

Enerji Performans Sözleşmesi Uyuşmazlıklarının Çözümü için Detaylı Kılavuz ve Prosedürler

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı; Dünya Bankası tarafından Temiz Teknoloji Fonu hibesi ile finanse edilen Kamu Binalarında Enerji Verimliliği Projesinin, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile beraber uygulayıcısı konumundadır. Bu rapor, Kamu Binalarında Enerji Verimliliği Projesi kapsamında yürütülen "Türkiye'de EVD Piyasasının Güçlendirilmesi, Enerji Verimliliği Finansmanı ve EVD'lerin Kamu Sektörüne Yönelik Kapasitesinin Geliştirilmesi Danışmanlık Hizmetleri" sözleşmesi çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB) için Stantec Mühendislik ve Müşavirlik Ltd. Şti.'nin başında bulunduğu Ortak Girişim (OG) tarafından hazırlanmıştır. Rapor kesin surette OG ile ETKB arasında mutabık kalınan kapsamda temellenmektedir. Bu nedenle, bu raporda belgenin kendisinde kategorik olarak belirtilmemiş olabilen kısıtlılıklar, varsayımlar veya veriye bağlılık durumları söz konusu olabilir. OG ile istişare edilmeden bu raporun dayanak noktası tayin edilmemesi gerekmektedir. Raporda sunulan yorumların ve tavsiyelerin her biri OG'nin spesifik bir hususla ilişkili görüşlerini yansıtmaktadır ve bu itibarla, söz konusu alanın kapsayabileceği bütün unsurlara muhakkak tekabül etmek zorunda değildir. OG'nin bu rapora ilişkin yükümlülükleri OG'yle olan mutabakatla sınırlıdır. Başka kişilerin bu raporu kullanmaları durumunda risk tamamen kendilerine aittir. OG işbu raporun başka herhangi bir kişi tarafından kullanılmasıyla ilgili hiçbir bir sorumluluk kabul etmemektedir. Burada ifade edilen görüşler OG'nin görüşleridir ve bu nedenle hiçbir şekilde ETKB'nin resmî kanaatini yansıttıkları şeklinde yorumlanamazlar.

PROJE ÖZETİ

Proje Adı	Türkiye'de EVD Piyasasının Güçlendirilmesi, Enerji Verimliliği Finansmanı ve EVD'lerin Kamu Sektörüne Yönelik Kapasitesinin Geliştirilmesi Danışmanlık Hizmetleri
Referans Numarası	TF0B0852
Sözleşme Numarası	MENR/CS-02A
Başlangıç Tarihi	12 Ağustos 2021
Süre	15 ay
Ülke	Türkiye Cumhuriyeti
Sözleşme Makamı	Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB) – Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü (DİGM)
Son Faydalanıcı	Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB) – Enerji Verimliliği ve Çevre Dairesi Başkanlığı (EVÇDB)
Ortak Girişim (OG) Üyeleri ("Danışman")	Stantec (Baş), Econoler, Enve Enerji

İçindekiler

Yönetici Özeti	1
1 Giriş	2
1.1 Enerji Performans Sözleşmelerine Genel Bakış	2
1.2 Türk Hukukunda Enerji Performans Sözleşmeleri	4
1.3 EPS Sözleşmeleri için Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları	5
2 EPS İçin Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarına Karşılaştırmalı Yaklaşım	18
2.1 EPS'ler Kapsamındaki Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarına İlişkin Uluslararası Örnekler 18	
2.2 Uluslararası Tanınırlığı Olan Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarının Türkiye'deki Uygulanabilirliği.....	26
3 EPS'ler İçin Uyuşmazlık Önleme, Kaçınma ve Çözüm Mekanizmaları 28	
3.1 Uyuşmazlıktan Kaçınma Önlemleri	28
3.2 Türkiye'de Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları	36
4 Örnek Uyuşmazlık Çözüm Klotları.....	45

Tablo Listesi

Tablo 1: EPS Kaynaklı Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları	10
Tablo 2: Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarının Artıları ve Eksileri	12
Tablo 3: Kurumsal Tahkim	38
Tablo 4: Ad Hoc Tahkim	39
Tablo 5: Tahkimde İş ve Usul Akışı	43
Tablo 6: Uyuşmazlık Önleme Mekanizmaları	44
Tablo 7: Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları	44

Kısaltmalar

AUÇ	Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri
BTBM	Belirsiz Teslimat/Belirsiz Miktar
ÇŞB	Türkiye Cumhuriyeti Çevre ve Şehircilik Bakanlığı
EB	Enerji Bakanlığı
EPS	Enerji Performans Sözleşmesi
ETKB	Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
ETPS	Enerji Tasarrufu Performans Sözleşmesi
ETS	Enerji Tasarrufu Sigortası
EVD	Enerji Verimliliği Danışmanlığı
FAR	Federal Tedarik Mevzuatı
FEMP	Federal Enerji Yönetimi Programı
FIDIC	Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu
GETP	Garantili Enerji Tasarruf Performansı
ICC	Milletlerarası Ticaret Odası
ICSID	Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi
ISTAC	İstanbul Tahkim Merkezi
İSTA	İstanbul Tahkim Derneği
İTR	İnşaat Tüm Riskler Sigortası
İYA	İkili Yatırım Anlaşması
İYUK	20 Ocak 1982 tarihli ve 17580 sayılı <i>Resmî Gazete</i> 'de yayımlanan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğ	15 Nisan 2021 tarihli ve 31455 sayılı <i>Resmî Gazete</i> 'de yayımlanan Kamuda Enerji Performans Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Tebliğ
KABEV	Kamu Binalarında Enerji Verimliliği Projesi
KİK	22 Ocak 2002 tarihli <i>Resmî Gazete</i> 'de yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
LEED	Enerji ve Çevre Dostu Tasarımda Liderlik
NEA	Ulusal Çevre Ajansı
NECPA	1978 Ulusal Enerji Koruma Politikası Yasası
Ö&D	Ölçme ve Doğrulama
SCC	Stockholm Ticaret Odası
SGBS	Singapur Yeşil Bina Hizmetleri
SY	Sözleşme Yetkilisi
TOBB	Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TSE	Türk Standartları Enstitüsü
TÜBİTAK	Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
TÜRKAK	Türk Akreditasyon Kurumu
UÇK	Uyuşmazlık Çözüm Kurulu
UNCITRAL	Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu
UPÖDP	Uluslararası Performans Ölçüm ve Doğrulama Protokolü
YİM	Yapı ve İnşaat Müdürlüğü

Yönetici Özeti

Bu Kılavuz, EVD'ler ve kamu tüzel kişiliklerinin kamu binalarında alınacak enerji verimliliği önlemlerine ilişkin EPS'ler imzalayacakları projelerde faydalanılacağı düşüncesinden hareketle EPS uyumsuzluklarının çözümünde rehberlik etmesi amacıyla hazırlanmıştır.

Kılavuz, EPS'lere ilişkin uyumsuzlukların çözümünde benimsenen yaklaşımlar ve EPS kaynaklı uyumsuzlukların muhtemel sebeplerinin kapsamlı şekilde anlaşılabilmesi için EVD modelleme ve EPS'lerin genel yapısına başvurmaktadır. EVD'lerin aldıkları enerji verimliliği önlemlerine ilişkin temel kavramların verilmesinin ardından bu kavramların (veya söz konusu kavramlara ilişkin kavrayış eksikliğinin) ilgili taraflar arasında pratikte nasıl ihtilaf ve uyumsuzluğa neden olabileceğinin açıklaması sunulmaktadır.

EPS'lere ilişkin uyumsuzluk çözümü rehberliği kavramından hareketle, Kılavuz'da çeşitli uyumsuzluk önleme ve uyumsuzluk çözüm mekanizmaları ayrı ayrı ele alınacak, bu suretle uyumsuzluk çözümüne ilişkin daha kapsamlı bir değerlendirme yapılabilecektir.

Kılavuz'da yargılama, tahkim, uzlaştırma, arabuluculuk, mahkeme katımlı tahkim, inceleme için tarafsız uzman atanması, kısa yargılama ve mahkeme esaslı tarafsız ön değerlendirme gibi farklı uyumsuzluk çözüm mekanizmaları ayrıntılı şekilde incelenmektedir.

Yargılama ve tahkimin hükümleri nihai ve bağlayıcı nitelikte olsa da söz konusu uyumsuzluk çözüm usullerinde hükme varılması uzun sürebilmektedir. Bunlar aynı zamanda taraflar arasındaki mali ilişkinin geri dönülmez şekilde sonlanması ihtimalinin bulunduğu çekişmeli yöntemlerdir.

Diğer taraftan, uzlaştırma, arabuluculuk ve inceleme için tarafsız uzman atanması gibi yöntemler uyumsuzlukların çözümünde daha dostane yöntemlerdir. Bahsi geçen dostane çözüm yöntemleri tarafların ekonomik ilişkisinin devamlılığını sağlamanın yanı sıra tahkim ve yargılamaya kıyasla maliyet ve zaman açısından daha etkindir.

OG alternatif uyumsuzluk çözüm mekanizmalarını dikkatli şekilde incelemiş ve söz konusu incelemenin sonuçları her bir mekanizmaya ilişkin değerlendirme şeklinde ilgili kısımlara eklenmiştir. Böylelikle, hem yerel hem de uluslararası alternatif uyumsuzluk çözümleri dikkate alınmıştır. Bu bağlamda, seçilen üç ülkeden —ABD, Almanya ve Singapur— çeşitli uyumsuzluk çözümü yaklaşımı örnekleri irdelenecektir.

Bu Kılavuz'un hazırlanmasında karşılaştırmalı bir yaklaşım benimsenmiştir. ABD, Almanya ve Singapur menşeli örnek sözleşmelerde tatbik edilen uyumsuzluk çözüm mekanizmaları titizlikle incelenmiş ve hem ilgili yargı yetkisine ayrılan kısımlarda hem de örnek uyumsuzluk çözüm mekanizmalarında bulgulara yer verilmiştir. Ayrıca, bu ülkelerde EVD'lerin faaliyetlerini düzenleyen yasal çerçeve ve güncel gelişmeler de açıklanmıştır.

Son olarak, bu Kılavuz'daki bütün bulgular göz önüne alınarak örnek uyumsuzluk çözüm klozu/klozları geliştirilmiştir ve bunların EVD'lerle kamu tüzel kişilikleri arasında imzalanacak EPS'lerin gelecekteki taraflarınca kullanılmasını tavsiye edilmektedir.

1 Giriş

Bu Kılavuz'un temel amacı, Enerji Performans Sözleşmeleri (“EPS” veya “EPS’ler”) kaynaklı uyumsuzlukların önlenmesi ve çözümü konularına ilişkin ilkelerin kamu kurumlarına tanıtılmasıdır. Bu bağlamda, Kılavuz ilk olarak, özellikle Türkiye Cumhuriyeti'nin ilişkili yasaları ve dünyanın çeşitli ülkelerindeki ilgili yasalar, yöntemler ve usuller ışığında Enerji Performans Sözleşmelerine ilişkin genel bilgi ve açıklama temin edecektir.

Projenin Görev Tanımı dokümantasyonu gereğince, Kılavuz'da gelişmiş ülkelerdeki uyumsuzluk çözüm mekanizmalarına ilişkin 3 iyi uygulama örneği sunulmaktadır. Yönlendirmelerin sunulmasının ardından ve ETKB'nin 3 Numaralı Çıktısı'nın bu taslağına ilişkin tercihleri doğrultusunda, Yüklenici seçilen uyumsuzluk çözüm mekanizmasının ayrıntılı usul ve kılavuzlarını ortaya koyacak, aynı zamanda seçilen yöntemi halihazırda devam eden KABEV kapsamında faaliyete geçirecektir. Nihai raporda uluslararası deneyimlerde temellenen uyumsuzluk çözüm seçenekleri, boşluk analizi, tavsiyeler ve iyi uygulama örnekleri ve seçilen uyumsuzluk çözüm mekanizmasının/mekanizmalarının tesis edilmesi için ayrıntılı usul ve yönlendirmeler yer alacaktır.

Öncelikle, EPS'lerin amacının binalardaki enerji kullanımını azaltmak ve böylece alınan enerji verimliliği önlemleri sayesinde müşterilerin enerji maliyetlerinden tasarruf etmelerini sağlamak olduğunun belirtilmesi gerekir. Enerji kullanımı çoğu durumda kamu binaları için kayda değer seviyede maliyeti beraberinde getirmektedir. Kamu yararı için bu binalardaki enerji kullanımının gözden geçirilmesinde ve gerek elektrik gerek gaz söz konusu olduğunda enerji kullanımının azaltılmasında fayda vardır. Bu noktada enerji verimliliği danışmanlığı (“EVD” veya “EVD’ler”) devreye girmektedir. EVD'ler binaların enerjiyi kullanma veya israf etme şekillerinin yanı sıra enerji israfını ortadan kaldırma yöntemleri konularında uzmandır. Kamu sektörüyle EVD arasında iş birliğinin tesis edilmesi halinde kamu sektörü enerji kullanımı noktasında kayda değer seviyede bütçe tasarrufu yapabilmektedir. Ayrıca, EVD'ler genellikle finansman temin edebildikleri veya ayarlayabildikleri için kamu kurumlarının enerji tasarrufu teknolojilerine büyük sermaye yatırımları yapmaları gerekmemektedir. Bunun sağlanabilmesi için kamu sektörü ile EVD'ler arasında karşılıklı mutabakat sağlanması elzemdir.

Kamu kurumlarının idarecileri, enerji performans sözleşmelerine taraf olan yüklenici şirketler ve diğer ilgili yüklenici şirketlerin proje ve inşaat ekipleri, iş ekipleri, ilgili teknik personel ve ilgili danışmanlar bu Kılavuz'dan faydalanabilirler.

1.1 Enerji Performans Sözleşmelerine Genel Bakış

EPS'ler zorunlu herhangi bir EV iyileştirmesi için gereken kaynaklara, teknik deneyime ve insan kaynaklarına sahip olmayan kamu binaları için enerji verimliliği iyileştirmelerini ve yenilenebilir enerji projelerini finanse etmenin ve hayata geçirmenin düşük riskli yöntemleridir. EPS'ler hem Kuzey Amerika ve Avrupa'da hem de Singapur, Tayland ve Hindistan gibi Uzak Doğu ülkelerinde yaygın olarak kullanılmaktadır. EPS'lerden millî ekonominin neredeyse her sektöründe, özellikle de yurt içi kamu sektöründe faydalanılmaktadır.

Bu projelerde itibar edilen başlıca husus, kamu kurumları söz konusu olduğunda görülen kaynak eksikliğidir. Dolayısıyla, devlet organları tarafından kamu sektörüne sınırlarını çok fazla aşmadan enerji verimliliği hedeflerine nasıl ulaşacaklarına dair rehberlik etmek amacıyla kılavuzlar hazırlanmaktadır. Örneğin, Kanada ve ABD'deki federal yapılara ilişkin kılavuzlar, EPS'lerin önemini kavranması ve

uygulanmasına yönelik önlemlerin hayata geçirilmesinden sorumlu kişilere yönelik olarak hazırlanmaktadır.¹²

Ancak EPS'ler yalnızca Amerika ve Avrupa'da değil, Uzak Doğu'da da oldukça popülerdir. Singapur ve Tayland'da EPS'lerin çeşitli mali modellerle hayata geçirildikleri örnekler mevcuttur. Bu çalışmada başlıca karşılaştırma referanslarını Amerika ve AB teşkil etse de belirli EPS'lerin Uzak Doğu'da başarıyla uygulanması, EPS'lerin başka coğrafyalardaki başarı potansiyelinin göstergesi olarak yorumlanmalıdır.

Türkiye'de çeşitli uluslararası modellerin hayata geçirilmesi noktasında büyük potansiyel teşkil eden benzersiz bir yasal çerçeve bulunmakla birlikte bu modellerin hayata geçirilmelerinde çeşitli kısıtlamalar da söz konusudur. Türkiye'deki konvansiyonel yasal yöntemler ile EPS uygulamasına ilişkin uluslararası iyi uygulamalar arasında bir orta yol bulmak amacıyla bu Kılavuz'da söz konusu farklı yapılara değinilecektir.

Doküman ve süreçlerin standardizasyonu, uyumsuzlukların azaltılması noktasında önemli rol üstlenmektedir. Şimdiye kadar Türkiye EVD piyasasına yönelik birkaç standart sözleşme ortaya koyulmuştur. OG ortağımız Econoler farklı EPS çeşitleri için model sözleşmeler geliştirmiş, bu taslaklar Türk piyasasına dahil edilmiş ve ETKB tarafından dolaşıma sokulmuştur. Ayrıca, Dünya Bankası idaresinde yürütülen ve Stantec'in teknik destek verdiği "Enerji Verimliliği Danışmanlık Hizmetleri (MENR IPA 12/CS04)" projesi kapsamında model Garantili Tasarruf EPS Sözleşmesi, Paylaşımlı Tasarruf EPS Sözleşmesi, Doğrulanmış Tasarruf EPS Sözleşmesi, Kira Sözleşmesi, Enerji Satın Alma Anlaşması ve ekipman için kira anlaşması hazırlanmıştır. İlaveten, bir de Dünya Bankası tarafından fonlanan Kamu Binalarında Enerji Verimliliği Projesi vardır. Son olarak, hükümet 15 Nisan 2021 tarihli ve 31455 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan Kamuda Enerji Performans Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Tebliğ ile bir örnek sözleşme, bir örnek teknik şartname ve bir örnek etüt raporu temin etmiştir.

Türkiye'de EVD Piyasası ve EPS'ler

EVD piyasası Türkiye'de henüz oluşum sürecinde olan bir piyasadır; EPS'ler ise yeni yeni gündeme gelmeye başlayan kavramlardır. Dolayısıyla, yakın zamanda ortaya çıkan enerji performans projeleri fazla hacimli projeler değildir. Buna ilaveten, ticari sözleşmelere sıklıkla dahil edilen gizlilik hükümleri dikkate alındığında, EPS kaynaklı enerji tasarrufu uyumsuzluklarının tam payının kesin olarak tespit edilemeyeceği ve belirlenemeyeceğinin belirtilmesi gerekmektedir.

Turyapı Grup ve EMAR'ın ÇŞB Yapı İşleri Genel Müdürlüğü'yle birlikte teşkil ettikleri ortak girişim, Türkiye'de yeni yeni görülmeye başlanan EVD projelerine örnek olarak verilebilir. Bursa Anadolu Kız Lisesi'nin enerji verimliliği yenilemeleri için 18 Mart 2021 tarihinde ÇŞB Yapı İşleri Genel Müdürlüğü ile Turyapı Grup ve EMAR ortak girişimi arasında 4.5 milyon Türk lirası sözleşme bedeliyle Türkiye'de kamu sektöründe ilk defa rekabete dayalı ihaleyle performans temelli EVD sözleşmesi imzalanmıştır. Enerji verimliliği yenilemelerinin yılda yüzde 72 oranında enerji tasarrufu, yaklaşık 12 yıl geri ödeme süreli yenilebilir enerji yatırımlarının ise mevcut enerji tüketiminde yüzde 28 oranında tasarruf sağlaması beklenmektedir. Söz konusu projeye ilgili olarak henüz herhangi bir uyumsuzluk bildirilmemiştir.

Esasen, EPS sayılarına ve bu türden sözleşmelerden doğan uyumsuzlukların sayılarına ilişkin istatistiki verilerin muhafaza edildiği bir platform veya veri tabanı halihazırda mevcut değildir. Bu nedenle, bu araştırmada tarafları arasında uyumsuzluğa konu olmuş mevcut projelerin yüzdesiyle ilgili kesin rakamlar veya oranlar verilmesi mümkün olmamıştır. Öte yandan, Türkiye'de bu türden sözleşmelerin

¹https://www.nrcan.gc.ca/sites/www.nrcan.gc.ca/files/oeefiles/pdf/communities-government/buildings/federal/pdf/12-0419%20-%20EPC_e.pdf

² <https://energy.hawaii.gov/energy-efficiency-in-soh>

görece yeni ortaya çıkışı ve kullanımı düşünüldüğünde, Türkiye’de EPS kaynaklı büyük çaplı uyuşmazlıkların sayısının henüz çok fazla olmadığını söylemek mümkündür.

1.2 Türk Hukukunda Enerji Performans Sözleşmeleri

Türk hukukunda Enerji Performans Sözleşmelerini kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) sözleşmeler ve/veya karma sözleşmeler olarak sınıflandırmak mümkündür. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler düzensiz unsurlar barındırmaları bakımından Türk hukukunda açıkça düzenlenmiş diğer sözleşme türlerinden ayrılırlar. Karma sözleşmelerde ise sözleşmelerin yasalarda sarahaten tanımlanmış unsurları bulunmakla birlikte statüleri yasalarla şart koşulmamıştır. Hem kendine özgü yapısı olan sözleşmeler hem de karma sözleşmeler statüleri yasalarca şart koşulmayan ve düzenlenmeyen türden sözleşmeler olduklarından, ikisi arasındaki fark uygulamada ortadan kalkmaktadır.

EPS’lerin kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ve karma sözleşmeler olarak sınıflandırılmaları, bizi söz konusu mekanizmaların EPS’ler için tatbik edilebilecek veçhelerinin belirlenmesi ve seçimi için kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ve karma sözleşmeler tarafından uygulanmakta olan mevcut uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına değinilmesi sonucuna getirmektedir. Bunlar yargılama, tahkim, uzlaştırma, arabuluculuk, mahkeme katımlı tahkim, inceleme için tarafsız uzman atanması, kısa yargılama, mahkeme esaslı tarafsız ön değerlendirme ve tahkimle birlikte arabuluculuk usulleridir. Bu seçenekler ilerleyen kısımlarda detaylandırılacaktır.

Öte yandan, Türk Hukukunda EPS'lere ilişkin başlıca ve ilgili mevzuat şu şekilde sıralanmaktadır:

- 2 Mayıs 2007 tarihli ve 26510 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu;
- 6 Temmuz 2018 tarihli ve 30470 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan, enerji kaynaklarının kullanımında ve enerjide verimliliği artırmak için ilgili kanun kapsamında gerçek veya tüzel kişilerin yükümlülük ve sorumluluklarının denetlenmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacını taşıyan Enerji Verimliliği Denetim Yönetmeliği;
- 11 Ağustos 1983 tarihli ve 18132 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan, en son 30 Aralık 2020 tarihinde güncellenen ve “yenilenebilir enerji kaynakları ve temiz teknolojiler gibi piyasaya dayalı mekanizmaların kullanımı”nı çevreyi korumanın ve çevre kirliliğini önlemenin başlıca hedef ilkelerinden kabul eden 2872 sayılı Çevre Kanunu;
- 5 Aralık 2008 tarihli ve 27075 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan ve en son 28 Nisan 2017 tarihinde güncellenen Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği;
- 21 Ağustos 2020 tarihli ve 31220 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan, kamudaki enerji performans sözleşmelerine ilişkin usul ve esasları düzenleyen “Kamuda Enerji Performans Sözleşmelerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar” başlıklı 2850 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı;
- 15 Nisan 2021 tarihli ve 31455 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan, birden fazla amacı bulunan Kamuda Enerji Performans Sözleşmelerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ. Tebliğ öncelikli olarak enerji tüketimlerinin veya enerji harcamalarının azaltılması amacıyla kamu idareleri veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca imzalanacak enerji performans sözleşmeleri kapsamında etüt raporlarının, ihalelerin, Net Bugünkü Değerin ve tasarrufların ölçme ve doğrulamasının hazırlanmasına kılavuzluk etmeyi amaçlamaktadır. Bunun dışında ihale katılımcılarında, taslak sözleşmede, taslak şartnamede ve etüt raporunda aranacak teknik ve mali niteliklerin tanımını vermektedir. Son olarak, tasarruf doğrulama raporu formatlarının belirlenmesini amaçlamaktadır.
- 1 Kasım 2017 tarihli ve 30227 sayılı *Resmî Gazete* 'de yayımlanan Binalarda Enerji Performansı Ulusal Hesaplama Yöntemine Dair Tebliğ;

- 27 Ekim 2011 tarihli ve 28097 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik;
- 23 Aralık 2017 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanan Binalar ile Yerleşimler İçin Yeşil Sertifika Yönetmeliği;
- 31 Aralık 2020 tarihli ve 31351 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanununun 10. Maddesi Uyarınca 2021 Yılında Uygulanacak İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ;

Yukarıda bahsedilen Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğ ile birlikte bir örnek sözleşme temin edilmiştir. Bahsi geçen sözleşmede aşağıdaki mekanizmayı temin eden ayrıntılı bir uyuşmazlık çözümü klozu (Madde 25) bulunmaktadır:

- Öncelikle, taraflardan birinin diğerine uyuşmazlığı tebliğ ettiği tarihten itibaren 10 gün içerisinde uyuşmazlığın çözümü için taraflar arasında iyi niyetle müzakereler gerçekleştirilecektir.
- Uyuşmazlığın çözülmemesi halinde taraflar meseleyi tahkime taşıyacaklardır. Ancak tarafların meseleyi mahkemeye taşımayı seçebilecekleri de belirtilmiştir.
- Sözleşme İstanbul Tahkim Merkezi'ni (ISTAC) yetkili tahkim makamı olarak belirlemiştir. Tahkim yeri İstanbul, Türkiye; tahkim dili ise Türkçedir. Tahkimde İstanbul Tahkim Merkezi'nin Tahkim Kuralları geçerlidir. Tahkim yargılaması, kanunların ihtilafı ilkesine başvurulmaksızın her bakımdan Türkiye Cumhuriyeti Kanunları ve maddi hukuk kuralları çerçevesinde yürütülür ve sonuçlandırılır.
- Tahkim yargılamaları üç hakem tarafından yürütülür. Tarafların birer hakem seçme hakları vardır. ISTAC tarafından onaylanması gereken seçilmiş hakemler üçüncü hakemi seçerler. Söz konusu iki hakemin 30 gün içerisinde ortak karar alarak üçüncü hakemi seçmemesi halinde, üçüncü hakem İstanbul Tahkim Merkezi tarafından atanır.
- Tahkim kararı nihai nitelik taşımaktadır ve taraflar için bağlayıcıdır. Tarafların tahkim kararına itiraz hakkı bulunmamaktadır.
- Tahkim masrafları ve masrafların kimin tarafından üstlenileceği, İstanbul Tahkim Merkezi'nin Tahkim Kuralları doğrultusunda belirlenir.

Ayrıca, örnek sözleşmede Madde 3.3 kapsamında Ö&D ile ilgili bir uyuşmazlık olması halinde müşteri kamu tüzel kişiliği ve EVD'nin, uyuşmazlığın çözümü için bağımsız Ö&D yürütecek üçüncü taraf bir Ö&D uzmanı üzerinde mutabık kalacağına karar verilmiştir. Son olarak, örnek sözleşmede Madde 17.5 kapsamında tasarruf raporu ile ilgili bir uyuşmazlık olması halinde EVD'nin raporda uyuşmazlığa konu olan meselenin çözümü için üçüncü taraf bir Ö&D uzmanı talep edebileceği öngörülmüştür. Aynı önlem Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'de Madde 12(5)'te ve 21 Ağustos 2020 tarihli ve 31220 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan "Kamuda Enerji Performans Sözleşmelerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Karar" başlıklı 2850 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararında Madde 9(2)'de de önerilmiştir. Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğin 12.5 Maddesi uyarınca müşteri ve EVD'nin tasarruf raporunda anlaşmaya varamamaları halinde EVD, her iki taraf tarafından ETKB'nin yayımladığı Ö&D uzmanları listesinden seçilmesi gereken bir üçüncü taraf Ö&D uzmanının atanmasını talep edebilir. Üçüncü taraf Ö&D uzmanı yeni bir etüt ve görüş raporu hazırlamak üzere görevlendirilir. Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğ uyuşmazlığın Ö&D uzmanı aracılığıyla çözülmesi için azami gayretin gösterilmesini taraflar için mecburi kılmaktadır.

1.3 EPS Sözleşmeleri için Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları

Bu bölümde çeşitli AUÇ mekanizmaları değerlendirilecektir. Türk hukukunda uyuşmazlık çözümü, özellikle AUÇ mekanizmaları söz konusu olduğunda yasama yaklaşımı bakımından gelişime açık bir

alandır. Bu bağlamda, EPS sözleşmeleri aynı zamanda geleneksel dava açma usulünden farklı metodolojiler gerektirmektedir.

Türk idare hukukunda müzakere, uyuşmazlıkların dostane şekilde çözülmesini sağlayan en yaygın AUÇ yöntemi olmanın yanı sıra zaman ve maliyet bakımından etkin bir yaklaşımdır. Bununla birlikte, ilgili mevzuatta özel ve gizli bir AUÇ mekanizması olarak arabuluculuktan da zaman zaman bahsedilmektedir. Bu bağlamda, arabulucu tarafların bir uyuşmazlığın çözümünde ellerinin altında bulunan seçenekleri keşfetmelerini sağlar. Uzlaştırmada üçüncü bir taraf tarafları müştereken kabul edilen bir çözüme yönlendirmeye çalışır. Tarafsız uzman incelemesi tarafların teknik, yasal ve muhasebesel bir meseleyle ilgili olarak bir üçüncü tarafın uzmanlığından faydalandıkları bağlayıcı olmayan ve gizli bir süreçtir. Kısa yargılamada tarafların avukatları tarafsız bir danışmana mahkemedeymiş gibi davanın özet niteliğinde bir sunumunu yaparlar ve her iki tarafın temsilcilerine (genellikle üst düzey şirket yöneticileri) uyuşmazlığı çözme yetkisi verilir. Tarafsız ön değerlendirmede bağımsız bir üçüncü taraf, tarafların davalarının esaslarını kavrayabilmeleri için her iki tarafın davasının gücünün bir değerlendirmesini yapar. Mahkeme katılımlı tahkim, davanın görülmesinden önce mahkemenin belirli davaları tahkime yönlendirdiği, bağlayıcılığı olmayan bir süreçtir. Uyuşmazlığın arabuluculukla çözülmediği hallerde taraflar meseleyi tahkime taşıyabilir, tahkim usulleri sırasında da zamandan ve nakitten tasarruf etmek için tekrar arabuluculuğu deneyebilirler. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu sözleşme taraflarının proje başlangıcında seçtikleri üç bağımsız ve tarafsız kişiden oluştuğu için bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde uyuşmazlığı çözecek olan kişiler konuyla ilgili kapsamlı bilgi sahibi olan kişilerdir.

İdare Hukuku

2577 sayılı İYUK'un 3. Maddesi uyarınca Türkiye'de idare ve diğer taraflar arasındaki uyuşmazlıklar idare mahkemeleri tarafından çözülür. Ancak uyuşmazlıkların çözümünde söz konusu mevzuatta öngörülenlerden farklı yöntemler de mevcuttur.

Bir uyuşmazlık halinde bireylerin ve kuruluşların, ihtilafa neden olduğunu düşündükleri idari makama başvuruda bulunmaları ve idarenin de söz konusu başvuruyu inceleyip ihtilafı ortadan kaldırması mümkündür. Bu türden uygulamaların en önemli örnekleri 2577 sayılı İYUK'un 11. ve 13. Maddelerine istinaden yapılan başvurulardır.

Müzakere genellikle uyuşmazlığın, tarafların üçüncü tarafların müdahalesi olmaksızın müştereken yürüttükleri müzakerelerle çözülmesi anlamına gelir. İdari uyuşmazlıkların çözümü noktasında müzakereyi öngören çeşitli düzenlemeler mevcuttur. 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 10. ve 12. Maddeleri³ uyarınca kararname kapsamındaki idarelerin taraf oldukları hem hukuki hem idari uyuşmazlıklar sulh yoluyla çözülebilir. Bahsi geçen Kanun Hükmünde Kararnameye göre, sulhu başlatan, taraflardan birinin diğer tarafı müzakereye davet etmesidir.

Son olarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125. Maddesi uyarınca kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülmektedir. Ayrıca, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun⁴ bu türden bir tahkim klotu içeren bir sözleşmenin hazırlanmasında izlenecek esasları tespit etmektedir. 4501 sayılı Kanunun 3. Maddesine göre, yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerdeki uyuşmazlıkların Türkiye'de toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem kurulunda, yabancı bir ülkede toplanarak Türk hukukuna veya yabancı hukuka göre karar verecek hakem kurulunda veya kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda

³2 Kasım 2011 tarihli ve 28103 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

⁴22 Ocak 2000 tarihli ve 23941 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

çözülmesi kabul edilebilir. 4501 sayılı Kanunun 4. Maddesine göre, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi, hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenir.

Öte yandan, sözleşmenin, öncelikle sözleşmede anlaşmazlık ve/veya ihtilaf yaratabilecek meselelere değinilmesi suretiyle anlaşmazlık ve/veya ihtilafın önlenmesiyle, ikinci olarak da ortaya çıkması halinde anlaşmazlık ve/veya ihtilafın çözümüne ilişkin dostane yöntemler öngörerek sözleşme süresi boyunca müvekkil ve EVD arasında dostane ilişkiyi temin edecek maddelerden oluşması gerekmektedir. Burada anlaşmazlık ve/veya ihtilafın uyuşmazlıktan ayırt edilmesi gerekir, zira anlaşmazlık ve/veya ihtilaf bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına taşınmadan dostane şekilde çözülebilir. Uyuşmazlıktan kaçınma, ihtilafların ortaya çıkmasının engellenmesi ve ortaya çıkmaları halinde uyuşmazlığa dönüşmelerinin engellenmesiyle ilişkilidir.

Son kertede, bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde bu, ticari açıdan en makul yöntemle çözülmelidir. Bununla kastedilen, uyuşmazlığın çözümü için ayrılacak mali kaynakları asgari seviyede tutan ve tarafların gelecekte başka mali sözleşmeler imzalayabilecekleri gerçeğini göz önünde bulunduran bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının devreye sokulması gerektiğidir. Sonuç olarak, EPS'ler mali sözleşmelerdir ve her mali sözleşmede her iki tarafın da prestiji söz konusudur. Yüksek maliyetlere yol açan ve taraflardan birinin veya her ikisinin gelecekteki mali sözleşmelerde itibar kaybı yaşamalarına neden olacak bir uyuşmazlık aynı zamanda tarafların hukuk ekiplerinin, müvekkillerinin çıkarlarını korumayı başaramadıkları mesajını da vereceği için ancak ticari ve yasal sorun anlamına gelebilir.

Yukarıdaki paragrafta bahsedilen yüksek maliyetlere ve istenmeyen sonuçlara neden olacağından, uyuşmazlığın mahkemeye taşınması aşırı bir adımdır. Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları bölümü altında Türk mahkeme sistemi hakkında daha fazla bilgi verilecektir.

Arabuluculuk

Genellikle uzlaştırmanın başarısız olmasından sonra gelen adım olan arabuluculukta arabulucu karşılıklı kabul edilebilir bir sulhe ulaşılmasında taraflara yardımcı olur. Geniş tanımla arabuluculuk terimi, bir üçüncü tarafın diğerlerine anlaşmaya varmaları için yardım ettiği herhangi bir durumu ifade eder. Daha spesifik olarak ise arabuluculuğun sıradan müzakerede bulunmayan bir yapısı, zaman çizelgesi ve dinamikleri vardır. Yasal icra ihtimaline istinaden süreç özel ve gizlidir. Katılım çoğunlukla iradidir. Arabulucu tarafsız bir üçüncü taraf işlevi görür ve süreci yönlendirmekten ziyade kolaylaştırır. Arabuluculuk her boyuttaki uzlaşmazlıkların çözümünde kullanılabilir ve ihtilafın sonlandırılmasında giderek daha kolaylık sağlayan ve uluslararası tanınırlığı olan bir çözüm haline gelmektedir. Ancak arabulucunun, taraflara bir çözümü kabul ettirme yetkisinin olmadığı belirtilmesi gerekmektedir; arabulucu bir dizi yöntem kullanarak (örneğin tarafların etkili iletişim kurmalarına yardımcı olarak, spesifik anlaşmazlık konularını tespit ederek, taraflar arasında mesajların iletilmesini sağlayarak, muhtemel anlaşma seçeneklerini irdeleyerek vs.) tarafların çıkarlarına uyacak çözümlerin bulunması ve şekillendirilmesinde taraflara yardım etmektedir.

Tahkim veya özel kanunlardaki başka bir alternatif çözüm yöntemine başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu durumlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Madde 18A/18). Esasen

Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğin⁵ ekindeki Sözleşme örneğinin 25.3. Maddesinde belirtilen koşulların mevcut olması halinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği belirtilmiştir.

Uzlaştırma

Uzlaştırmada her iki tarafın da üzerinde mutabık kaldıkları bir üçüncü taraf, uyuşmazlığın taraflarıyla ayrı ayrı görüşüp uyuşmazlığın dostane şekilde çözülmesini teşvik etmek amacıyla uyuşmazlığın altında yatan sebeplerin karşılıklı olarak anlaşılmasını sağlamaya çalışır.

Uzlaştırma, arabuluculukla benzerlik gösteren bir alternatif uyuşmazlık çözümü olsa da birtakım kilit farklılıklar söz konusudur. Uzlaştırma ve arabuluculuk arasındaki başlıca fark, uzlaştırmacının rolüne ilişkindir. Arabulucu kendisi çözüm için herhangi bir öneri geliştirilmesi veya ortaya atılmasına dair sorumluluk üstlenmeksizin taraflar arasında ortak zemin bulmaya çalışır; aksi takdirde fikrini sunmada ve çözüm önerileri ortaya koymada çok daha aktif ve doğrudan bir rol üstlenmiş olacaktır.

Uzlaştırmacı ise her iki tarafın duruşunu tartar, ilgili esaslara ilişkin görüşünü bildirir ve çözüm şartlarına ilişkin önerilerde bulunur. Bu noktada, uzlaştırmacının önerilerinin kabul edilip edilmemesi taraflara bağlıdır, zira uzlaştırmacı önerilerinden herhangi birini taraflara kabul ettirmeye çalışmaz.

Tarafsız Uzman İncelemesi

Tarafsız uzman incelemesi uyuşmazlığa konu olan mesele veya meselelerin (örneğin karmaşık teknik, bilimsel, hukuki, mali veya muhasebesel meseleler) uzmanlık gerektirdiği ve uyuşmazlığın tarafları ve tarafların uzmanlarınca yapılan söz konusu meselelere ilişkin değerlendirmelerin büyük farklılık gösterdiği durumlarda durum değerlendirmesi yapması ve sulh ihtimalini iyileştirmek üzere bağımsız uzman görüşü temin etmesi için uyuşmazlık taraflarının tarafsız bir uzman tuttukları iradi, bağlayıcılığı olmayan ve gizli süreci ifade eder.

ETKB tasarruf raporlarına ilişkin ihtilaflarda müşteri ve EVD'nin mutabık kalmasıyla atanabilecek sertifikalı Ö&D uzmanlarının bir listesini yayınlamıştır. Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğin 12.5. Maddesi uyarınca bu mekanizma zorunludur. Söz konusu uzmanlar piyasada EVD sözleşme uyuşmazlıklarının çözümünde yardımcı olacak uzmanlar olarak faaliyet göstermektedir. Her müşterinin veya EVD'nin (ETKB internet sitesindeki bağımsız uzmandan farklı olarak) kendi uzmanını belirlemesine izin verilmesi durumunda tarafların ortak bir uzmanda mutabık kalmaları zor olabilir. Dahası, müşteriler kendi meseleleri üzerinde çalışacak iyi uzmanları nasıl bulacaklarını bilemeyebilirler. Bu durumlarda tarafların uzman havuzuna erişimleri eşit olmadığından, uyuşmazlık riski artabilir. Yerli EVD'ler daha iyi bir performans karnesine ve daha fazla deneyime sahip olana dek ETKB'nin uzmanların listesini çıkarmada oynadığı rol, Türk piyasasına fayda sağlamaya devam edecektir.

Kısa Yargılama

Kısa yargılamada tarafsız bir danışman ve her iki tarafın genellikle tam sulh yetkisi verilmiş temsilcileri (genellikle üst düzey şirket yöneticileri) her iki tarafın vekillerinin mahkemedeymiş gibi davaya ilişkin özet niteliğinde bir sunum yaptıkları özel, iradi bir süreci gözlemlenmekle görevlendirilirler. Sunumlar tarafsız danışman ve her iki tarafın uyuşmazlığı çözme yetkisi verilmiş temsilcileri (genellikle üst düzey şirket yöneticileri) tarafından gözlemlenir. Sunumların sonunda uyuşmazlığı çözme yetkisi bulunan temsilciler, uyuşmazlığı çözme girişiminde bulunurlar. Temsilcilerin uyuşmazlığı çözememeleri durumunda tarafların talep etmesi halinde tarafsız danışman arabulucu işlevi görebilir veya mahkemede çıkması muhtemel sonucu içeren, bağlayıcı olmayan bir görüş verebilir.

Tarafsız Ön Değerlendirme

⁵15 Nisan 2021 tarihli ve 31455 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

Tarafsız ön değerlendirmede tarafların kendi davalarının esaslarının bir incelemesini veya “değerlendirmesini” yapmak üzere tarafların belirlediği bağımsız ve tarafsız bir değerlendirmeci söz konusudur. Değerlendirmeci söz konusu meselelere ilişkin (ihzari olsa da) yetkili görüş bildiren delillerinin kuvvetine ilişkin fikir belirtebilir. Bu değerlendirme daha sonra sulh müzakerelerine temel teşkil edecek şekilde kullanılabilir. Tarafsız ön değerlendirme çok sayıda hukuki, delilsel, vakasal veya teknik soru terkinin incelenmesinde kullanılabilir. Tarafsız ön değerlendirme genellikle bağlayıcı değildir. Ayrıca, taraflardan birinin tarafsız ön değerlendirmede söyledikleri daha sonra diğer taraf tarafından yargılamada kullanılamaz.

Mahkeme Katılımlı Tahkim

Mahkeme katılımlı tahkim belirli kriterlere uyan davaların atandığı, mahkeme idaresinde geręekleřtirilen bir uyuşmazlık çözümlü sürecidir: seri ve çekişmeli muhakemenin ardından hukuk uzmanlarından biri veya daha fazlası (avukat veya hukukçular) hükmün verilmesi de dahil olmak üzere davanın esaslarına ilişkin bağlayıcılığı olmayan bir karar verir. Ancak kararların bağlayıcılığı yoktur ve davacı sonrasında mahkemeye başvurabilir. Mahkeme katılımlı tahkim son on sene içerisinde çeşitli yargılarda küçük hukuk davalarının çözümlünde popülerlik kazanmıştır.

Tahkim

Tahkim tarafların mutabık kalmasıyla uyuşmazlığın, uyuşmazlığa ilişkin bağlayıcı bir karar alan bir veya daha fazla hakeme devredildiği bir alternatif uyuşmazlık çözümlü prosedürdür. Gelecekte sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıklara istinaden taraflar söz konusu sözleşmede bir tahkim klozu bulunmasında hemfikir olurlar. Arbuluculuktan farklı olarak, taraflardan biri tahkimden tek taraflı olarak çekilemez. Tahkim yargılamalarında üç veya daha fazla hakem olması durumunda genellikle taraflardan her biri, birer hakem atarlar ve tarafların atadıkları bu hakemler veya tahkim kurulu üçüncü hakemi baş hakem ya da başkan olarak atayabilir. Bununla birlikte, uygulamada EPS'ye ilişkin uyuşmazlıkların, özellikle de küçük veya orta uyuşmazlık değerli olanların davalarının genellikle tek bir hakem tarafından görüldüğü gözlemlenmektedir. Tarafların, tahkim yargılamasının esaslı unsurlarını teşkil eden; uygun milliyetten tarafsız hakemlerin tercihi, uygulanacak hukukun seçimi ile tahkimin dili ve yeri gibi taraflardan herhangi birinin ev sahipliği avantajına sahip olmamasını sağlayan önemli hususları seçme hakları vardır. Tahkim, hakem kuruluna sunulan ticari sırlar veya diğer gizli bilgilere erişimi kısıtlayan, büyük oranda gizli bir usuldür. Hakem kurulunun kararı nihai nitelik taşımaktadır ve ulusal mahkemelerin çoğunda kolaylıkla icra edilebilir.

Arbuluculuk-Tahkim ve Tahkim-Arbuluculuk

Tahkimle bir arada işleyen arbuluculuk usulleri yeni bir fenomen olmasa da son zamanlarda belirli yargılarda, özellikle de Amerika'da yaygınlık kazanmaktadır. Bu bileşik süreç genellikle arkasından tahkimin geldiği arbuluculuk (“arbuluculuk-tahkim”), arkasından arbuluculuğun geldiği tahkim (“tahkim-arbuluculuk”) veya arbuluculuk süreçlerine ara verilmesi ihtimaliyle tahkim (“arbuluculuk penceresi”) şeklinde işlemektedir. Arbuluculukla sulhe ulaşılamaması halinde taraflar hem ulaşılacak çözümlü yapılandırmak ve kontrol etmek hem de uyuşmazlıklarının nihai ve bağlayıcı şekilde çözüleceğinden kesin olarak emin olmak için uyuşmazlığı tahkim yargılamalarına taşıyabilirler. Süreçler farklı tarafsız kişilerce tamamen birbirinden ayrılarak yürütülebilir ancak aynı tarafsız kişiye başvurulması, maliyetin azaltılması ve ikinci bir tarafsız kişinin konuyla ilgili bilgilendirilmesi gereğini ortadan kaldırması bakımından taraflar açısından daha caziptir.

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu

Kılavuz'un ilerleyen bölümlerinde uyuşmazlık önleme ve uyuşmazlık çözümlü mekanizmaları daha ayrıntılı şekilde irdelenecektir. Ancak farklı sektörlerde kullanılan diğer uyuşmazlık çözümlü yöntemlerinin


incelenmesi faydalı olacaktır. Bu bağlamda, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nu ("UÇK") değerlendirmeye almanın ve çoğunlukla inşaat uyuşmazlıklarında kullanılan bu uyuşmazlık çözüm mekanizmasına ilişkin bir analiz sunmanın yerinde olacağı görüşüdeyiz. UÇK sözleşmenin taraflarınca seçilen üç bağımsız ve tarafsız kişiden oluşur. Uyuşmazlık İnceleme Kurulları ve diğer Alternatif Uyuşmazlık İnceleme yöntemleri arasındaki farklar şu şekilde sıralanmaktadır (Bunlar aynı zamanda muhtemelen Uyuşmazlık İnceleme Kurullarının son yıllarda elde ettiği başarısının da nedenleridir): Öncelikle, Uyuşmazlık İnceleme Kurulu projenin başlangıcında, herhangi bir uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce atanır. İkinci olarak, proje uygulama sahasına düzenli ziyaretler gerçekleştirilerek proje boyunca (ve muhtemelen sonrasında üzerinde mutabık kalınan süre boyunca) aktif rol üstlenir. Üçüncü olarak, Uyuşmazlık Kurulu proje yönetiminin bir unsuru haline gelebilir ve böylelikle sözleşme süresinin büyük bölümü boyunca sözleşmenin taraflarının performansına etki edebilir. Dolayısıyla, "gerçek zamanlı" değere sahiptir. UÇK'ya herhangi bir uyuşmazlığın ortaya çıkış sürecinde başvurulabilir ve meselenin çözümüne ilişkin karar vermesi veya tavsiyede bulunması istenebilir. Taraflar UÇK'nın kararını kabul etmezlerse meseleyi tahkime veya mahkemeye taşıyabilirler.

Aşağıdaki tabloda EPS kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde en sık kullanılan uyuşmazlık çözüm mekanizmaları verilmiş ve her bir mekanizmanın işleyişine ilişkin kısa bilgi sunulmuştur. Görüldüğü üzere, bu mekanizmaların her biri resmiyet seviyesi, dolayısıyla tarafların kontrol seviyesi, masraflar ve sonucun kesinlik derecesi bakımından farklılaşmaktadır.

Tablo 1: EPS Kaynaklı Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları

En Düşük Resmiyet	Uyuşmazlık Çözüm Usulü Türü	İçerik
	Müzakere	Tarafların görüş farklılıklarını iradi şekilde çözmeye ve doğrudan etkileşim yoluyla müştereken kabul edilebilir bir çözüme ulaşmaya çalıştıkları resmî olmayan, çoğunlukla yapılandırılmamış bir uyuşmazlık çözüm usulüdür. Üçüncü tarafların dahil oldukları süreçlerle kıyaslandığında müzakere, tarafların temel kurallar ve gündem, mekan, üçüncü taraflardan yardım istenip istenmeyeceği kararı, istenildiği zaman sürecin durdurulması kararı, sorunlara odaklanılması ve doğrudan altta yatan meseleye ilişkin çözümlerin irdelenmesi ve sonucun kabul edilip edilmeyeceği gibi meseleler dahil olmak üzere sürecin tamamını kendilerinin kontrol etmelerini mümkün kılar.
	Uzlaştırma	Uyuşmazlığın tarafları tarafından bağımsız bir üçüncü tarafın (uzlaştırıcı) atıldığı ve uzlaştırıcının, uyuşmazlığın altındaki meselelere ilişkin müşterek bir kavrayış tesis etmek ve böylece hasmane nitelik taşımayan dostane yöntemle sulhe ulaşılmasını teşvik etmek üzere taraflarla ayrı ayrı görüştüğü iradi, bağlayıcılığı olmayan, gizli ve gayri resmi bir süreçtir.

<p>Arabuluculuk</p>	<p>Tarafların kendi (mutlaka yalnızca hukuki değil de) ticari çıkarlarını gözeten ve müştereken kabul edilebilir bir çözüme ulaşmada kendilerine yardımcı olmak üzere tarafsız bir üçüncü taraf (arabulucu) seçtikleri iradi, bağlayıcılığı olmayan, gizli ve gayri resmi bir süreçtir. Arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına bir çözüm kabul ettirme yetkisi yoktur; görevi onlara çıkarlarını gözetecek çözümleri şekillendirmede yardımcı olmaktır. Arabulucunun işlevi uzlaştırmacının işleviyle benzerlik gösterir ancak yetkinliklerinin kapsamı genellikle uzlaştırmacılara atanan görevlerden daha fazlasını içine alır: Örneğin, arabulucu tarafların etkili bir şekilde iletişim kurmalarında ve işbirliği, çözüm odaklı bir tutum geliştirmelerinde; tarafların çıkarlarının tespit edilmesinde; meselelerin belirlenip kapsamının daraltılmasında; taraflar arasında mesajların iletilmesinde; muhtemel çözüm seçeneklerinin incelenmesinde; ve/veya sulhe ulaşılmasının sonuçlarının değerlendirilmesinde uyuşmazlığın taraflarına yardımcı olabilir.</p>
<p>Kısa Yargılama</p>	<p>Genellikle tarafların uyuşmazlığın taraflarının üst düzey yöneticileri ve bağımsız bir üçüncü taraftan oluşan bir panele sunum yaptıkları bir farazi duruşma şeklini alan özel, gizli, iradi ve bağlayıcılığı olmayan bir usuldür. Amacı uyuşmazlığın taraflarının üst düzey karar alıcılarını uyuşmazlığa konu olan meselelerin yanı sıra davalarının önemli güçlü ve zayıf yönleri hakkında bilgilendirmek ve onlara gerçek bir mahkemenin muhtemel sonucuna ilişkin ön uyarıda bulunmaktır. Usulün sonunda katılımcı karar alıcılar müştereken kabul edilebilir bir anlaşmaya varmak amacıyla bağımsız bir üçüncü tarafın yardımıyla kolaylaştırılmış bir müzakere süreci başlatırlar.</p> <p>Kısa yargılama taraflar arasında sınırlı keşif ve bilgi alışverişini (örneğin belge temini, ifadeler, sualler) kapsadığı ve her iki taraf da hukuk uzmanlarını devreye soktuğu için arabuluculuktan daha yapılandırılmış bir süreçtir.</p>
<p>Tarafsız Ön Değerlendirme</p>	<p>Bu iradi, bağlayıcılığı olmayan ve gizli süreçte uyuşmazlık her iki tarafın ve vekillerinin davalarının birer özetini sundukları deneyimli, bağımsız bir üçüncü tarafa (değerlendirmeci) yönlendirilir. Değerlendirmeci resmî bir hüküm bildirme durumunda tatbik edilecek esasların tamamını kullanarak mahkemeden çıkacak muhtemel sonuca ilişkin bağlayıcılığı olmayan bir değerlendirme sunar; ayrıca, dava planlamada rehberlik ve sulh yardımı da temin edebilir.</p>
<p>Mahkeme Katılımlı Tahkim</p>	<p>Değerlendirme oturumu ve ilgili materyalleri mahkeme kayıtlarına geçmez ve gizlidir. Ayrıca, tarafların değerlendirmede gerçekleşen herhangi bir iletişimi izhar etmeleri ve bu türden iletişimi bekleyen veya müteakip yargılamalarda kullanmaları yasaktır.</p> <p>Bir mahkemece yetkilendirilen, zorunlu kılınan ve kullanılan ve genellikle bağlayıcılığı olmayan bu usulde bir veya daha fazla üçüncü taraf (çoğunlukla hukukçular veya avukatlar) seri ve çekişmeli mahkemenin ardından bağlayıcılığı olmayan bir hüküm verirler. Kararda yalnızca uyuşmazlığa konu olan hukuki meselelere değinilir ve hukuki standartlar tatbik edilir. Taraflardan herhangi biri bağlayıcılığı olmayan hükmü reddedip mahkemeye gidebilir.</p>

 En Yüksek Resmiyet	Uyuşmazlık İnceleme Kurulu	<p>Süregelen uzun vadeli ilişkiler bağlamında sıklıkla kullanılan, uyuşmazlıklar çıktıkça onları hızla halledebilecek, konuya ilişkin bilgi sahibi olan bir grup daimi uzmandan oluşan özel, iradi ve gizli bir usuldür. Uzmanların saptamaları bağlayıcı veya tavsiye niteliğinde olabilir.</p>
	Tahkim	<p>Her iki tarafın da delil ve savlarını sunma fırsatının olduğu seri, çekişmeli muhakemenin ardından bir veya daha fazla hakemin esaslar hakkında (genellikle bağlayıcılığı olan) bir hüküm verdiği hükme dayalı bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır.</p>
	Dava Açma	<p>Uyuşmazlıkların ulusal mahkemelerde çözülmesi için resmî, kamusal bir süreçtir.</p>

Tablo 2: Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarının Artıları ve Eksileri

Uyuşmazlık Çözüm Usulü Türü	İçerik
Müzakere	Artılar
	<p>Müzakere genel olarak taraflara kendi süreçlerini şekillendirmeleri ve tarafların hukuka dayalı hak sahipliklerine bağlı olması gerekmeyen bir çözüm ortaya çıkarmaları noktalarında daha fazla kontrol sağlar. Diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hepsine kıyasla zaman bakımından daha etkin olabilir ve genellikle daha gayri resmi ve çoğunlukla daha az streslidir.</p>
	<p>Bir avukatı devreye sokup resmî müzakerelerde bulunmanın faydalarından biri, taraflar arasındaki iletişimi iyileştirebilecek ve ilişkiyi muhafaza edebilecek veya geliştirebilecek tarafsız bir üçüncü tarafın sürece dahil edilmesidir.</p>
	<p>Mahkeme yargılamasından daha az masraflıdır.</p>
	Eksiler
<p>Gayriresmi olan ve yardım alınmadan yürütülen müzakereye ilişkin meselelerden biri, daha resmî ve yapılandırılmış bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurulmadan başarı elde edileceğinin hiçbir şekilde kesin olmamasıdır. Diğer yöntemler önceki iki bölümde tartışılan arabuluculuk veya tahkim olabilir.</p>	
<p>Müzakerenin herhangi bir türü genellikle tarafların taviz vermesini gerektirir. Bu durum da her iki tarafın da tavizsiz bir yaklaşım benimsedikleri hallerde sorun çıkarabilir. Durum böyleyse genellikle başka bir AUÇ gerekir.</p>	

		Resmî müzakere mahkeme masrafı anlamına gelir. Dahası, resmî müzakerenin işe yaramadığı hallerde taraflar süreci kayıp maliyet ve zaman olarak görebilirler.	
Uzlaştırma	Artılar	Uzlaştırıcı genellikle uyuşmazlığa konu olan alanda hukuki uzmanlığa sahiptir.	
		Süreç gizli olduğundan itibar zedelenmesi riski söz konusu değildir.	
		Sonuçtan memnun kalmamaları halinde tarafların mahkemeye gitme hakları mahfuzdur.	
		Yer ve zaman taraflara uyacak şekilde belirlendiğinden süreç esnekler.	
		Tarafların açmaza düştükleri durumlar için uygundur.	
		Uyuşmazlığın mahkemeye taşınmasından daha ucuzdur.	
		Süreç gayri resmi olduğundan, taraflar konfor alanlarından çıktıklarını hissetmek zorunda kalmazlar.	
	Eksiler	Sürecin hukuki bağlayıcılığı yoktur.	
		Süreç sonunda bir karara varılacağına garanti yoktur.	
		Süreç tarafların ciddiye almayacakları kadar gayri resmi addedilebilir.	
		Temyiz söz konusu değildir.	
		Hukuki yardım söz konusu değildir.	
	Arbuluculuk	Artılar	Sonuçlarda kesinlik; taraflar kararın bir parçası olurlar ve ihtiyaçlarına yönelik pratik çözümü yapılandırabilirler.
			Karşı taraflar arasında doğrudan iletişimi mümkün kılar.
Kazan/kaybet veya “ya hep ya hiç” kararının önüne geçilir.			
Mevcut çözümler geleneksel yasal çözümlerden çok daha geniş kapsamlıdır.			
Yargılamalar ve sonuçlar özel ve gizlidir.			
Geleneksel dava açmaya kıyasla daha erken başlar.			
Zaman ve paradan tasarruf ettirme potansiyeli bulunur.			
Davanın güçlü yanlarının, kuramlarının ve stratejilerinin sınanmasını mümkün kılar.			
Karşı tarafın davayı nasıl gördüğüne etki etme fırsatı sunar.			
Müzakereye istekliliği gösterir.			
İkna ve müzakere becerilerini ortaya koyma fırsatı sunar.			
Taraflar arasında süregelen ilişkileri muhafaza eder veya mümkün kılar.			
Eksiler		Taraflar mahkeme kararı olmaksızın katılım göstermeye mecbur edilemezler.	
		Emsal gereklidir; aksi takdirde karmaşık usul meseleleri devreye girer.	
		Çözüm yetkisi olan taraf müzakere için uygun veya istekli olmayabilir.	
		Belirli davalarda maliyet bakımından etkin olmayabilir.	
		Anlaşma için mahkeme icrası gerekmesi muhtemeldir.	

		Müşterinin işletmesinin taviz vermemesi şeklinde daimi bir politikası olabilir.
		Tavsiyeye karşı çıkmak zordur.
Kısa Yargılama	Artılar	Bu hızlandırılmış usul dava açılmasından daha az maliyetlidir ve daha kısa sürer.
		Bu usul taraflar arasında daha az iş kesintisine neden olur ki bu da tarafların sürdürmek istedikleri bir iş ilişkisinin olduğu durumlarda avantajlıdır.
		Uyuşmazlığın çözümü tarafların elindedir.
		Duruşma taraflara karşı tarafın duruşunu dinleme ve her iki tarafın görece güçlü ve zayıf yönlerini değerlendirme fırsatı verir.
		Kısa yargılamanın başarısız olması halinde kısa yargılama için gereken hazırlıkların yapılmış olması yargılama gibi müteakip süreçlerde son derece faydalı olacaktır.
	Eksiler	Tarafların uyuşmazlığı doğrudan müzakere veya arabuluculuk yoluyla çözüme olasılıklarının söz konusu olduğu hallerde kısa yargılama için verilen emek ve yapılan masraf boşa gidebilir.
		Kısa yargılamanın başarısız olması halinde burada geçirilen zaman tahkim veya yargılama gibi hükme dayalı yargılamayla ulaşılabilecek çözümü ertelemiş olacaktır.
		Hazırlıkların ve duruşmanın yargılamayı andıran niteliği başlangıçtan işbirlikçi bir ortam tesis etmekten ziyade tarafların duruşunu kutuplaştırmaya devam edebilir.
		Kısa yargılamada üst düzey yöneticilerin panel üyesi ve müzakereci olarak sürekli mevcut bulunmaları gerekir. Yöneticiler bu hallerde başka dosyalar üstünde çalışamazlar. Sürecin iyi tasarlanmaması veya tarafların kararlılıklarının düşük olması durumunda üst düzey yöneticilerin katılımı boşa gitmiş olacaktır.
Tarafsız Ön Değerlendirme	Artılar	İnşaat ve genel ticari meseleler dahil olmak üzere pek çok uyuşmazlık türüne tatbik edilebilir.
		Esnektir ve kısa sürebilir.
		Kilit meselelere odaklanılmasını sağlar.
		Değerlendirmeci her iki tarafın da başarı olasılığına ilişkin gerçekçi değerlendirmede bulunur. Taraflar hukuki konularını daha iyi anladıklarında masaya oturup müzakereye başlamaya daha hazır hale gelebilirler.
		Süreç davadaki zayıf yönleri ortaya çıkarıp bir tarafın müzakereleri daha gerçekçi şekilde yürütmesini sağlayabilir.
		Özel uzmanlardan hakimlere uzanan geniş bir değerlendirmeci seçeneği mevcuttur.
	Eksiler	Uyuşmazlığın konusunu ciddi vakıaların teşkil ettiği hallerde her zaman uygun değildir. Diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin aksine değerlendirmecinin tanık dinleme fırsatı yoktur.
		Tarafların vardıkları TÖD anlaşmasına bağlı olarak sürecin uzama ihtimali vardır. Son kertede değerlendirmecinin kararı bağlayıcı olmadığından bu durum masraflı bir hal alabilir.
		Hakemin kararında gözettiği taraf daha tatmin edici bir sonuç almak için cesaretlenebilir.

		<p>Kaybeden taraf değerlendirmecinin kararını kabul etmeyip dava açma yoluna gidebilir.</p> <p>TÖD hakim tarafından talep edilmişse ilgili davaların herhangi birine bakamayacaktır. Bu da taraflardan birinin bu kararı haz etmediği bir hakimin davaya bakmamasını sağlayacak şekilde taktiksel olarak kullanması riskini ortaya çıkaracaktır.</p>
Mahkeme Katılımlı Tahkim	Artılar	Karar genellikle bağlayıcı olmadığından, taraflar meseleyi mahkemeye veya tahkime taşıyabilirler.
		Bağlayıcılığı olmayan karar genellikle hukukçular ve hakimler tarafından verildiğinden, konuya ilişkin uzman görüşü temin eder.
		Tarafların dava açma masrafları azalır.
		Gereken zaman ve masrafı azaltmak ve daha basit ve belki de daha adil bir uyuşmazlık çözümü temin etmek suretiyle çeşitli kimselerin mahkemeye erişimlerini iyileştirir.
	Eksiler	Daha ufak çaplı hukuk uyuşmazlıkları olan davacılar "ikinci sınıf" adalete düşürülebilir. Mahkeme katılımlı tahkim programları genellikle küçük hukuk uyuşmazlıklarına yönelik olduğundan, bu durum adi tazminat talebinde bulunan davacıların kendilerini büyük tazminat talebinde bulunan davacılarından daha ast görmelerine neden olup hakemin kararından memnuniyetsizlik ortaya çıkarabilir.
		Bu kararların bağlayıcı olmaması, tarafların meseleyi mahkemeye veya tahkime taşımadan önce kendileri için oldukça kıymetli olan zamanı boşa harcamaları anlamına gelebilir.
Mahkeme sistemlerimizdeki iş yükünü azaltmaya yaramayabilir. Bunun yerine dava açılmasından önce aşılması gereken ilave bir adım veya engel teşkil edebilir.		
Uyuşmazlık İnceleme Kurulu	Artılar	Tarafların katı tutumlar benimsemelerinden önce devreye sokulabilecek gayri resmi, iradi ve çabuk sonuç veren bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.
		UİK üyeleri tarafların kontrolünde olduğundan, taraflar karardan memnun kalırlar.
		UİK üyelerine düzenli olarak ilerleme raporları gönderildiğinden, projenin unsurlarına ilişkin bilgiye sahiplerdir.
		Kararlar bağlayıcı olmasa da varılan kararlara uyulması motivasyonu yüksektir.
	Eksiler	UİK'nin tarafsızlık ve çıkar çatışması olmaması koşulunun zorluğu nedeniyle bazen UİK için yeterli sayıda nitelikli kişi bulunamayabilir.
		Projenin tamamı boyunca UİK uzmanı çalıştırılması masraflıdır.
Yasal usullerinin resmiyetinin olmayışı güvenilirlik eksikliği anlamına gelebilir.		
Tarihsel "güç ve kontrol" kültürü.		
Yüksek bedelli uyuşmazlıklarda kaybeden tarafın uyuşmazlığı mahkemeye taşıması muhtemeldir.		
Tahkim	Artılar	Uyuşmazlık genellikle çok daha erken çözülür. Mahkeme tarihi almak birkaç yıl sürebilirken tahkim tarihi genellikle birkaç ay içinde alınabilir. Bu nedenle etkili ve esnek bir yöntemdir.

		Dava açılması kaçınılmaz olarak pek çok belge ve önerge doldurulması ve önerge duruşmaları kapsamında mahkemeye katılımı gerektiren uzun bir yolun başlangıcıdır. Mahkemede geçerli olan normal delil kurallarının tahkim yargılamalarında kesinkes tatbik edilemiyor olması delil kabulünü çok daha kolaylaştırır. Dolayısıyla, karmaşıklığı daha azdır.
		Yargılamadan farklı olarak, tahkim gizli bir çözüm ortaya çıkarır, dolayısıyla uyuşmazlıkta ve çözümde ortaya koyulan bilgiler gizli kalabilir.
		Uyuşmazlığın tarafları hakemi genellikle birlikte seçeceklerinden, hakem iki tarafın da tarafsızlık ve yansızlığından emin olacakları biridir.
		Tahkim her zaman olmasa da çoğunlukla dava açılmasından çok daha az masraflıdır.
		Bağlayıcılığı olan tahkim söz konusu olduğunda temyiz seçenekleri sınırlıdır. Bu da tahkime genellikle temyiz, yeniden yargılama ve yeniden temyize tabi olabilen mahkeme kararları söz konusu olduğundan geçerli olmayan bir nihai nitelik kazandırır.
	Eksiler	Tahkim duruşmaları genellikle gizli olarak gerçekleştirilir ki bu pek çok kimse için olumlu bir unsur olabilir. Ancak bu şeffaflık eksikliğinin sürecin tarafsızlığını artırma ihtimali söz konusudur ki tahkim kararları mahkemelerce nadiren incelendiğinden, bu durum sorun yaratabilir.
		Tahkim kararından memnun kalınması durumunda bu olumlu bir unsur olarak görülecek olsa da tahkimin bağlayıcı olması halinde her iki tarafın da temyiz hakkından feragat ettiğinin bilinmesi gerekir. Taraflardan birinin kararın hatalı olduğunu düşünmesi halinde kararı düzeltme olanağı son derece kısıtlıdır.
		Tahkimin mahkeme yargılamasından daha pahalıya gelebildiği pek çok durum mevcuttur. Nitelikli hakemler mahkemede söz konusu olmayacak kayda değer ücretler talep edebilirler.
		Tahkim süreci mahkeme yargılamasında söz konusu olan resmî usul ve delil kurallarına her zaman riayet etmez. Delil kuralları birtakım delillerin hakim veya jüri tarafından değerlendirmeye alınmasını engelleyebilir ancak bu kısıtlama hakemler için geçerli değildir. Bu da sürecin öngörülemezliğini artırır.
Dava Açma	Artılar	Taraflar hükümlere uymak zorundadır.
		Türk yargı sistemi taraflardan birinin karara itiraz etmesi halinde bir davanın her iki tarafının da temyiz mahkemesinden mahkeme kararının incelenmesini talep etmesini mümkün kılmaktadır.
		Dava açma sürecinin başlatılması belge keşif ve keşif inceleme adı verilen süreçler aracılığıyla karşı taraftan doküman ve sözlü yanıt şeklinde bilgi elde edilmesini sağlar. Bu süreçler sayesinde tarafların hem kendi davalarının hem de karşı tarafın davasının güçlü ve zayıf yönlerini tespit etmesi ve başka bir uyuşmazlık çözümü yöntemi söz konusu olsaydı mevcut olmayacak bilgilere erişmesi mümkündür.
		Emsal teşkil edecek benzer davalar veya sonucu belirleyecek açık yasalar varsa meselenin mahkemeye taşınması öngörülebilir bir sonuç ortaya çıkarabilir.
	Eksiler	Meselelerin ne kadar karmaşık olduğuna bağlı olarak mahkemenin karar vermesi bazen birkaç sene sürebilir.

Temyiz hakkından dava açmanın artısı olarak bahsedilmiş olsa da bu hak eksiye de dönüşebilir. Davada alınan kararın temyiz mahkemesince bozulması ve sürecin en baştan tekrar edilmesi olasılığı her daim mevcuttur.

Hukuki masraflar ve mahkemeye ilişkin diğer masraflarla birlikte dava açma süreci şüphesiz oldukça masraflı bir süreç olabilir.

Bir meselenin mahkemeye taşınmasının olumsuz yanlarından biri, bunun iki taraf arasındaki ilişkiyi neredeyse istisnasız olarak zedelemesidir.

Bir meselenin mahkemeye taşınmasının risklerinden biri, çoğu mahkeme halka açık olduğundan davanın kamunun ilgisini çekme ihtimalidir. Konunun kamunun erişimine açık olmasından rahatsızlık duyulan hallerde meselenin mahkemeye taşınması şirket çıkarları için en doğru karar olmayabilir.

2 EPS İçin Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarına Karşılaştırmalı Yaklaşım

Karşılaştırmalı Hukuk tek bir yargıya odaklanılmasındansa yasaların ve hukuk sistemlerinin daha etkili şekilde analiz edilmesini sağlar. Bunun nedeni, dünyanın her yerinde çok sayıda hukukçu ve yasa koyucunun yalnızca kendi ülkelerinin vatandaşlarının değil, başka milletlerden kimselerin de karşılaştıkları karmaşık hukuki sorunlara çözüm üretmek için sürekli çaba gösteriyor olmasıdır. Farklı yargı sistemlerinde yetişmiş hukukçuların ve yasa koyucuların geliştirdikleri bir çözümden faydalanmak, bir projeyi sıfırdan başlatırken atılacak doğal bir adımdır. Bu Kılavuz'da uyuşmazlık çözümü meselesine ilişkin olarak üç farklı yargının hukuki çözümlerinin ana hatlarıyla sunulmasının nedeni de budur.

2.1 EPS'ler Kapsamındaki Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarına İlişkin Uluslararası Örnekler

Bu bölümde Türk hukuku çerçevesiyle karşılaştırmalı bir analiz yapılarak gelişmiş (veya gelişmekte olan) ülkelerden iyi uygulama örneklerinin bir değerlendirmesi sunulacaktır. Bu değerlendirme kapsamında iyi uygulama örneklerinin işlev gösterdikleri hukuki çerçeveye birlikte bir incelemesine, bunun yanı sıra bu örneklerin profesyonel topluluk arasındaki itibar ve güvenine, kamu sektöründe halihazırda devam eden uygulamalara, uygulama hızına (özel sektör için hayati nitelik taşıyor) ve ilgili masraflara yer verilecektir.

2.1.1 1 Numaralı Yargı Örneği Olarak Amerika Birleşik Devletleri

İyi uygulama örneği olarak seçilen ilk yargı Amerikan yargısıdır. Bunun nedeni, ABD'deki EVD piyasasının özellikle kamu sektöründeki EVD projeleri bakımından son derece gelişmiş olmasıdır. Ülkede en iyi hizmeti sunmak için birbiriyle rekabet eden sayısız EVD'nin bulunmasının yanı sıra yasama organları EVD finansmanının her adımını idare edecek yasalar ortaya koymaktadır. Örneğin, Columbia Şehri Yasasının 17 R Bölümü'nde Enerji Verimliliği Finansmanı ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır. Federal ajansların enerjiyle ilgili hedeflerine ulaşmasının sağlanması, uygun maliyetli çözümlerin tespit edilmesi, kamu-özel sektör ortaklıklarının kolaylaştırılması ve hükümetin en iyi uygulamalarının tespit edilmesi ve azami noktaya taşınması suretiyle ülkeye enerji alanında liderlik temin edilmesi bakımından Federal Enerji Yönetimi Programı'nın hukuken zorunlu kılınan ve başarıyla uygulanan programların en iyilerinden biri olduğunun belirtilmesi gerekir. Bu Kılavuz farklı ülkelerde uygulanmakta olan çeşitli mevzuata odaklanmaktadır.

ABD'nin iyi uygulama örneği olarak seçilmesinin bir diğer nedeni, EPS taslaklarına ve kamu binaları için EPS projelerine ilişkin hükümet kılavuzlarına erişim noktasında kamuya sağladığı kolaylıktır.

İyi uygulama örneği olarak bu denli gelişmiş bir ekonominin seçilmesinin bir diğer avantajı, örnek olarak bu ülkenin irdelenmesiyle Türkiye'nin enerji verimliliğine ilişkin yasama organları ve ekonomi bakımından nerede durduğunun tespit edilebilecek olmasıdır. Bu karşılaştırma süreci sayesinde herhangi bir coğrafyada en rekabetçi EVD piyasasını yaratmayı hedefleyen bir kılavuz ortaya koyulması mümkündür.

EVD'lerin ve ABD'de daha yaygın olarak bilinen adıyla enerji tasarrufu performans sözleşmesi ("ETPS") olarak adlandırılan EPS'lerin Amerika'daki geçmişi eskiye dayanır. Amerika'da ETPS terimi daha yaygın kullanılsa da bu Kılavuz'da onun yerine EPS kullanılmıştır.

ABD'de kamuyla ve özel sektörle her yıl imzalanan EPS'lerin sayısına ilişkin kamuya açık bilgi mevcut değildir. Ancak, ABD Enerji Bakanlığı verilerine göre, 1997-2020 yılları arasında EB, BTBM ve ETPS'ler

ile 17 milyar dolardan fazla toplam garantili enerji, su ve enerjiyle ilişkili gider tasarrufu yapmak üzere 7,5 milyar dolarlık proje yatırımı kullanmıştır.⁶ Uyuşmazlıkların gizlilik hükmü bulunan EPS'lerden kaynaklandığı düşünüldüğünde ilgili hükümet makamınca temin edilmediği sürece sözleşme kaynaklı uyuşmazlıkların kesin veya yaklaşık sayısını tespit etmek mümkün değildir. Ne yazık ki söz konusu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların sayısına ilişkin kamuya açık bilgi bulunmamaktadır.

EPS'lere ilişkin çeşitli meselelere değinen mevzuatın sayısı oldukça fazladır. Bu nedenle, ilk olarak bu mevzuata ve EVD'lerin işlev gösterdikleri arka plana ilişkin bilgi verilecektir.

Yakın tarihli kanun yönergeleri federal hükümet ajanslarının enerji ve su tasarrufu yapmalarını ve söz konusu masrafları azaltmalarını zorunlu kılmaktadır. Örneğin, 2019 tarihli Bahsi Geçenlerin Tamamı Federal Yapı Enerji Tasarruf Yasasının "Federal Yapılar İçin Enerji Performansı Gereklilikleri" başlıklı 2/1/a bölümü, her bir ajansın, Federal yapılarda, 2018 mali yılında ajansın Federal yapılarındaki brüt ayak kare başına enerji tüketimine kıyasla 2020'den 2027'ye kadar olan mali yıllar içerisinde ajansın Federal yapılarındaki brüt ayak kare başına enerji tüketimini maddede belirtilen yüzde oranında azaltacak şekilde enerji tasarruf yöntemleri uygulayacağını ve bu yapıların inşaat tasarımlarını iyileştireceğini bildirmektedir.

Hükümetin bunu yapmasını mümkün kılacak önlemler mevcut olsa da bu önlemlerin çoğu muhassas fonların kullanılmasıyla son derece masraflı olacaktır. Ajansların bu ikilem karşısında geliştirdikleri çözümlerden biri EPS'leri kapsamaktadır.

EPS'ler hem kanunlar hem yönetmeliklerle yetkilendirilmiştir. Hükümetin özel yatırımlar aracılığıyla enerji tasarrufu yöntemleri hayata geçirmesini sağlarlar. Hükümet EVD'ye yalnızca vadedilen tasarrufun gerçekleştiği oranda ödeme yapar. Ancak bu sözleşmeler uyuşmazlık da ortaya çıkarabilirler.

Malik, mimar, yüklenici ve makine mühendisinin inşaat sözleşmelerine girdi sağlamasını gerektiren Enerji ve Çevre Dostu Tasarımda Liderlik ("**LEED**") gibi yeşil bina standartlarını uygulamaya çalışan taraflar, inşaatteki rollerinin yanı sıra enerji tasarrufu sağlayan ekipmanın bakımına ilişkin rollerine istinaden sorumluluk tahsis etmede zorluk yaşamaktadır. LEED süreci birden fazla tarafı kapsadığı için iletişimde aksaklıklar ve sorumluluklara ilişkin yanlış anlamalar uyuşmazlıklara neden olmaktadır. LEED inşaatı ilerledikçe tarafların süreçte üstlerine düşen rollere ilişkin kafa karışıklığı da artacaktır.

1978 tarihli Ulusal Enerji Koruma Yasasına ("**NECPA**") göre, EPS'de beklenen maliyet tasarrufunun belirtilmesi ve EVD'nin, EPS'nin bir şartı olarak bu tasarrufu garanti etmesi gerekmektedir. NECPA "enerji tasarrufu"nu sözleşmede ortaya koyulan metodolojiye göre hesaplanan baz maliyetle kıyaslandığında ajansın enerji maliyetlerinde azalma olarak tanımlamaktadır. EVD'nin uyguladığı önlemlerin ajansın hizmet faturasında düşüş ortaya çıkarması, böylece ajansın inşaatın sonra hizmetler için daha az muhassas fon harcaması ve söz konusu fonları başka alanlarda değerlendirmesi beklenmektedir.

NECPA, EVD'nin ajansa yılda en az bir defa o sene için garanti edilen maliyet tasarrufunun gerçekleşip gerçekleşmediğini gösteren bir Ö&D raporu sunmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu tasarruf gerçekleşmemişse EVD'nin aradaki farkı hükümete ödemesi gerekmektedir. Ayrıca, ajansın EVD'ye ve diğer hizmetler için yaptığı toplam yıllık ödeme tutarı, ajansın EVD olmadan hizmetler için ödeyeceği miktarı geçemez.

Federal hükümet EPS'leri aynı zamanda Federal Tedarik Mevzuatı ("**FAR**") ve Enerji Bakanlığı ("**EB**") yönetmeliklerine de tabidir. EB nitelikli yüklenici listeleri, uygulama prosedürleri, standart hüküm ve koşullar ve ödeme koşulları yayınlayan Federal Enerji Yönetimi Programı'nı ("**FEMP**") hayata geçirmiştir. Federal Enerji Yönetimi Programı (FEMP) federal ajansların enerjiyle ilgili hedeflerine ulaşmasının sağlanması, uygun maliyetli çözümlerin tespit edilmesi, kamu-özel sektör ortaklıklarının

⁶ <https://www.energy.gov/sites/default/files/2020/11/f80/espcc-fact-sheet.pdf>

kolaylaştırılması ve hükümetin en iyi uygulamalarının tespit edilmesi ve azami noktaya taşınması suretiyle ülkeye enerji alanında liderlik temin edilmesi için paydaşlarıyla birlikte çalışır. FEMP'in BTBM'leri (süper EVD'lerle sözleşmeler) kamu binaları ve tesisleri aracılığıyla enerji tasarrufu yapılan çok geniş kapsamlı programlar ortaya çıkarmıştır. BTBM'den aşağıda bahsedilmektedir ve bu kavramın altı çizilmelidir.

EB ve Ordu ve Hava Kuvvetleri dahil olmak üzere diğer hükümet ajansları "süper ETPS'ler" olarak adlandırılan belirsiz teslimat/belirsiz miktar ("**BTBM**") ETPS'ler imzalamıştır. Diğer hükümet BTBM sözleşmeleri gibi, süper ETPS'ler de ajansların belirli süreliğine, belirlenen asgari miktarın üstünde belirsiz sayıda hizmetin sözleşmesini imzalamasını mümkün kılmaktadır. EB Aralık 2008'de federal tesislerde 80 milyar dolara kadar bedelli 16 süper ETPS imzalamıştır. Geleneksel EPS'lerde olduğu gibi, çok sayıda eyalet süper ETPS'lerin kullanımını da onaylamıştır.

Belirsiz teslimat/belirsiz miktar (BTBM) ETPS'ler, yani "süper ETPS'ler" ABD hükümetindeki standart uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının EVD'ler ve federal ajanslar arasındaki EPS'lerde de kullanılmasının beklendiğini göstermeleri bakımından da önemlidir.

ABD'de EVD'lerin nasıl bir arka planda faaliyet gösterdiklerine ilişkin bilgi sunulduğuna göre, sıra bunların tatbik ettikleri uyuşmazlık çözüm mekanizmalarındadır.

ABD Enerji Bakanlığı (EB) EPS'lerin neredeyse her veçhesine ilişkin ayrıntılı kılavuzlar hazırlamıştır. Bakanlık 2017 yılında Bakanlığın uyuşmazlık çözümüne yaklaşımını anlamamızı sağlayan örnek bir sözleşme olan Belirsiz Teslimat/Belirsiz Miktar (BTBM) Örnek Sözleşmesi'ni yayınlamıştır. Sözleşmenin II.19. Maddesinde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm mekanizmaları teşvik edilmektedir (mahkemeye gidilmesi teşvik edilmemekte anlamında). Bu teşvikin usulü aşağıda özetlenmiştir:

"A. Hükümet ve Yüklenici sözleşmeden kaynaklı ihtilafli meselelerin müşterek mutabakatla adil ve etkili şekilde çözülmesinin, sözleşme gerekliliklerinin başarıyla ve zamanında tamamlanması için hayati önemi haiz olduğunun farkındadır. Buna binaen, Hükümet ve Yüklenici sözleşmeden kaynaklı ihtilafli meselelerin müşterek mutabakatla çözümü için azami gayreti gösterecektir. İhtilafli meseleler arasında uyuşmazlık, iddia, soru veya başka türden anlaşmazlık bulunabilir. Taraflar iyi niyetle, müşterek çıkarlarını gözeterek müzakereler yürütmeyi ve her iki taraf için de memnuniyet verici adil ve hakkaniyetli bir çözüme ulaşmak için çaba göstermeyi kabul ederler.

B. Müzakereler yoluyla makul bir süre içerisinde müşterek mutabakata varılamaması halinde taraflar alternatif uyuşmazlık çözümü (AUÇ) sürecine başvurabilirler. AUÇ süreçleri tarafsız bir taraf tarafından yürütülecek arabuluculuk, kolaylaştırma, durum tespiti, grup ihtilaf yönetimi ve ihtilaf koçluğunu kapsayabilir. Tarafsız taraf bir birey, bağımsız uzmanlardan oluşan bir kurul veya ihtilaf çözümünde spesifik uzmanlığı bulunan veya uyuşmazlığın spesifik bir alanında uzmanlığı bulunan bir şirket olabilir. Tarafsız taraf bağlayıcı bir karar almaktan ziyade taraflara müştereken memnuniyet verici bir mutabakata varmalarında yardımcı olacaktır. Tarafsız tarafın görüşlerinden herhangi biri müteakip dava açma süreçlerinin herhangi birinde kabul edilebilir olmayacaktır.

C. AUÇ sürecinin kullanılmasını taraflardan herhangi biri talep edebilir ancak AUÇ sürecine katılım için iki tarafın da iradi seçimi gerekmektedir. Tarafların sürecin usul ve şartlarında mutabık kalması, her iki tarafın sorunu çözüme kavuşturma yetkisi bulunan yetkililerinin de üzerinde mutabık kalınan sürece katılım göstermesi gerekmektedir.

D. AUÇ prosedürleri EB BTBM Sözleşme Yetkilisi'ne veya talep eden ajans SY'sine ihtilafli meseleyi çözme yetkisi verilmesinin ardından istenildiği zaman kullanılabilir. Yüklenici bir iddiada bulunmuşsa AUÇ usulleri iddianın tamamına veya bir kısmına tatbik edilebilir. SY'nin FAR 52.233-1, Uyuşmazlıklar kapsamındaki şartına istinaden nihai kararından sonra AUÇ

usullerinin kullanılması durumunda bunların kullanımı SY'nin nihai kararına itiraz edilmesi için gereken süre kısıtlılıkları veya usul gerekliliklerini herhangi bir şekilde değiştirmez ve nihai kararın gözden geçirilmesi anlamına gelmez.

E. EB BTBM Sözleşme Yetkilisi'nin Yüklenici'nin AUÇ yargısı talebini reddetmesi halinde söz konusu Sözleşme Yetkilisi, Yüklenici'ye AUÇ sürecinin uyumsuzluğunun çözümü için neden uygun olmadığını spesifik gerekçelerle ortaya koyan bir yazılı açıklama temin edecektir. Yüklenici'nin EB BTBM Sözleşme Yetkilisi'nin veya talepte bulunan ajansın SY'sinin AUÇ prosedürlerinin kullanılmasını reddetmesi halinde Yüklenici, söz konusu SY'ye talebin reddine ilişkin gerekçe sunacaktır.”

Ayrıca, EB'nin belirsiz teslimat/belirsiz miktar (BTBM) niteliği taşımayan EPS'ler için yayınladığı bir diğer örnek sözleşmeye “HAKİM VE YARGIÇ İZLENESİ: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri” başlıklı benzer bir hüküm eklenmiştir. Bu bölümde yukarıdakine benzer bir rehber temin edilmiştir:

“Doğabilecek herhangi bir performans sorununun iradi şekilde çözülmesi EVD ve ajansın ortak hedefi olmalıdır. Maliyetler ve süre gecikmeleri nedeniyle teknik bir uyumsuzluğun vekillere veya başka kişilere yönlendirilmesi tavsiye edilmemektedir. Ancak ilgili bütün bilgilerin paylaşılması ve yaşanabilecek hüsrana hislerinin tarafların odağının projenin değeri ve gerçek çıkarlarından kaymasıyla sonuçlanmasına müsaade edilmemesi önemlidir.

EPS projeleri enerji ve maliyet tasarrufu hedeflerine ulaşılması, etkili ekipman bakımı ve yapı konforu bakımından ajans ve EVD'nin iş birliği içinde çalışmasını gerektirmektedir. 10 veya 20 senelik bir sözleşme boyunca yüksek nitelikli performans sonuçlarının sürdürülebilmesi için etkili iletişim, müşterek anlayış ve sözleşme sorumluluklarının yerine getirilmesi gerekmektedir.

Her iki tarafın da iyi niyet temelli çözüm arama kararlılığının olduğu durumlarda performans sorunlarının iradi şekilde çözülmesi kolaylaşır. İlgili vakıalar çözüm sürecinin başlangıcında olduğu gibi ortaya koyulmalı, EVD ve ajans geçerli seçeneklerin etraflıca değerlendirilmesi için yeterli zaman ve kaynağı ayırmalıdır. EVD ve ajansın yasal bağlayıcılığı bulunan ve irade esasına dayanmayan çözüm arayışına girmenin potansiyel risk ve maliyetlerini gerçekçi şekilde değerlendirmeleri gerekmektedir. Dava açma ve resmî tahkim genellikle oldukça maliyetlidir ve genellikle karmaşık teknik meseleleri kavramak için gereken uzmanlığı bulunmayan hakimler veya hakemlerin başında olduğu uzun süren usulleri kapsamaktadır. Arabuluculuk kullanımını kapsayan alternatif uyumsuzluk çözümünün (AUÇ) performans sorunlarının çözümünün yüksek maliyetini asgariye indirmek amacıyla standart şart olarak sözleşmeye dahil edilmesi gerekmektedir.”

Örnek sözleşmelerin yukarıda alıntılanan kısımlarından görülebileceği üzere, dava açma ve resmî tahkim gibi yasal bağlayıcılığı bulunan ve irade esasına dayanmayan çözüm yöntemleri teşvik edilmezken arabuluculuk ve tarafsız uzmanların atanması gibi iradi yöntemler uygun görülmektedir. Bu yaklaşımın altında EPS'lerin, EVD'ler ve federal müşterileri arasındaki dostane ilişkinin devamının azami önemi haiz olduğu uzun vadeli sözleşmeler oldukları düşüncesi yatmaktadır. Hükümet federal ajansların kalıcı olduklarının, bununla birlikte piyasada sınırlı sayıda EVD olduğunun farkındadır. İrade esasına dayanmayan bir çözüm yönteminin, sınırlı sayıda EVD ve federal ajanslardan oluşan bu küçük havuzun içindeki iki taraf arasındaki ekonomik ilişkiyi kalıcı olarak sonlandırması kuvvetle muhtemeldir.

Yukarıdaki tartışma Federal bina ve tesislere yönelik ETPS'ler için geçerli olsa da çoğu Amerikan eyaleti her eyaletteki kamu binaları ve tesisleri, özellikle de okul ve hastaneler için benzer usuller hayata geçirmiştir.

2.1.2 2 Numaralı Yargı Örneği Olarak Almanya

Türkiye, AB ile yakın ilişkiler içindedir. AB, Türkiye'nin en büyük ticari ortağı, Almanya ise Türkiye'nin ihracatından en büyük payı alan ülkedir. Dahası, bir AB ülkesinin belirleyici niteliği olarak gerçekleştirdiği

en yüksek oranda ihracatla Almanya, AB'nin en endüstriyel ülkesidir. Bu koşullar göz önüne alınarak, ikinci iyi uygulama örneği ülkesi olarak Almanya seçilmiştir.

Amerika gibi, Almanya da çeşitli federal eyaletlerden mürekkeptir ve kamu binalarında enerji kullanımını azaltmak için Federal Enerji Verimliliği Merkezini (BfEE) kurmuş ve bu doğrultuda sayısız adım atmıştır.

Ayrıca, Almanya farklı ölçekteki EVD'ler için fırsatlar teşkil eden son derece sofistike bir serbest piyasa ekonomisine sahiptir. Bu nedenle Almanya'nın hazırladığımız EPS taslaklarının ve önerdiğimiz yasal çerçevenin şekillendirilmesinde örnek alınacak en uygun AB ülkesi olacağı görüşündeyiz.

Alman EPS piyasasının büyüklüğüne ilişkin rakamlara çeşitli kaynaklardan ulaşılması mümkündür. Almanya'nın önde gelen EVD'lerinin şirket profilleri çok sayıda şirketin EPS gelirlerini göstermekte, EPS'de faal oldukları bilinen EVD'lerin çoğunu temsil etmektedir. Bunun dışında ne Almanya'daki EPS piyasasının kesin büyüklüğü ne de bir EPS projesi kapsamında ortaya çıkan uyumsuzlukların sayısı hakkında halka açık bilgi mevcut değildir. Uluslararası Enerji Ajansı'nın 2018 tarihli raporuna göre, Almanya'nın EVD gelirleri 250 milyon doları bulurken⁷ söz konusu uyumsuzlukların kesin boyutu açıklanmamıştır.

Kamu sektörü-EVD ortaklığının Almanya'da köklü bir geçmişi vardır. Berlin Federal Eyaleti yüzden fazla kamu binasını iki bina havuzu içinde gruplandırmış ve bu binalar eyalet çapındaki ilk büyük kamu EPS programı olan "Enerji Tasarruf Ortaklığı (*Energiesparpartnerschaft*)" kapsamında başarılı EPS projelerine konu olmuştur. Fikir başarıya ulaşmış, sonraki on beş sene boyunca yirminin üzerinde büyük EPS ihalesine çıkmıştır.

Hepsi kamu tüzel kişiliği olan BEA (Berlin Enerji Ajansı) ve bir dizi diğer bölgesel enerji ajansı (EA-Kuzey Ren-Vestfalya KEA – Klimaschutz – und Energieagentur Baden-Württemberg, Bremer Energiekonsens, Hessen Eyaleti, ayrıca Alman Enerji Ajansı ve çok sayıda diğer kuruluş) EPS projeleri hayata geçirmiştir. Bu kuruluşların hepsi pek çok bölgede federal, eyalet ve belediye binaları için örnek sözleşmeler uygulamıştır.

Almanya örneğinin karakteristik niteliklerinden biri, kamu binaları (havuzlar), hastaneler, dinence tesisleri gibi büyük projelerde kamu EVD'leri-kamu sektörü düzenlemesinin kullanılmış olmasıdır. Kamu EVD'leri, EPS projelerinde EVD işlevi gören bölgesel ve yerel enerji ajanslarıdır. Ancak pek çok programda özel EVD'ler de yer almış ve seçilmek için kamu ihalesi süreçlerinden geçmişlerdir.

Kamu sektörü, sınırsız potansiyel müşteri havuzuna sahip olmaması bakımından özel sektörden ayrılmaktadır. Bu durum da EVD'ler ve kamu sektöründeki müşterileri arasında süregelen ilişkiler tesis edilmesini gerektirmektedir. Bu durumun ortaya çıkardığı bir diğer gereklilik, EVD'lerin ihtilaftan mümkün olduğunca kaçınmalarıdır, zira bir EVD'nin kamu sektöründeki bir veya daha fazla müşterisiyle çözülmeyen bir ihtilaf yaşamaması onu uzun vadede bu istikrarlı müşteri havuzundan mahrum bırakmaktadır. Kamu EVD'si-kamu sektörü sözleşmelerinde bile uyumsuzlukların ortaya çıkması muhtemeldir ve bir çözüm prosedürünün tanımlanması gerekir. Bu faktörler göz önünde bulundurularak öncelikle söz konusu uzun vadeli ilişkiyi, ikinci olarak da uyumsuzlukların çözümünde kolaylığı gözetilen uyumsuzluk çözüm mekanizmaları seçilmiştir.

Alman Enerji Ajansı DENA, Avrupa'da EPS sözleşmelerinde en çok başvurulan kılavuzlar olma niteliği taşıyan kılavuzlar yayınlamıştır. Bu kılavuzlar EVD'lere ve kamu sektörü oyuncularına EPS sözleşmeleri konusunda rehberlik etmektedir. Kılavuzlarda ihale süreci, ihale sonucu ve dosyası, teklif değerlendirmesi için hesaplama şablonları, çalışmanın kârlılığına ilişkin hesaplama şablonları ve bir örnek sözleşme bulunmaktadır. Kılavuzlarda sözleşmeden doğan uyumsuzlukların öncelikli olarak arabuluculuk bağlamında çözüme kavuşturulacağı belirtilmiştir; örnek sözleşmede ise arabuluculuk

⁷ <https://www.iea.org/reports/energy-service-companies-escos-2>

sürecinin nasıl yönetilmesi gerektiğini ayrıntılandıran ayrı bir uyuşmazlık çözüm şartı bulunmaktadır. Bu şartta şunlar belirtilmektedir:

“Sözleşmenin içeriğine ilişkin veya mevcut sözleşme üzerinde sözleşme taraflarından birinin talep ettiği değişikliğe ilişkin anlaşmazlık yaşanması halinde her iki taraf da dışarıdan arabulucu devreye sokma hakkına sahiptir. Aynı hak, delil veya fatura tutarsızlığı gibi sözleşmenin ifasıyla ilgili güncel sorular ve vakialara ilişkin fikir ayrılıkları için de geçerlidir. Güncel soruların, teknik vakıaların veya hesaplama yöntemlerinin kanıtlanmış uzman bilgisi gerektirdiğinin anlaşıldığı durumlarda arabulucunun seçiminde bunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Sözleşme taraflarından birinin arabulucu devreye sokmak istemesi halinde söz konusu sözleşme tarafının bunu diğer sözleşme tarafına yazılı olarak tebliğ etmesi gerekir. Yüklenici ve müşteri, tebliğin alınmasından itibaren bir ay içerisinde bir arabulucu üzerinde mutabık kalmalıdır. Arabulucu masrafları sözleşmenin taraflarınca eşit olarak paylaşılır.

Arabulucu üzerinde mutabık kalınmazsa her iki tarafın da yerel yetkili Sanayi ve Ticaret Odası'nın Başkanı'ndan bir isim belirlemesini isteme hakkı vardır.

Yukarıda bahsedilen durumlarda taraflar hukuki yargılama başlatmadan önce uyuşmazlığın konusu hakkında diğer tarafa yazılı tebliğde bulunup iki hafta içerisinde arabuluculuk süreçlerini başlatmak isteyip istemediklerini beyan etmesini istemekle yükümlüdür. Diğer tarafın arabuluculuk süreçlerini başlatmak istemesi halinde süreç daha önce değinilen düzenlemeler çerçevesinde yürütülecektir.

Diğer tarafın arabuluculuktan imtina etmesi veya belirlenen süre içerisinde isteğini beyan etmemesi veya arabulucunun atanmasından itibaren üç ay içerisinde bir çözüme varılamaması halinde sözleşmenin her iki tarafı da yetkili mahkemelerde dava açabilirler. İstenilen zamanda acil adli yargılama gerçekleştirilmesi ihtimali bu durumdan etkilenmez.

İşbu sözleşme ve eklerinden doğan bütün uyuşmazlıkların ve aynı zamanda bunlara dayanan müteakip iddiaların münhasır yargı yeri sözleşme veri sayfasında belirtilmiştir.

Almanya Federal Cumhuriyeti yasaları uygulanacaktır.”

Yukarıda verilen maddeden görüleceği üzere, enerji tasarrufu sözleşmesinde arabuluculuk, ihtilafın mesele mahkemeye taşınmadan çözülmesi için isteğe bağlı bir adım olarak sunulmuştur. Bununla birlikte, DENA aynı zamanda enerji tedariki sözleşmeleri için EVD'leri de ilgilendiren kılavuzlar da yayınlamaktadır. Bu kılavuzlar enerji tasarrufu sözleşmeleriyle doğrudan ilgili olmasalar da arabuluculuğu meselenin mahkemeye taşınmasından önce zorunlu bir adım olarak konumlandıkları için bunların incelenmeleri faydalı olacaktır. Dahası, arabuluculuk usulü bu kılavuzlardan birinde daha ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. Arabuluculuk usulünün alternatif olarak neleri kapsayabileceğinin anlaşılması adına söz konusu kılavuzlardan birindeki arabuluculuk kısmında yer alan yönlendirme aşağıda verilmiştir:

“Sözleşmenin hızlı ve sorunsuz şekilde yerine getirilebilmesi için yüklenici ve müşteri önce herhangi bir türden uyuşmazlık halinde (hizmetlerin sonlanmasından sonrası da dahil olmak üzere) hür arabuluculuk usulüne başvurmayı kabul ederler. Arabuluculuk usulü, arabuluculuğun taraflarından birinin yazılı talebiyle başlatılır.

Hem müşteri hem de yüklenicinin birer arabulucu atama hakkı vardır. Seçilecek arabulucuların en az 15 senelik profesyonel deneyimi bulunan nitelikli hukukçular olmaları gerekmektedir. Arabuluculardan birinin taraflara artık arabuluculuk yapamayacağını bildirmesi halinde ilgili taraftaki ihtilafının bir ay içerisinde yeni bir arabulucu seçmesi gerekmektedir.

Arabulucu, arabuluculuk usulünü takdir yetkisini kullanarak ve hukukun üstünlüğüne riayet ederek belirler. Arabulucu taraflarla sözlü bir konuşma yapacak, taraflar da arabuluculara talep edilen bütün

bilgileri temin edecek ve talep edilen dokümanları derhal teslim edecektir. Arabulucular ayrıca profesyonel yetkinleri dışındaki ilgili sorulara yanıt vermeleri için tanıkları veya davet edilen yetkin kişileri, özellikle de uzmanları dinleyebilirler.

Arabulucuların taraflar arasında dostane çözüm sağlanması için çalışmaları gerekmektedir. Dostane bir çözüm sağlanamaması durumunda arabulucular yazılı ve her halükarda kısaca gerekçelendirilmiş bir arabuluculuk teklifi sunarlar. Her iki taraf da kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren bir hafta içerisinde yazılı tebliğde bulunarak arabuluculuk teklifini kabul edebilirler. Arabuluculuk teklifi her iki tarafça yazılı olarak kabul edilirse derhal taraflar arasında anlaşmaya varılmış sayılır.

Taraflardan birinin arabuluculuk teklifini kabul etmemesi halinde arabulucular her iki tarafa da yazılı olarak arabuluculuğun başarısız olduğunu tebliğ ederler. Arabulucuların başarısızlık tespitinin ardından olağan yasal sürecin önü açılmış olur. Taraflar arabuluculuk usulü olmaksızın olağan mahkemelere gidemezler. Yüklenici arabuluculuk usulü olmaksızın sözleşmeyi feshedemez ve sözleşme mucibince yerine getirilecek hizmetlerin teminini durduramaz. Arabuluculuk sonucundan bağımsız olarak taraflar arabulucuların ve davet ettikleri yetkin kişilerin masraflarını yarı yarıya üstlenirler.”

Arabuluculuk süreci bu kılavuzlarda ayrıntılı şekilde açıklanmış olsa da arabuluculuk ve tahkim arasında da bir ayırım yapılmış ve tahkim, arabuluculukla birlikte tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak sunulmuştur. Yetkililer uyuşmazlık çözüm önerileri şeklinde başka uyuşmazlık çözüm mekanizmaları da temin etmişlerdir.

Örneğin, Özel Enerji Sözleşmesi Şirketleri Federal Derneği'nin (*Bundesverband Privatwirtschaftlicher Energie-Contracting-Unternehmen*) yayınladığı “Doğru tasarruf sözleşmesi” (*Einspar-Contracting richtig gemacht*) başlıklı bir makalede söz gelimi yüklenici ve müşterinin kullanım değişikliklerinin değerlendirilmesi üzerinde mutabık kalamaması halinde sözleşmede bu gibi durumlarda anlaşmazlıkları kimin çözeceğine (örneğin bağımsız uzman, bağımsız organ işlevi görececek bir hakem kurulu) ve çözüm masraflarının nasıl dağıtılacağına (not: masrafların paylaşılması uygun görülmüştür) ilişkin bir düzenleme olması gerektiği belirtilmiştir. Bu makalenin Almanya'nın federal eyaletlerinden Kuzey Ren-Vestfalya'nın Enerji Ajansı iş birliğiyle yayımlandığı düşünüldüğünde, enerji tasarrufu sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde bağımsız uzmanların ve hakem kurullarının devreye sokulmasının eyalet organlarıncası resmen teşvik edildiği görülmektedir.

Bu nedenle arabuluculuk, tahkim ve bağımsız uzman atamasının Almanya'daki resmî enerji ajansları tarafından enerji tasarrufu sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde teşvik edilen yöntemler oldukları kesin olarak söylenebilir. Akılda bulundurulması gereken bir diğer husus, eyaletin resmî organlarıncası temin edilen kılavuzlara ilişkin örneklerin tamamında Alman hukukunun yetkili yargı olarak önerildiği, dolayısıyla yerel hukukun bir ihtilaf veya uyuşmazlık söz konusu olduğunda geçerli hukuk olarak kullanılmasının teşvik edildiğidir.

2.1.3 3 Numaralı Yargı Örneği Olarak Singapur

Türkiye ne Amerika kıtasında yer almaktadır ne de AB'ye üyedir. ABD ve AB'den farklı kendine özgü bir yasal çerçeveye ve ekonomik atmosfere sahiptir. EPS'lerin Amerika kıtası ve AB dışında bir ortamda uygulanıp uygulanamayacaklarını görmek için başka bir ülkeye bakmak gereklidir. Bu noktada Singapur devreye girmektedir. Singapur Uzak Doğu'da yer almasına rağmen son derece gelişmiş ve sofistike bir ekonomiye sahiptir. Ayrıca, oldukça gelişmiş bir EVD piyasası vardır.

Yukarıda sayılan nedenlerden ötürü üçüncü iyi uygulama ülkesi olarak Singapur seçilmiştir. Singapur'un resmî dillerinden birinin İngilizce olması ve bu sayede EPS'ler ve EVD'lere ilişkin dokümanlara rahatlıkla ulaşılabilmesi de bu kararda etkili olmuştur.

Uyuşmazlıkların gizlilik hükmü bulunan EPS'lerden kaynaklandığı düşünüldüğünde ilgili hükümet makamınca temin edilmediği sürece sözleşme kaynaklı uyuşmazlıkların kesin veya yaklaşık sayısını

tespit etmek mümkün değildir. Ne yazık ki ne Singapur'daki EVD piyasasının hacmine ne de EPS projelerinden doğan uyumsuzlukların sayısına ilişkin halkın erişimine açık bilgiler mevcut değildir.

Singapur aynı zamanda çok sayıda uluslararası şirketin ihtiyaçlarına cevap veren başarılı bir iş merkezidir. EVD'ler uluslararası kuruluşlar oldukları için ve bu Kılavuz'un Türkiye'de uluslararası tanınırlığı olan bir EVD piyasasının tesis edilmesine katkıda bulunması amaçlandığından, bu durum önem taşımaktadır.

Üstelik Singapur ne ABD gibi bir süper güç ne de Almanya gibi bir ekonomi devidir, bu nedenle Türkiye ile taşıdığı benzerlikler diğer iki örneğe kıyasla daha fazladır.

Kanadalı kamu-özel sektör ortaklığı Econoler'in 1980'lerin ortasında Singapur piyasasına girmesiyle birlikte Singapur'un EVD tarihçesi başlamıştır. Singapur enerji performans sözleşmelerine taraf olmak isteyen kamu ve özel sektör aktörlerinin güvenini artırmayı hedefleyen sertifika programıyla bilinmektedir. Singapur'da kurulan ve EV uygulaması alanında sertifika almak isteyen herhangi bir şirket bunu deneyim seviyesi ve sahip olduğu sistem uzmanlığı dikkate alınarak yapabilmektedir.

Singapur 2030 yılına kadar toplam binalarının %80'ini yeşil bina haline getirmeyi hedeflemektedir. Kamu sektörü bina enerji tadilatları için EPS kullanımına öncülük etmektedir. Ulusal Çevre Ajansı ("NEA") Garantili Enerji Tasarruf Performansı'nı ("GETP") geliştirip 2011 yılında hayata geçirmiştir. GETP, Singapur'daki kamu binalarının enerji verimliliğini artırmayı hedefleyen bir performans sözleşmesidir.

GETP doğrultusunda ayrıntılı bir enerji denetimi yürütülür, GETP sözleşmesine nihai hali verilir ve bir EVD, kamu ajansına 3-5 yıllık sözleşme süresince enerji performansı garantisi verir.

Kamu sektörü, yeni kamu binalarının, 5.000 metrekareyi aşan klimalı alana sahip yeni binalar için "Green Mark Platinum" dahil olmak üzere Yapı ve İnşaat Müdürlüğü'nün ("YİM") "Green Mark" sertifikasını almalarını şart koşmak suretiyle çevresel sürdürülebilirlikte öncü rol üstlenmektedir. 2015 yılında YİM'in "Green Mark" uygulamasının hayata geçmesinden itibaren brüt zemin alanına göre binaların %43'ten fazlası yeşil bina haline getirilmiştir.

Singapur Yeşil Bina Konseyi tarafından "Binalar İçin Enerji Performansı Sözleşmesi" başlıklı bir taslak geliştirilmiştir. Söz konusu taslak sektörün kilit paydaşlarıyla yürütülen istişareler sonucunda hazırlanmıştır. Taslağın amacı hem bina sahiplerinin hem EVD'lerin kolaylıkla enerji verimliliği düzenlemesine ulaşmalarını sağlamaktır.

Bu sözleşmenin aynı zamanda hem bina sahipleri hem EVD'ler için standart referans doküman haline gelmesi hedeflenmektedir. Her iki taraf da sorumluluklarını kolayca tespit edebildiğinden, ayrıca EPS şirketleri de benzer şekilde gerçekleştirilecek iyileştirme çalışmalarına ilişkin tekliflerini şekillendirirken aynı sözleşmeyi kullanabileceklerinden, bu sözleşme tedarik aşamasında her iki tarafa da yardımcı olmaktadır. Singapur Yeşil Bina Hizmetleri ("SYBH") sertifika uygulamasına dahil olan sertifikalı EPS şirketleri bu sözleşmeyi kullanmaları için teşvik edilecektir.

"Binalar için Enerji Performans Sözleşmesi"nin "Uyumsuzluk Çözümü" şartı şu şekildedir:

18.1. İşbu Sözleşmenin performansından kaynaklı olarak veya işbu sözleşmeyle ilişkili olarak herhangi bir Uyumsuzluk yaşanması durumunda Tarafların ilk olarak Uyumsuzluğun ortaya çıktığı tarihten itibaren 30 gün içerisinde Uyumsuzluğu çözmeye gayret etmek üzere (Müşterinin yöneticileri, çalışanları, yetkilileri, temsilcileri, yüklenicileri, yetkilendirilmiş mukim ve kiracıları olan) yetkilendirilmiş kişiler aracılığıyla iyi niyet görüşmelerinde bulunmaları gerekmektedir.

18.2 Uyumsuzluğun bahsi geçen 30 günlük süre içerisinde Madde 18.1'de değinilen iyi niyet görüşmeleriyle çözülememesi halinde Tarafların Uyumsuzluğu bir uzmana (Uzman)

yönlendirmeleri gerekmektedir. Uzman, Taraflarca ortak şekilde atanacak ve Uzmanın atanma koşulları arasına Uzmanın atandığı tarihten itibaren 21 gün içerisinde kararını vermesi şartı dahil edilecektir. Uzman hakem değil, uzman işlevi görecektir ve Taraflar, Uzmana, Uyuşmazlığa ilişkin karar almak üzere Uzman tarafından talep edilecek bütün yardımı, dokümanları ve bilgiyi temin etmeyi kabul edeceklerdir. Uzmanın kararı nihai nitelik taşımaktadır ve Taraflar için bağlayıcıdır. Her iki taraf da üzerine düşen masrafları karşılayacak ve Uzmanın masraf ve harcamaları Taraflarca eşit şekilde karşılanacaktır.

18.3 Yukarıda ifade edilen unsurlara rağmen, Taraflardan biri dilediği zaman aciliyet gerekçesiyle içtinap veya başka bir hakkaniyetli hukuk yolu için yetkin yargı mahkemesine başvurabilir.”

Yukarıdaki önlemler Singapur örnek sözleşmesinin meseleleri iki aydan kısa süre içerisinde ve asgari maliyetle çözmeyi hedeflediğini göstermektedir. Bununla birlikte, meselenin çözümü için öngörülen kısa zaman zarfının acil durumda bulunan işletmeler için fazla uzun addedilmesi durumunda taraflara aciliyet gerekçesiyle içtinap veya başka bir hakkaniyetli hukuk yolu için yetkin yargı mahkemesine başvurma hakkı tanınmıştır.

2.2 Uluslararası Tanınırlığı Olan Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarının Türkiye’deki Uygulanabilirliği

2.2.1 FIDIC Mekanizmaları

Uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yaklaşımlarını görmek için küresel inşaat sektöründen bir örnek incelendiğinde, FIDIC kapsamındaki uyuşmazlık çözüm hükümlerinin sıklıkla uzun tahkim süreçlerinden kaçınma ve uyuşmazlıkları başka şekilde çözüme şeklindeki küresel trendin etkisinde kaldığı sonucuna varılabilmektedir. FIDIC bilhassa FIDIC sözleşme taslak ailesiyle bilinen, müşavir mühendislik ve danışmanlık alanında faaliyet gösteren bir uluslararası standart kuruluşudur. FIDIC Aralık 2017’de FIDIC Sözleşme Koşullarının (ikinci baskı) gözden geçirilmiş baskılarını yayınlamış, 1999 tarihli baskılardaki uyuşmazlık çözüm hükümlerinde değişikliğe gitmiştir. FIDIC kapsamındaki “uyuşmazlıklardan kaçınma” 2017 FIDIC’ta bir nebze genişletilmiştir.

2017 FIDIC’taki kayda değer bir değişiklik, iddianın uyuşmazlıkla ve uyuşmazlığın iddiayla aynı şey olmadığı, yani iddia sözleşme bağlamında hak sahipliği talebiyken uyuşmazlığın bu türden bir iddianın reddedilmesi veya görmezden gelinmesi durumunda ortaya çıktığıdır.

Ancak elbette bir uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce bir iddiada bulunulması gerekmektedir. 2017 FIDIC’a istinaden bir iddiada bulunulmasının ardından aşağıdaki adımlar izlenmektedir:

- Mühendis kararı⁸
- Uyuşmazlıktan Kaçınma/Hüküm Kurulu’nun kararı
- Tahkim

FIDIC kurallarının daha detaylı şekilde incelenmesi ve uyuşmazlık çözüm perspektifinden daha fazla fikir vermesi mümkündür. Bu kurallar aynı zamanda Türkiye’de yürürlüğe girecek sözleşmelere de dahil edilebilirler. Sözleşme koşullarının gereğince tasarlanmaları halinde Türk Mahkemeleri uyuşmazlığın mahkemeye taşınması ve tahkim hükmünün icrasından önce yukarıdaki üç adımın izlenmesini sağlayabilirler.

⁸FIDIC tarafından yayınlanan Sözleşme Koşullarının 1.1. 2.4 numaralı alt maddesinde “Mühendis” İşveren tarafından Sözleşme amaçları doğrultusunda Mühendislik görevi ifa etmek üzere görevlendirilen ve Sözleşme Verilerinde ismi geçen veya İşveren tarafından ara sıra görevlendirilen ve 3.4 alt maddesine istinaden Yükleniciye bildirilen diğer kişiyi ifade etmektedir.

2.2.2 İkili Yatırım Anlaşması (İYA) Mekanizmaları ve ICSID

Öte yandan, İkili Yatırım Anlaşması (İYA) yatırımcıların, uluslararası hukukla koruma altına alınmış yatırım korumasını ihlal ettiği iddia edilen ev sahibi ülkeye doğrudan dava açmalarını mümkün kılan son derece güçlü bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına sahiptir.

İkili yatırım anlaşmaları (“İYA’lar”) olarak bilinen ve sayıları 2800’ü aşan bir uluslararası anlaşmalar ağı sayesinde doğrudan yabancı yatırım yapan çok uluslu teşebbüslere kritik hukuki koruma sağlanmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti dahil olmak üzere 150’den fazla ülke bir veya daha fazla yatırım anlaşmasına taraftır. İYA’lar yalnızca ev sahibi ülkelere yabancı yatırımın korunması için belirli yükümlülükler dayatmakla kalmaz, aynı zamanda ev sahibi hükümetin söz konusu yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde yatırımcılara güçlü bir özel dava hakkı tanır.

Bir yatırıma ilişkin hükümet eylemleri veya ihmali —tanımı oldukça geniş şekilde yapılmıştır— nedeniyle bir uyuşmazlığın doğması halinde söz konusu sözleşmelerin uyuşmazlığın çözüleceği yerler olarak iç hukuk mahkemelerini işaret ettiği durumlarda bile İYA tahkimi devreye girebilmektedir. Ancak bu yalnızca uyuşmazlığın mahkemeye veya sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümü mekanizmalarına taşınmasından önce geçerlidir. Dolayısıyla, hukuki danışmanlığın erkenden alınması kritik önemi haizdir.

İYA’lar yatırımcılara özel dava hakkı tanırlar. Yatırımcılar uluslararası tahkimde ev sahibi ülkeler aleyhinde iddiada bulunabilirler. Uyuşmazlıkların çözümünü belirleyen, mutlaka yatırımın ilişkili olduğu sözleşme değil, aynı zamanda ilgili anlaşma ve uluslararası hukuktur. Ayrıca, hükümetler İYA’lara yoğun sıklıkla riayet ettikleri için hükümet riayet karnesinin iyi olduğu söylenebilir. Gerekli hallerde yatırımcı-devlet hakem kurullarının verdiği hükümler, yabancı tahkim hükümlerinin tanınması ve uygulanmasına ilişkin New York Sözleşmesi’nin 144 imzacı ülkesinden herhangi birinde icra edilebilir.

İYA’lar, İYA’nın taraf devletinin yatırımcısı ile diğer taraf devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için genellikle Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi’ne (“ICSID”) yönlendirirler. ICSID 1966 yılında uluslararası yatırımcılar ve devletler arasında hukuki uyuşmazlık çözümü ve uzlaşma için kurulan bir uluslararası tahkim kurumudur. Dünya Bankası Grubu’nun bir parçasıdır ve onun tarafından fonlanmaktadır. ICSID bizzat tahkim veya uzlaşma yargıları yürütmese de uzlaşma komisyonlarına, mahkemelere ve diğer komitelere kurumsal ve usuli destek sunmaktadır. Bu noktada iki farklı kural kümesi söz konusudur. Bir meselenin ICSID Sözleşmesi, Yönetmeliği ve Kuralları bağlamında işleme alınabilmesi için hukuki olması, doğrudan bir yatırıma ilişkin olması ve taraf üye ülkelerden biri ile bir diğer taraf üye ülke vatandaşı arasında ortaya çıkmış olması gerekmektedir. İlaveten, uyuşmazlığın taraflarından birinin taraf üye ülke veya taraf üye ülke vatandaşı olmaması halinde dava ICSID Ek Mekanizma Kuralları kapsamında işleme alınabilmektedir. Ancak davaların çoğu ICSID Sözleşmesi’ne göre tahkim edilmektedir. ICSID uzlaşması ve tahkimi taraflar için tamamen iradi seçeneklerdir. Ancak tarafların ICSID Sözleşmesi’ne göre tahkime rıza göstermelerinin ardından uyuşmazlık ICSID Tahkimi kurallarına göre çözülecektir.

3 EPS'ler İçin Uyuşmazlık Önleme, Kaçınma ve Çözüm Mekanizmaları

Enerji verimliliği projelerine ilişkin olarak "Müşavirlik ve Uzlaşma İnşası"nın ihtilaf önleme mekanizması olarak hayata geçirilmesi ve EPS hükümlerinin sözleşme taraflarınca içselleştirilmesi önem taşımaktadır. Bu, EPS imzalanmadan önce tarafların projeye ilgili olarak enerji verimliliği uzmanlarından teknik müşavirlik ve EPS unsurlarına ilişkin müşterek uzlaşmaya varmak için hukuk uzmanlarından hukuk müşavirliği almaları anlamına gelmektedir.

3.1 Uyuşmazlıktan Kaçınma Önlemleri

Uyuşmazlıklardan önce bazı meseleler teknik, operasyonel ve sözleşmeyle ilgili meselelere ilişkin etkili iletişim kuramamalarının bir sonucu olarak taraflar arasındaki ilişkinin bozulması nedeniyle yargı organlarına ve tahkime taşınmaktadır. Bazı durumlarda sözleşme danışmanlığının yalnızca sözleşmenin imzalanması aşamasında gerekli olduğu düşünülebilir. Ancak dünyanın farklı bölgelerinden örneklerin de gösterdiği üzere, hukuk müşavirlerinin ve diğer teknik müşavirlerin projelerin hukuki/teknik süreç yönetiminde aktif rol üstlenmeleri gerekmektedir. Bu doğrultuda, şirketlerin ve devlet kurumlarının enerji verimliliği projeleri için teknik, hukuki ve mali müşavirlerle birlikte çalışma kültürü edinmeleri elzemdir. Devlet aynı zamanda çeşitli eğitim programları ve teşvikler aracılığıyla bu kültürün farklı şirketlere yayılmasını sağlamalıdır. EPS'lerde tahkim sürecine başvurulmasından önce taraflar hukuk müşavirleri ve teknik müşavirleriyle istişareler aracılığıyla süreçteki darboğazların üstesinden gelebilirler.

3.1.1 Tedarik Aşamasında Uyuşmazlıktan Kaçınma Önlemleri

Çoğu durumda sözleşmenin imzalanmasından önce uyuşmazlıktan kaçınma önlemlerine gerekli özenin gösterilmesi halinde uyuşmazlıklardan kaçınmak mümkündür. Enerji verimliliği projeleri EVD'lere ihaleler yoluyla verilmektedir. Dolayısıyla, ihale dosyasının ön aşamadan başlayarak tedarikin gerçekleştiği aşamaya kadar olan süreçte uyuşmazlıklardan kaçınmak için atılacak adımları tanımlaması halinde uyuşmazlıktan kaçınmak mümkün olacaktır. Tarafların sonucu sözleşmenin uygulanmasında önemli bir adım teşkil eden ihaleye ilişkin yanlış anlamaların önüne geçmek adına ihaleden önce tedarikle ilgili bilgi edinmeleri gerekmektedir.

Tedarik Öncesi Aşaması

Bir kamu tüzel kişiliği, EPS'nin genel dinamiklerinin belkemiğini anlamaması halinde kendisini EPS'yle ilgili olarak EVD ile ihtilaf halinde bulabilir. Dolayısıyla, müşterinin öncelikle ihaleye çıkılmasından önce kendini projeye kapsamlı şekilde hazırlaması gerekmektedir.

Kamu tüzel kişiliğinin atacağı ilk adım, kamuya ait olan ve yıkım, yer değiştirme veya elden çıkarma planı olmayan binalar, tesisler, araçlar ve benzer taşınır ve taşınmaz mülklerle ilgili doğru bilgi edinmek olmalıdır. Bu bilgilere yaş, büyüklük, işlev, kullanım türü ve taşınır ve taşınmaz mülklerin diğer bütün fiziksel nitelikleri ile enerji tüketim unsurları (ısıtma ve soğutma sistemleri, aydınlatma vs.) dahildir. Ayrıca, binaların enerji kullanımına ilişkin bir referans çizgisi tesis edilebilmesi için binaların hizmet masrafı bilgisinin de toplanması gerekmektedir. Bu bilgi projenin ön tasarım sürecinde önem taşıyacak ve iyileştirmeye açık alanların tespitinde kullanılacaktır.

Bunun dışında EVD tarafından bir fırsat değerlendirmesi (ön denetim olarak da bilinir) yapılmalı ve masrafları ya bunu potansiyel bir projenin ilk adımı olarak değerlendirecek EVD tarafından ya da müşteri tarafından karşılanmalıdır. Bu değerlendirme enerji kullanan ekipmanın envanterinin çıkarılmasını,

enerji tüketiminin temel bir analizini ve bir dizi tavsiye edilen önlemi kapsamaktadır. Aynı zamanda, bu değerlendirme, enerji verimliliği iyileştirmelerine yönelik başlangıç niteliğinde bir değerlendirme sunmaktadır. EVD'lerin teknik bilgisinin genellikle müşterilere kıyasla daha fazla olduğu düşünüldüğünde, EVD'ler bu aşamada "proje kolaylaştırıcı" müşavirler olarak müşterileri olan kamu kurumlarına yardımcı olabilirler. EVD'ler bu hizmetler karşılığında ödeme alabilir veya bunun potansiyel bir projenin ön adımı olduğu düşüncesiyle herhangi bir ödeme alınmayacağına mutabık kalabilirler.

Bu bağlamda, muhtemel bir müşterinin gerekli teknik uzmanlığa sahip olmadığı ya da bina veya enerji performansı verisine ilişkin daha fazla bilgiye ihtiyaç duyduğu durumlarda ETKB'nin özellikle referans çizgisi hazırlanması ve ayarlama mekanizmaları için Enerji Verimliliği Danışmanlık ve Enerji Etüt Şirketlerinin Teknik Kapasitelerinin Geliştirilmesi Danışmanlık Hizmetleri ve ETKB Eğitimleri gibi enerji yönetimi çalışmaları düzenlemesi önerilebilir. Örneğin, Kanada'da Enerji Verimliliği Ofisi 1997 yılından beri "*Dollars to Sense Energy Management Workshops*" adında kamu sektörüne açık özelleştirilmiş çalışmaları düzenlemektedir. Bu çalışmaları "Enerji Yönetimi Planlaması, Enerji Tasarrufu Fırsatlarının Tespiti, Enerji İzlemesi, Enerji Verimliliği Finansmanı, Enerji Yönetimi Bilgi Sistemleri (EMIS) ve Binaların Tekrar Hizmete Sokulması (RCx)" başlıklarıyla yürütülmektedir.

Referans çizgisi enerji kullanımının yanlış hesaplanması proje başladıktan sonra ihtilaf ve uyuşmazlıklara neden olabilir. Örneğin, müşteri mali bakımdan altından kalkabileceğinden daha büyük bir projeye girişebilir ki bunun anlamı projenin uzun vadede uygulanabilir olmama ihtimalinin bulunmasıdır. Müşteri durumu fark ettiğinde derhal sözleşmeyi feshetmek isteyebilir, bu da kaçınılmaz olarak uyuşmazlık ortaya çıkaracaktır.

Sözleşmeyi denetleyecek bir iç idare heyetinin varlığı son derece önemlidir. Bu heyet müşterinin talep ve beklentilerinde istikrarın sağlanması, projenin başarısı için kilit nitelik taşımaktadır. Müşteri proje boyunca üst düzey yönetimin onayına ihtiyaç duyacağından, bu kişilerin en başından projeye dahil edilmeleri mantıklı olacaktır. Projenin herhangi bir aşamasında üst düzey yönetim onayının geri çekilmesi halinde proje tarafların birbirlerini suçladıkları bir duruma noktasına gelebilir. Bu nedenle, keşif aşamasından sonrasına geçmeden önce üst düzey ve anahtar karar alıcıların desteğinin alınması kritik önem taşımaktadır.

Müşterinin söz konusu karar alıcıları EVD'ler ve EPS'lerin kavramları, faydaları ve kısıtlılıklarıyla ilgili bilgilendirmesi gerekmektedir. Kamusal tesis yöneticilerine yönelik olarak EVD Tedariki ve EPS kavram ve uygulamalarına ilişkin eğitimler düzenlenebilir. Bunların hepsi ihtilaf veya uyuşmazlık riski karşısında alınan engelleyici önlemlerdir, zira karar alıcılar projenin niteliği hakkında ne kadar fazla bilgi sahibi olurlarsa projenin başarıyla hayata geçirilmesi sürecinde bir mesele ortaya atmaları ihtimali de o kadar düşük olacaktır.

Proje yöneticisinin, anahtar karar alıcıları sürecin ilerleyen aşamaları için hazırlayacak hukuk, finans, mühendislik ve insan kaynakları uzmanlarından oluşan bir ekip tarafından desteklenmesi gerekmektedir. Yukarıda bahsedilen unsurlardan herhangi birinin noksan olması, durumlar beklenmedik bir hal aldığı anda müşterinin afallamasına neden olacaktır. Böyle bir durumda müşterinin karar alıcıları sözleşmeden fesih yoluyla kolayca çekilmek isteyebilirler ki bu da uyuşmazlık ortaya çıkaracaktır. Böyle bir senaryoya karşı kamu tüzel kişiliğinin sorumluluklarının sözleşmede açıkça tanımlanması gerekmektedir.

Esas itibarıyla, proje için EPS kullanımına ilişkin bir iş gerekçesi ortaya koymak önemlidir. Müşterinin hızlı geri ödemeden ziyade uzun vadeli hedeflere odaklanması tavsiye edilmektedir. Hızlı geri ödeme önlemleri daha büyük ve daha masraflı önlemlere ilişkin harekete geçilmesini zorlaştıracaktır. Bu konuda kısa vadeli bir yaklaşım benimsenmesi müşterinin proje başladıktan sonra projeye herhangi bir teşvik olmaksızın devam etmesine, dolayısıyla fesih kaynaklı bir uyuşmazlık ortaya çıkmasına neden

olabilir. Bu türden bir riskten kaçınmak için proje ekibinin projenin uzun vadeli riskleri ve faydalarına ilişkin kapsamlı bir araştırma yürütmesi tavsiye edilmektedir.

Tedarik Aşaması

Hukuk ekibi EPS'nin hazırlanması ve koşullarının müzakere edilmesine ve teknik şartname dahil olmak üzere ihale dosyasının gözden geçirilmesine yardımcı olur. Öte yandan, proje ekibinin tamamı teknik şartname dahil olmak üzere ihale dosyasının hazırlanması ve yayınlanmasının yanı sıra tekliflerin değerlendirilmesine de yardımcı olacaktır.

Müşterinin EPS imzalamaya karar vermesinin ardından sonraki adım teknik şartname hazırlanması ve yayınlanması olmalıdır. Teknik şartname EVD'nin müşterinin taleplerini anlaması ve müşterinin, ihalenin enerji verimliliği konusunda en başarılı mali sonuca ulaşılması şeklindeki amacına ulaşmasını sağlayacak adil ve rekabete dayalı bir ihaleye çıkması için azami önem taşımaktadır.

Ayrıntılı iş/proje tanımı olan teknik şartname ihale dosyası içinde bulunur ve ihalenin sonunda imzalanan sözleşmenin ayrılmaz bir parçası haline gelir. Teknik şartnameler kullanılacak ısı yalıtım levhalarının büyüklüğü ve boyutu veya takılacak ampullerin enerji performans sınıfları gibi müşterinin sonuç beklentilerini ayrıntılı şekilde açıklarlar. Bu nedenle, hukuki anlamda büyük önem taşırlar. Teknik şartnamenin amacı proje kapsamında gerçekleştirilecek faaliyet ve işleri açıkça tanımlamak, ihale katılımcılarını ihaleyi almaları halinde kendilerinden beklenenlerle ilgili bilgilendirmek, ihale katılımcılarına rehberlik etmek ve yüklenicinin projenin uygulanması boyunca başvuracağı referans işlevi görmektir. Teknik şartnamenin yukarıdaki meselelerinin hepsini ayrıntılı biçimde tanımlayacak şekilde hazırlanmaması halinde uyumsuzluklar ortaya çıkabilir.

Teknik şartnamenin eksiksiz tamamlanması projenin nihai başarısı için kritik önemi haizdir. Gereğince hazırlanmış bir teknik şartname projenin doğru şekilde tasarlanmasını, işin belirlenen takvime göre yapılmasını ve kaynakların boşa harcanmamasını sağlar ki bunların hepsi bir uyumsuzluk durumunda ihtilaf nedenleri olabilmektedir. EVD'nin gelecekte herhangi bir uyumsuzluk meselesi ortaya çıkarmaması ve gerekli yatırımı kesin olarak hesaplayıp gerçekçi bir mali teklif sunması için projeye tam anlamıyla hazırlanması adına ihale dosyasına teknik şartnamenin eki olarak fırsat değerlendirmesinin bir nüshasının ve yakın tarihli bir enerji yönetimi etüdünün veya bina/binalarla ilgili analizin eklenmesi önemlidir.

Teknik şartnameye eklenecek hükümlerin ve değinilecek her meselenin tereddüt, yanlış anlama veya farklı hükümler arasında çatışmaya yer bırakmayacak şekilde açık ve net olması gerekmektedir. Hükümlere aşağıdaki unsurlar dahildir:⁹

- binanın/binaların tanımı (yani yaşı, büyüklüğü, işlevi) ve gereken iyileştirmeler ve hizmetler (ana hatlarıyla)
- mali izdüşümler hesaplanırken bina/binalarla ilgili veri ve standart varsayımlar (örneğin enerji fiyatları)
- birden fazla binanın tadilata ihtiyaç duyduğu durumlarda gelecekteki değerlendirmelerde temel alınacak test binasının kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin ibare
- iyileştirmelerin hayata geçirilmesine yönelik takvim

Uyumsuzluklardan kaçınmak veya ihtilafları dostane şekilde çözmek için teknik şartname hazırlanırken uyulması gereken daha spesifik kurallar da mevcuttur. Bunlardan bazıları şu şekilde sıralanmaktadır:

- Teknik şartname en az iki, mümkünse daha fazla üreticinin ürünlerini kapsayacak ve böylece daha rekabetçi bir ortam yaratacak şekilde hazırlanmalıdır. İhale katılımcılarından birini veya

⁹Enerji Performans Sözleşmesi: Federal Binalar İçin Kılavuz
https://www.nrcan.gc.ca/sites/www.nrcan.gc.ca/files/oeefiles/pdf/communities-government/buildings/federal/pdf/12-0419%20-%20EPC_e.pdf

birkaçını diğerlerine göre adaletsizce daha avantajlı konuma taşımamak ve EVD'nin kullandığı malzemenin özelliklerine ilişkin gelecekte bir ihtilaf ortaya çıkmasına neden olmamak adına teknik şartnamelerde alternatif olmaksızın spesifik bir marka, model, patent, menşe, kaynak veya ürünün tanımlanmaması ve yine alternatif olmaksızın spesifik bir marka, model veya şirkete ilişkin özellik ve tanım ilave edilmemesi önerilmektedir.

- Yukarıdaki maddeden farklı olarak, yedek parçanın tanımıyla ilgili herhangi bir tereddüdün önüne geçmek ve yedek parça satın alımında onu ana ürüne entegre edebilmek için teknik şartnameler yedek parça gerektiren ve alternatif markalarının ürünleriyle ikame edilemeyecek ana ürünün marka ve modelinin belirtilmesiyle de hazırlanabilirler.
- Malzemenin niteliğinin düşmemesi için teknik şartnamede istenilen malzemeyi çok farklı kalite seviyelerinde tanımlayan açık uçlu hükümlere yer verilmemelidir.
- İşlevsel taleplerin beklenen performansın, çalışma koşullarının, kullanım alanının ve teknik şartnamesi hazırlanacak malzemenin amacının açıkça ifade edilerek yazılması gereklidir. Birlikte kullanılacak cihazlar ve malzemeler de teknik şartnameye dahil edilebilir.
- Teknik şartnamede rakamla ifade edilen teknik kriterlere fark payı tanınmalıdır. Söz konusu özelliğin gerektirdiği hassasiyeti temin edecek miktar belirlenmeli ve "minimum...", "maksimum...", "arasında", "ve..." veya "+/-..." şeklinde verilmelidir.
- Teknik şartnamede Uluslararası Ölçüm Birimleri Sistemi'ne uygun birimler kullanılmalıdır.
- Varsa temin edilecek aletler, malzemeler ve ekipmanlar, talep edilecek yedek parçalar ve sarf malzemeleri, test ve kalibrasyon cihazı, tamir takımı ve araçları ve dokümanlar (kullanım kılavuzu, yedek parça kataloğu, bakım talimatı vs.) teknik şartnameye eklenmeli ve bu türden malzeme, araç ve dokümanın miktarı belirtilmelidir.
- Çevre koşullarından etkilenebilecek malzemeler için (elektronik, optik ve elektro-optik cihazlar, araçlar, ekipman vs.) yapılacak çevre koşullarına ilişkin talepler bu malzemelerin denetlenecekleri koşullarla birlikte teknik şartnameye yazılmalıdır. Sıcaklık, basınç, nem, buz, kar, yağmur, rüzgar, su ve tuz serpintisi, şok ve ivmelenme, titreşim, ses, toz, kum, mikroorganizmalar, radyasyon, elektrik, manyetik ve elektromanyetik etkiler, kimyasallar çevre koşullarına dahildir.
- Temin edilecek malzeme ve/veya sistemi kullanacak personele verilmesi gerekebilecek teknik eğitimlere ilişkin hükümlerin teknik şartnamede belirlendiği haliyle ihale dosyasında belirtilmesi gerekmektedir.
- Kullanılacak malzemenin uyumlu olacağı standartlar, kalite güvence sistemi sertifikası ve ürün kalitesi sertifikasına ilişkin konular belirtilmelidir ve
- Cihaz alımları için en az iki senelik garanti sunulması gereklidir. İki seneden uzun süreli garanti istenmesi durumunda bunun ayrıncı belirtilmesi gerekmektedir. Cihazlar için 10 senelik yedek parça garantisi talep edilmelidir.
- Malzemelerin ve malların tanımları Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından hazırlanan "Enerji ile İlgili Ürünlerin Çevreye Duyarlı Tasarımına İlişkin Yönetmelik" gibi ilgili makamların teknik yönetmeliklerine uygun olmalıdır.

Yukarıda bahsedilen kuralların her biri olası bir ihtilaf veya uyuşmazlık senaryosuna karşı önlem niteliğindedir. İhalenin sonunda imzalanan sözleşmenin ayrılmaz bir parçası haline gelen teknik şartnamenin her bir ayrıntısının açık ve belirsizliğe yer bırakmayacak şekilde yazılması, tarafların ihtilafa düşmesi halinde ihtilafın dostane çözümü için başvurulacak daha fazla kaynak olmasını sağlayacaktır. Bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde ise teknik şartname tarafların niyetlerine güçlü delil teşkil edecek ve uyuşmazlık çözüm mekanizmasının daha hızlı ve daha verimli çalışmasını sağlayacaktır.

Bazı durumlarda EPS bina alanının sayaçların faal oldukları yalnızca belirli bir kısmına ilişkindir. Böyle hallerde EPS'nin kapsamı dışındaki alan ve faaliyetlerin ayrıştırılması için özel alt sayaç kurulması

gerekir. Teknik şartnamelere müşterinin referans çizgisi enerji kullanımının tespit edilemediğini kabul ettiği ve ihale katılımcılarına referans çizgisi oluşturulması için çözüm veya metodolojiler önermeleri direktifini verdiği özel şartlar eklenebilir. Projenin verilmesinin ardından EVD bu görevi yerine getirir ve müşteri metodolojiyi ve teklif edilen referans çizgisi enerji kullanımını kabul eder. Bu referans çizgisi EVD'nin gerçekleştireceği tadilatın enerji tasarrufunun kıyaslanması ve tespitinde kullanılacak nirengi noktası işlevi görecektir.

Ekonomik bakımdan en avantajlı teklifin seçilmesinden önce, ihaleye katılan EVD'lerin teknik ve mali tekliflerini değerlendirmek üzere proje ekibinin kilit üyelerinden oluşan bir değerlendirme komitesinin kurulması faydalı olabilir.

Müşteriler EPS'lere belirli bir vizyon doğrultusunda girerler. Projenin uygulanması sırasında bu vizyonun hayata geçmemesi halinde bu durum son kertede anlaşmazlıklara, hatta uyuşmazlıklara neden olabilir. EVD'lerden alınan tekliflerin öngörülen proje tasarrufu ve önerilen iyileştirmeler bakımından farklılık göstermesi beklenebilir. Müşterilerin seçecekleri teklifin sunduklarına dikkat etmeleri ve bunu başarabilmek için de verilen teklifi kendi gereksinimleriyle kıyaslayacak belirli kriterlerinin olması gerekir.

EVD çalışanları ve proje ekibi arasında olumlu bir iş ilişkisinin olması da projenin başarısı için azami öneme sahiptir. Bu nedenle, projeye atanacak bireylerin ve ekiple nasıl çalışacaklarının değerlendirmesinin yapılabilmesi için değerlendirme komitesinin, sözleşmenin verileceği EVD'ye ilişkin nihai seçimin yapılmasından önce ilk iki veya üç teklifi veren EVD'yle bir araya gelmesi gerekir.

Ayrıca, müşterinin, komitenin ilk sırayı alan teklif sahibini seçmesinin hemen ardından başarısız olan teklif sahiplerini durumdan haberdar etmesi önerilmektedir. İlk tercihiyle (ihale dosyasında öngörülmüşse) müzakerelerin başarısız olması halinde müşterinin ikinci sırayı alan şirkete yönelebileceği belirtilmelidir.

3.1.2 Sözleşme Uygulama Aşamasında Uyuşmazlıktan Kaçınma Önlemleri (işin tamamlanmasına kadar)

Sözleşme aşamasında iki tarafın hukuk ekiplerinin düzenli olarak iletişim kurması ve bir araya gelmesi gereklidir. İki ekip arasındaki iletişim bu aşamada azami önem taşımaktadır. Dahası, iki tarafın mühendislik ekiplerinin, teknik bir meselenin netleştirilmesi gerektiğinde iki hukuk ekibinden herhangi biriyle görüşecek müsaitliğinin olması gerekir. Dolayısıyla, her iki tarafın proje yöneticileri çalışmalarına nezaret ederken mühendislik ve hukuk ekiplerinin iş birliği halinde çalışmalarını yapmaları gerekir. Tarafların katıldıkları toplantıda görüşülen, gözden geçirilen ve üzerinde mutabık kalınan meselelerin toplantı notları şeklinde kayda geçirilmesi gelecekte delil olarak kullanılabilir ve sözleşme süreç yönetimine de katkı sunacaktır. Daha önemli toplantıların hukuk ekiplerinin katılımıyla düzenlenmesi tavsiye edilmektedir.

İhale dosyası müşteri tarafından sözleşmeyle birlikte temin edildiğinden, imzalanacak nihai sözleşmede muhtemelen yalnızca birkaç değişiklik olacaktır. EVD'nin herhangi bir düzenleme önermesi halinde müşteri hukuk birimine danışmalıdır. Sözleşmeye ilişkin müzakereleri yürüten kişilere gerekli yetkilerin verilmiş olması gerektiğinin unutulmaması gerekir, böylece uygulama aşamasında ihtilaf veya uyuşmazlık bakımından herhangi bir sorun yaşanmayacaktır.

Sözleşmelerin en önemli özelliklerinden biri, risk alanlarını tanımlamalarıdır. Gerçekleşmeleri halinde riskler başlıca uyuşmazlık kaynağı olabilmektedir. Bu noktada sigorta devreye girmektedir. EVD'ler sigorta sayesinde riski sigorta edene devredebilirler.

İnşaat tüm riskler ("İTR") sigortası, inşaat projeleri söz konusu olduğunda başlıca iki risk türü olan mal ziyası ve üçüncü tarafların ziya ve hasar iddialarını kapsayan standart olmayan sigorta poliçesidir. Mal

ziyasına yapıların düzgün inşa edilmemesi, yenileme sırasında meydana gelebilecek hasarlar ve inşaat alanında dikilen geçici işe gelecek hasarlar dahildir.

İnşaat alanında çalışırken alt yükleniciler dahil olmak üzere üçüncü taraflar da zarar görebilirler.

EPS'ler düşünüldüğünde, İnşaat Tüm Riskler (İTR) Sigortası'yla bir analogi kurulması mümkündür. Ancak bu noktada faydalanıcının kim olacağı, bunun sigortalanabilir bir özne olup olmayacağı ve sigorta uyuşmazlıklarının doğup doğmayacağına ilişkin sorular ortaya çıkmaktadır. Buradaki sorunun, sigorta yoluyla performans garantisi verilip verilemeyeceği olduğu düşünülmektedir.

Az sayıda finans kurumu, özel şirket ve sigorta şirketi verimlilik önlemlerinin performansına ilişkin belirsizliğe karşılık, bir enerji verimliliği projesinin riskini azaltacak bir çözüm olarak Enerji Tasarrufu Sigortası ("**ETS**") sunmaktadır. Bu sigorta EVD'lerin veya kredi notu düşük olan ya da üçüncü taraf finansmanı sağlayacak olanaklardan yoksun olan daha küçük teşebbüslerin sorunlarına yönelik olarak geliştirilmiştir. Türkiye yüksek enerji tüketimine ve yakın zamanda büyümesi beklenen bir EVD piyasasına sahip olduğundan büyük potansiyel taşısa da ETS, Türkiye'deki sigorta sağlayıcılar arasında henüz popüler değildir. ETS'lerin daha popüler hale gelmesi için sigorta sağlayanlar arasında enerji verimliliği projelerinin risklerinin yaygın şekilde anlaşılması gerekmektedir.

Sigorta sağlayıcılar iki tür sigorta paketi sunmaktadır: Teknik ve kredi. Teknik paket kapsamında sigorta sağlayıcı vadedilen enerji tasarrufunun gerçekleşmemesi halinde EVD'yi korumak suretiyle enerji verimliliği projelerine ilişkin teknik riskleri üstlenir. Kredi paketi kapsamında ise sigorta sağlayıcı EVD kaynaklı geri ödemelerin devamlılığını sağlayarak ve böylece projenin kredi riskini üstlenerek müşteriye korur.

Enerji tasarrufu sigortası iddialarının tahkimi için özellikle tasarruf seviyesine ilişkin bir uyuşmazlık söz konusuysa nitelikli bir üçüncü tarafın projenin tasarruf statüsünü tespit etmesi gerekir. Sözleşmeye koyulacak özenle hazırlanmış bir tahkim klotuyla bunun kolaylıkla halledilmesi mümkündür. Müşteri ve EVD sözleşmede belirli bir sigorta paketi üzerinde mutabık kalarak müşteri veya EVD'nin yaşadığı kayıplardan doğan herhangi bir uyuşmazlık riskini azaltmış olurlar.

Riskler söz konusu olduğunda sözleşme aynı zamanda bir sorun çıkması halinde sorumluluğun kimde olduğunu da tespit eder. EPS'ler aksiliklerin yaşandığı spesifik senaryoları kapsayacak ve son kertede aksiliğin sorumlusunun kim olduğunu belirleyecek şekilde ayrıntılı bir yaklaşımla hazırlanmalıdır. Bu doküman boyunca değinilen meselelerin hepsi şu veya bu şekilde taraflardan birinin kayıp veya gecikmeyi tazmin etme sorumluluğunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, böylesi bir meselenin son kertede kimin sorumluluğu olduğu sözleşme aşamasında taraflarca kararlaştırılmalıdır. Sözleşmede söz konusu risklerin sigorta poliçesi kapsamında olup olmadığı meselesi, sözleşmede tarafların müşterek haklarının açıkça ifadesi edilmesi kadar önemlidir. Sigorta şirketinin hangi risklerin poliçe kapsamında olmadığını açıkça belirtmesi gerekir.

Sözleşme hazırlanırken hizmet bedeli dalgalanmaları dikkate alınmalıdır. Sözleşmeye hizmet bedelindeki düşüşler karşısında enerji verimliliği danışmanlık şirketinin projeye yaptığı yatırımı müşterinin esas faydasıyla ters düşmeyecek şekilde koruyacak bir hüküm eklenebilir.

Müşterinin bu aşamadaki diğer sorumluluklarından bazıları projenin genel konseptiyle ilgili olan konsept onayı, tadilatın tasarımıyla ilgili olan tasarım onayı, inşaat takvimi onayı ve proje uygulamasıdır.

Türkiye'de uzun ömürlü ve etkili bir EVD piyasasının hayata geçirilmesinde başarılı olunabilmesinin bir diğer kilit unsuru da EPS'ler için yatırımcı dostu bir ortam tesis edilmesidir. Söz konusu EPS'ler, EVD'ler için cazip nitelik taşımalı ancak elbette müşteriler için de fazla külfet yaratmamalıdır. Bu amaç doğrultusunda, müşterilerin sorumlulukları sözleşme sonrası aşaması bölümünde sıralanmıştır. Tarafların sorumlulukları yıllık mutabakat raporları ve ödeme takibi gibi aşağıda belirtilen yükümlülükler

doğrultusunda şekillendirilebilir ve bu sorumlulukların her iki tarafın da projenin en başından sorumluluklarından haberdar olmaları için sözleşme aşamasında EVD'yle paylaşılması gerekir.

Etkili Sözleşme Yönetimi

İyi tasarlanmış bir EPS'de taraflar bir uyuşmazlık yaşadıklarında veya proje yönetiminde bir darboğaza gelindiğinde bu darboğazları aşacak, tarafları uzlaştıracak ve tahkime başvurmak zorunda kalmadan projeye devam etmelerini sağlayacak çözümler ve yol haritaları bulunmalıdır. Danışmanların görevlerinden biri de bir uzlaşma kültürü tesis etmek ve taraflar projenin tamamlanmasına giden yolda kaybolduklarında bilgi ve deneyimleriyle onlara rehberlik ederek sözleşmedeki müşterek haklar ve yükümlülükler çerçevesinde taraflar için bir orta yol bulmaktır.

Ölçme ve Doğrulama Mekanizmalarının Etkili İşleyişi

Ölçme ve Doğrulama ("Ö&D") planına özel dikkat gösterilmesi gerekir. Uyuşmazlıklar çoğunlukla Ö&D prosedürlerinin sözleşmede düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durum doğru veri ölçümü metodolojisine ilişkin uyuşmazlıklar ortaya çıkarmaktadır. Taraflar gerçek enerji tüketimi ve tasarrufu verileriyle ilgili uyuşmazlık yaşamaktadır. Bu türden uyuşmazlıkların önüne geçmek adına Ö&D'nin sorunsuzca işlemesi için gereken bütün bilgilerin Ek olarak sözleşmeye ilave edilmesi gerekmektedir. Bu sayede taraflar doğru veri üzerinde mutabık kalabilirler. Ö&D planı azami öneme sahip olsa da sözleşme yürürlüğe girdikten sonra bu planın ihtiyatlı şekilde hayata geçirilmesi önemlidir. Ö&D planının bu yönü sözleşme sonrası aşaması bölümünde ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

3.1.3 Sözleşme İzleme Aşamasında Uyuşmazlıktan Kaçınma Önlemleri (işin tamamlanmasının ardından Sözleşme Sonrası Aşaması)

Sözleşme hem esnek olmalı hem de orijinal ihale dosyasına kesin olarak yansıtılamayan enerji verimliliği önlemlerinde yapılan değişiklikleri açıklayacak sözleşme değişikliklerini de mümkün kılmalıdır. Hatta müşteri EVD'den başka tekliflerde sunulan önlemleri değerlendirmesini isteyebilmelidir.

EPS'nin imzalanmasının ardından EVD geri kalan faaliyetlerin büyük bölümünü üstlenecektir. Ancak projenin kontrolü konsept, tasarım ve tamamlanan önlemlerin onaylanması ve tasarruf iddialarının gözden geçirilmesi ve onaylanması hakkına istinaden proje yöneticisi aracılığıyla müşteridedir. Gecikme EVD için kayıp tasarruf anlamına geldiği için müşterinin EVD'nin onay taleplerine hızla yanıt vermeye hazırlıklı olması gerekmektedir. Müşteri sözleşme süresi boyunca sorumlulukların yönetimi için görev yetkilendirmesine başvurmayı düşünebilir.

Sözleşmenin her iki tarafça doğru şekilde yorumlanması, başlıca uyuşmazlık önleme önlemlerinden biridir. Taraflar imza atmadan önce bütün sözleşme hükümlerinin doğru yorumu üzerinde mutabık kalmalı ve sözleşme yürürlüğe girdiğinde hükümler sözleşmenin imzalanmasından önce olduğu gibi yorumlanmalıdır.

EPS'nin imzalanmasının ardından müşterinin birtakım sorumlulukları vardır. Bu sorumluluklar aynı zamanda müşteri ve EVD'nin sözleşme sonrası aşamasında hangi noktalarda yükümlülükleri olduğunu da belirler. Müşterinin EPS süresince sorumlulukları şu şekildedir:

- Geri ödeme süresinin başlangıcı:

Uygulama ve kontrol komisyonunun tasarruf doğrulama raporunu onaylamasının ardından yükleniciye enerji giderlerinin yapıldığı bütçe planından tasarruf doğrulama raporunda

doğrulan toplam tasarrufun sözleşme oranı kadar, bu oranın teklifte belirtilen yıllık tasarruf garantisi miktarından daha fazla olmaması kaydıyla ödeme yapılır.

- Yıllık mutabakat raporu:

Bu raporda yıl içerisinde gerçekleşen herhangi bir değişikliğin veya tadilin kaydı tutulur. Kişisel bilgisayarların miktarı, binaya büyük çaplı bir ek yapılması, ekipmanın daha fazla miktarda enerji kullanan ekipmanla değiştirilmesi (hastane ve okullarda olduğu gibi), EVD uygulamasının ardından binanın veya tesisin belirli kısımlarının kapatılması ve benzeri değişikliklerin hepsi enerji tasarrufunun hesaplanmasında kullanılan baz yılda değişime neden olabilir. Bu faktörlerden herhangi birinin ortaya çıkması halinde baz yıl bu doğrultuda düzenlenecektir. EVD'nin soru yöneltmesi halinde herhangi bir ihtilafın ortaya çıkmaması için müşterinin EVD ile şeffaf iletişim kurması gerekmektedir.

- Ödeme takibi:

Yüklenici izleme sürecinin başladığı 12 aylık sürecin her birinin sonunda bütün uygulama alanlarının toplamı üzerinden vadettiği tasarruf garantisinin en az %70'ini temin etmek zorundadır. Doğrulan tasarruf miktarının bütün uygulama alanlarının toplamı üzerinden belirlenen bu oranın altında kalması durumunda yükleniciye herhangi bir ödeme yapılmaz ve yüklenici idare üzerinde herhangi bir mali külfet oluşturmamak kaydıyla revizyon dahil olmak üzere projede gerekli iyileştirmeleri yapar. Bu hallerde, sözleşmede farklı hak ediş ödemesi dönemleri tanımlanmışsa ve ödemeler yükleniciye 12 aydan kısa sürelerde yapılıyorsa yüklenici idarenin belirlediği süre içerisinde idareye ödemeleri iade eder.

- Ölçme ve doğrulama

İzleme sürecinde izleme sürecinin başlangıcından itibaren yüklenici tarafından tamamlanan her 12 ayın sonunda veya sözleşmede belirlenen hakediş ödemesi döneminin sonunda ölçme ve doğrulama planı doğrultusunda, şartnamede belirlenen tasarruf doğrulama raporu formatında bir tasarruf doğrulama raporu hazırlanır. Sonuçlarla ilgili bir anlaşmazlık olması halinde EVD kendi Ö&D'sini yapabilir veya üçünü tarafın ödemelerinin EVD tarafından yapılması kaydıyla üçüncü taraf bir Ö&D uzmanının tasarruf tespiti yapmasını talep edebilir.

- Bakım

EVÖ'lerin sözleşmede belirlenen hizmet standartlarına uygun garantili performansı, maliyet tasarrufu garantisi için kritik önem taşımaktadır. Sözleşmede EVD'ye işletim ve bakım, tamir ve ikame ve hizmet standardı garantisi sorumluluğu verilebilir. Ancak işletim ve bakım performansı veya tamir ve ikame görevleri EVD'ye veya müşteriye temlik edilmiş veya paylaşıyor da olabilir. Bu görev müşteriye verilmişse ve müşteri işletim ve bakım veya tamir ve ikame yükümlülüklerini yerine getiriyorsa garanti ihlal edilmiş olabilir.

- Süregelen eğitim:

EVD müşterinin personeli arasından müşterinin seçtiği bir gruba başlangıç eğitimi verecektir. Sonrasında müşterinin diğer personelinin kurulan ekipmanın kullanım talimatı gibi konularda eğitilmesi bu seçilen grubun sorumluluğundadır. EVD sözleşme sonunda inşaat alanından temelli olarak ayrılacağından, müşterinin personelinin kurulan ekipman konusunda ehil olması önemlidir.

- Farkındalık kampanyaları:

Farkındalık kampanyaları çalışanların uzun vadeli davranış değişikliğine ilişkindir ve günlük kullanıcıların eylemlerini değiştirmeyi amaçlar. Bu kampanyaların enerji tüketimini daha da

azalttıkları kanıtlanmıştır. EVD müşteriye farkındalık kampanyası için malzeme tedarik edebilecek olsa da personelinin enerji tüketimi için gerekli adımları attığını sağlamak müşterinin sorumluluğundadır.

EVD'nin Ö&D sorumluluğu, Ö&D projesini ve elde edilen sonuçları özetleyen bir doküman olan Ö&D raporu şeklindedir. Ö&D tasarruf raporları genellikle inşaat alanının genel değerlendirmesi ve EVÖ'leri (enerji verimlilik önlemleri), kurulan ekipman ve/veya teknolojilerin listesini, seçilen UPÖDP'ye atfla birlikte kullanılan Ö&D seçeneğini, proje ekibi üyelerinin listesini, performans dönemi tasarruflarını, tasarrufların hesaplanmasında işletilen süreci, cari yıl için tasarruf beklentisini ve tasarruf belirsizliğini içerir.

Tasarruf raporları sunum, vaka incelemesi ve aynı zamanda formel ve enformel yazılı rapor şeklinde sunulabilir. İlk seneler için sunulan rapor, proje uygulamasının birinci senesine tekabül eder. EVD birinci senenin ardından müşteriye çeyrek raporları ve altı aylık raporlar sunabilir.

Ö&D tasarruf raporunun uygun bir dille yazılması, raporun şekillendirilmesinde kayıt altına alınan Ö&D planındaki ayrıntıların kullanılması ve aşağıdaki unsurlara yer verilmesi gerekmektedir:

- arka plan ayrıntıları;
- mümkün olduğunda atıflar;
- üst düzey yönetim için enerji tasarruflarını gösteren özet sayfası;
- hedefler;
- beklenen sonuçlar;
- başarı ölçütleri;
- adım adım veri analizi;
- tasarruf hesaplamaları;
- okuyucunun aşına olmaması durumunda açıklamalar için denklemler; ve
- dönem boyunca ortaya çıkan tasarruf belirsizlikleri ve münasip gerekçeler.

EVD'lere performans sözleşmesinde mutabık kalındığı şekliyle ödemelerin gerçekleştirilmesinin durum raporunun teslimine bağlı olduğunun belirtilmesi önemlidir.

EVD'nin inşaat takvimine uyulmasında gecikmelere her zaman dikkat etmesi gerekse de müşterinin göz önünde bulundurması gereken, ekipmanda usulsüzlük bildirim ve baz yıl ayarlamaları gibi sözleşmenin imzalanmasından sonra uyuşmazlık ortaya çıkarabilecek başka hususlar vardır. Bu hususlar bu araştırmanın ilerleyen bölümlerinde sıralanmıştır.

3.2 Türkiye'de Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları

Türkiye'deki kamu kurumlarının EPS kullanma isteği göz önünde bulundurulduğunda, bu çalışmada bu Kılavuz çerçevesinde hazırlanacak bütün sözleşmelerde Türk hukukunun tatbik edilmesi önerisi bariz bir öneri olacaktır. Başka bir yargı hukukunun tatbikini gerektiren herhangi diğer durumların kendilerine has nitelikleri dikkate alınarak ayrıca irdelenmeleri gerekmektedir. Bu türden spesifik durumlar haricinde Türk kamu kurumlarının EPS'lerin tabi oldukları hukuk olarak Türk hukukuna başvurmaları şiddetle tavsiye edilmektedir.

Yerel mahkeme sistemi dışında taraflar uzlaştırma, arabuluculuk, tarafsız uzman incelemesi, kısa yargılama, mahkeme esaslı tarafsız ön değerlendirme ve tahkimle birlikte arabuluculuk usulleri gibi alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurmayı düşünmelidir.

Söz konusu alternatif mekanizmalar yüksek hukuki masraf ve (geleneksel yöntemlerden farklı olarak) çekişmeli yöntemlere başvurulmasının neden olduğu prestij kaybı riskini azalttığından, müşterinin EVD'yi bu mekanizmalar hakkında bilgilendirmesi EVD'leri projeye başlamaya teşvik edecektir.

3.2.1 Türk Mahkeme Sistemi

Yerel mahkemelerin ağır iş yükü nedeniyle Türk mahkeme sisteminde ticari ve idari uyuşmazlıkların çözümünün uzun sürdüğü söylenebilir. Bazı hallerde temyiz ve yeniden incelemeyle birlikte uyuşmazlıkların mahkemeler ve istinaf organlarıncaya nihai olarak karara bağlanması beş ila yedi yıl arasında bir süreyi bulabilmektedir.

Geleneksel bir mahkeme davasının bir diğer olumsuz yanı, neredeyse her zaman kaçınılmaz olarak taraflar arasındaki ticari ilişkinin sonlanmasıyla sonuçlanması ve bir mahkeme davası taraflardan birinin istenen sonuca ulaşamadığının göstergesi olduğundan, ileride taraflardan herhangi biriyle ortak proje yürütmek isteyen taraflar için olumsuz bir işaret niteliği taşımaktadır.

3.2.2 Türk Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları

Türkiye’de başvurulabilecek birkaç alternatif çözüm yöntemi mevcuttur. Bunlar tahkim, uzlaştırma, arabuluculuk, mahkeme katımlı tahkim, tarafsız uzman incelemesi, kısa yargılama, mahkeme esaslı tarafsız ön değerlendirme ve tahkimle birlikte arabuluculuk usulleridir.

Söz konusu alternatif mekanizmalar yüksek yargı masrafları ve geleneksel yöntemlere başvurulmasının neden olduğu prestij kaybı riskini azalttığından, müşterinin EVD’yi bu mekanizmalar hakkında bilgilendirmesi EVD’leri projeye başlamaya teşvik edecektir.

Çatışmalı modelde tarafların tutumunun katılması durumu oldukça hızlı gerçekleşmektedir. O noktada sözleşmeye zorunlu bir usul olarak eklenmedikleri halde AUÇ yöntemlerinin kullanılması için sıklıkla çok geç kalınmış olmaktadır. AUÇ yöntemlerinin kullanılması durumunda bile sabitlemiş duruşları yumuşatmak için fazla geç kalınmış olunabilmektedir.

Çekişmeli tutumun ortadan kaldırılması için tasarlanmış birkaç uyuşmazlık çözüm modeli mevcuttur. Bu modeller kolektif olarak alternatif uyuşmazlık çözümü olarak adlandırılır ve müzakere, hüküm vermeye dayalı yargılama, arabuluculuk, uzlaştırma, uyuşmazlık inceleme kurulu ve kısa yargılamadır. Tanımlarda birtakım farklılıklar söz konusu olduğundan, bir ülkede arabuluculuk olarak tanımlanan şey bir diğer ülkede uzlaştırma olarak tanımlanabilir ancak farklılıklar esas bakımından önem taşımaz. Son olarak, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’nın Yüksek Fen Kurulu’ndan bahsedilmesi gerekir. Kamu ihale sözleşmelerinde Yüksek Fen Kurulu’na teknik meselelere ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili yetki verilmiştir. Çoğunlukla mahkemelerde görüş bildirmesi için Kurul’a danışılır. Bu bağlamda, hem dava açma hem tahkim bundan farklı olarak çekişmeli yöntemlerdir.

Alternatif yöntemlerin hepsi dava açma ve tahkimin adli niteliğinden farklı olarak rızaya dayalı yöntemlerdir. Aynı zamanda çok taraflı uyuşmazlıkların kolaylıkla çözümünü de mümkün kılarlar.

Bazı durumlarda, örneğin hukuki veya mühendisliğe ilişkin bir açmaza girildiğinde rızaya dayalı yöntemler yerine adli yöntemler tercih edilebilmektedir. Ancak bazı başka durumlarda bağlayıcı ve nihai karar sağladıkları için genellikle adli yöntemlere başvurulabilmektedir. Bununla birlikte, taraflar arasında müteakip bir uyuşmazlık halinde mahkemelerce icra edilebilecek bir çözüme varılması halinde arabuluculuk ve uzlaşma yoluyla da benzer sonuçlar elde edilmesi mümkündür. Dava açma veya tahkim sonuçları söz konusu olduğunda tarafların hiçbiri “hatalı” olduğuna hiçbir zaman ikna olmayacağından, “doğru” bir hukuki yanıt olmayabilir.

Çoğu ülkede hukukçular tarafından karmaşık uyuşmazlıkların çözümü için alternatif uyuşmazlık süreçleri teşvik edilirken dava açma ve tahkim caydırılmaktadır. Bilhassa imar projelerinin inşaatlarından doğan uyuşmazlıklar alternatif uyuşmazlık usulleri için uygundur.

Bir uyuşmazlığın çözümünde çekişmeli tutum benimsenmesi etkili hukuk yollarını geciktirdiği, yasal masrafları artırdığı ve tarafların enerjilerini tüketip gelecekte etkin şekilde faaliyet gösterme becerilerini körelttiği için özellikle karmaşık uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda ters tepmektedir.

Tahkim

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim dünyanın her yerinde kullanılmaktadır. Bu fenomen pek çok farklı yargılama türünü beraberinde getirmektedir. Usullere ilişkin kurallar zaman zaman kati ve yazılıyken zaman zaman da kafa karışıklığı ve yanlış anlamalar ortaya çıkabilmektedir. Tahkim en yaygın kullanılan bağlayıcı alternatif uyuşmazlık prosedürü olduğundan, iki ana tahkim türü olan kurumsal ve ad hoc tahkim arasındaki farka ilişkin birkaç şey söylenmesi gerekir.

Kurumsal tahkimde taraflar kendi tahkim kuralları doğrultusunda tahkim sürecini yönetmek üzere bir kurum belirleyebilirler. Dünyanın her yerinde bu türden çok sayıda kurum mevcuttur.

Bundan farklı olarak, ad hoc tahkim tarafların hakem(ler)i, kuralları ve usulleri seçmelerini gerektirir. Gerekli hallerde taraflar adli amirlik olarak bir tahkim kurulu belirleyip kuralların, tarafların söz konusu kurumun dava yönetiminden çekilmesini mümkün kılması durumunda kurumun tahkim kurallarını benimseyebilirler. Taraflar ayrıca iç ve uluslararası uyuşmazlıklar için UNCITRAL ad hoc kurallarını benimseyebilirler.

Tablo 3: Kurumsal Tahkim

Avantajlar	Dezavantajlar
Her kurum tahkimin işleyişini idare edecek kapsamlı kurallar yayınlamakta ve bu kuralları kullanıma açık hale getirmektedir.	Tarafların duruma daha uygun zaman dilimleri üzerinde mutabık kalabilecekleri halde gerçekçi olmayan zaman dilimleri içerisinde, kurallar doğrultusunda kuruma yanıt vermek zorunda kaldıkları durumlar olabilmektedir.
Taraflar herhangi bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce usul kuralları hakkında bilgi sahibi olacaktır. Dolayısıyla, uyuşmazlığın halihazırda başlamasının ardından herhangi bir noktada angajman kurallarını müzakere etme gereği söz konusu değildir. Bu durum potansiyel olarak daha az çekişmeli ve daha hızlı bir yaklaşım ortaya çıkarabilir. Çoğu kurumun nitelik ve deneyimleri ortaya koyan bir hakem listesi mevcuttur.	Bu yöntemde başvuranlardan bazıları sürecin aşırı "bürokratik" bir his verdiğiinden yakınmaktadır.
Kurallarının uygulanması suretiyle kurumlara tarafların talebi üzerine veya tarafların aksi yönde mutabık kalamamaları halinde hakem atama yetkisi verilmekte, böylece taraflar atama için mahkemeye gitmek zorunda kalmamaktadır.	Tarafların kuralları kabul etmeden önce dikkatlice incelemeleri gerekmektedir.
Kurumların taslak tahkim şartları tahkim hukuk ve usulündeki güncel gelişmelere uygundur ve yorum uyuşmazlıklarına yol açma ihtimali daha düşüktür.	Uyuşmazlığa konu olan kayda değer bir meblağın yüzdesini yansıttıkları durumlarda kurum ücretleri yüksek olabilmektedir.
Ücretler söz konusu olduğunda taraflarla hakemler değil, kurum iletişim kuracak ve fonları elinde bulunduracaktır.	

Tablo 4: Ad Hoc Tahkim

Avantajlar	Dezavantajlar
Taraflar tahkimi ihtiyaçlarına göre düzenleme noktasında daha fazla esnekliğe sahiptir.	Taraflardan birinin veya her ikisinin tahkim kuralları ve atama usulünde iş birliği yapmaması daha yüksek masraflara, gecikmelere ve mahkemeye başvurulması ihtiyacının ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Ancak taraflar kurumsal kuralların ve gerekli hallerde kurumsal adli amirlik kullanılmasının koşullarına ilişkin önceden mutabakata varabilirler. Tarafların talebi üzerine veya kurumun tahkim kuralları doğrultusunda hakem atayacak çok sayıda kurum mevcuttur.
Taraflar büyük oranda yalnızca kendi avukat ve hakemlerinin ücretlerini ödeyeceklerinden kurumsal tahkime kıyasla daha düşük maliyetlidir. Ancak yine de hakemlerin idari meselelere ayırdıkları zamanı yansıtan ücretler söz konusudur. Ad hoc tahkim taraflar ve vekillerinin işbirlikçi tutum benimsedikleri, tahkim kural ve usullerinin anlaşıldığı ve hakemlerin gerekli yetkinlik ve deneyime sahip oldukları durumlarda maliyet bakımından etkin olacaktır. Bütün bu unsurlarda vekillerin tahkim sürecine "oturarak dava açma" muamelesi yapmayacakları varsayımı mevcuttur.	Tarafların hakemlerle ücretlere ilişkin girdikleri diyaloglar, mevcut durumda hakemlerin ücretlerini tartışan taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın çözümü için görevlendirilmiş bir yetkili makamla istenmeyen bir konuşmaya dönüşebilmektedir.
	Kurumsal sekreteryanın mevcut olmadığı hallerde hakemler saatlik ücretleri mukabilinde idari külfeti üstlenmektedir.

EPS'ler müşterinin çıktığı ihalelerde ekonomik bakımdan en avantajlı (örneğin maksimum Net Bugünkü Değer) teklifi sunan EVD'lere verilmektedir. İhale müşteri ve EVD'nin birbirlerini tanımalarının ilk aşamasıdır. Müşterinin tedarik aşamasında EVD'yi sözleşmeye dahil etmeyi tasarladığı uyuşmazlık çözüm mekanizmasının tahkim olduğuyla ilgili bilgilendirmesi gerekir. İleride daha ayrıntılı şekilde irdeleneceği üzere, tahkimin EPS'lerin tarafları tarafından kullanılacak en etkili uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu ifade edilebilir. Ayrıca, KİK ve tedarik prosedürünün yatırımcı dostu olması gerekmekte, yatırımcılar mahkemelerden farklı olarak yüklü ücretler ve uzun süreler anlamına gelmeyen bir alternatif uyuşmazlık mekanizmasını tercih etmektedir.

Dahası, EPS'ler İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) gibi kurumların kurallarını tamamen kapsayacak şekilde hazırlanacaktır. Bu sayede hem müşterilere hem EVD'lere uyuşmazlıkların yerel kaynaklar kullanılarak yerel uzmanlar tarafından çözüleceği teminatı verilmiş olacaktır ki bu uluslararası tahkime kıyasla maliyet bakımından daha etkindir.

ISTAC

İstanbul Tahkim Merkezi ("**ISTAC**") hem uluslararası hem yurt içi taraflar için uyuşmazlık çözüm hizmetleri sunan bağımsız, tarafsız ve yansız bir kurumdur. ISTAC'ın uyuşmazlık çözüm hizmetleri üyelik zorunluluğu olmaksızın bütün sözleşme taraflarına açıktır.

Merkez'in modern kurumsal kuralları göz önünde bulundurarak hazırladığı ISTAC Tahkim ve Arbuluculuk Kuralları 26 Ekim 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yenilikçi ve etkin maddeler barındıran Kurallar, tahkim ve arbuluculuk yargılamalarının güncel ihtiyaçlarına karşılık vermektedir. ISTAC

tahkim bağlamında Seri Tahkim, Acil Durum Hakemi ve ad hoc prosedürlerde hakem ataması gibi hizmetler sunmaktadır. ISTAC hakem kararları bağlayıcıdır ve başka yargılarda icraya tabidir.

Türkiye'nin coğrafi konumu göz önünde bulundurularak ISTAC'ın Avrupa, Asya ve Orta Doğu ülkeleri arasındaki ticari uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası bir merkez haline gelmesi hedeflenmektedir. ISTAC tahkim veya arabuluculuk süreçlerine başvurmak isteyen tarafların sözleşmelerinde buna uygun bir şart bulunması teşvik edilmektedir.

İSTA

54 tahkim hukukçusu ve uzman tarafından 27 Kasım 2015 tarihinde resmî olarak kurulan İstanbul Tahkim Derneği ("**İSTA**") Türkiye'de tahkim hukuku alanına yoğunlaşan bir sivil toplum kuruluşudur.

İSTA, İstanbul ve Türkiye'de kurulmuş veya kurulacak tahkim merkezlerine ulusal ve uluslararası tanınırlık kazandırılması ve tahkim alanında uzmanlaşmanın sağlanması amacıyla kurulmuştur.

İSTA'nın hedefi hakemlik, tanıtım ve bilgi yayılımı alanlarında kurulan üç komisyonun koordinasyonunda kapsamlı bir faaliyet çerçevesi geliştirmektir.

Adım Adım Tahkim Kılavuzu

Türk hukukunda tahkim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁰ ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunla¹¹ düzenlenmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözümü olarak tahkim, ad hoc veya kurumsal olabilmektedir.

Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğ ile bir örnek sözleşme temin edilmiştir. Örnek sözleşmede ayrıntılı bir uyuşmazlık çözüm klozu (Madde 25) bulunmaktadır ve söz konusu kloz, taraflar arasındaki iyi niyet görüşmelerinin ardından meselenin mahkeme seçeneği taraflar için halen mevcut olmakla birlikte tahkime taşınabileceğini öngörmektedir. Örnek sözleşmede tahkim yargılamalarını gerçekleştirecek kurum ISTAC olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda, aşağıda ISTAC bünyesinde tahkime ilişkin aşama aşama bir kılavuz temin edilmiştir.

- i. Öncelikle, geçerli bir tahkim klotunun mevcut olması gerekmektedir. Şartta tahkimin uygulanacak alternatif uyuşmazlık mekanizması, ISTAC'ın ise tahkim yargılamalarını gerçekleştirecek kurum olarak tanımlanmış olmalıdır.
- ii. Tahkim klotunda tahkimin yeri, kullanılacak dil ve yargı hakkında ayrıntılı bilgi verilebilir. Örneğin, örnek sözleşmenin 25. Maddesi tahkim yerinin İstanbul, Türkiye; tahkim dilinin ise Türkçe olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca, tahkimde İstanbul Tahkim Merkezi'nin Tahkim Kuralları tatbik edilir ve tahkim yargılaması, kanunların ihtilafı ilkesine başvurulmaksızın her bakımdan Türkiye Cumhuriyeti Kanunları ve maddi hukuk kuralları çerçevesinde yürütülür ve sonuçlandırılır.
- iii. Hakem sayısının ve hakemlerin nasıl atanacaklarının belirlenmesi gerekmektedir. Örnek sözleşmenin 25. Maddesine göre, tahkim yargılamaları üç hakem tarafından gerçekleştirilecek, taraflardan her birinin birer hakem seçme hakkı olacak, üçüncü hakemi ISTAC tarafından onaylanması gereken seçilen hakemler belirleyecek ve bu iki hakemin 30 gün içerisinde müşterek kararlar üçüncü hakeme karar verememesi durumunda üçüncü hakem İstanbul Tahkim Merkezi tarafından atanacaktır.

Etkili bir tahkim klotu yürürlükte olduğunda tahkim yargılamaları başlayabilir. Bir uyuşmazlık ortaya çıktığında aşağıdaki adımların atılması gerekmektedir:

¹⁰4 Şubat 2011 tarihli ve 27836 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

¹¹12 Aralık 2007 tarihli ve 26728 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

- iv. Tahkim yargılamalarını başlatmak isteyen taraf ISTAC Tahkim Kurallarınının 7.1. Maddesi uyarınca ISTAC Sekreteryasına tahkim talebinde bulunur. Sekreteryaya, talebin alındığını ve alınış tarihini taraflara tebliğ eder. Tahkim talebinde aşağıdaki hususlar yer alır:
- Tarafların ve varsa vekillerinin adı soyadı, unvanı, adresleri, telefon ve faks numaraları ve e-posta adresleri;
 - Uyuşmazlığın konusu, nitelik ve özelliklerine ilişkin özet açıklamaları;
 - Davacının talebinin dayanağını teşkil eden vakıalar hakkında genel bilgi;
 - Talep sonucu ile birlikte miktarı belirli olan taleplerin tutarları ve değer tayini mümkün olmayan hallerde bu taleplerin yaklaşık parasal değerleri;
 - Tahkim anlaşması ve gerekli görülen diğer belgelerin birer nüshası;
 - Hakemlerin sayısı ve seçilmesi, tahkim yeri, tahkim dili, uygulanacak hukuk hakkındaki beyanlar.
- v. Davacı, Tahkim Talebi ile birlikte, talepte bulunduğu tarihte yürürlükte olan İstanbul Tahkim Merkezi Masraflar ve Ücretler Tarifesi Hakkında Kurallar (Ek-3) uyarınca başvuru harcını yatırır. (Tahkim Talebi ve gerekli başvuru harcının Sekreteryaya tarafından alındığı tarihte dava açılmış sayılır.)
- (Bu ISTAC Tahkim Kuralları uyarınca tahkime başvurmak isteyen taraf, Tahkim Talebi yerine doğrudan dava dilekçesini Sekreteryaya'ya sunarak tahkim yargılamasına başlayabilir. Davacının, dava dilekçesi ile tahkime başlaması hâlinde, 30 günlük süre içerisinde davalı cevap dilekçesi sunabileceği gibi, sadece Tahkim Talebine Cevap vermeyi de tercih edebilir.)
- vi. Davalı, Tahkim Talebinin kendisine tebliğinden itibaren 30 gün içinde Tahkim Talebi'ne Cevap dilekçesini Sekreteryaya'ya sunar.
- Tahkim Talebi'ne Cevap dilekçesi içerisinde, aşağıdaki hususlar yer alır:
- Tarafların ve varsa vekillerinin adı soyadı, unvanı, adresleri, telefon ve faks numaraları ve e-posta adresleri;
 - Uyuşmazlığın niteliği, özellikleri, dayanakları ve davacının Tahkim Talebinde belirttiği vakıalara ilişkin açıklamaları;
 - Davacının talep veya taleplerine cevabı;
 - Tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ya da içeriğine ilişkin her türlü iddia, savunma ve itiraz;
 - Hakemlerin sayısı ve seçilmesi, tahkim yeri, tahkim dili, uygulanacak hukuk hakkındaki beyanlar.
- (Davalı, tahkime katılmaz; tahkim yoluna itiraz eder veya Tahkim Talebine Cevap sunmazsa, ISTAC Tahkim Kuralları uyarınca tahkim yargılaması devam eder.)
- vii. Davalı, Tahkim Talebi'ne Cevap dilekçesiyle karşı davasını açabilir. Karşı davada davaya sebep olan uyuşmazlığın nitelik ve özellikleri ise dava talebinin tutarı belirtilmelidir. Davalı, karşı davasını açtığı tarihte yürürlükte olan İstanbul Tahkim Merkezi'nin Masraflar ve Ücretler Tarifesi Hakkındaki Kuralları (Ek-3) uyarınca başvuru harcını yatırır. Davacı, Tahkim Talebi'ne Cevap dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde karşı davaya cevabını sunar.
- viii. Örnek sözleşmenin 25. Maddesi (iii) paragrafta açıklanan yöntemde üç hakemin seçilmesini şart koşmaktadır. Taraflar seçtikleri hakemleri Tahkim Taleplerinde ve Tahkim Talebi'ne Cevap dilekçelerinde belirlerler. Bunu yapmamaları halinde ilk iki hakem ISTAC Divanınca belirlenir. Sonrasında seçilen iki hakemin üçüncü hakemi seçmeleri gerekir. Seçilen iki hakemin üçüncü hakemde hemfikir olamamaları halinde üçüncü hakemi Divan belirler. Böylelikle, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için Hakem Kurulu oluşturulmuş olur.

- ix. Hakem kurulu, Tahkim Talebi ve Tahkim Talebi'ne Cevap dilekçelerinin karşılıklı tebliğ ve tebellüğ edilmesinin ardından Hakem Kurulu bir görev belgesi hazırlar. Görev belgesinin her iki tarafın yanı sıra Hakem Kurulunca imzalanması ve davanın Hakem Kuruluna devrinden itibaren 30 gün içerisinde Sekretarya'ya sunulması gerekmektedir. Görev belgesinde, aşağıdaki hususlar yer alır:
- Tarafların ve varsa vekillerinin adı soyadı, unvanı, adresleri, telefon ve faks numaraları ve e-posta adresleri;
 - Hakem veya hakemlerin adı soyadı, adresleri, telefon ve faks numaraları ile elektronik posta adresleri;
 - Tahkim sırasında bildirim ve tebligatlar için geçerli olan adresler;
 - Tarafların iddia ve savunmalarının özeti ve talep sonuçları ile birlikte değer tayini mümkün olan hallerde taleplerin miktarı ve değer tayini mümkün olmayan hallerde bu taleplerin yaklaşık parasal değeri;
 - Hakem Kurulu uygun gördüğü takdirde karara bağlanacak uyuşmazlık konularının listesi;
 - Tahkim yeri;
 - Tahkim dili veya dilleri;
 - Uygulanacak usul kuralları; ve
 - Hakem Kuruluna hakkaniyet ve nefasete göre karar verebileceğine dair verilen yetki.
- x. Hakem kurulu bir zaman çizelgesi hazırlayıp Sekretarya'ya ve taraflara gönderir. Zaman çizgisi dilekçelerin verilme tarihini, duruşma tarihini ve Hakem Kurulunun uygun gördüğü diğer usuli işlemlerin tarihini belirler. Hakem Kurulu uygun gördüğü hallerde tarafların da görüşlerini alarak zaman çizelgesinde değişiklik yapabilir.
- xi. Zaman çizelgesinin sunulmasının ardından usul başlar. Usul sırasında Hakem Kurulu tarafları, temsilcilerini, taraflarca atanan uzmanları ve Hakem Kurulunun atayabileceği bilirkişileri dinlemek üzere duruşma talebinde bulunabilir. Duruşmalar sırasında taraflar ve Hakem Kurulu uzmanlara soru yöneltebilir. Ayrıca, Hakem Kurulu taraflardan ek dokümanlar sunmalarını isteyebilir. Taraflar zaman çizelgesine göre dilekçelerini sunarlar.
- xii. Hakem Kurulu görev belgesinin onaylandığının Sekretarya tarafından Hakem Kuruluna bildirilmesinden itibaren 6 ay içerisinde karar verir. Karar oyçokluğu ile veya Hakem Kurulu başkanı tarafından verilir. Tahkim süresi tarafların anlaşmaları ile, taraflar anlaşamadıkları takdirde Hakem Kurulunun talebi üzerine ya da gerekli görülen hallerde re'sen Divan tarafından uzatılabilir.

Kararda şu hususlar yer alır:

- Tarafların ve varsa temsilci ile vekillerinin ad ve soyadları, unvanları ve adresleri;
- Kararın gerekçesi;
- Hüküm sonucu;
- Yargılama masraflarına ilişkin hüküm;
- Tahkim yeri ve kararın tarihi;
- Kararı veren hakem veya hakemlerin ad ve soyadları ve imzaları.

(Hakem Kurulu kısmî karar verebilir.)

- xiii. Hakem Kurulu kararını Sekretarya'ya tevdi eder. Hakem kararında, yargılama masrafları ile bu masrafların hangi tarafça karşılanacağı veya taraflar arasında hangi oranda paylaşılacağı gösterilir. Tahkim masraflarının tamamının, taraflar veya taraflardan biri tarafından ödenmesi koşuluyla Sekretarya, imzalanmış kararı taraflara tebliğ eder. Karar nihai nitelik taşımaktadır ve bütün taraflar için bağlayıcıdır.

- xiv. Taraflardan biri, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde Sekretarya'ya başvurarak hakem kararının yorumlanmasını veya karardaki hesap ve yazım hatalarının düzeltilmesini talep edebilir. Taraflardan her biri, kararın kendilerine tebliğinden 30 gün içerisinde yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış talep sonuçları için tamamlayıcı hakem kararı verilmesi talebiyle Sekretarya'ya başvurabilir. Sekretarya Hakem Kurulu ile karşı tarafa bu başvuruyu bildirir. Hakem kurulu görüşünü bildirmesi için karşı tarafa 30 günü aşmayacak bir süre verir. Bu sürenin bitiminden sonra en geç 30 gün içerisinde Hakem Kurulu kararın düzeltilmesi veya yorumlanması veya tamamlanması hakkındaki kararını verir. Düzeltme, yorum ve tamamlama kararları hakem kararının eki olarak düzenlenir ve kararın ayrılmaz parçasını teşkil eder.
- xv. Olası düzeltme, yorum ve tamamlamaların ardından varılan karar nihai nitelik taşımaktadır ve bütün taraflar için bağlayıcıdır. Nihai kararın bedeli kaybeden tarafça ödenir. Kaybeden tarafın bu bedeli ödememesi halinde kazanan taraf davayı mahkemeye taşıyıp hakem kararını icra ettirebilir.

Tablo 5: Tahkimde İş ve Usul Akışı

Tahkimde İş ve Usul Akışı	
i.	Tahkim Klozu
ii.	Tahkim Talebi + Başvuru Harcı
iii.	Tahkim Talebine Cevap
iv.	Görev Belgesinin İmzalanması
v.	Zaman Çizelgesinin Belirlenmesi
vi.	Dilekçeler + Duruşma
vii.	Karar
viii.	Olası Düzeltme, Yorum ve Tamamlama

Ö&D Uyuşmazlıklarında İzlenecek Adımlar

Yürürlükte olan Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğde EPS'lerden doğan, özellikle de tasarruf raporuna ilişkin uyuşmazlıkların tarafların kararı doğrultusunda tahkimle çözüleceği şart koşulmuş olsa da atanmış bir Ö&D uzmanının denetleyeceği bir dostane çözüm yöntemi ortaya koyulmuştur.

Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğin 12.5. Maddesi uyarınca müşteri ve EVD'nin tasarruf raporunda anlaşmaya varamamaları halinde EVD, bir üçüncü taraf Ö&D uzmanının atanmasını talep edebilir. Uzmanın her iki tarafın mutabakatıyla ve ETKB tarafından yayınlanan Ö&D uzmanları listesinden seçilerek atanması gerekmektedir. Üçüncü taraf Ö&D uzmanı meseleyi çözmekle görevlendirilir.

Uygulama kontrol komisyonu, idare tarafından, uygulama döneminde ve izleme döneminde yapılacak iş ve işlemlerin sözleşmeye uygun olarak yapılıp yapılmadığının kontrol edilmesi amacıyla işin mahiyetine göre en az 3 mühendisten (makine, elektrik veya inşaat mühendisi) oluşan komisyondur. Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğin 12.5. Maddesi uyarınca, EVD müşterileri tasarruf raporuna ilişkin mutabakata varamaması halinde üçüncü taraf Ö&D uzmanının atanması için uygulama kontrol komisyonuna başvurabilir. Bu durumda taraflar EVD'nin komisyona başvurmasından itibaren 10 gün içerisinde ETKB'nin yayınladığı listeden her iki tarafın uygun bulduğu bir üçüncü taraf Ö&D uzmanı seçerler. Uzmanın seçilmesinin ardından uzman inceleme ve görüş raporu hazırlar.

İdare ve yüklenici görevlendirilen Ö&D uzmanına gerekli cihaz, bilgi ve belgeleri temin eder ve yerinde inceleme için gerekli kolaylığı sağlar. İdare, yüklenici ve Ö&D uzmanı, gerekli bilgi ve belgelerin temin

edildiğini tutanak altına alır. Ö&D uzmanı tasarruf doğrulama raporundaki uygun bulunmayan hususların (veriler, hesaplar ve benzeri) doğruluğunu kontrol eder, gerekli çalışmaları yapar. Ö&D uzmanı, tutanağın imza tarihinden itibaren 30 gün içerisinde tasarruf doğrulama raporuna dair görüş raporunu hazırlayarak idareye ve yükleniciye sunar. Ölçüm belirsizliği, kalibrasyon, metodoloji ve benzeri teknik hususlara dair yüklenici ve idare, TÜRKAK, TSE, TÜBİTAK veya üniversitelerin ilgili fakültelerinden de görüş alabilir. Taraflar, alınan görüşler çerçevesinde nihai değerlendirmelerini yaparak tasarruf doğrulama raporu ve tasarruf miktarı üzerinde uzlaşmak üzere azami özen ve gayreti gösterir.

Yukarıdaki paragrafta görüldüğü üzere, taraflar yalnızca Kamuda EPS'lerin Uygulanmasına İlişkin Tebliğin 12.6. Maddesi uyarınca gayret göstermekle yükümlüdür. Dolayısıyla, uyumsuzluğun Ö&D uzmanı aracılığıyla çözülememesi halinde taraflardan herhangi biri davayı aşağıda açıklanan şekilde tahkime taşıyabilir.

Tablo 6: Uyuşmazlık Önleme Mekanizmaları

Uyuşmazlık Önleme Mekanizmaları
Tedarik sürecine ilişkin eğitim
Projeyle ne başarılmak istendiğine ilişkin netlik
Referans çizgisinin ihtiyatlı şekilde belirlenmesi
Özenli referans çizgisi ayarlamaları
İç yönetimin kararlılığı
Hukuk, finans, mühendislik ve insan kaynakları uzmanlarından oluşan ekibin desteği
İhale dosyasının adil ve rekabete dayalı ihale ortaya çıkaracak şekilde hazırlanması
Sözleşme aşamasında hukuk ve mühendislik ekipleri arasında iletişim
İyi hazırlanmış Ö&D planı
Ölçme ve doğrulama mekanizmalarının etkili işleyişi
İyi hazırlanmış sigorta düzenlemeleri
Meselenin tahkim veya mahkemeye taşınmasından önce uyuşmazlıkların dostane çözümünü öngören iyi hazırlanmış uyuşmazlık çözüm şartı
Hizmet bedellerindeki dalgalanmaların dikkate alınması
Müşterinin konsept, tasarım ve alt yüklenicileri zamanında onaylaması
Sözleşmenin doğru uygulanması
Ödemelerin zamanında yapılması
Müşterinin ekipman bakımını doğru yapması

Tablo 7: Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları

Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları
Müzakere
Uzlaştırma
Arbuluculuk
Kısa Yargılama
Tarafsız Ön Değerlendirme
Mahkeme Katımlı Tahkim
Uyuşmazlık İnceleme Kurulu
Tahkim
Dava Açma

4 Örnek Uyuşmazlık Çözüm Klozları

Bu bölümde hem tek (yani tahkim) hem de çok aşamalı uyuşmazlık çözüm prosedürleri ele alınacaktır. ISTAC, TOBB ve SCC klozları tek aşamalı uyuşmazlık çözüm usullerini teşkil ederken diğer usullere arabuluculuk, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu ve mahkeme ve tahkim öncesi tarafsız uzman incelemesi dahildir. Kurumsal tahkim, usulleri belirleyen kurallara ilişkin daha fazla netliğe sahip olduğundan ve bu bakımdan daha yatırımcı dostu olduğundan, bütün tahkim klozları aynı zamanda kurumsal tahkim örnekleridir.

İlk tahkim klozu örneğinde, burada verilen bütün alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında görüş beyan edenin seçimi taraflara bırakılmışken arabuluculardan hukuk alanında 15 senelik deneyim istenmektedir. Mevcut proje Türkiye'deki kamu binalarına odaklandığından, yargılama yeri olarak Türkiye seçilmiş ve yargılamalar sırasında kullanılacak dilin Türkçe olmasına karar verilmiştir.

Aşağıda verilen uyuşmazlık çözüm klozları yerel ve uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının bir karışımı niteliğindedir. Tarafların en pratik ve en etkili addettikleri kloza karar vermeleri ve bu klozu sözleşmenin Uyuşmazlık Çözümü Bölümüne eklemeleri gerekmektedir. Her çözümün kendi avantajları mevcuttur. Uyuşmazlığın yerel olarak çözülmesini tercih eden taraflar İSTA, ISTAC ve TOBB klozlarını tercih edebilirken uluslararası bir ortamdan istifade etmek isteyen taraflar ICC ve SCC'yi seçebilirler.

Arabuluculukla Birlikte Türk Mahkemelerine İlişkin Uyuşmazlık Çözüm Klozu Örneği

Çok katmanlı bir uyuşmazlık çözüm klozunun hazırlanması ve EPS'lerden doğabilecek muhtemel uyuşmazlıkların çözümü için Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi, uyuşmazlık çözüm süreçlerinde etkinliği sağlamanın muhtemel bir yolu olabilir. Bu bağlamda, ilgili uyuşmazlık çözüm klozuna arabuluculuk gibi belirli ön gerekli mekanizmaların dahil edilmesi, sözleşmeden doğan ilişkinin EPS'nin icrası boyunca idame ettirilmesi açısından da faydalı olacaktır.

Bu doğrultuda taslağı çıkarılan örnek uyuşmazlık çözüm klozu şu şekildedir:

Taraflar işbu Sözleşmede şart koşulan hizmetlerin tamamlanmasından sonrası da dahil olmak üzere herhangi türden bir uyuşmazlık durumunda hür arabuluculuk süreci yürütmeyi kabul ederler. Arabuluculuk süreci, arabuluculuk taraflarından birinin yazılı talebinden itibaren 15 gün içerisinde başlatılır.

Taraflardan her birinin bir arabulucu tayin etme hakkı vardır. Seçilecek arabulucuların en az 15 senelik profesyonel deneyimi bulunan nitelikli hukukçular olmaları gerekmektedir. Ardından söz konusu iki arabulucu kurula başkanlık edecek üçüncü arabulucuyu seçecektir. Bununla birlikte, tarafların karşılıklı mutabakatıyla üç değil, tek bir arabulucu da seçilebilir.

Arabulucular tarafların temsilcilerini, meselenin profesyonel uzmanlık alanlarına tekabül etmemesi halinde harici uzmanları sözlü duruşmada dinleyeceklerdir. Arabulucular bu duruşmaların sonunda takdir yetkilerine dayanarak ve yasalarla uyumlu şekilde arabuluculuk usulüne karar vereceklerdir.

Arabulucuların taraflar arasında dostane çözüm sağlanması için çalışmaları gerekmektedir. Dostane bir çözüm sağlanamaması durumunda arabulucular yazılı ve her halükarda kısaca gerekçelendirilmiş bir arabuluculuk teklifi sunarlar. Taraflar teklifi kabul etmeleri halinde bunu teklifin tebliğ edilmesinden itibaren bir hafta içerisinde arabuluculara bildirirler. Arabuluculuk teklifi her iki tarafça yazılı olarak kabul edildikten sonra derhal taraflar arasında anlaşmaya varılmış sayılır.

Taraflar mukaddem arabuluculuk usulü olmaksızın yetkili Türk mahkemelerine gidemez ve/veya sözleşmeyi feshedemezler. Arabuluculuk usulünün sonucundan bağımsız olarak her

iki taraf her koşulda arabulucuların ve uzmanların veya görüş talep ettikleri yetkin kişilerin masraflarını yarı yarıya üstlenir.

Taraflardan birinin arabuluculuk teklifini kabul etmemesi halinde arabulucular her iki tarafa da yazılı olarak arabuluculuğun başarısız olduğunu tebliğ ederler. Arabulucuların arabuluculuk usulünün başarısız olduğunu tespit etmelerinin ardından taraflardan biri yasal süreci başlatabilir. İstenilen zamanda acil adli yargılamaya gerçekleştirilmesi ihtimali bu klozdan etkilenmez.

İşbu Sözleşme ve eklerinden doğan bütün uyuşmazlıkların ve aynı zamanda bunlara dayanan müteakip iddiaların münhasır yargı yeri Türkiye [İstanbul Çağlayan] Adliyesidir. İşbu Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti yasaları gereğince icra ve tefsir edilecektir.

Kurumsal Tahkime İlişkin Uyuşmazlık Çözüm Klozu Örneği

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından, EPS'ler kapsamında kurumsal tahkim klozlarının tatbik edilmesi mümkündür. Bu bağlamda, taraflar hem yerel tahkim kurumlarına hem de uluslararası tahkim kurumlarına başvurabilirler.

Tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak yerel kurumsal tahkimi tercih ettikleri durumlarda ISTAC ve TOBB başta olmak üzere çeşitli seçenekler mevcuttur.

Çoğu tahkim kurumu gibi ISTAC ve TOBB da tarafların ilgili kurumun kuralları doğrultusunda ilgili tahkim yargılamasını başlatmaları için kendi örnek tahkim klozlarına başvurmaktadır. Bu bağlamda, taraflar aşağıda verilen örnek yerel kurumsal tahkim klozlarına başvurabilirler:

ISTAC:

Bu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilgili bütün uyuşmazlıklar, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.

Acil Durum Hakemine İlişkin Kurallar uygulanmaz. Tahkim yeri İstanbul, Türkiye'dir. Tahkim dili Türkçedir. Hakem sayısı üç (3) olacaktır. Taraflardan her biri bir hakem seçecek, seçilen hakemler de üçüncü hakemi seçecektir. Uyuşmazlığın esası için geçerli olan yasa, Türkiye Cumhuriyeti yasası olacaktır.

TOBB:

Bu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilgili bütün uyuşmazlıklar, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.

Tahkim yeri İstanbul, Türkiye'dir. Tahkim dili Türkçedir. Hakem sayısı üç (3) olacaktır. Taraflardan her biri bir hakem seçecek, seçilen hakemler de üçüncü hakemi seçecektir. Seçilen iki hakemin üçüncü hakemi seçememeleri durumunda üçüncü hakem TOBB Tahkim Divanı tarafından seçilecektir. Uyuşmazlığın esası için geçerli olan yasa, Türkiye Cumhuriyeti yasası olacaktır.

Bundan farklı olarak, tarafların meseleleri iyi bilinen uluslararası tahkim kurumlarına taşımaları da oldukça yaygın bir uygulamadır. Bu bağlamda, örnek tahkim klozlarını içeren alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi de ilgili taraflarca kullanılıp icra ettirilebilir:

Gerekli hallerde ICC Uyuşmazlık Çözüm Kurulu ve ardından ICC tahkimi:

Taraflar burada atıf yoluyla dahil edilen Milletlerarası Ticaret Odası Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Kuralları ("Kurallar") gereğince bir Uyuşmazlık Çözüm Kurulu ("UÇK") oluşturmayı kabul

ederler. UÇK'nın bu Sözleşmede tayin edilen veya Kurallara uygun olarak tayin edilen üç üyesi olacaktır.

Bu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilgili bütün uyuşmazlıklar ilk olarak Kurallar gereğince UÇK'ya taşınacaktır. UÇK herhangi bir uyuşmazlık için Kurallar gereğince bir Karar verecektir.

Taraflardan herhangi birinin, Kurallar mucibince böyle yapması gerektiği halde Karara riayet etmemesi halinde diğer Taraf riayet etmemenin kendisini, önce UÇK'ya taşımak zorunluluğu olmaksızın Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları kapsamında söz konusu Tahkim Kurallarına uygun olarak tayin edilmiş bir veya daha fazla hakemin bulunacağı tahkime taşıyabilir. Kurallar mucibince böyle yapması gerektiği halde Karara riayet etmeyen Taraf, Karara gecikmesiz riayet etmemesinin savunması olarak Kararın esasına ilişkin herhangi bir tartışma ortaya atamaz.

Taraflardan herhangi birinin Kurallarda temin edildiği üzere diğer Tarafa ve UÇK'ya Karara ilişkin memnuniyetsizliğini yazılı olarak bildirmesi veya UÇK'nın Kararı Kurallarda belirtilen süre sınırı içerisinde vermemesi veya UÇK'nın Kararın verilmesinden önce Kurallara istinaden dağılması halinde uyuşmazlık nihai olarak Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına göre, söz konusu Tahkim Kuralları gereğince tayin edilmiş bir veya daha fazla hakem tarafından çözümlenecektir.

Stockholm Ticaret Odası (SCC) Tahkim Enstitüsü:

Bu sözleşmeden kaynaklanan, bu sözleşmeyle ilgili veya bu sözleşmenin ihlali, feshi ya da geçersiz kılınmasından kaynaklanan bütün uyuşmazlık, ihtilaf veya iddialar Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü Tahkim Kuralları doğrultusunda nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.

Hakem kurulu üç hakemden oluşacaktır. Tahkim yeri İstanbul, Türkiye'dir. Tahkim yargılamalarında kullanılacak dil Türkçedir. Bu sözleşme Türkiye Cumhuriyeti maddi hukukunca çözümlenecektir.

Bütün uyuşmazlık çözüm klozları söz konusu olduğunda geçerli olduğu üzere, tahkim klozlarının da değer temelli yaklaşımla hazırlanabileceğinin altının çizilmesi gerekir.

Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü

Değer Temelli Tahkim Klozu:

Bu sözleşmeden kaynaklanan, bu sözleşmeyle ilgili veya bu sözleşmenin ihlali, feshi ya da geçersiz kılınmasından kaynaklanan bütün uyuşmazlık, ihtilaf veya iddialar nihai olarak Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsünce tatbik edilecek tahkim yoluyla çözümlenecektir.

Uyuşmazlığa konu meblağın 100.000 avroyu aşmadığı hallerde Seri Tahkim Kuralları geçerli olacaktır. Uyuşmazlığa konu meblağın 100.000 avroyu aştığı hallerde Tahkim Kuralları geçerli olacaktır. Uyuşmazlığa konu meblağın 100.000 avroyu aştığı ancak 1.000.000 avroyu aşmadığı hallerde Hakem Kurulu tek hakemden oluşacaktır. Uyuşmazlığa konu meblağın 1.000.000 avroyu aştığı hallerde Hakem Kurulu üç hakemden oluşacaktır. Uyuşmazlığa konu meblağa Tahkim Talebinde ifade edilen iddia ile Tahkim Talebine Cevapta ifade edilen karşı iddia dahildir.

Tarafsız Uzman İncelemesine İlişkin Uyuşmazlık Çözüm Klozu Örneği:

EPS projelerinin teknik niteliği nedeniyle taraflar meseleyi değerlendirmesi ve karar alması için hukuk eğitimi almış bir hakemden ziyade fen bilimleri eğitimi almış bir teknik uzman tayin etmeyi tercih edebilirler. Tarafsız uzmanlar durum başka türlü olsaydı karmaşık hukuki meselelere dönüşebilecek teknik ihtilafları çözmeyi hızlı bir yoldur. Ayrıca, tarafsız uzmanlar zaman bakımından etkindir ve mevcut uyuşmazlığı çözmek için teknik deneyimlerini işin içine katarlar ki bu aynı zamanda maliyet bakımından da etkin bir yöntemdir.

Bu bağlamda, tarafsız uzman incelemesi modelini alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak şart koşan taslak örnek kloz şu şekildedir:

İşbu Sözleşmenin performansından kaynaklı olarak veya işbu Sözleşmeyle ilişkili olarak herhangi bir Uyuşmazlık yaşanması durumunda Tarafların ilk olarak Uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihten itibaren 30 gün içerisinde Uyuşmazlığı çözmeye gayret etmek üzere yetkilendirilmiş kişiler aracılığıyla iyi niyet görüşmelerinde bulunmaları gerekmektedir.

Uyuşmazlığın bahsi geçen 30 günlük süre içerisinde iyi niyet görüşmeleriyle çözülememesi halinde Tarafların Uyuşmazlığı bir uzmana ("Uzman") yönlendirmeleri gerekmektedir. Uzman ETKB tarafından elenerek belirlenen uzmanların listesinin yer aldığı ETKB internet sitesindeki uzman listesinden seçilecek ve Uzmanın tayin edilmesine ilişkin koşullarda Uzmanın tayin edilmesinden itibaren 21 gün içerisinde kararını vermesi şartı bulunacaktır. Uzman hakem değil, uzman işlevi görecektir ve Taraflar, Uzmana, Uyuşmazlığa ilişkin karar almak üzere Uzman tarafından talep edilecek bütün yardımcı, dokümanları ve bilgiyi temin etmeyi kabul edeceklerdir. Uzmanın kararı nihai nitelik taşımaktadır ve Taraflar için bağlayıcıdır. Her iki taraf da üzerine düşen masrafları karşılayacak ve Uzmanın masraf ve harcamaları Taraflarca eşit şekilde karşılanacaktır.

Yukarıda ifade edilen unsurlara rağmen, Taraflardan biri dilediği zaman aciliyet gerekçesiyle içtinap veya başka bir hakkaniyetli hukuk yolu için yetkin yargı mahkemesine başvurabilir.