ve zararın paylaşılmasıdır.

TBK m. 147/4' e göre, joint venture ortakları arasındaki karşılıklı alacak talepleri, idareci ortağın sorumluluğundan doğan tazminat davaları, sona erme ve tasfiyeye ilişkin talepler ve davalar doğdukları tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir⁴²³.

⁴²⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Şirketler Hukuku, s. 41

⁴²¹ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 352-353

⁴²² Örneğin, inşaat sektöründe faaliyet gösteren joint venture'ların sona ermesi üzerine mahkemece yapılacak tasfiyede özellikle aktiflerin tespitinde, yapı sahibinden tahsil edilen istihkak ödemeleri ve inşaatın kesin hesabı, joint venture'a ait malzeme, makine, alet ve teçhizatlar hesaba katılmalıdır. Pasiflerin tespitinde ise; joint venture'ın bankalardan kullandığı nakdi ve teminat mektubu kredilerinin faizleri ve anapara, yapı sahibince talep edilen gecikme cezaları ve ayıba karşı tekeffül tazminatları, joint venture personelinin ve üçüncü şahısların joint venture'dan olan alacakları hesaplanmalıdır. KAPLAN, Müşterek İş Ortaklığı, s. 120-121

⁴²³ DAYINLARLI, Joint Venture, s. 354

SONUÇ

Çalışmamızda inşaat sözleşmelerinin genel yapısı ve inşaat hukukunda en sık kullanılan ortaklık türleri olan konsorsiyum ve joint venture hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır.

Inşaat projelerinin yapısı gereği ileri teknoloji ve önemli yatırımlar gerektirmesi, dolayısıyla da büyük riskler taşımaları sebebiyle inşaat sözleşmelerinin yüklenici tarafını çoğu zaman bir joint venture veya konsorsiyum oluşturmaktadır. Özellikle yurtdışı müteahhitlik hizmetlerinde, projelerinin finansmanı, uluslararası ihale prosedürleri, yabancı inşaat pazarlarına giriş engellerinin kaldırılması gibi hususlar bu modeller ile aşılabilmektedir.

Günümüzde siyasi rejimleri, sosyal ve ekonomik yapıları birbirinden ne kadar farklı olursa olsun, çeşitli ülkelerin şirketleri arasında giderek artan sayıda joint venture ve konsorsiyumlar kurulduğu görülmektedir. Ülkemiz de dahil olmak üzere, özellikle gelişmekte olan ülkeler, çeşitli tesis ve işletmeler kurmak amacıyla joint venture veya konsorsiyum modeli çerçevesinde mali, teknik ve ticari imkanlarını birleştirerek ekonomilerine katkı sağlamaktadır.

Gerek Türk hukuku gerekse yabancı hukuk sistemlerinde joint venture ve konsorsiyum kavramları için birçok farklı tanım yapılmıştır. Bazı kaynaklarda bu tabirlerin birbirlerinin yerine kullanıldığı dahi görülmektedir. Bu modelleri birbirinden ayıran en önemli fark ise sorumluluk şekilleridir. Ülkeden ülkeye farklılık gösteren uygulamalar nedeniyle bu kavramlara ilişkin genel geçer bir tanım yapmak mümkün değildir. Ancak, söz konusu modeller için tüm dünyada geçerli olan, akde dayalı olma, konunun sınırlı olması, sorumluluk şekilleri, riskleri paylaşma gibi benzer noktalar birleştirilerek birer tarif oluşturulmaya çalışılmaktadır.

Buna göre joint venture, birbirinden bağımsız, birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla ve müteselsil sorumluluk esasına göre bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmelerini ifade ederken; konsorsiyum ise, kişilerin belirli bir işi veya işler dizisini birlikte gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmeleri ve bunlardan her birinin, diğerlerinden bağımsız olarak, işin sadece bir bölümünün yerine getirilmesini üstlenmesini ifade etmektedir. Görüldüğü gibi birbirine çok benzer olan bu kavramları ayıran en önemli fark ortakların sorumluluğu ve kazancın paylaşılması bakımındandır.

Bunun yanı sıra, hukukumuzda ve özellikle yargı kararlarında joint venture'ın iş ortaklığı, müteahhitler konsorsiyumu gibi farklı isimlerle ifade edildiği de görülmektedir. Aralarında farklılıklar olan bu kavramların gerek Kamu İhlale Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği gibi yasal düzenlemelerde gerekse yargı kararlarında birbirleri yerine kullanılıyor olması karmaşaya yol açmaktadır. Çalışmamızın hazırlanması aşamasında yararlanılan bazı kaynaklarda da bu kavramların birbirinin yerine geçecek şekilde kullanıldığı görülmüştür. Dolayısıyla bu kavramların sınırlarının iyi bir şekilde belirlenmesi, kavram karmaşasının giderilmesi bakımından faydalı olacaktır.

Türk hukukunda joint venture ve konsorsiyumlar, Türk Borçlar Kanunu'nun adi şirket hükümlerine tabi tutulmuştur. Uygulanan hükümler zaman zaman bu oluşumlara yetersiz kalabilmekte ya da joint venture veya konsorsiyumun esaslı noktalarıyla örtüşmeyebilmektedir. Özellikle joint venture'in idare ve temsili bölümünde değindiğimiz, adi ortaklıkların taraf ehliyeti olmaması sorununa sıkça rastlanmaktadır. Dolayısıyla uygulamada çok fazla tercih edilen bu modellerin, tarafları, vergilendirilmesi, temsili, sona ermesi gibi tüm ayrıntılarının yer aldığı ayrı bir hukuki düzenlemenin yapılmasında fayda olacaktır.

Uygulamada çok fazla tercih edilen bu modeller birtakım problemleri de beraberinde getirebilmektedir. Örneğin, joint venture açısından ortakların ne şekilde ve yapılan faaliyete ne ölçüde katıldığı zaman zaman sorun yaratabilmektedir. Bazı joint venture'lar her ortağın aktif olarak katılımını gerektirirken bazıları böyle bir katılım gerektirmeyebilir. Ortaklardan birinin çoğunluk paya sahip olduğu durumlarda küçük ortak, nakit, marka, teknoloji hakkı gibi unsurları tedarik ediyor ve günlük kararlar ile bir ilgisi bulunmuyor olabilir. Ancak, yarı yarıya ortaklıklarda veya küçük ortağın alınan her kararda yer almak istemesi durumunda durum zorlaşmaktadır. Yarı yarıya ortaklıklarda, her ortağın aynı çabayı sarf etmesi beklenebilmekte ya da uluslararası ortaklıklarda basit iletişim problemleri bazı önemli yönetsel sorunlara yol açabilmektedir. Dolayısıyla, bu tür problemlerin önüne geçilebilmesi bakımından, joint venture sözleşmesi hazırlanırken tarafların yapacağı işler, beklentileri ve yükümlülükleri çok iyi tanımlanmalıdır.

Joint venture ve konsorsiyum konusunda önem arz eden bir diğer nokta da uyuşmazlıkların mümkün olduğunca hızlı bir şekilde sonuçlandırılabilmesidir. Özellikle inşaat sektöründe, uyuşmazlığın çıktığı anda çözümlenebilmesini temin edebilecek alternatif çözüm yöntemlerine uluslararası inşaat sanayinin ihtiyacı bulunmaktadır. Bu bakımdan tarafların inşaat alanında akdetmeyi düşündüğü sözleşmelerde "uyuşmazlık kurulları"na yer vermeleri uygulama açısından faydalı olacaktır.

Joint venture veya konsorsiyum oluşturarak yurt dışı müteahhitlik hizmetlerine girme konusunda, finansman bulma, dış pazarlar hakkında bilgi edinme zorluğu, yatırımların karşılıklı teşviki ve vergilendirmesi hususlarındaki yasal düzenlemelerin yetersizliği, yeterli teknik bilgi ve tecrübeye sahip olmayan firmaların yaptığı işler, politik ve hukuki faktörler nedeniyle firmaların birbirlerine duyduğu güvensizlik gibi sorunlarla karşılaşmaktadır. Bütün bu engellerin kaldırılabilmesi bakımından gerek ulusal gerekse uluslararası hukuki düzenlemelerin daha ayrıntılı bir şekilde yapılması, uluslararası düzenlemelerin tüm ülkeler tarafından iç hukuklarına aktararak bu konuda dünya çapında bir standart oluşturulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKKURT Zülal - AKGÜL Barış, Joint venture ve Konsorsiyumun Türk Hukukundaki Yeri, Yargıtay Dergisi, C.27, Sayı:4, Ekim 2001
- AKYOL Şener, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) II. Fasikül: Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 1997.
- ALTAY Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, Doktora Tezi, 2007
- ALTAY Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), İstanbul, 2009.
- ANSAY Tuğrul, Anonim Şirketler, Konsantrasyon ve Küçük Pay Sahibi, Kitap İncelemesi, AÜHF Dergisi, C.26, Sayı:1, 1969 (s. 377-390)
- ARAL/AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara, 2012
- ARSLANLI Halil, Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, İstanbul, 1960
- AYTAÇ Zühtü, Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünümü, Batider, C. VIII, 1976
- BAKER Ellis,
MELLORS Ben,
CHALMERS Scott,
LAVERS Anthony, FIDIC CONTRACTS: LAW AND PRACTICE, 5. Edition, Informa Law From Routledge, Oxon, 2009.
- BARLAS Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- BAŞARA TURAN Gamze, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi, Çankaya University Journal of Law, 7/1, Mayıs 2010
- BİLGİLİ Fatih,
DEMİRKAPI Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Dora Basım Yayın Ltd. Şti., Bursa, 2013.

- BOYACIOĞLU Cumhur, Konzern Kavramı, Ankara, 2006.
- BRUNER L. Philip, Construction Mediation: Pick a Mediator With Experience in Dealing With Construction Industry Participants' Differences in Outlook, Jams Global Construction Solutions, Fall 2012, www.jamsinternational.com
- BUZ Vedat, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı:1-2, Prof. Dr. İlhan Öztrak' a Armağan, 1994.
- ÇEKER Mustafa, Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni, BATİDER, C. XVIII, 1996.
- DAYINLARLI Kemal, İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, 1. Baskı, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 1998.
- DAYINLARLI Kemal, Joint Venture Sözleşmeleri, 3. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., Ankara, 2007.
- DIKMEN, BIRGONUL, Effects of Host Country and Project Conditions in International Construction Joint Ventures, International Journal of Project Management, Vol.25 (8), Pergamon, 2007.
- DOĞANYİĞİT Sadettin, Kamu İhalelerinde Ortak Girişim Müessesesi, Mali Hukuk Dergisi, Mart/Nisan, 2005, sayı:116.
- DORGAN Carrol, The ICC's New Dispute Board Rules, The International Construction Law Review, Paris, 2005
- DUNHAM Philip, GREENBERG Simon, Balancing Sovereignty and The Contractor's Rights in International Construction Arbitrations Involving State Entities, The International Construction Law Review, 2006.
- EKŞİ Nuray, FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 2015, Cilt 4, Sayı 1
- ELLISON Julian, KLING Edward, Joint Ventures in Europe, 2. Edition Butterworths, London, 1997.

- EREN Fikret, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer, 1996), 2. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1996.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 2012.
- ERTEN M. Ali, Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşaa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2000.
- FEYZİOĞLU Necmeddin Feyzi, Borçlar Hukuku, Cilt I Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.
- FRIEDMANN Wolfgang, BEGUIN Jean Pierre, Joint International Business in Devolving Countries, New York and London, 1971.
- GERINGER J. Michael, Strategic Determinants of Partner Selection Criteria in International Joint Ventures, Journal of International Business Studies, C.22, sayı:1, 1991.
- GÜRCANLI E./MÜNGEN U., İnşaat Sektöründe Ortak Girişimler Üzerine Bir Araştırma, İnşaat Mühendisleri Odası, 2. Yapı İşletmesi Kongresi, İzmir, Haziran 2000
- HALL Geoffry,HAZELTON William, TEDFORD Bryan, Global Construction: International Opportunities, Local Risks, Building a Multinational Program For Contractors, ACEGROUP, Philadelphia/US, June 2014, www.acegroup.com/us
- HEWITT Ian, Joint Ventures, London, 1997.
- İMREGÜN Oğuz, Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul, 1963.
- KALE, PATIL, HIRAVENNAVAR, KAMANE, Joint venture in construction industry, IOSR Journal of Mechanical&Civil Engineering, ISSN: 2278-1684, (60-65) www.iosrjournals.org
- KANETİ Selim, Vergi Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1989

KANIT Recep,	İnşaat Sektöründe İş Almanın Yöntemi, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005.
KANTAROĞLU Berna,	Türk Yüklenicilerinin Oluşturduğu Uluslararası Joint Venture'larda Ortaklık Nedeniyle Oluşan Riskler ve Çözüm Stratejileri, Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2008
KAPLAN İbrahim,	İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 18-19 Mart 1996, 3. Tıpkı Basım.
KAPLAN İbrahim,	İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
KARAYALÇIN Yaşar,	Ticaret Hukuku Dersleri, Şirketler Hukuku, Giriş-Şahıs Şirketleri, Ankara, 1965.
KARAYALÇIN Yaşar,	Ticaret Hukuku II: Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2009.
KAYAR M. Akif,	Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu Yayın no:0132, ISBN: 975-8301-83-7, Ankara, Temmuz 2003
KAYIHAN Lerzan,	Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003
KOCAAĞA Köksal,	İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
KOCH Christopher,	The New Dispute Board Rules of the ICC, ASA BULLETIN 1/2005 (MARS)
KOGUT Bruce, SINGH Harbir	The Effect Of National Culture On The Choice Of Entry Mode, Journal of International Business Studies, No:19, 1988.
KORKUT Ömer,	Türk Hukuku Bakımından Joint Venture ve Konsorsiyumun Hukuki Niteliği, www.omerorkut.gen.tr

- KOSTAKOĞLU Cengiz, İċtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 7. Baskı, Beta Basım A.ř., İstanbul, 2010.
- KÖKSAL Tunay, Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- KÖKSAL Tunay, Yurtdışı Müteahhitlik Hizmetleri Sektöründe Kullanılan Çeşitli Uluslararası İş Ortaklığı Modellerinin Hukuki Çerçevesi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 1, sayı:20, 2010.
- KÖKSAL Tunay, Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları, AİBÜ SBE Dergisi, 2010/1, sayı: 20
- KÖKSAL Tunay, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci, TBB Dergisi, sayı 109, 2013.
- KURU B./ARSLAN R./YILMAZ E., Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2011
- MINJA S.J., KIKWASI G.J., THWALA W.D., A Study of Joint Venture Formation Between Construction Organizations in Tanzania, Australasian Journal of Construction Economics and Building, Conference Series 1, 2012.
- MOHAMED Sherif, Performance in International Construction Joint Ventures: Modeling Perspective, Journal of Construction Engineering and Management, November/December, 2003
- MOROĞLU Erdoğan, Oy Sözleşmeleri, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- NOMER Ergin, EKŞİ Nuray, GELGEL Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 4.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.ř. İstanbul, 2013.
- NORWOOD and MANSFIELD, Joint Venture Issues Concerning European And Asian Construction Markets of the 1990's, International Journal of Project Management, Vol. 17, No.2, 1990.
- OKTAY Müjde, Şirketler İçin Sinerjik Bir İşbirliği Yolu Ortak Girişimler, İstanbul Sanayi Odası Gümrük Birliği Danışma Ofisi, Yayın No: 1997-6, İstanbul, 1997.

OZORHON, ARDITI,
JAMIL M., MUFTI N. Ahmad,
KHAN A. Hassan,

Risk Identification for International Joint Venture Construction Projects, First International Conference on Construction in Developing Countries, Advancing and Integrating Construction Education, Research & Practice, August 4-5, Karachi, Pakistan, 2008.

ÖCAL Mehmet Emin,

Yapı Projelerinin Yönetiminde Proje+Teknik Şartname+Sözleşme, Teknik Yayınevi, Ankara, 2010.

ÖNCEL Mualla,
KUMRULU Ahmet,
ÇAĞAN Nami,

Genel Vergi Hukuku, 15. Bası, Ankara, 2008

ÖZ Turgut,

İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayıncılık, İstanbul, 2006.

ÖZDEMİR Erkan,
ARAPGİRLİ Murat,

Kamu İhale Hukukunda Ortak Girişim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

ÖZER Serhat,

İnşaat Sözleşmelerinden Doğabilecek Uyuşmazlıkların Alternatif Hukuki Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ÖMER Özkan,

Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar, Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, ISSN:1694-528X, Sayı:4, Celalabat- Kırgızistan, Ekim 2004

ÖZSUNAY Ergun,

Kartel Hukuku, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.

ÖZTÜRK İlhami,
KARYAĞDI Müjgan,

Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı ile Tanınan İtirazen Şikayet Hakkı, TBB Dergisi, 2010, sayı: 87

ÖZTÜRK Pınar,

Ortak Girişim ve Uygulanacak Hukuk, Beta Yayınları, 1. Basım, İstanbul, 2001.

POROY Reha, ÇAMOĞLU Ersin,
TEKİNALP Ünal,

Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım, 9. Baskı, İstanbul, 2003.

- REİSOĞLU Safa,
Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2006.
- RYAN M. Judith,
Be an Expert With Experts, Jams Global Construction Solutions, Winter 2013, www.jamsinternational.com
- SCHNEIDER Michael,
VULLIETY Jean-Paul,
OLSBURG Carolyn,
International Joint Ventures, International Trade Centre, International Trade Forum, Issue: 4/2002, www.tradeforum.org.
- SWEET Justin,
Dispute Resolution: Reasons for Construction Disputes, Jams Global Construction Solutions, Fall 2011, www.jamsinternational.com
- ŞAHİN Turan,
Konsorsiyum Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı:92, Ocak-Şubat, 2011.
- ŞAHİNALP Kaan,
Türk Hukukunda Joint Venture'ların Hukuki Yapısı ve Niteliği ile Joint Venture'larda Karşılaşılan Sorunlar, Yargıtay Dergisi, C.27, Sayı:3, Temmuz 2001
- ŞANLI Cemal,
Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986
- ŞANLI Cemal,
Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.
- ŞENER Oruç Hami,
Adi Ortaklık, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- ŞEREMET Melis,
İnşaat Sözleşmeleri ve "FIDIC", İstanbul Barosu Dergisi, C.80, Sayı: 4, Yıl 2006.
- TANDOĞAN Haluk,
Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture), BATIDER, sayı 3-4, 1986.
- TEKİL Fahiman,
Adi, Kollektif Ve Komandit Şirketler Hukuku, İstanbul, 1996
- TEKİNALP Gülören/TEKİNALP Ünal,
Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın' a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1989 (143- 176).

TİLE Latif,	Türk Hukukunda Joint Venture Düzenlemeleri, Yüksek Lisans Tezi Nisan, 2013
TUZLUOĞLU Ecehan,	Ortak Girişimlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010
UĞUR L.Onur,	İnşaat Sektöründe Riskler ve Risk Yönetimi, Türkiye Müteahhitler Birliği Yayını, Ankara, 2006
ULAŞ Dilber,	Uluslararası Pazarlara Giriş Stratejisi Olarak Ortak Girişimler ve Türkiye’de Uygulamaları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
YILMAZ A. Lerzan,	Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, Prof. Dr. Mahmut Belik’e Armağan, İstanbul, 1990
ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,	Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara, 2010