

KONSORSİYUM SÖZLEŞMELERİ

GİRİŞ	1
I. KONSORSİYUM SÖZLEŞMESİ	2
A. Konsorsiyum Sözleşmesinin Tanımı, Türleri ve Özellikleri	2
B. Konsorsiyum Sözleşmesi ile Adi Ortaklık İlişkisi	6
C. Konsorsiyum Sözleşmesi ile Joint Venture Sözleşmesi İlişkisi	7
D. Konsorsiyum Sözleşmesinde Tarafların Hak ve Borçları	8
KISALTMALAR	10
KAYNAKÇA	11

GİRİŞ

Konsorsiyum, bir sözleşmesel ilişki olarak Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş sadece Kamu İhale Kanunu'nda, Vergi Kanunu'nda ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde kendisine yer bulmuştur. Ne var ki, bu mevzuatlarda yer alan konsorsiyuma ilişkin düzenlemeler pratikteki sorunlara cevap vermemektedir. Bir çok alanda görebileceğimiz konsorsiyumlar günümüzde sıklıkla inşaat/yapı işlerinde karşımıza çıkmaktadır. Çünkü büyük yapı işleri nitelikleri gereği farklı uzmanlık alanlarını bünyesinde barındırmaktadır. Şirketler de farklı uzmanlık isteyen bu yapı işlerini üstlenmek için bir sözleşme etrafında buluşarak bir iş birliğine girmektedirler. Bu iş birliği o kadar önemlidir ki; yapının bir alanındaki eksiklik, işin tamamlanamamasına yol açacak tarzdadır.

Konsorsiyum iki veya daha fazla gerçek ve/veya tüzel kişinin bir araya gelerek kendi kişiliklerinde bir değişiklik olmaksızın bir işi üstlenmeleri ve bu işi yaparken iş sahibine karşı müteselsil sorumluluk içine girmedikleri sözleşmesel bir oluşumdur.

I. KONSORSİYUM SÖZLEŞMESİ

A. Konsorsiyum Sözleşmesinin Tanımı, Türleri ve Özellikleri

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 üstlenmeleri durumunda “konsorsiyum” (Konsortium) söz konusu olur¹.

Konsorsiyum ilişkisi bir sözleşme temeline dayanmaktadır. Bu sözleşmenin tarafları gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Barlas²,ın belirttiği üzere sadece gerçek kişilerin ya da gerçek kişiler ile tüzel kişilerin arasında da konsorsiyum ilişkisinin kurulmasına hiçbir engel yoktur. Konsorsiyum türleri de göz önünde bulundurulduğunda, konsorsiyum tanımı yapılırken sadece teşebbüslerin bir araya gelmesinden bahsetmek doğru bir kullanım olmayacaktır. Zira konsorsiyum tarafları, girdikleri sözleşmesel ilişki neticesinde de tüzel bir kişilik oluşturmamaktalar, kendi gerçek ya da tüzel kişiliklerinin korumaya devam etmektedirler.

Konsorsiyum sözleşmesinde üyelerin meydana getirilen ortaklığa bir sermaye getirmeleri söz konusu olmadığı gibi bu ortaklık çerçevesinde oluşan mülkiyet üzerinde her ortak sözleşmede belirlenen payı oranında bireysel mülkiyet hakkı sahibidir, Barlas’ın da belirttiği üzere herhangi birlikte mülkiyete tabi ortaklık malvarlığı yoktur.

Konsorsiyum sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi olmamakla birlikte, konsorsiyum ticaret şirketlerince ticari işletme de işletecek biçimde kurulmuşsa ve ortaklar bu ticari işletmeyi ticaret siciline tescil ettirmek istiyorlarsa zaten –aslında geçerliliği yine de şekil şartına tâbi olmamakla birlikte- konsorsiyum sözleşmesini yazılı şekilde yapmak ve noter onayından geçirmek zorundadırlar.

Konsorsiyum tanımını yaparken bir araya gelen kişilerin belirli bir işi veya işler dizisini gerçekleştirmek için bir araya geldiklerini belirtmiştik. Tanımın bu noktasından hareketle tarafların oluşturdukları bu sözleşmesel ilişkinin belli bir süreyle sınırlandırıldığı sonucunu çıkarabiliriz. Zira konsorsiyumun temel bir özelliği de geçici³ süreli olarak kurulması, süreklilik arz etmemesidir. Temel özellik süreklilik arz etmemesi olmakla birlikte ileride inceleyeceğimiz oy konsorsiyumlarında, ortaklık pay sahiplerinin meydana getirdiği oy konsorsiyumu ilişkisi bir kereye mahsus bir işlem için yapılabileceği gibi süreklilik de arz edebilir.

Konsorsiyumun hayat bulması için öncelikle konsorsiyum üyeleri olarak adlandırabileceğimiz tarafların bir araya gelmesi ve iş sahibine sunmak üzere ortak bir hazırlık yapması gerekir. Ortak noktalar üzerinde buluşan üyeler konsorsiyum sözleşmesini oluşturduktan sonra iş sahibi ile mutabakata varırlarsa da konsorsiyum üyeleri ile iş sahibi arasında yapı, inşaat işi varsa bir eser sözleşmesi meydana gelmektedir. Görüldüğü üzere iki kademeli bir sözleşme ilişkisi var olmakla birlikte konsorsiyum sözleşmesini, konsorsiyum üyeleri kendi aralarında akdetmektedirler.

¹ Barlas; Nami, Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 2012, s.243.

² Barlas, s.246.

³ Konsorsiyumun temel özelliği geçici süreli olarak kurulması olsa da elbette istisnaları vardır. Bu noktaya bir sonraki başlık olan “Konsorsiyum Sözleşmesinin Türleri” başlığı altında inceleyeceğiz.

Ortakların olağan sorumluluk rejimi açısından konsorsiyum adi ortaklığın normal düzenine oranla farklılık taşır. Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede, konsorsiyuma katılan ortakların müteselsil sorumlulukları bertaraf edilmektedir. 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’ veya müteselsil sorumluluğun hüküm sürdüğü diğer bir adi ortaklık ilişkisi olarak nitelendirilmesi gerekir. 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 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 bahsedilmemiştir⁴.

Konsorsiyum sözleşmelerinde, konsorsiyum üyeleri arasından konsorsiyum işlerini kontrol etmek, üyeler arasındaki koordinasyonu sağlamak, konsorsiyumu hukuki işlemlerde temsil etmek⁵ gibi benzeri konularda görevler üstlenecek bir lider firma (pilot firma, leading party) seçilir. Yargıtay’ın önüne gelen konsorsiyum sözleşmesine dayalı çeşitli davalarda lider firma/şirketten bahsedilmektedir: “*Dosyaya sunulan konsorsiyum anlaşmasının 3.2 maddesine göre; lider şirket B.. Mühendislik Şirkettir. İşlerin zamanında yerine getirilmesinden lider şirket sorumludur. Lider, her konsorsiyum üyesinin işinden idareye karşı üye ile birlikte müştereken sorumludur*”⁶. Bu kararda da görüleceği üzere lider şirket çeşitli konularda idareye karşı konsorsiyumu temsil etmekte ve bir takım yükümlülükler üstlenmektedir. Konsorsiyum liderinin görev ve yetkileri bakımından bir konsorsiyum sözleşmesinden örnek verecek olursak: “*Konsorsiyumun koordinatör ortağı, işin bitimine kadar(ortağın adı) dir. Koordinatör ortağın konsorsiyumu her konuda temsile tam yetkili olduğunu, idare tarafından koordinatör ortağa yapılacak bildirimlerin konsorsiyuma yapılmış sayılacağını, vermiş olduğumuz müşterek teklif neticesinde, iş üzerimizde kaldığı taktirde sözleşmenin bütün ortaklarca müştereken imza edileceğini ve akdedilecek sözleşme ile ilgili diğer bütün hususlarda koordinatör ortak olarak göstermiş olduğumuz ortağımızın, ortaklığımız nam ve hesabına hareket etmeye tam yetkili olacağını ...*”

⁴ Şahin, Turan, Konsorsiyum Sözleşmesi, TBB Dergisi (92), 2011, s.463.

⁵ Lider, yönetim yetkisinin yegâne sahibidir; konsorsiyumun diğer üyelerinin (diğer ortakların) yönetime doğrudan katılma ve müdahalede bulunma hakları yoktur. Mamafih, yönetim yetkisinin aynı anda birden fazla ortağa bırakılması da mümkündür ki uygulamada bazen ‘eş liderlik’ tarzında iki ortağa birden liderlik sıfatının tanındığı da görülmektedir. Aynı şekilde, konsorsiyumu (konsorsiyumun tüm ortaklarını) temsil yetkisi de normalde konsorsiyum liderine aittir. Zaten, yönetim yetkisi açıkça ona tanınmış olmasa dahi (ki, böyle bir duruma uygulamada herhalde çok ender rastlanabilecektir) BK m.637/f.3, c.1 (OR Art. 543/Abs.3) kuralı uyarınca yine aynı sonuca varılmak gerekecektir. Liderin bu temsil yetkisini icra biçimi, konsorsiyumun ne tarzda yapıldığına bağlıdır. Eğer konsorsiyum bir dış ortaklık biçiminde yapılmışsa lider, konsorsiyumun diğer üyeleri (diğer tüm ortaklar) adına ve hesabına hareket eder. Böylelikle, konsorsiyumun varlığı ve işlemin konsorsiyum ile yapıldığı, üçüncü kişiler (işlemin karşı tarafı) nezdinde de bilinir. Buna karşılık, konsorsiyum sadece bir iç ortaklık ilişkisi biçiminde karşımıza çıkıyorsa –ki, bu nadir bir durumdur- o zaman lider dışa karşı işlemi kendi adına, fakat iç ilişkide konsorsiyum (diğer tüm ortaklar), hesabına gerçekleştirir (dolaylı temsil); bu halde işlemin tüm sonuçları, yani o işlemden kaynaklanan bütün hak ve borçlar ilk planda ve doğrudan doğruya liderin üzerinde doğar. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Barlas, s.248.

⁶ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 2012/12215 E., 2014/16450 K.

Konsorsiyum, gerçek ve/veya tüzel kişilerin aralarındaki sözleşmeye dayalı olarak kurulur ve bu sözleşme tarafların kişilik durumunda farklılık yaratmaz. Sözleşmeye katılanlar kendi kişiliklerini korurken, yapılan sözleşme sonucunda da herhangi bir ticaret şirketi kurulmayacağı için başta Ticaret Kanunu olmak üzere sair kanunların ticaret şirketleri için getirdiği yükümlülüklerle katlanma zorunluluğu da doğmaz. Aşağıda bahsedeceğimiz üzere özellikle yapı konsorsiyumlarında eser sözleşmesine konu üstlenilecek iş, farklı teknik alanlarda uzmanlık gerektiren bir iş olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâl böyle olunca şirketler uzmanlıklarını birleştirerek bir konsorsiyum oluştururlar ve söz konusu işi şirketlerinin uzmanlık alanlarını genişletme gibi bir yükümlülük altına girmeden üstlenebilmektedirler. Eser sözleşmesine konu işin büyüklüğü dikkate alındığında, konsorsiyum sayesinde, işi tek başına yapamayacak bir şirket piyasada varlık gösterebilmektedir ve bu durum piyasanın rekabetçi yapısını da canlı tutmaktadır.

İş sahibi bakımından da konsorsiyum avantajlı görünmektedir. Örneğin; iş sahibi, farklı alanlarda uzmanlık gerektiren işi için birden fazla şirket ile tek tek görüşmek yerine tek bir oluşum olan konsorsiyum ile muhatap olmaktadır. Hatta aşağıda değineceğimiz üzere dikey bir konsorsiyum ilişkisi varsa, iş sahibi sadece lider firma ile görüşmeler yapmaktadır, lider firma burada diğer ortakların temsilcisi konumundadır. Konsorsiyum üyeleri ve iş sahibi açısından kolaylıklar getiren esnek yapıda konsorsiyum, uygulamada sıkça başvuru alan bir sözleşme ilişkisi olmaktadır ve çeşitli alanlara uygulanabilirliği açısından da farklı türlerde konsorsiyum ilişkileri oluşmaktadır.

Emisyon Konsorsiyumları (Emissionskonsortien): Bir kuruluşun (çoğu zaman bir anonim şirketin) ihraç edeceği hisse senedi ve tahvillerin sadece tedavüle çıkarılması veya hem tedavüle çıkarılması hem de bizzat konsorsiyumca üstlenilerek üçüncü kişilere plâse edilmesi amacıyla bankaların bir sözleşme ile bir araya gelmeleridir⁷. Emisyon konsorsiyumları da kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır: Saf tedavül komisyonları (die reinen Begebungskonsortien) ve üstlenme komisyonları (Übernahmekonsortien).

Kredi Konsorsiyumları (Kreditkonsortien): Bu konsorsiyum türünde; bir büyük kredinin birden fazla banka tarafından birlikte sağlanması amaçlanır⁸. Bu konsorsiyum türü de, konsorsiyum liderinin görevi, sözleşmedeki işlevi ve rizikonun dağıtılması gibi çeşitli unsurlar dolayısıyla ikiye ayrılmaktadır: Gerçek konsorsiyal kredi (echter Konsortialkredit) ve gerçek olmayan konsorsiyal kredi (Parallelkredit)⁹.

Alacağın Tahsili İçin Harekete Geçmeme Konsorsiyumları (Stillhaltekonsortium): Konsorsiyum ilişkisi, bazen alacaklılar (çoğu kez, bankalar) tarafından ödeme güçlüğü içindeki borçluya karşı hemen harekete geçilmeyerek, ona belirli bir süre tanınması amacıyla da oluşturulur¹⁰. Burada ifa güçlüğüne düşmüş bulunan borçlu aleyhine alacaklılar kendilerine tanınan hukuki mekanizmayı işletmemektedirler. Borcun yeniden yapılandırılmasına benzer şekilde, taraflar arasındaki, örneğin kredi ilişkisinde ödeme süresi yeniden yapılandırılarak uzatılmakta hatta borçlunun yapacağı taksitler ödeme şeklinde kabul edilmektedir. Borçlunun yaptığı ödemelerin paylaşılması şekli de, konsorsiyumu oluşturan alacaklıların, alacakları oranına göre saptanmaktadır.

⁷ Barlas, s..251.

⁸ Barlas 253

⁹ Barlas, s.253.

¹⁰ Barlas, s.255.

İyileştirme Konsorsiyumları (Sanierungskonsortien): Bu konsorsiyum ilişkisi, yukarıda kısaca açıkladığımız alacağın tahsili için harekete geçmeme konsorsiyumlarının genişletilmiş halidir. Yani borçlu karşısındaki alacaklılar, alacağın temini için harekete geçmemekle birlikte borçlunun tacir olduğu bir kurguda ona bir takım yardımda bulunmaktadır. Ticari hayatın devamlılığını da sağlayan bu ilişkide konsorsiyum üyeleri, bir emprivizyon yapmanın da ötesine geçerek borçluya bir takım destekler sağlamaktadırlar. Elbette ki sağlanan bu destekler neticesinde alacaklılar borçludan olan alacaklarını yapılacak olan tam bir ödeme ile temin edeceklerdir. Kanaatimizce bu kadar ek yükümlülükler altına giren konsorsiyum üyeleri, harekete geçmeme konsorsiyumunda olduğu gibi borçlu tarafından yapılacak taksit şeklinde ödemelerle yetinmeyeceklerdir. Zira iyileştirme konsorsiyumu kurgusunda borçluya yapılacak destekler üyeler için extra bir yük oluşturabilecek ekonomik destekler de olabilir.

Oy Konsorsiyumları (Stimmrechtskonsortien): Konsorsiyumun ilişkisinin kimler arasında yapılabileceğini yukarıda açıklamıştık. Konsorsiyum sözleşmesi gerçek kişiler, tüzel kişiler, gerçek ve tüzel kişiler arasında kurulabilir. Günümüzdeki konsorsiyum örnekleri sıklıkla tüzel kişiler arasında gerçekleştirilse de gerçek kişileri kapsamayacak bir tanım yeterli olmayacaktır. Zira aşağıda açıklayacağımız üzere oy konsorsiyumları, bir ortaklıktaki pay sahipleri arasında kurulmaktadır.

Oy konsorsiyumu, çok taraflı bir sözleşme olup, bunula iki veya daha çok pay sahibi, ortak bir amaca¹¹ ulaşmak için oy haklarını sözleşmede belirledikleri veya sonradan sözleşmeye göre aralarında saptayacakları yönde bizzat veya bir temsilci aracılığı ile topluca kullanmayı ya da kullanmamayı taahhüt ederler¹².

Konsorsiyumların özelliklerinden bahsederken temel bir özelliğinin de geçici süreli olduğunu belirtmiştik. Oy konsorsiyumları da geçici bir süre için, sadece bir genel kurul toplantısına yönelik olabileceği gibi süreklilik arz eden bir yapıda da karşımıza çıkabilir¹³.

Yapı Konsorsiyumları (Baukonsortien): Yapı konsorsiyumları, birbirinden bağımsız kişi veya kuruluşların, büyük bir yapı işini işverene karşı her biri işin belirli bir bölümünden sorumlu olmak üzere birlikte gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmelerini ifade eder¹⁴. Yapı konsorsiyumunda inşaat/yapı sektörünün farklı uzmanlık alanlarındaki oyuncular sözleşmede kararlaştırılan geçici bir süre için yapının üstlendikleri bölümüne yönelik faaliyette bulunmaktadır.

Yapı/inşaat konsorsiyumlarında iki veya daha fazla girişimci bir araya gelerek aralarındaki konsorsiyum sözleşmesine müteakip iş sahibi ile bir eser sözleşmesi içerisine girmektedirler. Bu durumda konsorsiyum üyeleri yüklenici sıfatını kazanacaklardır. Eser sözleşmesinde, her konsorsiyum üyesi kendi uzmanlık alanında faaliyet göstermektedir ve her üye üzerine düşen

¹¹ Konsorsiyumlarda, karşılıklı oy sözleşmelerinde olduğunun aksine, edimlerin değiş tokuşu esasına dayalı, karşılıklı çıkarlar ve farklı amaçlar değil, oy haklarının kullanılmasına ilişkin ortak çıkarlar ve amaçlar söz konusudur. Moroğlu, Erdoğan, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, İstanbul, 1978, s.41.

¹² Moroğlu, s.41.

¹³ Oy konsorsiyumları tek bir genel kurul toplantısı veya belli bir gündem maddesiyle ilgili bir defalık sözleşme olarak yapılabilirse de, uygulamada çoğu kez sürekli biçimdedir. Keza, genellikle az ortaklı sermaye ortaklıklarında rastlandığı üzere, bütün pay sahiplerini içerir şekilde yapılabileceği gibi, azınlık veya çoğunluk oluşturan bir kısım pay sahiplerini de kapsayabilir. Ortaklıkların kuruluşu sırasında ortaklık ana sözleşmesine paralel olarak yapılan kuruluş sözleşmeleri genellikle bütün kurucuları içeren oy konsorsiyumlarıdır. Oy konsorsiyumunun, sermaye artırımları veya seçimler gibi sınırlı konuları içeren sürekli oy sözleşmeleri olarak yapılmasına da bir engel yoktur. Moroğlu, s.41,42.

¹⁴ Barlas, s.256.

kısmı tamamladığında eser meydana getirilmiş olacaktır, sonrasında eseri teslim¹⁵ süreci başlayacaktır.

B. Konsorsiyum Sözleşmesi ile Adi Ortaklık İlişkisi

Konsorsiyumun yukarıda ele aldığımız kavramsal özellikleri ve temel yapısı, konsorsiyumun Türk, İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde gerek doktrin gerekse yargı organları tarafından oybirliğiyle adî ortaklık biçiminde nitelendirilmesine yol açmıştır. Hemen belirtelim ki, bu tutum isabetlidir. Konsorsiyumun türü ve ana hedefi ne olursa olsun, konsorsiyuma katılanlar arasında sözleşme bağına dayalı bir ortaklık ilişkisi kurulur ve bu ortaklık, BK m.620 vd. anlamında adî ortaklıktan başka bir şey değildir¹⁶.

Ancak adî ortaklık hükümlerinin belli hükümleri konsorsiyum yapısına uygulanabilirken, temel bazı hükümleri de uygulama alanı bulamamaktadır. Önemle belirtmeliyiz ki, konsorsiyum sözleşmesine uygulanamayan bazı adî ortaklık hükümleri de adî ortaklık yapısı için mecburi olmayan, olmazsa olmaz hükümler değildir.

Adi ortaklıkta özellikle ortakların sermaye payları ve ortaklığın faaliyetleri sonucunda elde edilen değerlerle teşkil edilen ortaklığın malvarlığı üzerinde, ortakların elbirliğiyle mülkiyeti söz konusudur. Ancak adi ortaklığın yapısına pek uygun olmamakla birlikte, ortaklar ortaklık sözleşmesinde yapacakları açık bir düzenlemeyle elbirliğiyle mülkiyet yerine paylı mülkiyet esasını benimseyebilirler. Bu şekilde adi ortaklıkta temel kural ortaklık malvarlığı üzerinde elbirliğiyle mülkiyet olduğundan, bir ortak tek başına ortaklık malvarlığı veya bu malvarlığına dahil değerler üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamaz. Adi ortaklık malvarlığı üzerinde tasarruflar, ancak temsil mekanizması çerçevesinde veya tüm ortakların bizzat katılı suretiyle elbirliğiyle yapılabilir¹⁷. Oysa konsorsiyum sözleşmelerinde kural olarak karşımıza ortakların elbirliğiyle mülkiyetine tabi bir ortaklık malvarlığı çıkmamaktadır.

Adî şirkette ortaklar şirket borçlarından birinci derecede, şahsen, müteselsilen ve tüm malvarlıkları ile sınırsız sorumlu olurlar (TBK md.638, f.3; md.645)¹⁸. Adi şirkette durum böyleyken konsorsiyumda, konsorsiyum sözleşmesi ile konsorsiyum üyelerinin müteselsil sorumlulukları kaldırılmaktadır. Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede, konsorsiyuma katılan ortakların (Konsorten) müteselsil sorumlulukları bertaraf edilmektedir ki, esasen konsorsiyumun yapısı da bunu gerektirir. Her ortak diğer âkide karşı yalnızca kendi üstlendiği iş kısmı (Konsortialantiel, Konsortialquote) için sorumluluk altındadır. Eğer konsorsiyum ortakları diğer âkide karşı böyle bir paylaşım olmaksızın her biri işin tümünün ifasından sorumlu olmak üzere taahhüt altına girmekte iseler, bu taktirde ortada gerçek ve teknik anlamda bir konsorsiyum mevcut değildir; ilişkiyi ‘salt sözleşmeye dayalı Joint Venture’

¹⁵ Yüklenici bir maddi eseri iş sahibinin hakimiyet alanında meydana getirmişse (özellikle yapı işlerinde), öğretideki hakim görüşe göre teslim yüklenicinin iş sahibine eseri tamamlamış olduğuna yönelik, açık veya zımnî bildirim ile gerçekleşir; teslimin gerçekleşmesi için iş sahibinin katılımına yani teslim alma iradesine gerek yoktur. Söz konusu bildirim iş sahibine veya yetkili temsilcisine varması gerekli bir irade beyanıdır. Buna karşılık diğer bir görüş, teslim için iş sahibinin eseri ifa olarak kabul ettiğine ilişkin iradesinin varlığını da aramaktadır. Buna karşılık öğretide diğer bir görüşe göre, yüklenicinin yaptığı bildirim öğrenilmesinden itibaren uygun bir süre içerisinde iş sahibince itiraz edilmediği (eserin reddedilmediği) durumda teslim gerçekleşmiş sayılır. Gümüş, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s.33-34.

¹⁶ Barlas, s.257.

¹⁷ Şener, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2012, s.26.

¹⁸ Bilgili, Fatih; Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa, 2013, s.35.

(Contractual Joint Venture) veya müteselsil sorumluluğun hüküm sürdüğü diğer bir adi ortaklık modeli, hatta yalın halde (alelade) bir adi ortaklık ilişkisi olarak nitelendirmek gerekir¹⁹.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte bu konu çalışmamızın amacı kapsamında değildir. Önemle belirtmeliyiz ki, yukarıda örnek olarak verdiğimiz adi şirketin konsorsiyumdan farkına ilişkin örnekler, adi şirketin varlığı için mecburi değildir. Keza taraflar adi şirket sözleşmesi ile kanunun emredici kıldığı hükümler dışındaki noktalar üzerinde aksini kararlaştırabilirler. Dolayısıyla konsorsiyumun temelinde adi ortaklık ilişkisi yattığına göre bir konsorsiyum sözleşmesinde düzenlenmemiş bir konu varsa ve konsorsiyumun yapısına uyuyorsa BK'nın adi ortaklığa ilişkin 520 ila 541.maddelerini konsorsiyumlara uygun düştüğü ölçüde uygulayabiliriz.

C. Konsorsiyum Sözleşmesi ile Joint Venture Sözleşmesi İlişkisi

Joint Venture iki veya daha fazla sayıda gerçek veya tüzel kişinin uygulamada büyük iş yapma gücüne sahip olan iki firmanın, genelde biri teknoloji ve sermaye taşıyan yabancı, diğeri emek ve işletmenin veya inşaatın bulunduğu yerdeki şartları bilen ve emek gücünü sağlayan yerel firmanın aralarında bir birlik meydana getirerek ortak amaca ulaşmak ve elde olunacak kârı dağıtmak üzere kurmuş oldukları “şirket” niteliğindedir. Anlaşma Ticaret Kanunu'nda yer alan kolektif, komandit, limited, anonim şirket olarak organize edilmediği takdirde adı şirket sözleşmesidir²⁰.

Joint venturenin temel özellikleri olarak genellikle tek iş için kurulma (bazen süreklilik arz eden faaliyetler için kurulabilir, örneğin sermayeye dayalı joint venturedede 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 venturenin sona ereceği sayılabilir²¹.

Yukarıda temel özelliklerini vermeye çalıştığımız joint Venture sözleşmesi, konsorsiyum sözleşmesi ile her ne kadar benzerlik gösterse de bazı yönlerden konsorsiyum sözleşmesinden ayrılmaktadır. Örneğin; konsorsiyum sözleşmesinde, konsorsiyum üyeleri üstlenici olarak işin sadece üstlendikleri kısmından sorumluyken joint venturedede ise üstleniciler işin tamamından müteselsilen sorumludurlar.

Öte yandan konsorsiyum sözleşmesine giden yolda, konsorsiyumun varlığından bahsedebilmek için herhangi bir sermayeye katılım yoktur. Fakat yukarıda verdiğimiz joint Venture tanımında da görüldüğü üzere bu sözleşme tipinde sermayeye, emeğe katılım durumları vardır.

Konsorsiyum sözleşme türlerine bakıldığında kâr elde etme amacına her zaman yönelemediğini görürüz. Oysa joint venturedede kâr elde etmek, oluşumun amaçladığı esaslı unsurlardandır.

¹⁹ Barlas, s.249.

²⁰ Akyol, Şener, Know-How . Management Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 1997, s.75.

²¹ Korkut, s.1154, (Turan Şahin'den naklen).

E. Konsorsiyum Sözleşmesinde Tarafların Hak ve Borçları

Yapı konsorsiyumu sözleşmesi etrafında birleşen üstleniciler/üyeler ile ihale makamı/iş sahibi arasında BK kapsamında bir eser sözleşmesi meydana getirilir. Çalışmamızın bu kısmında konsorsiyum üyeleri ile iş sahibi arasında meydana gelen eser sözleşmesinden doğan hak ve borçları ele alacağız.

Yüklenicinin asli edim borçlarından biri eserin meydana getirilmesidir. Bu borç Borçlar Kanunu'nun 355.maddesindeki yüklenicinin bir eseri meydana getirmeyi üstleneceğine ilişkin ifadeden anlaşılmaktadır. Meydana getirme borcu, sözleşmeye tipini veren edimdir²². Fakat yüklenicinin asli edimi tek başına eserin meydana getirilmesi değil, sözleşmeye uygun olarak meydana getirilen eserin teslim edilmesidir. Zira eser sözleşmesinde yüklenici sonuçtan sorumludur. Meydana getirme faaliyeti sonucun elde edilmesine yönelik bir araçtır²³. Dolayısıyla diyebiliriz ki; konsorsiyum üyeleri eserin meydana getirilip teslim edilmesinden sorumludurlar. Üyelerin mal tedarik etme gibi bir faaliyetleri söz konusu olamaz.

TBK m.471/III'e göre, "Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir." Buna göre kanun koyucu eser sözleşmesinde vekalet sözleşmesinde vekil şahsen iş görmesi kuralının (TBK m.506/I) aksine, yüklenicinin kural olarak eseri "yönetimi altında" yapmasını aramaktadır²⁴.

Konsorsiyumda kural olarak üyelerin bizzat eseri meydana getirme borcu vardır. Ancak üyeler, konsorsiyum sözleşmesinde işin alt müteahhide devrine ilişkin bir düzenleme yapmışlarsa, kendi iş kısmını bir alt müteahhide yaptırabilir. Eğer konsorsiyum sözleşmesinde devre ilişkin bir düzenleme yapılmamışsa ve işin niteliği gereğince eserin (ilgili kısmın) meydana getirilmesinde konsorsiyum üyesinin kişisel özellikleri önem arz etmiyorsa, devre yönelik işlem, konsorsiyumun koordinatörü olan lider şirkete bildirilmelidir. Böylelikle konsorsiyum ilişkisi sürecinde ortaya çıkacak muhtemel sorunların da önüne geçilmiş olacaktır.

Devrin mümkün olduğu bir senaryoda asıl müteahhit yani konsorsiyum üyesi ile alt müteahhit arasında bir alt müteahhitlik sözleşmesi imzalanacaktır. Bu sözleşme uyarınca alt müteahhit, asıl müteahhide yani konsorsiyum üyesine karşı sorumludur. Dolayısıyla alt müteahhit, iş sahibini karşısında görmemektedir. Konsorsiyumun üyeleri arasındaki ilişki göz önüne alındığında, her müteahhit, kendi alt müteahhidinin iş görmesinden dolayı ortaya çıkan borçlardan kendisi sorumludur, müteselsil sorumluluk yoktur.

Borçlar Kanunu'nun yapı konsorsiyumlarına uygulanan bir noktası da, BK m.471/IV'da belirtilen, aksine bir adet veya anlaşma olmadıkça yüklenici eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorunda olması, kanun hükmüdür.

Konsorsiyum üyeleri, yapıda kendisine düşen kısımla ilgili olarak görevlerini ifa ederken gerekli dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. Zira BK m.471/2 hükmü açıkça yüklenicinin özen borcundan bahsetmektedir: "Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğun

²² Gauch, N.7; Öz, s.3; Şenocak (Eser), s.6, (Emre Gökyayla'dan naklen).

²³ Ayan (Temerrüt), s.25, (Gökyayla'dan naklen).

²⁴ Gümüüş, Alper Mustafa, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s.11.

belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.”

Borçlar Kanunu, yükleniciye ihbar külfeti de yüklemiştir. Eserin meydana getirilmesi için lazım olan malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa veya iş sahibinin eserin yapılması için gösterdiği inşa alanında ayıp varsa yahut eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yükleniciler bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır, aksi halde bundan doğacak sonuçlara katlanmak zorunda kalır. (BK m.472/3)

Borçlar Kanunu’na bakıldığında iş sahibinin borcu olarak yapılan iş karşılığında bedel ödeme borcuna ilişkin bir düzenleme görülmektedir. Her ne kadar kanunda düzenlenmemiş olsa da iş sahibinin bedel ödeme borcundan başkaca borçları da vardır²⁵.

Bir yapı konsorsiyumu etrafında toplana üyeler, iş sahibi ile yaptıkları eser sözleşmesi uyarınca eser gereği gibi tamamlanıp iş sahibine teslim edildiğinde konsorsiyum sözleşmesi sona erecektir. Konsorsiyum üyelerinin, iş sahibine karşı borçlarını yerine getirmemeleri halinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı gündeme gelebileceği gibi üyelerin ayıba karşı tekeffül borçları da vardır. Tekeffül kapsamında iş sahibi sözleşmeden dönebilir, sözleşmedeki bedel üzerinden indirim yapılmasını talep edebilir, ayıp her neyse onun giderilmesini isteyebilir ve müteahhidin kusurlu olduğunu da ispatlaması halinde de tazminat isteyebilir. Ancak bu ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanmak için BK’daki ihbar külfeti iş sahibi tarafından gereği gibi yerine getirilmelidir.

Bu sona erme dışında; haklı nedenlerle fesih, iş sahibinin yüklenicinin zararlarını tazmin suretiyle sözleşmeyi sona erdirmesi ve tarafların anlaşmasıyla sona erme halleri de vardır²⁶.

²⁵ Detaylı bilgi için bakınız; Gökyayla, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009, s.26-28.

²⁶ Detaylı bilgi için bakınız; Gümüş, s.102 vd.

KISALTMALAR

TBK: Türk Borçlar Kanunu

BK: Borçlar Kanunu

vd: Ve devamı

m: Madde

md: Madde

f: Fıkra

s: Sayfa

E: Esas

K: Karar

TİS: Toplu İş Sözleşmesi

KAYNAKÇA

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

Barlas, Nami, Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 3.Bası, 2012

Bilgili, Fatih; Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa, Dora Basım yayın, 2013

Dinç, Mutlu, Türk Borçlar Kanunu, Ankara, Seçkin, 2014

Dinç, Mutlu; Bahadır, Çilem, İş Kanunu, Ankara, Seçkin, 2015

Gökyayla, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009

Gümüş, Alper, Mustafa, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 3.Bası, İstanbul

Kaplan, İbrahim, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı –Joint Venture-, Ankara, 1994

Moroğlu, Erdoğan, Özellikle Anonim ve Limited ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.

Şener, Hami, Oruç, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Seçkin, 2012

27579 Sayılı Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği

4857 Sayılı İş Kanunu

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

www.sgk.gov.tr

www.yargitay.gov.tr