

KONSORSİYUM SÖZLEŞMESİ

CONSORTIUM CONTRACT

Turan ŞAHİN*

Özet: İçerisinde bulunduğumuz yüzyılda teknolojiadaki hızlı gelişmeler ve modernleşme doğrultusunda otoyollar, hızlı raylı sistemler, devasa havaalanları, barajlar vb. yatırımların icrası söz konusu olmaktadır. Ancak bu ve benzer yatırımların tek bir kişi veya şirket tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olamamaktadır. Anılan bu yatırımların yapılması çok büyük ekonomik gücü gerektirdiği gibi teknik bilgi ve uzmanlığı da gerektirmektedir. Bu bağlamda kişi veya şirketler bir ortaklık kurmak ve riski paylaşmak suretiyle yükledikleri işin üstesinden gelmektedirler. Bu noktada kurulan ortaklıklar hukuk literatürüne konsorsiyum ve Joint Venture kurumlarını kazandırmıştır.

Anahtar Sözcükler: Konsorsiyum, joint Venture, konsorsiyum lideri, adi ortaklık, müteselsil sorumluluk.

Abstract: Within the century in the line with rapid developments in technology and modernization, execution of investments in highways, rapid rail systems, huge airports, dams, etc. are concerned. However, these and similar investments are impossible to be achieved by one person or company. These investments in question require the enormous economic power as well as technical knowledge and expertise. In this context, people or companies can overcome the work that they undertake by establishing a partnership and sharing risk. Thereby the concepts of consortium and joint venture have been prescribed by law in accordance with those partnerships.

* Turan Şahin, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

Keywords: Consortium, joint venture, consortium leader, ordinary partnership, successive responsibilities.

GİRİŞ

Hukukumuzda ayrıntılı bir biçimde düzenleme alanı bulmayan konsorsiyumlar, konsorsiyum sözleşmesi ile kurulmaktadır. Konsorsiyum sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda düzenlenmediği için isimsiz bir sözleşmedir. Bu çalışmada konsorsiyum sözleşmesinin tanımı, türleri ve özellikleri üzerinde durulduktan sonra konsorsiyumlarda adi ortaklık ilişkisinin varlığı incelenecektir. Daha sonra konsorsiyum ile çoğu zaman aynı müessese olduğu ileri sürülen Joint Venture'ın karşılaştırması yapılacaktır. Bunlardan başka konsorsiyum sözleşmesinde bulunan unsurlara değinilecek ve konsorsiyum sözleşmesinde tarafların sorumluluklarının neler olduğu değerlendirilecektir. Son olarak ise konsorsiyum sözleşmesinin sona ermesi incelenecektir.

I. KONSORSİYUM SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı

Konsorsiyum kelimesi köken itibariyle latinedeki '*consortium*' veya '*consortio*' kelimelerinden gelmekte olup birlik, katılım, ortak mülkiyet gibi anlamlara gelen bir kavramdır.¹ Konsorsiyum, iki veya daha çok gerçek ya da tüzel kişiden her birinin belli bir işi yapmak maksadı ile ortaklaşa taahhüt etmiş oldukları işin bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu diğerlerinden bağımsız olarak yüklenmek suretiyle katkılarını birleştirmeleridir.² Bir başka tanıma göre³ konsorsiyum belirli bir veya birkaç ticari işi gerçekleştirmek ve bun-

¹ Acar Hakan, *İnşaat Sektöründe Konsorsiyum Sözleşmeleri*, Doktora Tezi, İstanbul 2000, s. 7.

² Tekinalp Gülören / Tekinalp Ünal, "Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 162; Korkut Ömer, "Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı, *Legal Hukuk Dergisi*, Nisan 2007, s. 1164.

³ Kaplan İbrahim, *İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture*, Ankara 2007, s. 37; Yapılan bu tanım konsorsiyumu ticari işlere özgü kılması ve kazanç elde etme amacına yer vermesi bakımından hatalıdır. Çünkü bu unsurlar bütün konsorsiyumlar açısından örneğin oy konsorsiyumları açısından söz konusu değildir (Barlas Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, İstanbul 1998, s. 174).

dan kazanç elde etmek için birden fazla teşebbüsün meydana getirdiği, adi şirket niteliğinde akdi bir birleşmedir.

Konsorsiyumda her gerçek veya tüzel kişi yüklenilen işin sadece bir bölümünün yerine getirilmesinden sorumludur. Örneğin bir havaalanı inşasını yüklenmek isteyen üç şirketten birisi havaalanı binasının yapımı, diğeri havaalanı içerisindeki yolların yapımı bir diğeri ise altyapının yapılması konusunda uzmandırlar. Bu üç şirket havaalanı ihalesini açan kurum ile yapacakları sözleşmede her biri işin kendi uzmanlık alanını ilgilendiren kısmı açısından taahhüt altına girerler ve yalnızca o kısmın sorumluluğunu üstlenirler. Bu üç şirket tek başlarına bir varlık gösteremeyecekleri için, kendi aralarında yaptıkları konsorsiyum sözleşmesi ile bir araya gelerek bir grup oluştururlar ve ihaleye grup olarak katılırlar. Anılan bu üç şirket arasındaki ilişki ise konsorsiyum teşkil eder.

Konsorsiyumlar hukukumuzda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş değildir. Ancak yürürlükten kaldırılan eski 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 38. maddesinde bend 4 ve 5/a hükümlerinde bankalarca "...konsorsiyum şeklinde verilecek teminat mektupları..."ndan bahsedilmiştir. Ancak söz konusu kanunu ilga eden gerek 4389 sayılı Bankalar Kanunu gerekse bu kanunu da ilga eden 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda bu konuya ilişkin bir hüküm söz konusu değildir. Bunun yanında iş ortaklıklarına ilişkin kurallar içeren 31 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin 1. maddesinin (b) bendinin 2. fıkrası hükmünde konsorsiyum bahsi yer almaktadır. Bu hükme göre; *"her ortağın işin belli bir bölümünün yapımını taahhüt ettiği konsorsiyumlar, iş ortaklığı tanımı dışında kalmaktadır. Bu tür ortaklıklarda (konsorsiyum) her bir ortağın yapacağı işin taahhüt sözleşmesinde açıkça belirtilmesi zorunludur. Ancak taahhüt sözleşmesinde belirtilmemekle beraber, ortakların kendi aralarında yapacakları mukavele ile her bir ortağın yükleneceği işin belirlenmesi ve işveren idarece de bu mukavelelerin kabulü halinde iş ortaklığı söz konusu olmayacak, bu tür ortaklık konsorsiyum olarak adlandırılacaktır."*

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde ortak girişimin, ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları ifade ettiğine ilişkin bir düzenleme söz konusudur. Yine aynı Kanun'un 14. maddesinde de konsorsiyum üyelerinin hak ve sorum-

luluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımları yapmak üzere ortaklık yaptıklarından bahsedilmektedir.

B. Özellikleri

Hukukumuzda açık bir biçimde düzenleme alanı bulmayan konsorsiyum ilişkisinin temel özellikleri olarak şunlar söylenebilir. İlk olarak konsorsiyum ilişkisi bir sözleşmeye (konsortialvertrag) dayanır. Bu sözleşmenin tarafları gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Konsorsiyum sözleşmesinin tarafı olacak olanların tacir olması zorunluluğu yoktur.⁴

Konsorsiyum sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda açık bir biçimde düzenlenmediği için isimsiz bir sözleşmedir. Konsorsiyum sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir. Sözleşme yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir. Ancak yapılacak olan işlerin ekonomik açıdan büyüklüğü dikkate alınırsa sözleşmenin uygulamada sözlü olarak yapılmasına pek de rastlanılamayacaktır. Konsorsiyumda ortak amaç esas olarak iktisadi niteliktedir. Bununla beraber amacın yalnızca kazanç elde etmek olması ve bunun paylaşımına dönük olması şart değildir. Nitekim oy konsorsiyumlarında durum böyledir.⁵

Konsorsiyum belirli bir veya birkaç iş için oluşturulur. Bu bağlamda konsorsiyumun amacı mahiyet itibariyle süreklilik arz etmemektedir.⁶ Bu noktada konsorsiyuma geçici ortaklık da denilebilir.⁷ Ancak bazen nadiren de olsa amaç süreklilik arz edebilir. Örneğin süre veya toplantı bazında sınırlama olmaksızın belirli bir konuda daima aynı yönde oy kullanmanın kararlaştırıldığı oy konsorsiyumlarında durum böyledir.⁸

⁴ Barlas, s. 176.

⁵ Barlas, s. 176.

⁶ Kaplan, s. 20; Aksoy Mehmet Ali, *Ortak Girişimler ve Konsorsiyum Sözleşmeleri*, YLT, Ankara 2005, s. 69.

⁷ Barlas, s. 176.

⁸ Barlas, s. 177; Ancak bu tarz bir konsorsiyumda da (daima aynı yönde oy kullanılmasına ilişkin konsorsiyumda) kişi özgürlüğü hukuka aykırı bir şekilde sınırlandırıldığı gerekçesiyle sözleşmenin butlanla batıl olması ve geçersizliği gündeme gelebilecektir.

Kurulan konsorsiyumun işlerini sevk ve idare yetkisi, sözleşme veya karar ile konsorsiyum ilişkisine katılan ortaklardan birine bırakılır ki bu ortağa konsorsiyum lideri (konsortialführer) denir. Bu konsorsiyum lideri yönetim yetkisinin yegane sahibidir. Konsorsiyumu oluşturan diğer ortakların yönetime doğrudan katılma ve müdahalede bulunma hakları söz konusu değildir. Bununla birlikte yönetim yetkisinin aynı anda birden fazla ortağa verilmesi de mümkündür. Bu halde ortaya 'eş liderlik' çıkmaktadır.⁹

Konsorsiyumu temsil yetkisi konsorsiyum liderine aittir. Liderin bu temsil yetkisini icra biçimi, konsorsiyumun ne tarzda yapılandırıldığına bağlıdır. Konsorsiyum bir dış ortaklık biçiminde yapılmış ise lider, konsorsiyumun diğer üyeleri adına ve hesabına hareket eder. Böylelikle konsorsiyumun varlığı ve işlemin konsorsiyum ile yapıldığı üçüncü kişiler nezdinde de bilinir. Buna karşılık konsorsiyum sadece bir iç ortaklık ilişkisi biçiminde ise ki bu çok nadir bir durumdur, o halde lider dışa karşı işlemi kendi adına fakat iç ilişkide konsorsiyum hesabına gerçekleştirir (dolaylı temsil); bu halde işlemde doğan hak ve borçlar ilk etapta ve doğrudan doğruya liderin üzerinde doğar.¹⁰

Konsorsiyumda çoğu kez ortakların birlikte (paylı veya elbirliğiyle) mülkiyetine tabi bir ortaklık malvarlığı bulunmaz. Konsorsiyum ortakları, işleme konu ekonomik değerler (örneğin, kredi konsorsiyumlarında borçluya karşı doğan kredi alacağı; emisyon konsorsiyumlarında pazarlanan kıymetli evrak) üzerinde kendi payları oranında bireysel mülkiyet hakkına sahiptirler.¹¹

İfade edilen bu bilgiler ışığında konsorsiyumun ayırıcı ve en önemli özelliğinin konsorsiyumun belirli bir veya birkaç iş için kurulması ve mahiyet itibarıyla süreklilik arz etmemesi söylenebilir.

C. Türleri

Konsorsiyum, geçici ortaklık karakterinin ve günümüzün oldukça zengin çeşitliliğe sahip ekonomik, ticari ve mali ilişkilerinin etkisiyle

⁹ Barlas, s. 177.

¹⁰ Kohler, s. 92 (Barlas, s. 178'den naklen).

¹¹ Fischer, s. 180 (Barlas, s. 179'dan naklen).

çok çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Bu açıdan konsorsiyumun türlerini tümüyle ortaya koymak ve sınırlandırmak mümkün olmamaktadır. Bununla beraber uygulamada sıkça rastlanan ve artık bir 'tip' halinde özel olarak ele alınan konsorsiyum ilişkileri de mevcuttur. Bunlardan bir tanesi emisyon konsorsiyumlarıdır. Emisyon konsorsiyumlarında, bir kuruluşun (çoğu kez anonim şirketin) ihraç edeceği hisse senedi ve tahvillerin sadece tedavüle çıkarılması ya da hem tedavülünün sağlanıp hem de bizzat konsorsiyumca üstlenilerek üçüncü kişilere plase edilmesi amacıyla bankaların bir sözleşme ile bir araya gelmeleri söz konusudur.¹²

Konsorsiyumun bir diğer türü kredi konsorsiyumlarıdır. Bu tür konsorsiyumlarda büyük bir kredinin birden fazla banka tarafından birlikte temini amaçlanır. Kredi konsorsiyumlarının normal halinde konsorsiyum lideri, kredinin tamamını kredi kullanıcısına kendisi vermekte ve kredi geri ödemesini de yalnızca kendisi tahsil etmektedir. Ancak gerek tahsis olunan kredi tutarını gerekse kredi kullanıcısının yaptığı kredi geri ödemesini iç ilişkide diğer konsorsiyum ortakları ile paylaşır. Bu şekilde risk dağıtılmış olmaktadır. Bu çeşit kredilere gerçek konsorsiyal kredi denir.¹³ Buna karşılık gerçek olmayan konsorsiyal kredide konsorsiyum ortakları, konsorsiyum sözleşmesine göre kendi paylarına düşen oranda krediyi eş içerikli ama birbirlerinden bağımsız sözleşmelerle ile kredi kullanıcısına vermekteler ve bu orana karşılık gelen kredi geri ödemesini de kendileri tahsil etmektedirler. Bu durumda konsorsiyum liderinin görevi kredinin teminini ve geri ödemesini denetlemekten ibarettir.¹⁴

Bir başka konsorsiyum türü ise oy konsorsiyumlarıdır. Oy konsorsiyumlarında bir ortaklığın pay sahipleri müşterek bir amaca ulaşmak için oy haklarını belirli bir yönde kullanmak veya kullanmamak üzere anlaşmaktadırlar. Oy konsorsiyumları sadece bir toplantıdaki belirli bir gündem maddesine yönelik olarak yapılabileceği gibi genel ve süreklilik arz edecek şekilde de yapılabilir. Konsorsiyum ortaklarının ne yönde oy kullanacakları, baştan konsorsiyumu oluşturan sözleşmede belirlenebileceği gibi sonradan belirlenmek üzere ileriye de

¹² Barlas, s. 180.

¹³ Barlas, s. 181.

¹⁴ Barlas, s. 182.

bırakılabilir.¹⁵

Konsorsiyum her zaman yapma edimi şeklinde gerçekleşmeyebilir. Bazen de yapmama edimi şeklinde ortaya çıkabilir. Buna örnek olarak *'alacağın tahsili için harekete geçmeme konsorsiyumu'* verilebilir. Burada alacaklılar ödeme güçlüğü içerisinde bulunan borçluya karşı hemen harekete geçmeme noktasında ve ona belli bir süre tanıma hususunda aralarında anlaşırlar.

Alacağın tahsili için harekete geçmeme konsorsiyumunun bir ileri aşamasında ise karşımıza iyileştirme konsorsiyumları çıkmaktadır. Burada alacaklılar yalnızca alacağın tahsili yolunda, bir süre hareketsiz kalma konusunda anlaşmakla yetinmeyip, borçlunun ticaretini sürdürerek kazanç elde etmesi ve bu şekilde ödeme gücüne tekrar kavuşmasını sağlamak amacıyla anlaşırlar. Bu yardım borçluya yeni iş imkânları sağlama, kısa vadeli kredinin uzun vadeye dönüştürülmesi, alacağın bir kısmı itibariyle borçlunun ibrası şeklinde olabilmektedir.¹⁶

Yapı konsorsiyumları ise birbirinden bağımsız kişi veya kuruluşların, büyük bir yapı işini işverene karşı her biri işin belirli bir bölümünden sorumlu olmak üzere birlikte yapmak maksadıyla bir araya gelmelerini ifade eder.¹⁷ Yapı konsorsiyumları iş ortaklığı kurumu ile benzerlik taşır ise de bir salt sözleşmeye dayalı Joint Venture niteliğini taşıyan iş ortaklığından, konsorsiyum ortaklarınca işin sadece belirli bir bölümünün sorumluluğunun üstlenilmesi yönünden ayrılır.¹⁸

II. KONSORSİYUMLARDA ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİNİN VARLIĞI

Konsorsiyum doktrinde adi ortaklık olarak nitelendirilmektedir.¹⁹

¹⁵ Barlas, s. 183.

¹⁶ Barlas, s. 183.

¹⁷ Tandoğan Haluk, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)", *Batider*, C.XIII, S. 3-4, Y.1986, s. 83; Barlas, s. 183.

¹⁸ Barlas, s. 184.

¹⁹ Karayalçın Yaşar, *Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku*, Ankara 1973, s. 132; Yalman Macit/Taylan Erbay, *Adi Ortaklık*, Ankara 1976, s. 40; Tandoğan, s. 84; Kaplan, s. 37.

Bizimde katıldığımız üzere konsorsiyumun türü ve ana hedefi ne olursa olsun konsorsiyuma katılanlar arasında sözleşme bağına dayalı bir ortaklık ilişkisi kurulur ve bu ortaklık BK m. 520 vd. anlamında adi ortaklıktan başka bir şey değildir. Her ne kadar konsorsiyumlar kural olarak ortakların elbirliğiyle mülkiyetine tabi bir ortaklık malvarlığının mevcut olmaması ve ortakların müteselsil sorumluluklarının sözleşmeyle bertaraf edilmiş bulunması sebebiyle adi ortaklığın normal düzeninden sapmalar gösterse de bu rejimler kanunun emredici nitelik taşımayan, yedek hukuk kuralı niteliğindeki hükümlerinde yer almakta ve aksinin kararlaştırılması her zaman mümkün olmaktadır. Başka bir deyişle müteselsil sorumluluk ve elbirliğiyle mülkiyete tabi ortaklık malvarlığının bulunması adi ortaklığın varlığı bakımından zorunlu unsurlar değildir. Hal böyle olunca ifade edilen sapmalara rağmen ilişkinin adi ortaklık olarak nitelendirilmesi mümkündür. Konsorsiyumun adi ortaklık şeklinde yapılması adi ortaklığın esnek karakteri ve adi ortaklığa ilişkin kanun hükümlerinin sözleşme özgürlüğü ilkesine geniş uygulama alanı tanıyan yedek hukuk kuralları niteliğini taşıması sayesinde mümkün olabilmektedir.²⁰

Konsorsiyum adi ortaklık niteliği taşıdığına göre adi ortaklığa ilişkin BK m. 520 vd. hükümleri konsorsiyum hakkında doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Konsorsiyum sözleşmesinin hükümleri BK m. 520 vd. düzenlemesine (emredici nitelik taşıyanları hariç) nazaran öncelikle uygulanacaktır. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise kanun hükümleri devreye girecektir.

III. JOINT VENTURE KAVRAMI, JOINT VENTURE'İN TÜRLERİ VE JOINT VENTURE'İN KONSORSİYUM İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Joint Venture Kavramı

Joint venture kelimesinin sözlük karşılığı riski müştereken yüklenmek, risk için birleşmektir. Joint venture, iki ya da daha fazla gerçek veya tüzel kişinin ortak bir kazanç elde etmek gayesiyle ve hukuki bir tüzel kişilik oluşturmaksızın, malvarlıklarını, emeklerini, bilgileri-

²⁰ Barlas, s. 184.

ni bir araya getirerek oluşturdukları birliktir.²¹

Bir başka tanıma göre ise 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 söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsil sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleridir.²²

Joint Venture'ın Türkçe karşılığı olarak genelde 'müşterek iş ortaklığı', 'ortak girişim' kavramları kullanılmaktadır. Yargıtay ise bir kararında²³ 'müşterek iş ortaklığı' terimini kullanırken, başka bir kararında²⁴ 'joint venture' terimini tercih etmiştir. Ancak son yıllardaki kararlarında 'ortak girişim' kavramının kullanımının yerleştiği görülmektedir.²⁵ 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2/7. maddesinde²⁶ ise iş ortaklığı ibaresi kullanılmaktadır. İş ortaklığı tüzel kişiliği olsun ya da olmasın bütün ortaklıklar için kullanılan bir kavram iken, kendine özgü bir ortaklık türü olan joint venture için kullanılmasının doğru olmayacağı gerekçesiyle bu kullanım doktrinde eleştirilmektedir.²⁷ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde ise ortak girişim birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak ifade edilmektedir. Aynı Kanun'un 14. maddesinde ise ortak girişimlerin iş ortaklığı veya konsorsiyum şeklinde kurulabileceği düzenlemesi vardır. Ortak girişim iş

²¹ Acar, s. 22.

²² Barlas, s. 188.

²³ Yargıtay 13. HD, 02.10.1995 T. 1995/7761 E. 1995/8331 K. (YKD, Y.1996, C.XXII, S. 1, s. 55- 59)

²⁴ Yargıtay 11. HD, 30.03.1990 T. 1990/1595 E. 1990/3298 K. (YKD, Y.1990, C.XVI, S. 10, s. 1491- 1493)

²⁵ Yargıtay HGK, 08.10.2003 T. 2003/12- 574 E. 2003/564 K.; Yargıtay 15. HD, 11.02.2004 T. 2003/7121 E. 2004/647 K.

²⁶ "İş ortaklıkları: Yukarıdaki fıkralarda yazılı kurumların kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler iş ortaklıklarıdır. Bunların tüzel kişiliklerinin olmaması mükellefiyetlerini etkilemez."

²⁷ Akyol Şener, *Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul 1997, s. 58.

ortaklığından daha geniş bir kavram olup, iş ortaklığı ortak girişimin özel bir türüdür.²⁸

Joint venture'ın temel özellikleri olarak genellikle tek iş için kurulma (bazen süreklilik arz eden faaliyetler içinde kurulabilir, örneğin sermayeye dayalı joint venture'de olduğu gibi), tüzel kişiliğin şart olmaması, amacın ortakların taahhüt edilen işi birlikte yerine getirmek ve kâr elde etme olduğu, ortakların hukuki ve ekonomik açıdan birbirinden bağımsız olduğu, ortakların joint venture adına yapılan işlerden dolayı müteselsilen sorumlu olduğu ve amacın gerçekleşmesi halinde veya öngörülen süre bitince joint venture'ın sona ereceği sayılabilir.²⁹

B. Joint Venture'ın Türleri

Joint venture'ı sözleşmeye dayalı joint venture ve sermayeye dayalı joint venture olarak türlere ayırmak mümkündür.³⁰

Sözleşmeye dayalı joint venture'da tarafların bir şirket kurmalarına gerek olmadığı gibi çoğu zaman bir organizasyona da ihtiyaç yoktur.³¹ Fakat organizasyonu gerekli kılan durumlarda mevcut olabilir.³² Salt sözleşmeye dayalı joint venture'da genellikle ortaklığa özel bir sermaye tahsis edilmez.³³ Müşterek amaca ulaşılması ortakların birleştirdikleri katkılarla mümkün olmaktadır.³⁴ Sözleşmeye dayalı joint venture genellikle tek bir iş veya kısa süreli taahhütler için elverişli bir modeldir. Fakat "tek iş" joint venture'ın bu türünde dahi

²⁸ Tekinalp/Tekinalp, s. 157.

²⁹ Korkut, s. 1154.

³⁰ Dayınlarlı Kemal, *Joint Venture Sözleşmesi*, Ankara 1999, s. 227; Korkut, s. 1157; Tekinalp/Tekinalp, s. 157; Öztürk Pınar, "Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture'ların Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Oğuz İmregün Armağanı*, İstanbul 1998, s. 494.

³¹ Korkut, s. 1161; Tekinalp/Tekinalp, s. 156.

³² Örneğin iki mühendislik şirketinin Haliç'in temizlenmesi işini yüklenmek amacıyla joint venture oluşturmaları halinde bir organizasyona ihtiyaç söz konusudur. (Barlas, s. 194)

³³ Tekinalp/Tekinalp, s. 156.

³⁴ Tekinalp/Tekinalp, s. 156.

kavramsal açıdan zorunlu bir unsur teşkil etmemektedir.³⁵ Sözleşmeye dayalı joint venture ilişkisinde taraflar arasındaki ilişki adi şirket sözleşmesi niteliğindedir.³⁶ Burada ortaklar joint venture'ın borçlarından müteselsilen sorumludurlar. (BK m. 534)

Sermayeye dayalı joint venture'da çift katlı ve karmaşık bir yapı söz konusudur. Burada ilişkiye katılan taraflar önce aralarında bir joint venture sözleşmesi akdederek adi ortaklık niteliğini taşıyan bir ortaklık ilişkisi oluştururlar. Bunun ardından tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketi³⁷ kurarlar veya zaten mevcut olan böyle bir ortaklığa katılırlar ve bu ortaklığı çeşitli özel-münferit sözleşmeler çerçevesinde sağladıkları katkılarla beslerler.³⁸

Sermayeye dayalı joint venture'da şu temel özelliklerin varlığından bahsedilir.

- İki veya daha fazla sayıda birbirinden ekonomik ve hukuki bakımdan bağımsız şirket mevcut olmalıdır.

- Bu şirketler gayelerine erişebilmek için bir yavru şirket kurmak veya mevcut bir şirkete ortak olmak isteğine sahip olmalıdırlar.

- Ana şirketler yavru şirketi gerek ellerindeki hisse senetleri yoluyla gerekse kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerle (oy sözleşmesi, esaslar sözleşmesi³⁹) kontrol ederler.

- Müşterek yavru şirket vasıtasıyla yeni bir pazarı ele geçirmekten, teknoloji yardımlaşması ve risklerin paylaşımına kadar çeşitli gayeler gerçekleştirilmek istenmektedir.

- Yavru şirket ana şirketlere bağımlıdır ve bu şirketlerin çıkarlarını korur.⁴⁰

³⁵ Barlas, s. 194; Aksoy, s. 8; Aksi yönde görüş için bkz. Akyol, s. 79.

³⁶ Dayınlı, s. 226.

³⁷ Kurulacak şirketin tüzel kişiliğe sahip olması şart değildir yönündeki görüş için bkz. Tekinalp/Tekinalp, s. 166.

³⁸ Barlas, s. 195.

³⁹ Joint venture sözleşmesi çoğu kez esaslar sözleşmesi diye anılır. (Tekinalp/Tekinalp, s. 166.)

⁴⁰ Yılmaz Lerzan, "Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, *Mahmut Refik Belik'e Armağan*, İstanbul 1993, s. 477; Öztürk, s. 495.

C. Joint Venture'ın Konsorsiyum ile Karşılaştırılması

Konsorsiyum sözleşmesi ile joint venture sözleşmelerinin aynı nitelikte sözleşmeler olup olmadığı noktasında fikir birliği söz konusu değildir. Türk Hukukunda konsorsiyum sözleşmesi ile joint venture sözleşmesinin farklı sözleşmeler olduğunu ileri sürenler bu ayırımı faaliyet alanına göre değil sorumluluk ve konu kriterine göre yapmaktadırlar.⁴¹

Barlas adi şirket joint venture ile konsorsiyumların birbirlerine çok yakın iki müessese olduğunu, ancak konsorsiyumda tarafların kendi üstlendiği sözleşme kısmından sorumlu olduğunu, joint venture'da ise ortakların girişimin tüm faaliyetinden dolayı müteselsilen sorumlu olduklarını ifade etmektedir.⁴² BK m. 534 hükmü "*hilafına mukavele edilmiş olmadıkça*" ortakların müteselsil sorumluluğunu düzenlemiştir. Bu nedenle tarafların Türk hukukunun adi şirketle ilgili hükümlerinden istifade ederek Barlas'ın belirttiği şekilde sorumluluk sistemi ve buna bağlı olarak konsorsiyum sözleşmesi oluşturabilmeleri için karşı tarafla yaptıkları anlaşmada bu tür sorumluluğu kararlaştırılmaları gerekir.⁴³

Acar, konsorsiyumlarda herhangi bir sermaye katılımı olmamasına rağmen, joint venture'larda sermaye ve iş gücü katılımı olmasının konsorsiyum ile joint venture arasındaki temel fark olduğunu ileri sürmektedir. Acar'a göre konsorsiyumlarda ortaklar herhangi bir sermaye katılım borcu altında değildirler, sadece kendisine düşen işin yapılmasından sorumludur.⁴⁴

Tekil, bir işin şirket kurma niyeti olmaksızın üstlenildiğini belirtmektedir.⁴⁵ Tekil'e göre iki sözleşme arasındaki asıl fark konsorsiyumda kâr gayesinin her zaman aranmamasına rağmen joint venture'da bu gayenin mutlaka mevcut olmasıdır.⁴⁶

⁴¹ Aksoy, s. 66.

⁴² Barlas, s. 194; Aynı yönde görüş için bkz. Korkut, s. 1164.

⁴³ Aksoy, s. 66.

⁴⁴ Acar, s. 29.

⁴⁵ Tekil Fahiman, *Şirketler Hukuku C.I*, İstanbul 1996, s. 78.

⁴⁶ Tekil, s. 78

Kanaatimizce yukarıda ifade edilen ve konsorsiyumu joint venture'dan ayırmaya yarayan kıstaslardan en önemlisi sorumluluğun müteselsil olup olmadığıdır. Konsorsiyumda ortakların müteselsil sorumluluğu söz konusu değildir.

Ortakların olağan sorumluluk rejimi açısından konsorsiyum adı ortaklığın normal düzenine oranla farklılık taşır. Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede, konsorsiyuma katılan ortakların müteselsil sorumlulukları bertaraf edilmektedir.⁴⁷ Kaldı ki konsorsiyumun yapısı da bunu gerektirir. Konsorsiyumda her bir ortak diğer âkide karşı sadece kendi yüklendiği iş kısmı bakımından sorumluluk altındadır. Şayet konsorsiyum ortakları diğer âkide karşı böyle bir paylaşım olmaksızın her biri işin tümünün ifasından sorumlu olmak üzere taahhüt altına girmekte iseler, bu halde ortada gerçek ve teknik anlamda bir konsorsiyum mevcut değildir. Bu çeşit ilişkiyi 'salt sözleşmeye dayalı Joint Venture'⁴⁸ veya müteselsil sorumluluğun hüküm sürdüğü diğer bir adi ortaklık modeli, hatta yalın halde bir adi ortaklık ilişkisi olarak nitelendirmek gerekir.⁴⁹ Bu noktada 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 14. maddesindeki "*iş 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.*" ifadesinden de yorum yolu ile konsorsiyum ortaklarının müteselsilen sorumlu olmadıkları çıkarılabilir. Çünkü kanun hükmünde iş ortaklığında ortakların müteselsil sorumluluğu açık bir şekilde kabul edilmişken, konsorsiyumda müteselsil sorumluluktan bahsedilmemiştir.

⁴⁷ Tekinalp / Tekinalp, s. 162; Barlas, s. 178; Konsorsiyumda ortakların müteselsilen sorumlu olduğu yönündeki görüş için bkz. Yılmaz, s. 481.

⁴⁸ Birden fazla müteahhidin iş sahibine karşı işin tümünün ifasından müteselsilen sorumlu olmak üzere bir büyük yapı işini birlikte yüklenmeleri halinde ilişkinin 'müteahhitler konsorsiyumu' olarak nitelendirilmesi kavram karışıklığı yaratmaktadır. Bu ilişki gerçekte bir konsorsiyum değil, salt sözleşmeye dayalı türden bir joint venture niteliği taşımaktadır. (Barlas, s. 178); Bu müessesenin müteahhitler konsorsiyumu olduğu yönünde görüş için bkz. Tandoğan, s. 57- 89.

⁴⁹ Barlas, s. 178- 179.

IV. KONSORSİYUM SÖZLEŞMESİNDE BULUNAN UNSURLAR⁵⁰

Sözleşmenin tarafları sözleşmede açıkça gösterilmelidir. Tarafların ticari ünvanları, şirket şekli, şirket merkezinin bulunduğu yer ve bu şirketlerin faaliyet konuları sözleşmede bulunması gereken unsurlardır.

Konsorsiyum sözleşmesinin amacı, tarafların gerek teklif, gerek ön görüşme, gerekse bir eser sözleşmesi söz konusu ise bu sözleşmenin ifası sırasındaki sorumluluk ve haklarının belirtilmesidir.⁵¹ Genellikle ortaklar konsorsiyum sözleşmesini; iş sahibine sunmak üzere ortak bir teklif hazırlamak, ön görüşme ve bunun başarılı olması durumunda iş sahibi ile eser sözleşmesi yapmak amacıyla yaparlar.⁵²

Konsorsiyum sözleşmesinde yer alması gereken önemli unsurlardan biriside iş sahibine yapılacak teklifin oluşturulması amacına dönük olarak her bir üyenin teknik ve mali sorumluluklarının neler olduğudur. Sözleşmenin hazırlanmasından sonra taraflardan biri diğerlerinden bağımsız olarak tek başına veya üçüncü kişilerle birlikte iş sahibine teklif verme hakkına sahip olmamalıdır. Yine hiçbir ortak aynı projeye ilgilenen bir başka grubun alt müteahhidi olarak hareket edemez. Taraflar sözleşmede işin kendilerine düşen kısmının yapılması hususunda bir yol haritası belirlemeli, bunu takvimlendirmelidir.⁵³

İş sahibi ile yapılacak olan görüşmelere kimlerin katılacağı, katılan ortağın diğerlerine görüşmeler hakkında bilgi vermesi gerektiği de sözleşmede yer almalıdır. Ayrıca sözleşme ile her bir ortağa, ihtiyaç duyulması halinde iş sahibi ile görüşme yapan lider firma ile gerekli özen içinde ortak ve çabuk hareket etme yükümlülüğü yüklenmelidir.

Yapılacak olan konsorsiyum sözleşmesinde ortakların ileride yapacakları işlerin paylaşımının nasıl olacağı düzenlenmelidir. Sözleşmede ortakların ileride yapacakları bu işlerin dağılımı detaylı ve bü-

⁵⁰ Konsorsiyumlar uygulamada çok yaygın ve baskın şekilde eser oluşturmak amacıyla kurulduğundan bizde konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken unsurları özellikle eser sözleşmesi penceresinden bakarak inceleyeceğiz.

⁵¹ Acar, s. 74.

⁵² Acar, s. 75.

⁵³ Acar, s. 75- 76.

tün durumları içine alır şekilde yer almalıdır.⁵⁴ Burada zikredilmesi gereken bir husus da ortakların alt müteahhit seçimlerinde diğer ortakların rızalarının gerekip gerekmediğidir. Eğer böyle bir rıza gerekmiyorsa en azından diğer ortakların ilişkiye girilecek olan alt müteahhitlerin isimlerinin ve bunlarla ilgili diğer konularda bilgilendirilmesi ile ilgili hüküm konulmalıdır.⁵⁵

Konsorsiyum sözleşmesinde konsorsiyum üyeleri arasındaki mali konular da ayrıntılı düzenlenmelidir. Bu anlamda sözleşme konusu işin yapılması sonucu ortaya çıkacak toplam bedelin hesaplanması yöntemi ve prosedürü ile ilgili hükümler sözleşmede yer almalıdır.

Konsorsiyumlarda yönetim çoğu kez üyelerden birine bırakılmaktadır. Kendisine yönetimin bırakıldığı lider firmanın sorumluluk ve görevleri sözleşme ile belirlenmelidir. Lider firmanın görevi ticari ve teknik konulardaki koordinasyon ve temsile ilişkindir. Bu noktada lider firmanın temsil yetkisinin sınırları da tespit edilmelidir. Genel olarak lider firmanın diğer ortaklar adına sözleşme ya da hukuki ilişkiye girme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak o konuyla ilgili ortağın sözleşme ile lider firmaya açık yetki vermesi durumu söz konusu ise bu halde lider firmanın temsil yetkisi vardır denilir.⁵⁶

Konsorsiyumda ortakların tamamının menfaatini ilgilendiren kararlar konsorsiyumun bütün taraflarının ortak rızasını gerektirir. (BK m. 524) Ancak bu hüküm emredici değildir. Dolayısıyla sözleşme ile çoğunlukla karar alınabileceği belirlenebilir.

Konsorsiyum sözleşmesinde ortakların sözleşme ile yükümlülük altına girdikleri borç şahsi niteliklidir. Ortakların teknik ve mali durumları diğer üyeler tarafından dikkate alınarak böyle bir işe kalkışılmıştır. Ortakların birbirlerine karşı güvenleri gerek sözleşmenin imzalanması gerekse sözleşmenin icrası aşamasında çok önemlidir. Dolayısıyla ortaklardan herhangi birinin hak ve yükümlülükleri üçüncü kişilere devretmesi mümkün değildir. Ortakların rızası olmaksızın yapılan böyle bir devir geçersiz olacaktır.⁵⁷

⁵⁴ Rosener, s. 100 (Acar, s. 77'den naklen)

⁵⁵ Acar, s. 77.

⁵⁶ Acar, s. 78.

⁵⁷ Acar, s. 83.

V. KONSORSİYUM ÜYELERİNİN SORUMLULUKLARI⁵⁸

A. Konsorsiyum Üyelerinin Birbirlerine Karşı Sorumlulukları ve Konsorsiyum Üyeleri Arasındaki Rücu İlişkisi

Türk hukukunda konsorsiyum sözleşmelerine adi ortaklığın uygulanacağı noktasında bir görüş birliği söz konusudur.⁵⁹ Bu bağlamda Borçlar Kanunu'nun adi ortaklığa ilişkin 520 ila 541. maddeleri niteliğiyle bağdaştığı oranda konsorsiyumlara da uygulanır. Söz konusu hükümler sözleşmede bu konuda düzenlenmeyen hallerde öncelikle uygulanır.

Konsorsiyum sözleşmesinde yüklenilen işin hangi kısmının kim tarafından yerine getirileceği açıkça belirtilir. Taraflardan her biri kendi yüklendiği işin gereği gibi ve tam ifasından sorumludur. Taraflardan birinin yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi ifa etmemeleri halinde diğer üyeler sözleşmeye dayanarak işin gereği gibi ifasını talep etmeye yetkilidir. Yapılan tüm ihtarlar rağmen borcunu yerine getirmeyen üyeye karşı mahkemeye başvuru yolu ile ifa talebi yöneltilebilir. Bunun yanında gecikmesinde sakınca olan hallerde, masrafları kusuruyla bu işi ifa etmeyen tarafa ait olmak üzere söz konusu iş başka bir üye tarafından ifa edilebilir.

Konsorsiyum üyeleri birbirlerine karşı objektif iyi niyet kurallarına uygun hareket etme borcu altındadırlar. (MK m. 2) Buradaki iyi niyet sadece makul ve şartların gerektiği şekilde davranmak değil, aynı zamanda o iş alanında gerekli olan örf adet ve genel ahlak kurallarına uygun hareket etmeyi icap ettirir. Konsorsiyum üyeleri sözleşmeyi tehlikeye atacak her türlü davranıştan kaçınmalıdır.

Konsorsiyum sözleşmesinde tarafların ortak hareket etme yükümlülüğü söz konusudur. Bu bağlamda ortak hareket etme yükümlülüğünün bir gereği olarak taraflar sözleşme ile yerine getirme borcu altına girdikleri ortak amacın gerçekleştirilmesi için diğer üyelerin işlerini gereği gibi ifa etmelerini sağlayacak her türlü faaliyeti yapmak zorundadır. Konsorsiyum üyeleri ortak amacın yerine getirilmesinde her

⁵⁸ Konsorsiyumlar uygulamada çok yaygın ve baskın şekilde eser oluşturmak amacıyla kurulduğundan bizde konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken unsurları özellikle eser sözleşmesi penceresinden bakarak inceleyeceğiz.

⁵⁹ Barlas, s. 184; Dayınlarlı, s. 240.

türlü gayreti gösterecek ve diğer üyelerin işlerini yapmalarını engelleyici ya da geciktirici hareketlerden kaçınacaklardır. Bunun sağlanması için her bir üyenin, işin kendisine düşen kısmını zamanında sözleşmede belirlenen şekilde bitirme yükümlülüğü vardır. Geç ifa veya gereği gibi ifa etmeme diğer üyelerin işlerini geç yapmalarına neden olabilecektir.⁶⁰

Konsorsiyum sözleşmelerinde üyelerin sorumlulukları kendi yükledikleri iş kısmı ile sınırlıdır. Üçüncü şahısla yapılan sözleşmede konsorsiyuma katılan ortakların müteselsil sorumlulukları bertaraf edilmektedir.⁶¹ Kaldı ki konsorsiyumun yapısı da bunu gerektirir. Her ortak diğer âkide karşı yalnızca kendi üstlendiği iş kısmı için sorumluluk altındadır. Eğer konsorsiyum ortakları diğer âkide karşı böyle bir paylaşım olmaksızın her biri işin tamamından sorumlu olmak üzere taahhüt altına girmekte iseler bu takdirde ortada gerçek ve teknik anlamda bir konsorsiyum mevcut değildir. Bu ilişkiyi salt sözleşmeye dayalı joint venture veya müteselsil sorumluluğun hâkim olduğu diğer bir adi ortaklık modeli, hatta yalın halde bir adi ortaklık ilişkisi olarak nitelendirmek gerekir.⁶²

Bu noktada bir başka görüş konsorsiyumda üyelerin iş sahibine karşı sorumluluğunun aksi kararlaştırılmadıkça⁶³ müteselsil olduğu yönündedir.⁶⁴ Bu anlamda konsorsiyum ortaklarından biri ortak eser sözleşmesine aykırı davranırsa diğerleri BK.m.144'e⁶⁵ rağmen onun bu eyleminden müteselsilen sorumlu olurlar, zira her ortak sözleşmenin ifası bakımından diğerlerinin BK m. 100 anlamında yardımcısı sayılır. Ortakların haksız eylemleriyle iş sahibine birlikte verdikleri zarar için BK m. 50/1'e ve ortak yardımcılarının haksız eylemlerinden dolayı da BK m. 55'e göre sözleşme dışı müteselsil sorumlulukları ortaya çıkabilir. Buna karşılık bir ortağın ortaklıkla ilgili görevinin ifasıyla bağlan-

⁶⁰ Acar, s. 108- 109.

⁶¹ Barlas, s. 178; Tekinalp/Tekinalp, s. 162; Korkut, s. 1164.

⁶² Barlas, s. 178- 179.

⁶³ Aksi kararlaştırılmışsa alelade bir adi ortaklık veya salt sözleşmeye dayalı joint venture olacağı yönünde görüş için bkz. Barlas, s. 178; Aksoy, 91.

⁶⁴ Tandoğan, s. 83; Yılmaz, s. 481.

⁶⁵ Hilafına mukavele olmadıkça müteselsil borçlulardan biri kendi fiili ile diğer borçluların vaziyetlerini ağırlaştırılmaz. (BK m.144)

tılı olarak yaptığı haksız eylemden diğer ortaklar BK m. 55 uyarınca sorumlu tutulamazlar, zira ortaklar eşit durumda olup aralarında bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır.⁶⁶ Konsorsiyum üyelerinin iş sahibine karşı müşterek ve şahsi sorumluluğuna rağmen diğer üyelerin kendi fiiliyle zarara sebep olan üyeye karşı rücu hakları vardır. Üyelerin iş sahibine karşı müteselsil ve şahsi sorumluluğundan dolayı meydana gelen zararı tazmin etmek zorunda kalan üye, kusuruyla bu zarara sebep olan üyeden kendi ödemiş olduğu tutarın tazminini isteyebilir.⁶⁷

Kanaatimizce konsorsiyumda her üye kendi yüklendiği iş kısmı ile sorumludur. Bu noktada üyelerden birinin yüklendiği işi yerine getirmemesi halinde iş sahibi o üyeye başvurmak durumundadır. Bu üyenin işi yerine getirmemesi halinde diğer üyeler de kendi işlerini zamanında yerine getirememişler veya eksik yerine getirmişlerse bu noktada her bir üye iş sahibine karşı bir tazminat ödemek zorunda kalırsa kendi aralarındaki iç ilişki doğrultusunda diğer üyeden ödedikleri meblağı talebe yetkilidirler.⁶⁸

B. Konsorsiyum Üyelerinin İş Sahibine Karşı Sorumlulukları

1. Genel Olarak

Konsorsiyum üyeleri iş sahibine karşı işin kendi yüklendiği kısmı ile sorumludur. Üyelerden birinin yüklendiği işi yerine getirmemesi halinde iş sahibi o işi yerine getirmeyen konsorsiyum üyesine başvuracaktır.

2. Sözleşmenin Yürütülmesi Esnasında Konsorsiyum Üyelerinin Sorumlulukları

a. Konsorsiyum Üyelerinin İnşa Eserini Meydana Getirme ve Eseri Teslim Borcu

Eser sözleşmesinde müteahhidin ilk asli borcu sözleşmede belirtilen eseri meydana getirme borcudur. Nitekim BK m. 355'e göre müte-

⁶⁶ Tandoğan, s. 86.

⁶⁷ Acar, s. 118.

⁶⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Aksoy, s. 91.

ahhit bir şeyin imalini borçlanır. Eser sözleşmesinde iş sahibi işin ifası sırasında bazı talimatlar verebilir. Bu talimatlar uygulamada genellikle lider firmaya yapılmaktadır. Lider firma ise işin o bölümünü yapacak olan üyeye talimatın içeriği hakkında bilgi verir.

Eser sözleşmesinde müteahhit işe zamanında başlamamışsa veya sözleşme şartlarına aykırı şekilde işi geciktirmişse yahut tahminlere göre işi zamanında bitiremeyeceği anlaşılıyorsa iş sahibi teslim için kabul edilen süreyi beklemeksizin sözleşmeyi feshedebilir. (BK m. 358/1)

Konsorsiyum üyelerinin eseri bizzat meydana getirme borcu vardır. BK m. 356/2'ye göre müteahhit üstlenmiş olduğu inşa eserini bizzat yapmaya veya kendi yönetimi altında başkasına yaptırmakla yükümlüdür. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetin önemi yok ise taahhüt edilen şey başkasına da yaptırılabilir. Konsorsiyum sözleşmelerinde de bu hükme uygun olarak inşa eserinin yapılmasında da işin başkasına yaptırılması mümkündür. Ancak işin tamamının bir alt müteahhide devredilmesi mümkün değildir.⁶⁹ Böyle bir durum esasen konsorsiyumun yapılış gayesiyle de bağdaşmaz. Çünkü konsorsiyum üyelerinin kendi aralarında uzmanlık alanlarına göre bir iş bölümü ilişkisi söz konusu olmakta ve iş sahibi de kişilerin uzmanlık alanlarındaki tecrübelerine bakarak işi onlara havale etmektedir.⁷⁰ Konsorsiyum sözleşmelerinde alt müteahhidin atanmasında diğer üyelerin izninin arandığı ve aranmadığı durumlara rastlanmaktadır. Diğer üyelerin izninin aranmaması halinde alt müteahhidin kim olduğunun ve hangi iş nedeniyle atandığının diğer üyelere bildirilmesi gerektiği konsorsiyum sözleşmelerinde genelde yer almaktadır.⁷¹

Konsorsiyum sözleşmesinde konsorsiyum üyesinin devir yetkisi sözleşmede açıkça kararlaştırılır veya işin niteliği itibariyle bir başkası tarafından da yapılmaya elverişli olmasına dayanır.⁷² Sözleşmede belirli işlerin alt müteahhide verilebileceği ya da verilemeyeceği belirtilir. Bu noktada sözleşmede bir açıklık yoksa devrin mümkün olup olmayacağı tarafların anlaşması ile belirlenir.

⁶⁹ Tandoğan, s. 80.

⁷⁰ Acar, s. 125.

⁷¹ Acar, s. 125.

⁷² Tandoğan, s. 78.

Bayındırlık işleri genel şartnamesininin 46.maddesinde müteahhidin üstlenmiş olduğu işi kısmen veya tamamen başkasına devredemeyeceği belirtilmektedir. Bu devrin gerçekleşebilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izni gereklidir. Müteahhidin izinsiz devir yapması halinde sözleşme bozulur. Bu bağlamda konsorsiyumda da kısmi bir devir söz konusu olacak ise yetkili makamdan izin almak ileride ortaya çıkacak anlaşmazlıkları önlemek açısından gereklidir.⁷³

Konsorsiyum üyesi işi alt müteahhide kendi ad ve hesabına yaptığı bir sözleşme ile devreder. Bu açıdan ikisi arasında asıl sözleşmeden bağımsız yeni bir sözleşme kurulur. Alt müteahhit asıl müteahhide karşı sözleşmede belirtilen işi yapmak ve ona teslimle yükümlüdür. Alt müteahhit karşısında iş sahibini değil asıl müteahhidi görür. Alt müteahhidin borcu konsorsiyum üyesi olan asıl müteahhide karşı söz konusu olur.⁷⁴ Konsorsiyum üyesinin işin bir kısmını alt müteahhide devretme yetkisinin bulunması halinde alt müteahhit konsorsiyum üyesinin yardımcı kişisi sayılır ve konsorsiyum üyesi bunların eylemlerinden dolayı iş sahibine karşı ancak bunları seçmekte veya talimat vermede kusurlu olması halinde BK m. 100'e göre sorumlu olur. Burada konsorsiyum üyesinin alt müteahhidi denetleme yetkisi olmadığından onun denetimdeki özensizlik nedeniyle sorumluluğu söz konusu değildir.⁷⁵ Burada asıl önemli nokta konsorsiyum üyesinin alt müteahhidi seçmede ve talimat vermede bir kusurunun olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağıdır. Başka bir deyişle bu gibi hallerde asıl müteahhit vekâlette caiz olan ikame halleri için BK m. 391/2'nin tanıdığı kurtuluş kanıtının kıyas yolu ile kendisine uygulanmasını isteyebilir mi?

BK m. 391/2 vekâlete özgü bazı gerekçelerle haklı gösterilen özel bir hükümdür ve bunun kıyasen işin alt müteahhitlere devri halinde de uygulanarak alanının genişletilmesi doğru olmaz. Alt müteahhit bağımsız nitelikte de olsa yine bir yardımcı kişidir. Bu sebeple asıl müteahhit, alt müteahhidin ve onun adamlarının eylemlerinden BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulmalıdır. Böylece asıl müteahhit alt müteah-

⁷³ Tandoğan, s. 83.

⁷⁴ Tandoğan, s. 83.

⁷⁵ Tandoğan, s. 64.

hidin veya adamlarının sözleşmeye aykırı davranarak iş sahibine zarar vermeleri halinde ancak bu davranışta kendisi de bulunsaydı kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.⁷⁶

Konsorsiyumda iş alt müteahhide bırakılmışsa bu halde iş sahibi ile alt müteahhit arasında herhangi bir ilişki söz konusu değildir. İşin yapılmasını isteme hakkı işi kendisine bırakan konsorsiyum üyesine aittir. İş sahibi de ücreti konsorsiyum üyesine öder. Ancak iş sahibi alt müteahhide karşı müteselsil borçlu sıfatıyla veya kefil olarak ücret ödeme borcunu yüklenmiş veya garanti etmişse alt müteahhide karşı ücret ödeme borcu doğar.⁷⁷ Böyle bir uygulama konsorsiyum sözleşmelerinde genelde görülmez. Konsorsiyumun her bir üyesi kendi alt müteahhidiyle doğrudan ilişkiye girer ve yapılacak ödemelerden dolayı alt müteahhide karşı tek başına sorumludur.⁷⁸

Konsorsiyum sözleşmelerinde işin yapılması için gerekli olan aletler, iş makineleri, şantiye binası teminini konsorsiyum üyeleri gerçekleştirecektir. (BK m. 356/3)

Konsorsiyum sözleşmesinde işin bitirilmesi üyelerin borcunu ifa ettikleri anlamına gelmez. Sözleşmeye uygun olarak yapılan eserin iş sahibine teslimi de gerekir.

b. Sadakat ve Özen Borcu

Konsorsiyum üyeleri işi, iş sahibinin yararına olacak biçimde ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınarak yapmalıdır. Buna müteahhidin işi sadakatla ve özenle yapması denilir.⁷⁹ Bu sonuç vekâlet sözleşmesinde uygulanan BK. m. 390 hükmüne kıyasen çıkarılmaktadır.⁸⁰ Müteahhit bu borcuna uymazsa iş sözleşmesindeki işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallar gereğince iş sahibine karşı sorumlu olur. (BK m. 356/1)

⁷⁶ Tandoğan, s. 81.

⁷⁷ Tandoğan, s. 88.

⁷⁸ Acar, s. 128.

⁷⁹ Zevkliler Aydın/Aydoğdu Murat/Petek Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1998, s. 332.

⁸⁰ Seliçi Özer, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978, s. 86.

Konsorsiyum üyeleri işi yaparken genellikle iş sözleşmesinde işçinin göstermekle yükümlü olduğu derecede bir özen göstermek zorundadır. Konsorsiyum üyelerinin özen borcunun bir gereği de işi alırken, bu işin üstesinden gelebilecek bilgi, beceri, araç ve gereç gibi olanaklara sahip olup olmadığını ayrıca işin görülebilmesi için gerekli ön işlem ve hazırlıkların tamamlanıp tamamlanmadığını araştırmaktır.⁸¹

Konsorsiyum üyeleri işi yaparken iş sahibini üçüncü kişilere karşı sorumlu yapacak her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür.

c. Bildirim (İhbar) Borcu

Konsorsiyum üyeleri ortaya çıkan önemli hususları iş sahibine gecikmeksizin bildirme (ihbar) borcu altındadır. BK m. 357/3'e göre iş yapıldığı sırada iş sahibi tarafından verilen arsanın ya da malzemenin bozuk olduğu anlaşılırsa ya da yapımın gerektiğince ve düzenli bir biçimde yürümesini engelleyecek (örneğin grev gibi) durumları, gecikmeksizin iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe hiç uymayan ya da zamanında uymayan konsorsiyum üyesi gecikmeden doğacak zarardan sorumludur.

4. Konsorsiyum Üyelerinin Borçlarını Yerine Getirmemeleri Halinde İş Sahibine Karşı Sorumlulukları

a. İş Sahibinin Sözleşmeden Erken Dönme Hakkı

BK. m. 358 bağlamında müteahhidin işe zamanında başlamaması veya sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi, ya da iş sahibine yüklenemeyecek gecikme nedeniyle bütün tahminlere nazaran eseri zamanında teslim edemeyecek olması halinde iş sahibi sürenin dolmasını beklemeksizin sözleşmeden dönebilir. Ancak bu hükmün konsorsiyum sözleşmesinde uygulanması bir farklılık arz eder. Konsorsiyumda işin kendisine düşen kısmına zamanında başlamayan ya da geciktiren üyeye lider firma tarafından öncelikle bir ihtar yapılır ve işe başlanması veya işin hızlandırılması istenir. Konsorsiyum üyesi ihtarın gereğini yerine getirmezse masrafları bu üyeden karşılanmak kaydı-

⁸¹ Zevkliler/Aydoğdu/Petek, s. 332.

la iş başka bir üye tarafından yerine getirilir.⁸²

b. Konsorsiyum Üyelerinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Müteahhidin iş sahibine karşı ayıba karşı tekeffül sorumluluğu BK m. 359-363 arasında düzenlenmiştir.

aa. Ayıba Karşı Tekeffülün Şartları

Konsorsiyum üyelerinin ayıba karşı tekeffül borcunun doğması için şu şartların gerçekleşmiş olması gerekir.

- Konsorsiyum üyelerinin sözleşme konusu eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmiş olması gereklidir. (BK m. 359/1)

- Teslim edilen eser ayıplı olmalıdır. Ayıp sözleşmede üzerinde anlaşılan niteliklerin veya lüzumlu vasıfların bulunmamasıdır.

- Ayıp iş sahibine yükletilememelidir. Nitekim bu husus BK m. 361'de ifade edilmiştir. Anılan maddeye göre yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin açıkça beyan ettiği bildirimde aykırı olarak iş sahibinin verdiği emirlerden kaynaklanmış bulunur veya her hangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından doğan hakları kullanamaz.

- İş sahibinin haklarını kullanmasının tabi olduğu zamanaşımı süresi BK m. 363/1'de ifade edilmiştir. Buna göre yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, alıcının haklarının tabi olduğu zaman aşımına tabidir. Fakat gayrimenkul inşaata ilişkin kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaata iştirak eyleyen mimar ve mühendise karşı talepleri teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir. (BK m. 363/2) Bu bağlamda genelde inşaat sektöründe başvuru konsorsiyum sözleşmelerinde de sözleşmede aksine bir düzenleme olmaması halinde iş sahibinin hakları beş yıllık zamanaşımına tabidir. Fakat ayıplı ifanın müteahhidin ağır kusurundan ileri geldiği durumlarda kısaltmaya ilişkin anlaşmalar geçerli sayılacaktır.⁸³

⁸² Acar, s. 123- 124.

⁸³ Yavuz Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1997, s. 486.

- BK m. 362/1'e göre yapılan şeyin açıkça veya zımnen kabulünü takiben müteahhit her türlü sorumluluktan kurtulur. Kabulün ayıba karşı tekeffülü sona erdirmesi yalnızca teslim anında açıkça görülebilen ayıplar hakkındadır. Gizli ayıplar bakımından ise müteahhidin sorumluluğu bakidir. Eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse zımnen kabul etmiş sayılır (BK m. 362/2). Yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti mütaahhide haber vermeğe mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır (BK m. 363/3). Sözleşmede kanuni zamanaşımı süresinden daha uzun bir sürenin garanti süresi olarak verilmesi durumunda zamanaşımı süresinin garanti süresi kadar uzatıldığı kabul edilebilir.⁸⁴ DİK m. 87'de ise bu Kanun kapsamına giren işlerde ve ayıbın söz konusu olduğu hallerde zamanaşımı süresi şu şekilde düzenlenmiştir. *"Gayrimenkullerin yapım ve onarımlarında kesin kabul tarihinde itibaren beş yıl içinde malzemenin hileli olmasından veya yapım ve onarımın teknik icaplara uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyan, Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi gereğince ve 363. maddesindeki sürede müteahhide ikmal ve tazmin ettirilir. İdareler beş yıllık sürede ortaya çıkacak zarar ve noksanları tespit ile gereğinin yapılması için durumu ilgili mercilere bildirmekle ödevlidirler. İşin nezareti kendine tevdi edilen mühendis, mimar ve memurlar hakkında da ayrıca bu kanununun 86.maddesi (disiplin ve ceza kovuşturması) uygulanır."*

bb. Ayıba Karşı Tekeffülden doğan Haklar

BK m. 360'da iş sahibinin ayıp halinde müteahhide karşı sahip olduğu haklar düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre bu haklar sözleşmeden dönme, ücretten indirim yapma ve ayıbın giderilmesidir. Ayrıca müteahhidin kusuru varsa iş sahibinin uğradığı zararın tazminini de isteme hakkı vardır.

aaa. Sözleşmeden Dönme Hakkı

BK m. 360/1'e göre iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme

⁸⁴ Acar, s. 136.

geçmişe etkili olarak ortadan kalkar.⁸⁵

BK m. 360/3'e göre ise iş sahibinin arsası üzerinde yapılan eserlerde, özellikle yapılarda, bunların kaldırılması ve yıkımı çok masraflı olacaksa, iş sahibi sözleşmeden dönemez. Bu halde iş sahibi BK m. 360/2'ye dayanarak ayıbın giderilmesini veya ücretin indirilmesini isteyebilir.

bbb. Ücretten İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı

BK. m.360/2'ye göre işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması 360/1'deki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde ücretin indirilmesini isteyebilir. Bu hususta müteahhidin kusuru varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir. Görüldüğü üzere eserdeki ayıbın kabulden kaçınmayı haklı kılacak derecede önemli olmadığı durumlarda iş sahibi ücretin kıymet noksanı oranında indirilmesini isteyebilecektir.⁸⁶

Bu hakkın kullanılabilmesi için eserin tamamen değersiz olmayıp az da olsa değer taşınması gerekir. Eğer ayıplı eserin değeri yok ise iş sahibi sözleşmeden dönme yolunu seçmelidir. Aynı şekilde indirimin ücrete eşit olması durumunda da sözleşmeden dönme yolu seçilmelidir.⁸⁷

ccc. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı

BK m. 360/2'ye göre işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması 360/1'deki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değilse müteahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta müteahhidin kusuru varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir.

Madde uyarınca iş sahibi müteahhitten ayıbın giderilmesini isteyebilir. İş sahibi ayıbın giderilmesini isterse müteahhit, eserin sözleşmeye uygun ayıpsız hale getirilmesi için gereken her şeyi masrafı ken-

⁸⁵ Yavuz, s. 489.

⁸⁶ Seliçi, s. 166.

⁸⁷ Yavuz, s. 491.

disine ait olmak üzere yapmak durumundadır.

ddd. İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı

Müteahhidin ayıplı bir eser teslim etmesi halinde iş sahibi, sözleşmeden dönme, ücretten indirim yapılmasını isteme, ayıbın giderilmesini isteme hakkı yanında tazminatta isteyebilir. Bunun için müteahhidin kusurlu olması ve iş sahibinin bunu ispatı gerekir. Bunun yanında iş sahibi ayıbı zamanında ihbar etmelidir. BK m. 360/2'ye dayanarak istenilecek tazminat yalnızca eserdeki ayıptan kaynaklanan bir tazminattır.⁸⁸

VI. İŞ SAHİBİNİN ÜCRET ÖDEME BORCU⁸⁹

İş sahibinin konsorsiyum üyelerine karşı olan en önemli borcu ücret ödeme borcudur. (BK m. 364-366) Esasen ücretin tespit usulü konsorsiyum sözleşmesi ile değil iş sahibi ile yapılan sözleşmede belirlenir. Uluslararası inşaat sektöründe çok farklı türde ücret belirleme usulleri öngörülmektedir.⁹⁰ Bunlardan özellikle anahtar teslimi inşaatlarda işin bir konsorsiyum tarafından yapılacak olması halinde en çok uygulanan tür, ücretin götürü usulde tespit edilmesidir.⁹¹

Götürü ücret, meydana getirilecek eser bedelinin önceden ve kesin olarak belirlenmesi anlamına gelir.⁹² Bu sebeple götürü ücret, inşaatın fiili maliyet masrafları ve yapılan işlerin miktarlarından bağımsız sabit bir ücrettir.⁹³ İnşaat maliyetini oluşturan işçilik ve malzeme masrafları sözleşmenin kurulması anında belirlenenden fazla veya az olsa bile bu ücret değiştirilemez.⁹⁴

⁸⁸ Acar, s. 140.

⁸⁹ Konsorsiyumlar uygulamada çok yaygın ve baskın şekilde eser oluşturmak amacıyla kurulduğundan bizde konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken unsurları özellikle eser sözleşmesi penceresinden bakarak inceleyeceğiz.

⁹⁰ Acar, s. 141.

⁹¹ Acar, s. 141.

⁹² Zevkliler / Aydoğdu / Petek, s. 324.

⁹³ Baygın Cem, *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*, İstanbul 1999, s. 30.

⁹⁴ Kaplan, s. 130.

BK m. 365'de götürü ücret düzenlenmiştir. Maddeye göre *"Götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla say ve masrafı mu- cip olsa bile, müteahhit bedelin arttırılmasını isteyemez. Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyler. Yapılacak şey, evvelce tahmin edilen miktardan daha az bir say ile vücuda gelmiş ise, iş sahibi bedeli tamamen vermeğe mecburdur."*

Madde bağlamında ücretin götürü olarak tespit edilmesi, meydana getirilecek eserin bedelinin önceden ve kesin olarak tespiti anlamını taşır.⁹⁵

BK m. 365/2 fıkrasına göre ise önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilip de iki tarafça dikkate alınmayan haller işin yapılmasına engel olur veya yapılmasını son derece zor hale getirirse müteahhidin başvurusu neticesinde hâkim ya bedelin artırılmasına ya da sözleşmenin feshine karar verebilecektir.

Konsorsiyum sözleşmelerinin konusunu teşkil eden büyük inşaat işlerinde genellikle işin belli kısımlarının ifasından sonra kısmi ödemelerde bulunulur. BK m. 364/2'de düzenlenen bu husus konsorsiyumda iş sahibi ile yapılan inşaat sözleşmesinde düzenlenmektedir. Sözleşmede iş sahibinin hangi dönemlerde ve ne oranda ödeme yapacağı doğrudan doğruya belirlenebileceği gibi bu konudaki mesleki teamül- lere de atıf yapılabilir.⁹⁶

Ücret alacağının muacceliyeti için işin ayıpsız ve sözleşmeye uygun biçimde teslimi lazım gelir. Ayıplı bir teslimin olması halinde iş sahibi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini ileri sürmek veya ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmak imkânına sahiptir.

Konsorsiyum üyelerinin ücret alacağı muacceliyet anından itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir. Nitekim BK m. 126/4 düzenleme- sine göre *'müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi ye- rine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş mey-*

⁹⁵ Yavuz, s. 491.

⁹⁶ Yavuz, s. 501; Acar, s. 145.

dana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar beş yıllık zamanaşımına tabidir' hükmü söz konusudur.

Ücret alacağıнын zamanaşımı süresi BİGS'ye tabi işlerde kesin hesabın çıkartılmasından itibaren işlemeye başlar. Kısmi ödemenin söz konusu olduğu hallerde bu ödememenin yapılmaması halinde konsorsiyum üyeleri işin diğer kısmını ifa etmekten ve işe devamdan kaçınabilir. Bu durumda ortaya bir zarar çıkarsa doğan zarara iş sahibi katlanır.⁹⁷ (BK m. 102/1) Fakat işin bırakılması ödenmemiş ücretin tutarına göre oransız bir tedbir olarak görülüyorsa bu durum hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır ve bundan doğan zarara o konsorsiyum üyesi katlanır.

Konsorsiyum üyeleri ücretin ödenmemesi nedeniyle sözleşmeden dönerse üyeler sadece kullandığı malzemenin ve harcadığı emeğin karşılığını isteme hakkına sahiptir. Bunun dışında üyelerin MK.m.650 uyarınca mülkiyetin kendilerine geçirilmesini isteme hakkı yoktur.⁹⁸

VII. KONSORSİYUM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ⁹⁹

A. Genel Olarak

Konsorsiyum sözleşmesinin sona ermesi normal olarak iş sahibi ile yapılan sözleşmede üstlenilen işin ifa edilmesiyle gerçekleşecektir. Konsorsiyum bir adi şirket olarak nitelendirildiği için adi şirkete ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde konsorsiyuma da uygulanabilecektir.¹⁰⁰

BK m. 535/1'e göre; *"Şirketin akdinde maksut olan gayenin elde edilmesi yahut elde edilmesinin imkânsız hale gelmesiyle"* şirket son bulur. Bu anlamda konsorsiyum sözleşmesi, iş sahibi ile yapılan sözleşme-

⁹⁷ Acar, s. 145.

⁹⁸ Yavuz, s. 502- 503; Acar, s. 145.

⁹⁹ Konsorsiyumlar uygulamada çok yaygın ve baskın şekilde eser oluşturmak amacıyla kurulduğundan bizde konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken unsurları özellikle eser sözleşmesi penceresinden bakarak inceleyeceğiz.

¹⁰⁰ Barlas, s. 185.

de taahhüt edilen işin bitirilmesiyle yahut bitirilmesinin imkânsız hale gelmesiyle sona erer.

BK m. 535/2’de “*mirasçılar ile şirketin devamına dair evvelce yapılmış bir mukavele olmadığı halde şeriklerden birinin ölmesiyle*” şirket son bulur denilmektedir. Anılan madde konsorsiyumda uygulama alanı bulamamaktadır. Nitekim konsorsiyum sözleşmesinde taraflardan birinin ölümü halinde iş sahibinin de onayını alarak başka bir kişi ya da şirketin konsorsiyuma dahili mümkündür. BİGŞ, m. 52’de böyle bir durumda inşaat sözleşmesinin de sona ermeyeceği ve işin devam edeceği belirtilmektedir. Aynı maddede 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. Buna bağlı olarak konsorsiyumda ortadan kalkmış olmayacak ve varlığını sürdürecektir.¹⁰¹ Bu bağlamda ölüm ve iflas konsorsiyumu ortadan kaldıran bir neden değildir. Bunun yanında uluslar arası uygulamada konsorsiyum sözleşmelerinde konsorsiyum üyelerinden birinin işin kendisine düşen kısmını ifada acze düşmesi halinde konsorsiyumun lideri olan firmaya o iş ile faaliyet sahası aynı veya benzer nitelikte olan bir diğer üyeye, masrafları o işi ifada temerrüde düşen üye tarafından karşılanmak üzere, bu işin yerine getirilmesini isteme yetkisi veren hükümler konulabilmektedir. Konsorsiyumda böyle bir üye yok ise iş sahibinin de onayını alarak başka bir kişi ya da şirketin konsorsiyuma dâhili mümkündür.¹⁰²

Konsorsiyumlarda ortaklık malvarlığı bulunmadığından tasfiye söz konusu olmayacak ve dolayısıyla BK m. 535/3’de uygulanmayacaktır.

Konsorsiyumun belirli olmayan bir süre için oluşturulması mümkün olmadığından BK m. 535/6 hükmü de konsorsiyuma uygulanamayacaktır.

Konsorsiyumların sona ermesi Borçlar Kanunu’nun adi şirkete ilişkin hükümlerinden ziyade eser sözleşmesine ilişkin hükümlerine tabi olmaktadır.¹⁰³

¹⁰¹ Acar, s. 146.

¹⁰² Acar, s. 146.

¹⁰³ Acar, s. 147.

B. İşin Bitmesi Nedeniyle Sona Ermesi

Konsorsiyum sözleşmesi genelde bir inşa işinin yapılıp bitirilmesi amacıyla yapılmaktadır. Bu anlamda işin, iş sahibi ile yapılan sözleşme uyarınca tamamlanması ve yapılan işin iş sahibince kabulü ile sözleşme son bulur. (BK m. 535/1)

C. Haklı Nedenlerle Fesih

BK m. 535/7 de haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşmede belirtilen süre sona ermeden de sözleşmenin sona erdirilebileceği belirtilmiştir. Eser sözleşmesinin sona erdirilmesini haklı kılacak sebeplerin varlığı halinde, konsorsiyum sözleşmesinin de haklı nedenle feshedilebileceği sonucuna varılabilir.¹⁰⁴ Çünkü konsorsiyum sözleşmesinin yapılmasındaki amaç belli bir işin yapılmasıdır. Bu sözleşmenin yerine getirilmesinin çeşitli nedenlerle mümkün olmaması veya çok zorlaşması halinde konsorsiyum sözleşmesinin de üyelerce sona erdirilebileceği kabul edilebilir.¹⁰⁵ Nitekim BK m. 365/2 buna imkân vermektedir. Önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilip de iki tarafça dikkate alınmayan haller işin yapılmasına engel olur veya yapılmasını son derece zor hale getirirse müteahhidin başvurusu neticesinde hâkim ya bedelin artırılmasına ya da sözleşmenin feshine karar verebilecektir. İnşaat sözleşmesinin bu hükme dayanarak konsorsiyum üyelerinin talebi üzerine hâkim tarafından feshedilebileceği açıktır. Bu durumda adi şirket niteliğinde olan konsorsiyumun sona erdirilmesi de mahkemenin istenebilecektir.¹⁰⁶ Fakat taraflar talepte bulunmasalar da inşaat sözleşmesinin bu nedenle feshi halinde, konsorsiyum sözleşmesi de konusuz kalacağından kendiliğinden sona erecektir.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Acar, s. 148.

¹⁰⁵ Acar, s. 149.

¹⁰⁶ Kaplan, s. 89.

¹⁰⁷ Dayınlı, s. 282.

D. İş Sahibinin Konsorsiyum Üyelerinin Zararlarını Tazmin Suretiyle Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

Yapılan şey, bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını tam tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi feshedebilir. (BK m. 369) Buna göre fesih hakkının kullanılabilmesi için işin henüz tamamlanmamış olması, iş sahibinin bunu müteahhide önceden bildirmiş olması ve müteahhidin uğradığı zararının ve yapılmış kısmın bedelinin ödenmesi gerekir.¹⁰⁸ Fesih iş sahibi ile yapılan eser sözleşmesini ileri etkili olarak sona erdirir.¹⁰⁹

E. Tarafların Anlaşması Yolu ile Sona Erme

İş sahibinin ve konsorsiyum üyelerinin karşılıklı olarak anlaşmayla eser sözleşmesini sona erdirmeleri mümkündür. Bu bağlamda konsorsiyum sözleşmesi de sona erecektir. Bu halde tarafların birbirlerinden tazminat isteyemeyecekleri ifade edilmektedir.¹¹⁰

SONUÇ

İki veya daha çok gerçek ya da tüzel kişiden her birinin belli bir işi yapmak maksadı ile ortaklaşa taahhüt etmiş oldukları işin bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu diğerlerinden bağımsız olarak yüklenmek suretiyle katkılarını birleştirmeleri olarak tanımlanan konsorsiyum hukukumuzda açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Konsorsiyum üyeleri arasında konsorsiyum ilişkisini kuran konsorsiyum sözleşmesidir. Herhangi bir şekle tabi olmayan konsorsiyum sözleşmesi isimsiz bir sözleşmedir.

Konsorsiyum uygulamada sıklıkla Joint Venture ile karıştırılmaktadır. Konsorsiyum ile Joint venture arasındaki en temel fark, konsorsiyumda üyelerin müteselsilen sorumlu olmamalarıdır. Konsorsiyumda her bir üye karşı âkide karşı sadece yüklendiği iş kısmı bakımından sorumludur. Konsorsiyumun ayırıcı ve en önemli özelliğinin konsor-

¹⁰⁸ Yavuz, s. 508.

¹⁰⁹ Yavuz, s. 508.

¹¹⁰ Yavuz, s. 503.

siyumun belirli bir veya birkaç iş için kurulması ve mahiyet itibariyle süreklilik arz etmemesi ve ortakların müteselsil sorumluluğunun bertaraf edilmiş olması söylenebilir.

Konsorsiyumda bir adi ortaklık söz konusu olmaktadır. Konsorsiyum adi ortaklık niteliği taşıdığına göre adi ortaklığa ilişkin BK m. 520 vd. hükümleri konsorsiyum hakkında doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Konsorsiyum sözleşmesinin hükümleri BK m. 520 vd. düzenlemesine (emredici nitelik taşıyanları hariç) nazaran öncelikle uygulanacaktır. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise kanun hükümleri devreye girecektir.

Son zamanlarda sıklıkla uygulanır hale gelen konsorsiyumların açık bir kanuni düzenlemeye kavuşturulması bu kurumun uygulamasının daha da artırılması ve kurumun hukukumuzaya yerleşmesi açısından önem taşımaktadır.

KAYNAKLAR

- Acar, Hakan, İnşaat Sektöründe Konsorsiyum Sözleşmeleri, Doktora Tezi, İstanbul 2000.
- Aksoy, Mehmet Ali, Ortak Girişimler ve Konsorsiyum Sözleşmeleri, YLT, Ankara 2005.
- Akyol, Şener, Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 1997.
- Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.
- Baygın, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.
- Dayınlarlı, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1999.
- Kaplan, İbrahim, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture, Ankara 2007.
- Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, Ankara 1973.
- Korkut Ömer, Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı, *Legal Hukuk Dergisi*, Nisan 2007, s. 1151- 1164.
- Öztürk, Pınar, Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture'ların Değerlendirilmesi, *Prof. Dr. Oğuz İmregün Armağanı*, İstanbul 1998, s. 491-524.

- Seliçi, Özer, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978.
- Tandoğan, Haluk, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture), *Batider*, C.XIII, S.3- 4, Y.1986, s.57-89.
- Tekil, Fahiman, *Şirketler Hukuku*, C.I, İstanbul 1996.
- Tekinalp, Gülören / Tekinalp Ünal, Joint Venture, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı*, Ankara 1988, s. 143- 176.
- Yalman, Macit / Taylan Erbay,
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1997.
- Yılmaz, Lerzan, Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, *Mahmut Refik Belik'e Armağan*, İstanbul 1993, s. 475-491.
- Zevkliler, Aydın / Aydoğdu Murat / Petek Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1998.