

TÜRK HUKUKUNDA JOINT VENTURE'LARIN HUKUKİ YAPISI VE NİTELİĞİ İLE JOINT VENTURE'LARDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

İlker TASLACIOĞLU
Hazine Avukatı
Kaan ŞAHİNALP
Hukuk Müşaviri
Avukat

GİRİŞ

JOINT VENTURE İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

1. JOINT VENTURE KAVRAMI(*)

I) GENEL OLARAK

Dünya ticaretinde son zamanlarda meydana gelen gelişmeler sonucunda, yeni bazı ortaklık tipleri ortaya çıkmış ve yaygın bir biçimde uygulama alanı bulmuştur. Joint venture da bunlardan biridir.

Günümüzde ticarî ve sınai alanda ilerlemiş ülkelerin ve çok uluslu şirketlerin başka bir ülkedeki faaliyetlerinde tam egemen olma dönemi kapanmıştır. Bunun yerine joint venture (ortak girişim, müşterek girişim) ön plana çıkmaktadır. Çoğu zaman uluslararası ortaklıklar, pazara girmede tek yol olarak görünmektedir.⁽¹⁾

(*) Türk Hukuku'nda "joint venture"un kelime karşılığı olarak "ortak girişim", "müşterek taahhüt", "müşterek girişim" kavramları kullanılmaktadır.

(1) DEREKÖY, s.52.

Joint venture ekonomik düzenlerde faydası olan ve elastikiyet gösteren güncel bir ortaklık tipidir ve bir sözleşmeye dayanmaktadır. Dünyanın pekçok ülkesinde yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Bu sözleşme bazı ülkelerde önce fiilen kendini kabul ettirmiş, hukuki düzenleme sonra getirilmiş; bazı ülkelerde ise önce hukuki düzenleme ile belli bir kalıba sokulmuş daha sonra da uygulama başlamıştır.⁽²⁾

Gelişmiş ülkelerin ürettikleri mal ve hizmetleri, kredi imkanlarını başka ülkelerdeki kişi ve kurumların hizmetine sunmaları, çoğu kez joint venture sözleşmeleri aracılığı ile mümkün olmaktadır. Bunun sebebi ticarî hayatın gerektirdiği çabukluk, kolay uygulanırlık ve esnekliğin joint venture sözleşmesi ile elde edilmiş olmasındandır. Çeşitli hukuk düzenlerinin hepsinde bu sözleşme türüne yer verilmiştir.⁽³⁾

Türk ekonomisinin dışa açılması, dış dünya ile olan ekonomik ilişkilerinin artması sonucunda, yabancı firmalarla yapılan joint venture'lar (ortak girişimler) yaygınlaşarak önem kazanmıştır. Ülkemizde, özellikle birden fazla takvim yılına yaygın iç ve dış kredi gerektiren büyük inşaat, montaj ve onarım işlerinin büyük bir kısmı yabancı kişi ve kurumlarla girilmiş joint venture'lar (ortak girişimler) vasıtasıyla yapılmaktadır. Fiilen Türk hukuk hayatına girmiş olan bu müessese, vergi hukuku ile ilgili birkaç nokta dışında, kanun koyucu tarafından düzenlenmiş değildir.⁽⁴⁾ Diğer bir deyimle hukukumuzda joint venture'ları bütün yönleri ile ele alan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, bu durum joint venture müessesesinin mahiyetinin bir sonucudur. Zira, joint venture oluşturulmasını gerektiren sebeplerle, joint venture uygulamaları her hukuk düzeninde farklılık göstermektedir. İktisadi ve hukuki ihtiyaçlar neticesinde oluşturulmuş olması, joint venture ilişkisinin her olayda farklı bir yapıda teşekkülünü gerektirir. İhtiyaca göre yapılanma zorunluluğu nedeniyle, bu kavramın tanımlanması ve belli kalıplara sokulması aslında çok doğru bir yaklaşım değildir.⁽⁵⁾

Türk hukukuna joint venture deyimini "iş ortaklıkları" olarak 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 3239 sayılı Kanunla değiştirilmiş 1. maddesinin E bendi ile girmiş olup, iş ortaklığı deyimini joint venture'un sadece bir türünü ifade etmektedir.⁽⁶⁾ Bir başka ifadeyle "iş ortaklığı" joint venture'un Türkçe'deki karşılığı değil, onun özel bir türüdür.

(2) DAYINLARLI, s.VI.

(3) DAYINLARLI, s.I.

(4) DAYINLARLI, s.III.

(5) TASLACIOĞLU, s.116.

(6) TEKİNALP-TEKİNALP, s.157; DAYINLARLI, s.V.

Joint venture'un Türkçe karşılığı olarak "ortaklaşa risk yüklenmek"⁽⁷⁾, "müşterek taahhüt", "müşterek teşebbüs ortaklığı", "müşterek girişim", "müşterek iş ortaklığı"⁽⁸⁾, "ortak girişim"⁽⁹⁾ kavramları kullanılmaktadır. Bu kavramlardan "ortak girişim" kavramı, hem doktrinde hem de uygulamada genel kabul görmüş olup yaygın olarak kullanılmaktadır. Ancak şunu da hemen ifade etmek gerekir ki; aslında ortak girişim kavramı, joint venture ve konsorsiyum'u da içine alan geniş bir kavramdır.⁽¹⁰⁾

Joint venture'lar devletleri, çok uluslu şirketleri, kişi ve kurumları akit taraf olarak aynı çatı altında toplayabilmekte ve bu nedenle birden çok hukuk düzeni ile etkileşim içinde bulunmaktadır.⁽¹¹⁾

Joint venture'lara uygulamada daha çok inşaat sektörü, petrol ve maden işletmeciliği, bankaların gruplaşması, sınai tesislerin kurulması, araştırma işleri müşterek imalat ve yatırım alanlarında rastlanmaktadır.⁽¹²⁾

Joint venture, sözleşmeye dayalı adi şirket niteliğindeki joint venture şeklinde (contractual joint venture) ya da sermaye katılımlı joint venture (equity joint venture) şeklinde olmak üzere iki türde kurulmaktadır. Bu çalışmamızda joint venture'ların hukuki yapısı ve niteliği ile joint venture'dan kaynaklanan sorunlar üzerinde durulmuştur. Özellikle uluslararası joint venture'larda karşılaşılan sorunlar nedeniyle, joint venture'un çeşitleri konusuna da değinmek mecburiyeti hasıl olmuştur.

(7) TEKİNALP-TEKİNALP, s.149.

(8) KAPLAN, s.3.

(9) AKYOL, s.57; TEKİNALP-TEKİNALP, s.150; KAPLAN, s.3; YILMAZ, s.13; ÖZALP- SALDIRANER- DEREKÖY, s.106; POROY (Tekinalp-Çamoğlu), s.15; EREN, s.50.

(10) TASLACIOĞLU, s.116.

(11) DAYINLARLI, s.1.

(12) DAYINLARLI, s.2.

II) JOINT VENTURE'UN OLUŞTURULMA NEDENLERİ

Herşeyden önce joint venture iş hayatının ihtiyaçlarından doğan bir müessesedir. Girişimciliğin ve yatırımcılığın çok uluslulaşmasından sonra gündeme gelen joint venture'lar, globalleşme sürecinde önemini iyice arttırmıştır. Gelişmekte olan ülkeler teknoloji ve sermaye getirmesi, kalifiye eleman ve eğitim sağlaması, gibi yararları nedeniyle; gelişmiş ülkeler ise, dış pazarlara girebilmek ve sağladığı diğer avantajlar nedeniyle joint venture yatırımlarını⁽¹³⁾ tercih etmektedirler.⁽¹⁴⁾

Gerçek veya tüzel kişiler, ülke içinde veya dışında büyük sermaye gerektiren büyük taahhüt inşaat, onarım vb. işler için genelde joint venture'ları seçmektedirler.

Belli bir iş alanında uzmanlaşan firmaların o işi yürütebilecek makine, teçhizat, personel ve bilgi birikimi vardır. Örneğin bir hidroelektrik santralin yapılmasında, birbirinden çok farklı makine, teçhizat, personel ve teknik bilgiye ihtiyaç vardır. Baraj alanının hafriyat (kazı) işi için farklı makine ve ekipmana, gövde inşaatının yapılabilmesi için farklı ekipman ve bilgiye, santral tesislerinin kurulması için de başka özel teknik bilgi ve araçlara ihtiyaç duyulur. Böyle bir işte, bu tür ihtiyaçlar firmalar arasında joint venture oluşturularak karşılanabilir. Ayrıca bir işin belli bölümlerini ayrı ayrı yapan firmaların, aynı sahada iş yaparken uyumlu çalışabilmeleri için birbirine güvenen, sağlam firmalar olması işin niteliği icabıdır.⁽¹⁵⁾

Böylesine çeşitli teknik bilgi, personel, makine ve ekipman gerektiren işlerde joint venture'ların kurulmasında, çeşitli düşünceler etkili olmaktadır. Bunları başlıca şöyle sıralayabiliriz;

- Tek bir firmanın gücünü aşan işlerde finansal kaynak temini,
- Firmaların birbirlerinin teknolojilerinden yararlanma ihtiyacı,
- İşin büyük olan rizikosunu bölmek
- Yerli ortağın sahip olduğu ayrıcalıklardan yararlanmak düşüncesi.⁽¹⁶⁾

(13) Joint venture yatırımları doğrudan yatırımlardandır. Diğer doğrudan yatırım çeşitleri şunlardır: a) Tamamı ana işletmeye bağlı bir şubenin dış ülkede kurulması, b) Lisans hakkına bağlı bir işletmenin dış ülkede kurulması, c) Management (yönetim ve organizasyon) mukavelesine bağlı bir işletmenin dış ülkede kurulması. Bkz. BAHŞI, s.25.

(14) YILMAZ Cahit, s.13.

(15) AYDEMİR, s.35.

(16) TANDOĞAN, s.84.

Yabancı bir ülkeye en basit girme şekli olan şube açma olayı, her zaman en uygun yaklaşım değildir. Çünkü bu halde yüzde yüz mülkiyete sahip olunur. Birçok ülke milliyetçilik duyguları nedeniyle buna karşı çıkmaktadır. Özellikle gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkelerin bu düşünceleri nedeniyle, joint venture'lar pazara girebilmek için en uygun araç olarak ortaya çıkmaktadır. Gelişmiş ülkelerde ise en önemli faktör, risk paylaşımıdır. Riskler artıp rekabet şiddetlendikçe, ortaklık düşüncesi ağır basmaktadır.⁽¹⁷⁾ Öte yandan, sürekli olarak yenilenen teknolojiyi lisans yoluyla elde etmek oldukça masraflı ve güçtür. Joint venture'lar sayesinde, ortak bir araştırma-geliştirme ünitesi kurularak teknoloji transferi sağlanabilir. Yine joint venture'lar yabancı pazarlara girme konusunda oldukça elverişli bir vasıta-
dır. Üretilen ortak malın ülke içinde satışı yerli ortak tarafından üstlenilir. Yabancı ortak da dış satışlarla ilgilenir. Böylece yerli işletmeler dış pazarlarda satılabilecek düzeyde mal üretmeye yönlendirilir.⁽¹⁸⁾

BİRİNCİ BÖLÜM

JOINT VENTURE'UN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÇEŞİTLERİ

2. JOINT VENTURE'UN TANIMI VE UNSURLARI

I) TANIMI

Türk Hukukunda ve uygulamada joint venture'un Türkçe karşılığı olarak genelde "ortak girişim" deyiimi kullanılmaktadır.⁽¹⁹⁾

(17) ÖZALP-SALDIRANER-DEREKÖY, s.112; DEREKÖY, s.55.

(18) DEREKÖY, s.56.

(19) AKYOL, s.57; TEKİNALP-TEKİNALP, s.150; KAPLAN, s.3; POROY (Tekinalp-Çamoğlu), s.15; EREN, s.50; YILMAZ, Cahit, s.13; ÖZALP-SALDIRANER-DEREKÖY; s.106

Aslında; joint venture'un tanımlanması ve belli bir kalıba sokulması pek doğru bir yaklaşım değildir. Zira yukarıda giriş bölümünde de ifade ettiğimiz gibi; joint venture oluşturulmasını gerektiren sebeplerle, joint venture uygulamaları her hukuk düzeninde farklılık göstermektedir. İktisadi ve hukuki ihtiyaçlar neticesinde, ihtiyaca göre yapılanma zorunluluğu joint venture'un tanımlanmasını güçleştirmektedir. Bununla beraber aşağıda joint venture'un tanımı verilmeye çalışılmıştır.

Joint venture hukuki olduğu kadar aynı zamanda ekonomik bir kavramdır. Bu nedenle joint venture'un hukuki tanımını yapmadan önce, ekonomideki tanımına da bakmak gerekir.

Genel olarak, çokuluslu işletmelerin ortaklık şekliyle yabancı ülkelere girme faaliyeti ekonomide joint venture kavramıyla ifade edilmiştir.

En geniş anlamıyla joint venture "İki ya da daha fazla teşebbüsün, aksi bir durumda ayrı ayrı yerine getirmek durumunda oldukları bir şeyi birlikte yerine getirmek üzere akdettikleri herhangi bir anlaşma", en dar anlamıyla joint venture ise; "İki rakip firma tarafından, müştereken belirledikleri görevleri yerine getirmek üzere oluşturulan bir üçüncü teşebbüs" olarak tanımlanmıştır.⁽²⁰⁾

Yukarıda geniş ve dar anlamdaki joint venture tanımlarının ortasında yer alan başka bir tanıma göre joint venture; "birden fazla işletmenin araştırma-geliştirme, imalat ve dağıtım dahil, bir ekonomik faaliyeti yerine getirmek üzere işbirliği yapmak amacıyla kabul ettikleri anlaşmadır." ⁽²¹⁾

Joint venture, tabiri caizse bir teşebbüsteki bir başka girişim olarak da ifade edilmiştir.⁽²²⁾

Joint venture milletlerarası ticarete, "geçici sayılmayacak bir süre için yapılan her türlü işbirliği" olarak tanımlanmıştır.⁽²³⁾

Hukuki açıdan, joint venture'un üzerinde birlik sağlanmış hukuki bir tanımı bulunmamaktadır. Gerek mahkemeler, gerekse öğreti joint venture'a değişik açılardan yaklaşarak onu tanımlamaya çalışmışlardır. Zira joint venture şeklindeki iş birlikleri her somut olayın özelliklerine göre farklılıklar gösterebilmektedir.⁽²⁴⁾

(20) İNECİ, s.4.

(21) DEREKÖY, s.52.

(22) MARTİNEK, s.234.

(23) FRIEDMANN, W.G./KALAMANOFF, G./MONAGHAN, Th. E. Et PIRIE, J.C., s.6; DAYINLARLI, s.22'den naklen.

(24) KAPLAN, s.5

Joint venture bir sözlükte şu şekilde tanımlanmıştır; "Belli bir iş görmek ve kâr elde etmek amacıyla, ortaklaşa taahhülle oluşturulan şirket birleşmesi şeklindeki hukuki bir varlıktır." Aynı sözlükte joint venture ile ilgili bir diğer tanım ise şöyledir; "Kişiler veya şirketlerin, bazı ticari yatırımlar için ortaklaşa taahhülle oluşturduğu bir kurumdur. Bu kurumun ortakları genel olarak tüm varlığa katılıp riskleri paylaşır. Ortaklara, mukavele ile ortaklığın politikasını belirleme, yönetime katılma, kâr ve zarara iştirak ile değiştirilebilen görevlerde bulunma hakkı tanınmıştır." (25)

Bir başka sözlükte ise joint venture sözleşmesi şu şekilde tarif edilmektedir. "İki veya daha çok ortağın, kendi faaliyetlerini sürdürürken, belli bir işi görmek üzere sürekli veya geçici olarak bir şirket kurup bu şirkete kendi işletmelerinden teknik, mali ve ticari destek sağlamaları üzerinde anlaşmaları; mali amaçla ticari şirketi yürütmek için iki veya daha çok kişiden oluşan birlik; işbirliği; ortaklık; iş ortaklığı; belli bir amaçla bir araya gelen adi ortaklık" (26)

Avrupa Topluluğu şirketler hukukunda EWG Sözleşmesinin 85. maddesine göre joint venture; "iki veya daha çok birbirinden iktisaden bağımsız teşebbüslerce kurulan ve kontrol edilen bir teşebbüs" tür. (27)

Amerikan ve İngiliz Hukuk sistemleri joint venture'u, partnership ve corporation'dan ayırt etmek için şu şekilde tanımlamıştır: "İki veya daha fazla kişinin sadece bir işin gerçekleştirilmesi (icrası) için kâr elde etmek ve elde edilen kârı paylaşmak amacıyla oluşturdukları bir ortaklıktır." Bu tanım mahkeme içtihatları ve doktrin tarafından yapılmış bir tanımdır. (28)

Yargıtayımız da bir kararında hukuki bakımdan joint venture'un üzerinde birlik sağlanmış bir tanımının bulunmadığını belirtmiştir. Ancak bununla beraber, joint venture'un hukuki tanımının en azından genel sınırlarını çizmek gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre: "müşterek iş ortaklığı (joint venture), iki veya daha fazla sermaye katılımı bulunan teşebbüslerin belli bir sahada (sektörde) hizmet vermek ve bir amacı gerçekleştirmek için oluşturdukları bir teşebbüs ve ortaklıktır." (29)

(25) Black's Law Dictionary. S.T. Paul, Minn. West Publishing Co., 1990.

(26) YILMAZ. Ejder, Hukuk Sözlüğü, s.424, 5. bası, Ankara 1996

(27) Kommisson der EG, 13. Wettbewerbsbericht 1983, Ziff. 54; TSCHANI, SAG 1977 (49), s.89; KAPLAN, s.5'ten naklen.

(28) KAPLAN, s.50

(29) Yargıtay 13 HD., 20.10.1995, E. 95/7761, K. 95/8331.

Türk Hukukunda doktrinde joint venture çeşitli şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır. Genel bir tanıma göre joint venture; iki veya daha fazla işletmenin, belli bir müşterek amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir teşebbüs veya ortaklıktır. (30)

Başka bir yazar ise joint venture'u şu şekilde tanımlamıştır: "Joint venture veya joint adventure sınırlı bir konu veya kısa ve belli süreli bir iş için meydana getirilen bir ortaklık nev'idir." (31)

Yukarıdaki tanımların joint venture'u bütün yönleriyle ele alıp tanımladığını söylemek zordur. Zira her biri joint venture'un bir türünü veya bir yönünü ele almaktadır. Bütün bu tanımlardan yola çıkarak, joint venture'un sözleşmeye dayalı ve sermayeye katılımlı iki türünü de içine alan bir tanıma bize göre şöyledir: Joint venture, hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız en az iki gerçek veya tüzel kişinin, aralarında bir birlik meydana getirecek şekilde, belli bir ortak amaca ulaşmak ve kâr elde etmek için oluşturdukları ve müştereken yönettikleri, tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır.

II) JOINT VENTURE'UN UNSURLARI

Yukarıda vermeye çalıştığımız joint venture tanımları içerisinde, joint venture sözleşmesinin unsurlarını açıklama bakımından en uygun olanı, yapmış olduğumuz tanımdır. Bu tanıma göre joint venture; hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız en az iki gerçek veya tüzel kişinin, aralarında bir birlik meydana getirecek şekilde, belli bir ortak amaca ulaşmak ve kâr elde etmek için oluşturdukları ve müştereken yönettikleri, tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır. Bu tanımdan yola çıkarak, joint venture'un unsurları şöylece sayılabilir.

- Ortaklık unsuru

Joint venture'un varlığı için bağımsız organizasyona sahip bir ortaklık gereklidir. Bu ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunması zorunluluğu yoktur. Bu ortaklık adi ortaklık şeklinde kurulabileceği gibi ticari ortaklıklardan özellikle anonim veya limited ortaklık şeklinde de kurulabilir.

(30) POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s.15; KAPLAN, s.6

(31) İMREGÜN, s.32.

- Ortaklararası sözleşme unsuru

Joint venture akdi bir nitelik taşır. İki veya daha çok birbirinden hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız ortaklar, müşterek işbirliği yapmak üzere anlaşmışlardır. Joint venture sözleşmesinin kural olarak belli bir şekle bağlı olarak yapılması zorunluluğu yoktur.

- Kâr elde etme unsuru

Kural olarak, joint venture sözleşmesinde ortakların kâr ve zarara katılma oranları gösterilir. Kâr hakkındaki oran zarar içinde geçerlidir. Sözleşmede kâr ve paylaşılması konusunda özel hüküm yoksa eşitlik esası geçerli olur. Ayrıca elde edilen kârı paylaşmak joint venture'un niteliğinin bir icabıdır. Zira genelde joint venture tek iş için oluşturulmaktadır.

- Müşterek amaç unsuru

Joint venture'da ortaklar müştereken taahhüt edilen belli bir işi gerçekleştirmek üzere bir araya gelmektedirler. Joint venture'un amacı ve süresi sınırlıdır. Kural olarak joint venture'un süresi, amacıyla yani taahhüt edilen işin tamamlanması ile sınırlıdır. Yine kural olarak ortakların her biri tek başına, müşterek amaçta joint venture'un diğer ortaklarını temsil etmeye yetkilidir. Bununla beraber joint venture sözleşmesinde temsil konusunda özel hükümlere yer verilebilir.

- Müşterek yönetim unsuru

Ortaklar birbirine karşı bağımsız olmakla beraber, müşterek yönetimde bir hukuka bağlıdırlar. Ortaklar arasında uygulanacak kuralların başında, doğal olarak önce sözleşme hükümleri gelir. Daha sonra ise sözleşmenin tabi olduğu hukuk kuralları uygulanacaktır.⁽³²⁾

3. JOINT VENTURE'UN HUKUKİ YAPISI VE NİTELİĞİ

1) HUKUKİ YAPISI

Joint venture'un kuruluşu ve müteakiben icrası sadece ekonomik değil, aynı zamanda da hukuki açıdan kompleks ve çok kademeli bir görünüm arz eder. Bu görünüm içerisinde bir çok sözleşme yapılmaktadır.⁽³³⁾

(32) Bkz. KAPLAN, s.7.; DAYINLARLI, s.27

(33) MARTİNEK, s.219.

Joint venture'un hukuki niteliğini incelemeden önce, onun hukuki yapısına bakmak gerekir. Gerek sözleşmeye dayalı joint venture'larda, gerekse sermayeye katılımlı joint venture'larda, daima şu üç temel hukuki yapı bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla;⁽³⁴⁾

A) Temel Mutabakat (-Dar anlamda Joint Venture Sözleşmesi-, Müşterek İşbirliği Anlaşması, Esaslar Sözleşmesi, Pay Sahipleri Sözleşmesi, Ortaklar Sözleşmesi)

B) Müşterek İş Ortaklığı (Ortaklık Sözleşmesi, Esas Sözleşme)

C) Tabi Mutabakatlar-Satelit-Uydu Sözleşmeleri'dir.

Bir görüşe göre joint venture hukuki yapısı itibarıyla; temel sözleşme, ortaklık sözleşmesi ve satelit sözleşmelerden oluşan bir bileşik sözleşme-dir.⁽³⁵⁾ Diğer bir görüş ise joint venture'u bir sözleşmeler paketi olarak nitelendirmektedir.⁽³⁶⁾ Yine bir başka görüşe göre ise joint venture karma içerikli bir sözleşmedir.⁽³⁷⁾ Aslında her üç görüşte temelde aynı şeyi ifade etmektedir.

II) HUKUKİ NİTELİĞİ

Joint Venture'un hukuki niteliğini anlayabilmek için onun yukarıda belirttiğimiz 3 temel yapısını incelemek gerekir. Joint venture'un hukuki niteliği, içindeki her bir sözleşmenin hukuki niteliğine bağlıdır. Joint venture ilişkisinden kaynaklanan ihtilaflarda, uyuşmazlığın hangi sözleşme içinde ortaya çıktığı tespit edilip, uyuşmazlık bu kısımdaki hükümlere göre çözüme kavuşturulacaktır.⁽³⁸⁾

A) TEMEL SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1) Temel Sözleşmenin Muhtevası

Joint venture'un kuruluşundaki hukuki temel, ortaklar arasında imzalanılan temel mutabakat sözleşmesidir.⁽³⁹⁾ Joint venture sözleşmesinin temeli, esası, uygulanacak hükümlerin yer aldığı sözleşme bu kısımdır. Deyim yerindeyse asıl joint venture sözleşmesi bu bölümdür.⁽⁴⁰⁾ Temel mutabakat sözleşmesi âdeta tarafların anayasası niteliğindedir.

(34) KAPLAN, s.8.; TEKİNALP-TEKİNALP, ss.166-167.

(35) KAPLAN, s.8.

(36) DAYINLARLI, s.75.

(37) AKYOL, s.76

(38) KAPLAN, s.8.

(39) KAPLAN, s.15.

(40) AKYOL, s.72

Doktrinde temel mutabakat sözleşmesine, joint venture ilişkisi kurması sebebiyle temel sözleşme, esaslar sözleşmesi, pay sahipleri sözleşmesi, ortaklar sözleşmesi, müşterek işbirliği anlaşması, -dar anlamda- joint venture sözleşmesi gibi isimler de verilmiştir.⁽⁴¹⁾ Bizim bu çalışmamızda esaslar sözleşmesi, temel mutabakat, temel sözleşme terimleri aynı anlamda olmak üzere kullanılmıştır.

Joint venture'da (hem sözleşmeye dayalı, hem de sermayeye katılımlı türlerinde) taraflar, diğer bir deyimle muhtemel ortaklar arasında daima bir temel sözleşme imzalanır.⁽⁴²⁾ Bu temel sözleşme bir yandan taraflar arasında joint venture ilişkisi kurarken, diğer yandan da, tarafların hakları ve yükümlülükleri ile serbest iradelerini belirler.⁽⁴³⁾ Bu temel sözleşmede aşağıdaki şu hususlar yer alır:⁽⁴⁴⁾

- Joint venture'un kuruluş amacı ve faaliyet sahasının kapsamı,
- Tarafların sözleşmeye dayalı veya sermayeye katılımlı joint venture kurma yükümlülükleri,
- Joint venture'un hukuki biçimi,
- Kararların oluşmasında toplantı ve karar yeter sayıları,
- Joint venture'un yönetimi ve temsili,
- Tarafların joint venture'a katılma oranlarının tesbiti ve bunun güvence altına alınması,
- Joint venture'a kredi temini,
- Kârın dağıtımı,
- Joint venture ile ortaklar arasındaki hukuki ve iktisadi ilişkiler,
- Joint venture'da ortakların sorumlulukları,
- Ortaklık paylarının devri,

(41) Bkz. KAPLAN, s.8 vd.; DAYINLARLI, s.51 vd.; TEKİNALP-TEKİNALP, s.166 vd.; AKYOL, s.72 vd.

(42) KAPLAN, s.8.

(43) TEKİNALP-TEKİNALP, s.167.

(44) KAPLAN, s.8-9.

- Joint venture'un süresi ve sona erme sebepleri,
- Joint venture'dan doğan ihtilafların çözümünde tahkim kaydı, uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemeye ilişkin hususlar yazılı olarak düzenlenir ve imzalanır.

Temel sözleşmenin (esaslar sözleşmesinin) bir çok maddesi, kurulacak ortaklığın ortaklık sözleşmesine veya anonim ortaklık kurulacaksa esas sözleşmesine yansır. Ancak, ortaklık hukuku ile bağdaşmayan, bu sebeple ortaklık sözleşmesinde yer alması mümkün bulunmayan maddelerle, tarafların kendi aralarında kalmasını istedikleri maddeler esaslar sözleşmesinde bırakılır.⁽⁴⁵⁾

Joint venture'larda temel mutabakat (temel sözleşme, esaslar sözleşmesi, accord de base) çerçeve anlaşması niteliğindedir. Bunun yanında çerçeve anlaşmasındaki hükümlere aykırı olmayan tali bir takım tabi anlaşmalara (satelit sözleşmeler, uydu sözleşmeler, accord satellites) yer verilmektedir. Tabi anlaşmalar, temel mutabakat çerçevesinde oluşturulan anlaşmalardır. Çerçeve anlaşması, tali anlaşmaları aydınlatmakta ve onlara yol göstermektedir.

Çerçeve anlaşmasının başında bir "başlangıç" bölümü yer almaktadır. Bu bölüm, temel anlaşma ile tabi anlaşmaların hükümleri arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzlukları gidermek için yapılacak yorumda önemli rol oynar. Çünkü bu bölümde joint venture sözleşmesinin tarafları ile onların joint venture sözleşmesiyle güttükleri amaç açıklanmaktadır.⁽⁴⁶⁾ Başlangıç maddesi sadece konulduğu sözleşme üzerinde değil, mutabakatın tamamı üzerinde etkilidir.⁽⁴⁷⁾ Bu nedenle bazı maddelerin dar bir çerçeve içinde yorumlanmaması için joint venture sözleşmesinde amaçların kesin olarak belirtilmesi gerekir.⁽⁴⁸⁾ "Başlangıç maddesi sözleşmenin yapılmasına amil olan fikrin, sözleşmeye hakim olmasını sağlar".⁽⁴⁹⁾ Başlangıç maddesi, tarafların üçüncü kişilere tanıtılması işlevi yanında, sözleşmenin ne için akdedildiğini bilmek isteyen üçüncü kişilere karşı da mesajlar içerir.⁽⁵⁰⁾

(45) TEKİNALP-TEKİNALP, s.167.

(46) AKYOL, s.72; DAYINLARLI, s.2.

(47) DAYINLARLI, s.52.

(48) DAYINLARLI, s.53.

(49) DAYINLARLI, s.51.

(50) AKYOL, s.72; DAYINLARLI, s.52.

2) Temel Sözleşmedeki Şirketler ve Borçlar Hukuku'na İlişkin Unsurlar

Temel sözleşmede yer alan hususları incelediğimizde, hem adi ortaklık sözleşmesindeki unsurlara, örneğin, sözleşmenin çok taraflı oluşu veya müşterek gayenin gerçekleştirilmesine ilişkin hükümlere, hem de iki taraflı borçlar hukuku sözleşmelerine ilişkin kurallara, örneğin, tarafların iş ortaklığına katılma taahhüdü veya müşterek iş ortaklığının, ortak şirketlerle sate-lit sözleşmeler yapma taahhüdü vs. rastlamaktayız.

Bu durumda, temel sözleşmenin (mutabakatın) hukuki niteliğinin bir adi şirket mi, yoksa kendine özgü (sui generis) yapısı olan isimsiz akit türle-rinden birisi mi olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya verilecek ce-vap, borca aykırı davranışlar veya akdin devamı ve sona ermesi nedeniyle uygulanacak kurullarla yakından ilişkilidir.⁽⁵¹⁾

a) Temel sözleşmedeki şirketler hukukuna ilişkin unsurlar

Özel hukuk anlamında şirket'in genel tanımı⁽⁵²⁾ BK. m. 520'de veril-miştir. Buna göre; şirket bir akittir ki, onunla iki veya daha çok kimse, emek-lerini ve (veya) mallarını müşterek bir amaca ulaşmak için birleştirmeyi ta-ahhüt ederler. Bu tanıma göre şirketin unsurları şunlardır:

- Sözleşme unsuru (Sözleşme temeline dayanma),
- Şahıs (kişi) unsuru (Birden çok şahsın birleşmesi),
- Müşterek amaç unsuru.

Joint venture ile ilgili temel mutabakat sözleşmesi bu unsurlar açısın-dan değerlendirildiğinde, şu hususlar tespit edilir:⁽⁵³⁾

- Temel mutabakat, kural olarak yazılı bir sözleşmeye dayanır. Bu un-sur joint venture temel mutabakatında da bulunmaktadır.

- Joint venture temel mutabakatı, en az iki veya daha çok birbirinden iktisaden bağımsız gerçek veya tüzel kişi arasında imzalanır. Bu nedenle bir-den çok şahsın birleşmesi unsuru da temel mutabakat sözleşmesinde gerçek-leşmiş bulunmaktadır.

(51) KAPLAN, s.10.

(52) BK. m. 520, matlabı bakımından adi ortaklığın tanımını vermekte ise de, bu ta-nım aslında ortaklık akdinin genel tanımıdır. Aynı yönde bkz. POROY (Tekinalp\Çamoğ-lu), s.14.

(53) KAPLAN, s.10.

- Joint venture'un temel mutabakat sözleşmesinde taraflar, açık veya zımnî iradeleriyle müşterek bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelmektedirler.

Temel mutabakat sözleşmesinde, taraflar arasında müşterek iş ortaklığının kurulmasına ilişkin taahhütleri içeren hükümler vardır. Bu hükümler, şirketin hukuki biçimi, amacı, merkezi ve sermaye yapısına dair kuralları içerebilir. Bu durumda temel sözleşme, adi ortaklık hükümlerinin uygulandığı, kuruluş halinde şirket niteliğindedir.⁽⁵⁴⁾ Kuruluş halindeki sermaye şirketlerinde, tüzel kişilik kazanılıncaya kadar kurucular arasında teşekkül eden ortaklığa adi ortaklık hükümleri uygulanacaktır.⁽⁵⁵⁾

Temel mutabakatta düzenlenen, tarafların müşterek iş ortaklığını birlikte yönetme ve temsil etme iradeleri, kararların alınmasında öngörülen toplantı ve karar yeter sayıları, kâr ve zararın dağıtımına ilişkin hükümler, bu temel sözleşmenin adi ortaklık niteliğinde olduğunu göstermektedir.⁽⁵⁶⁾

b) Temel sözleşmedeki iki taraflı borçlar hukuku sözleşmelerine ilişkin unsurlar

İki taraflı borç doğuran sözleşmelerde borçlu, alacaklıya sözleşmede öngörülen edimleri gereği gibi zamanında ve yerinde ifa etmeyi taahhüt eder. İki taraflı borç doğuran sözleşmelerde, şirket sözleşmelerinin tersine, müşterek bir amaç söz konusu değildir. Taraflar edimlerini karşılıklı olarak ifa ederler. Şirket sözleşmelerinde ise taraflar edimlerini belli bir müşterek amaca ulaşmak için birleştirir. Borç sözleşmelerinde tarafların menfaatleri arasında zıtlık, şirket sözleşmelerinde ise paralellik ve müştereklik vardır.

Temel sözleşmedeki borçlar hukukuna ilişkin unsurlara örnek olarak şunları verebiliriz:⁽⁵⁷⁾

- Temel sözleşmede, tarafların kurulacak müşterek iş ortaklığından pay alma, müşterek iş ortaklığına emek ve sermaye koyma yükümlülükleri, karşılıklılık arzeden edimlerdenidir.

- Temel mutabakattaki tarafların kurulacak müşterek iş ortaklığına imalât yapma, malzeme temini, ödünç para verme, lisans ve know-how temin etme yükümlülüklerini ihtiva eden ön sözleşmeler, tarafların birbirleri lehine tanıdıkları payların önalımı, alımı ve geri alımı sözleşmeleri, birer borçlar hukuku sözleşmeleridir.

(54) KAPLAN, s.11.

(55) POROY (Tekinalp\Çamoğlu), s.15; ARSLAN, s.151.

(56) KAPLAN, s.11.

(57) KAPLAN, s.12.

Bir sözleşmedeki borçlar aslî borçlar ve yan borçlar olmak üzere iki grupta toplanır. Aslî borçlar, sözleşmenin tipini ve türünü belirleyen, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu birinci derecedeki aslî edimlerdir.⁽⁵⁸⁾ Yan borçlar ise, aslî edimin ifasını kolaylaştıran ve onun istenilen nitelikte olmasını sağlayan talî, ikinci derecedeki edimlerdir. Temel mutabakat sözleşmesindeki borç sözleşmeleri niteliğindeki taahhütler, yan edim niteliğindedir. Yani temel mutabakatın hukuki niteliğini belirlemede etkilerinin ağırlığı bulunmamaktadır.⁽⁵⁹⁾

3) Temel Sözleşmenin "Adi Şirket Sözleşmesi" Niteliği

Temel sözleşmenin muhtevasında hem şirket sözleşmesine hem de iki taraflı sözleşmeye has kurallar ve unsurlar bulunmaktadır. Ancak şirket sözleşmesiyle ilgili kurallar ve unsurlar daha ağır basmaktadır.

Temel sözleşmedeki Borçlar Hukukuna ait ifa yükümlülükleri değiş-tokuş niteliğinde olmayıp, daha çok ortaklık yükümlülüğü karakterini taşımaktadır.⁽⁶⁰⁾ Ayrıca şirket sözleşmesinde ortaklara ait borçlandırıcı yükümlerin varlığı onun iki taraflı sözleşme olarak nitelendirilmesini gerektirmez.⁽⁶¹⁾

Doktrinde temel sözleşme (joint venture sözleşmesi) hukuki niteliği itibariyle şirket sözleşmesi, yani "adi ortaklık" olarak nitelendirilmiştir.⁽⁶²⁾

Yargıtayımız da, verdiği bir kararda⁽⁶³⁾ somut olaydaki joint venture'u sermaye katılımı bulunan teşebbüslerin kurduğu bir ortaklık olduğunu belirtmiştir.

(58) Örneğin, satım akdinde satıcının, satılan malı alıcıya teslim ve mülkiyeti ona geçirme, buna karşılık alıcının satış parasını satıcıya ödeme, kira akdinde kiralayanın ödeyeceği bir para karşılığında bir şeyin kullanılmasını kiracıya terketme, hizmet akdinde işçinin ücret karşılığında işverene belirli veya belirsiz bir süre için hizmet etme borçları birer aslî edimdir.

(59) KAPLAN, s.12.

(60) KAPLAN, s.12.

(61) KAPLAN, s.13.

(62) DAYINLARLI, s.179,185; EREN, s.50; KAPLAN, s.13; AKYOL, s.75; İMREGÜN, s.32; POROY(Tekinalp-Çamoğlu), s.15; TEKİNALP-TEKİNALP, s.155. Ayrıca, hukukumuzda Kurumlar Vergisi Kanununda 4.12.1985 tarihinde yapılan değişikliğin gerekçesinde, joint venture'un adi şirket niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. (Bkz. TBMM Tutanak Dergisi S. sayısı, 357, s.18)

(63) Yargıtay 13 HD., 20.10.1995, E. 95/7761, K. 95/8331.

Hukukumuzda, BK. m. 520 fıkra 2'ye göre "Bir şirket, Ticaret Kanununda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını haiz değil ise bu bap ahkâmına tabi adi şirket sayılır." Yani bu hükme göre, bir ortaklık, Ticaret Kanunundaki ortaklık tiplerinin niteliklerini taşııyorsa, adi ortaklıktır. Doktrinde, ortaklık tiplerinin kanunla tespit edilmiş olduğu, numerus clausus ilkesine bağlı bulunduğu, bunun neticesinde Türk Hukuk sisteminde ortaklıklar için adi ortaklık veya ticarî ortaklıklar dışında üçüncü bir şıkkın olmadığı ifade edilmiştir.⁽⁶⁴⁾

Adi ortaklığın uygulama alanı çok geniştir. Meselâ üç beş hayvan üzerindeki ortaklıktan, tarım alanındaki yarıcılığa, çeşitli alanlarda faaliyet gösteren joint venture'lara, konsorsiyumlara, kartellere, oy sözleşmelerine, çift ortaklığa vs. bir çok alanda adi ortaklığa ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Yine bütün ön ortaklıklar, yani kurulmakta olan ve henüz tüzel kişilik kazanmamış ticaret ortaklıklarında, ortaklar arasındaki ilişki adi ortaklıktır.⁽⁶⁵⁾

Daha öncede yukarıda ifade ettiğimiz gibi joint venture'a işin mahiyeti elverdiği ölçüde BK. m.520-541'deki adi ortaklığa ilişkin hükümler uygulanacaktır. Durum böyle olmakla beraber joint venture ile adi ortaklık arasında bazı ufak farklılıklar da vardır. Meselâ;

- BK. m. 520 fıkra 1'deki adi ortaklığın tanımında, müşterek gayenin iktisadî olup olmadığı belirtilmemiştir. Buradan hareket ederek müşterek gayenin iktisadî olabileceği gibi ideal nitelikte de olabileceği sonucuna varabiliriz.⁽⁶⁶⁾ Yani adi ortaklıklar ideal amaçlar için de kurulabilir. Oysa joint venture'lar uygulamada sadece iktisadî (kâr elde etmek ve kârı paylaşmak) amaçla kurulmaktadır.

(64) KARAYALÇIN, s.87.

(65) POROY(Tekinalp-Çamoğlu), s.42; KARAYALÇIN, s.131,132; Ayrıca, MK. m. 55'e göre kanunen şahsiyet kazanması mümkün olmayan veya henüz şahsiyet kazanmamış bir şahıs topluluğuna adi şirket hükümleri uygulanır. Yine, birden fazla kimse tarafından meydana getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa bu eser sahipleri birliğine de adi ortaklık hükümleri uygulanır.

(66) Nitekim İsviçre hukukunda adi şirketin iktisadi olmayan gayeyi gerçekleştirmek, hatta kamuya faydalı bir hizmet için de kurulabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. KARAYALÇIN, s.126 dipnot (1)

- Adi ortaklıklar devamlı faaliyette bulunmak üzere kurulabileceği gibi, tek işler için de kurulabilir. Hatta BK'nun adi ortaklığı düzenleyen 520 ve devamı maddelerine bakıldığında, (adi ortaklık ile ilgili hükümlerin daha çok geçici nitelikte ve "tek iş"ler için daha uygun olduğu görülmektedir.⁽⁶⁷⁾ Ancak uygulamada joint venture'lar "tek iş"ler için kurulurken, adi ortaklıklar sürekli bir ortaklık biçimindedir. Yani adi ortaklık belli bir işi yapıp sonuçlandırdıktan sonra ortaklığı sona erdirmek amacıyla kurulmazlar. Burada adi ortaklığın joint venture'dan farkı, süreklilik unsurudur.⁽⁶⁸⁾

4) Temel Sözleşmeyi "Adi Ortaklık" Olarak Nitelendirmenin Hukuki Sonuçları

Temel sözleşmeyi adi ortaklık olarak nitelendirmenin hukuki sonuçlarını şöylece özetleyebiliriz;⁽⁶⁹⁾

- Tarafların temel sözleşmeden doğan borçlarına aykırı davranışlarında, Borçlar Kanununun iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin özellikle 81. maddesindeki ödemelik def'i, 82. maddesindeki, borçlunun borcu ödemekten aczi halinde alacaklının ifadan imtina ve teminat talebi ve akdi fesih hakkı, 106 ve 108. maddelerdeki borçlunun temerrüdü halinde alacaklının hakları, 117. maddesindeki kusursuz imkansızlık halinde borcun düşmesine dair hükümler uygulanmaz. Örneğin, temel mutabakatı imzalayan (A) ve (B) şirketlerinden (A), müşterek iş ortaklığı ile yapmayı taahhüt ettiği satelit sözleşmelerini yapmazsa, (B) şirketi kendi taahhüt ettiği satelit sözleşmelerin imzalanmasını, BK.'nun 81. maddesindeki ödemelik def'ini ile ri sürerek reddedemez.

- Temel sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde, tarafların (ortakların) alacağı kararlar için ilke olarak oybirliği gereklidir (BK. m.524).

- Müşterek iş ortaklığına (joint venture) diğer ortakların onayı olmaksızın yeni bir ortak alınması mümkün değildir (BK. m.532/1).

- Temel sözleşmenin sona ermesi hakkında, BK.'nun adi ortaklığın sona ermesine ilişkin 535 vd. maddeleri uygulanır.

- Müşterek iş ortaklığı (joint venture) temel sözleşme ile kurulmuş bulunan "adi ortaklığın " ortağı değildir. Zira adi şirketin ortağı olabilmek için, ortağın şirketin müşterek amacının gerçekleşmesinde olumlu bir katkısının

(67) Nitekim Karayalçın da adi şirketin nisbeten kısa zamanda gerçekleşecek ve organizasyon gerektirmeyen müşterek iktisadi amaçlar için uygun bir şirket şekli olduğunu ifade etmiştir. (s.131.)

(68) AYDEMİR, s.36.

(69) KAPLAN, s.13-14.

bulunması şarttır. Oysa müşterek iş ortaklığı, adi ortaklığın amacının gerçekleşmesi için kurulmuştur. Bundan dolayı adi ortaklığa bağımlıdır ve adi ortaklığın müşterek gayesine ulaşmasında müspet bir etkisi bulunmamaktadır.

B) MÜŞTEREK İŞ ORTAKLIĞI SÖZLEŞMESİ (ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ)

Taraflar arasında joint venture ilişkisi kuran temel mutabakat sözleşmesi yanında (ve onun içerisinde) bir de ortaklık sözleşmesi (müşterek iş ortaklığı sözleşmesi) bulunmaktadır. Bu sözleşme temel sözleşmenin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Temel sözleşmesinin bir çok hükmü kurulacak ortaklığın ortaklık sözleşmesine (anonim ortaklık kurulacaksa esas sözleşmesine) yansır.⁽⁷⁰⁾

Taraflar "temel mutabakat" sözleşmesinde, müşterek amaca ulaşmak için bir müşterek iş ortaklığı kurmayı taahhüt ederler. Taraflar arasında temel mutabakatta, müşterek iş ortaklığı için kurulması düşünülen şirket tipi hakkında hükümler bulunabilir. Müşterek iş ortaklığının şahıs şirketlerinden kollektif ve komandit şirket biçiminde veya sermaye şirketlerinden anonim veya limited şirket veya kooperatif⁽⁷¹⁾ biçiminde kurulması öngörülebilmektedir. Bu durumda müşterek iş ortaklığının niteliği bir özel şirket türüne göre belirlenir. Bunun neticesinde, müşterek iş ortaklığına şirkete dair ana sözleşme ve Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır.⁽⁷²⁾

Doktrinde bir yazar, müşterek iş ortaklığı sözleşmesini, pilot şirket statüsü olarak adlandırmaktadır. Ona göre, bu pilot şirketin ana sözleşmesi tabii mutabakatların en önemli ekidir. Tarafları böyle bir usûlü seçmeye zorlayan en önemli neden, üçüncü şahıslara karşı joint venture ortaklarının sorumluluğunun sınırlanmasıdır.⁽⁷³⁾

Kurulacak müşterek iş ortaklığının (pilot şirketin) türünün seçimi hususunda joint venture ortakları geniş bir özgürlüğe sahiptir. Ancak bu seçim her şeyden önce joint venture'un konusuna bağlıdır. Seçilen tür adi ortaklık biçiminde olabileceği gibi, ticarî ortaklık şeklinde de olabilir. Uygulamada ticarî ortaklıklardan, daha çok anonim şirket türüne başvurulmaktadır.

(70) TEKİNALP-TEKİNALP, s.167.

(71) Joint venture teşkilinde kooperatif şirket türüne başvurulması mümkün görülmemektedir. Özellikle Fransız Hukuku ve bu hukuku örnek alan diğer hukuklar açısından durum böyledir. Bkz. DAYINLARLI, s.88.

(72) KAPLAN, s.14.

(73) DAYINLARLI, s.80.

Çünkü anonim şirkette, ortaklarla şirket arasında belli bir mesafe vardır. Bu durum, şirketin faaliyeti riskli işlere ilişkin olduğu zaman önem kazanır. Ayrıca, anonim şirketin ana (esas) sözleşmesi, temel mutabakat hükümlerini en çok yansıtmaya müsait olan bir belgedir. Örneğin, genel kurula iştirak edenlerin gücü, şirketin yönetimi ve temsiline en fazla anonim şirketlerde yansır. Diğer bazı sebepler de başka tür şirketlere başvurmayı engellemektedir. Buna örnek olarak tüzel kişilerin kollektif şirkete ortak olamamalarını verebiliriz. Zira kollektif şirket sadece gerçek kişiler arasında kurulabilir.⁽⁷⁴⁾

Temel mutabakatta, taraflar arasında kurulması düşünülen ortaklığın hukuki biçiminden bahsedilmemiş, sadece ortaklığın temsili ve idaresi, sona erme sebepleri düzenlenmişse, bu tür müşterek iş ortaklığı bir "adi ortaklık" niteliğindedir (BK.m.520/II).⁽⁷⁵⁾

C) TABİ MUTABAKATLAR-UYDU (SATELİT) SÖZLEŞMELERİ

Tabi mutabakatlar için bazı yazarlar "uydu mutabakatlar" (accords satellites) deyimini de kullanmaktadır. Temel mutabakat oluşturulunca, artık bu oluşum tabi mutabakatların bir merkezi haline gelmektedir. Yani tabi mutabakatlar, temel mutabakatın etrafında birer uydu görünümünü almakta, bu sebeple "uydu mutabakat" olarak adlandırılmaktadır.⁽⁷⁶⁾

Joint venture'un kuruluşundaki hukuki temel, ortaklar arasında imzalanmış bulunan temel mutabakat sözleşmesidir. Uydu (satelit) sözleşmeleri ise temel mutabakattaki hükümler çerçevesinde müşterek iş ortaklığı ile bunun ortakları arasında kurulmuş bulunan değişik muhtevalı sözleşmelerdir.⁽⁷⁷⁾

Bir yazar tabi mutabakatları (uydu-satelit sözleşmeleri) "diğer sözleşmeler" olarak nitelendirmektedir.⁽⁷⁸⁾ Bir başka yazar ise, tabi mutabakatları, taraflar arasında ve üçüncü kişilerle yapılan "değişim sözleşmeleri" olarak ifade etmektedir.⁽⁷⁹⁾

(74) DAYINLARLI, s.83.

(75) KAPLAN, s.15.

(76) DAYINLARLI, s.75.

(77) KAPLAN, s.15.

(78) TEKİNALP-TEKİNALP, s.167.

(79) MARTİNEK, s.220.

Uydu (satelit) sözleşmeleri, joint venture'un konusuna göre, müşterek iş ile ilgili lisans sözleşmesi, marka lisansı sözleşmesi, patent lisansı sözleşmesi, teknik yardım ve mühendislik sözleşmesi ve satım sözleşmesi gibi sözleşmelerdir.⁽⁸⁰⁾

Burada tabi mutabakatlar ile temel mutabakat arasındaki hukuki ilişkiyi incelemeyi gerek görmekteyiz

1) Temel Mutabakatla Tabi Mutabakatlar (Uydu Sözleşmeleri-Satelit Sözleşmeleri) Arasındaki Hukuki İlişki

Joint venture bir sözleşmeler paketi olduğuna göre, bunlar arasında hiyerarşik bir düzenin bulunması gerekir. Temel mutabakat taraf iradelerinin bir ifadesidir. Tabi (uydu-satelit) mutabakatlar ise temel mutabakat çerçevesinde oluşturulan anlaşmalardır. Temel mutabakat ile tabi (uydu) mutabakat arasında bir uyumsuzluk çıkabilir. Bu takdirde bu uyumsuzluğun, kural olarak temel mutabakata uyulmak suretiyle giderilmesi gerekir.⁽⁸¹⁾ Kural olarak dediğimize göre bu kuralın istisnaları da olacaktır. Örneğin, şirket sözleşmesinde doğal olarak hakim olan çoğunluk ilkesiyle, temel mutabakatta hakim olan eşitlik ilkesi arasında uyumsuzluk meydana gelebilir. Bu durumda, temel mutabakat hükümlerine aykırı karar alınması mümkündür. Çünkü, şirketler hukukundaki emredici hükümlerin aksi kararlaştırılmaz. Tarafların bu hükümlere kanunen uyma mecburiyeti vardır. Bu nedenle emredici hükümlere aykırı olan temel mutabakat hükümleri uygulama dışı kalır.⁽⁸²⁾

Uydu (satelit) sözleşmeleri ile temel mutabakat sözleşmeleri arasındaki hukuki ilişkiyle ilgili bazı görüşler özetle şöyledir:⁽⁸³⁾

- Uydu (satelit) sözleşmelerinin yapılmasını öngören temel mutabakattaki hükümler, uydu sözleşmeleri açısından bir ön sözleşme (sözleşme yapma vaadi) niteliğindedir ve hukuki açıdan satelit sözleşmelerinden bağımsızdır.

- Temel sözleşme ve uydu sözleşmelerinin taraflarının değişik şahıslar olması ve borç doğuran sözleşmelerin sadece taraflar arasında hüküm doğurması prensibi, her iki sözleşme grubunun genel olarak hukuken birbirinden bağımsız olduğunu gösterir.

(80) TEKİNALP-TEKİNALP, s.167; KAPLAN, s.15.

(81) DAYINLARLI, s.75.

(82) DAYINLARLI, s.78.

(83) KAPLAN, s.15-17.

- Genel olarak temel mutabakat sözleşmesi, gerek müşterek iş ortaklığı sözleşmesi gerek uydu (satelit) sözleşmeleri açısından, bir çerçeve niteliğindedir. Uydu (satelit) sözleşmeleri ise temel mutabakatın satelit sözleşmelerin yapılmasını öngören ve ön sözleşme niteliğinde olan hükümlerindeki hususların ayrıntılarını düzenleyen, hukuki bakımdan bağımsız birer sözleşmedir.

- Taraflar, her bir uydu (satelit) sözleşmesinin bağlayıcılığını, temel mutabakat gereğince diğer uydu sözleşmelerinin imzalanması şartına bağlayabilir. Hukuki açıdan bunun anlamı şudur; uydu sözleşmelerinin hüküm ve sonuçlar doğurması, tüm müşterek iş ortaklığı ortaklarının temel mutabakat- ta öngörülen tüm uydu sözleşmelerini imzalamaları zımnî taliki şartına bağlıdır.

- Temel mutabakat, uydu sözleşmelerinin yapılması için BK.24/I,4 anlamında bir saiktir. Yani, taraflar arasında temel mutabakatın varlığı, uydu sözleşmelerinin yapılmasının sebebi ve temelidir. Örneğin, patent, marka lisans sözleşmesi niteliğindeki satelit sözleşmelerinin yapılması taraflar arasındaki müşterek iş ortaklığından kaynaklanmaktadır. Temel sözleşme herhangi bir nedenle geçersiz sayılırsa, müşterek iş ortaklığı ortağı pekala bu ortaklıkla yaptığı patent devrine ilişkin uydu sözleşmesinin BK.nun 24. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinde düzenlenmiş bulunan "akdin lüzumlu vasıflarında hata" sebebiyle iptalini talep edebilir.

- Uydu sözleşmelerinin kendi aralarındaki hukuki ilişkileri bakımından, müşterek iş ortaklığı ile ortaklardan her biri ile bağımsız olarak yapılan bu sözleşmeler, kural olarak birbirinden bağımsız iki tarafa borç yükleyen, Borçlar Kanununun özel ve genel hükümlerine tabi sözleşmelerdir. Ancak, somut olayın özelliklerinden kaynaklanan istisnalar da mevcuttur.

2) Joint Venture'a Tahsis Edilen Vasıtalarla İlgili Tabi Anlaşmalar

Tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir joint venture'a çeşitli şekillerde vasıtalar temin edilmektedir. Joint venture'un emrine personel tahsis etme, malzeme, makine veya yer kiralama, finansman mutabakatı, teknoloji transferi, hammadde veya parça ihzarı sözleşmeleri, joint venture'un ürünlerini alım ve satım için çerçeve anlaşmaları, dağıtım sözleşmeleri, joint venture'un işleteceği tesisleri inşa için sözleşmeler yapma bunlar arasında sayılabilir. Bu sözleşmeler, klâsik türdeki sözleşmelerdendir.⁽⁸⁴⁾

(84) DAYINLARLI, s.97.

Tabi mutabakatlar içerisinde değerlendirebileceğimiz özel bir ayrı sözleşmede yatırım sözleşmesidir. Bu sözleşme vasıtasıyla misafir olunan ülkenin hükümeti, yatırımcıya döviz hukuku açısından kârların kendi ülkesine transfer edilebilmesi ve aynı zamanda kamulaştırmadan koruma ve alt yapı önlemleri konusunda belirli garantiler vermektedir. Yatırım tasarımı-
nın çerçeve koşulları konusundaki böylesi bir yatırım sözleşmesi münferit durumlarda daima bir joint venture tasarımı garanti etmek zorunda değildir. Bu, çoğunlukla gelişmekte olan ülkelerdeki joint venture'larda görülür. Bu ülkelerde yatırımcı, misafir olunan ülkenin hükümetiyle bir sözleşme vasıtasıyla döviz, vergi, iş, kartel, şirketler hukukundaki değişikliklere karşı haklarının korunmasına ilişkin garantiler ister.⁽⁸⁵⁾

4. JOINT VENTURE'UN ÇEŞİTLERİ

İş hayatının ihtiyaçları neticesinde doğan joint venture sözleşmeleri-
ne uygulamada bir çok sahada rastlanmaktadır. Örneğin, petrol ve maden iş-
letmeciliğinde, müşterek araştırma ve imalat alanlarında, bankaların grup-
laşmalarında, inşaat sektöründe, yatırım alanlarında çeşitli joint venture'lar
karşımıza çıkmaktadır.

Joint venture'un karmaşık görüntüsü içerisinde benzerlikler kurmak
ve bunları sınıflandırmak oldukça zordur. Bu da joint venture'ların çeşitlili-
ğini ve uygulama imkânlarının genişliğini göstermektedir.

Joint venture'ları, ortaklarının tabiiyetlerine ve kuruluş şekillerine gö-
re bir tasnife tabi tutmak mümkündür.

I) ORTAKLARININ TABİİYETİNE GÖRE JOINT VENTURE ÇEŞİTLERİ

A) ULUSAL JOINT VENTURE'LAR

Ulusal joint venture ile kastedilen, aynı ülke tabiiyetinde olan iki veya
daha fazla gerçek veya tüzel kişinin oluşturduğu joint venture'lardır.⁽⁸⁶⁾
Bunlar sık rastlanılan ve önem taşıyan joint venture sözleşmesi türleridir.

(85) MARTİNEK, s.220.

(86) BAŞARTAN, s.106.

B) ULUSLARARASI JOINT VENTURE'LAR (KARMA JOINT VENTURE'LAR)

Uluslararası joint venture'larda taraf şirketlerden en azından bir tanesi misafir olunan ülkeden, diğeri veya diğeri ise bu ülke dışından bir tabiiyete sahip olan şirketlerdir. Bu türdeki joint venture'lar doktrinde en çok ilgi çeken ve çoğu zaman joint venture şirketleri denildiği zaman ilk akla gelenleridir. Çoğu kere diğeri sınıflandırmalar gözardı edilerek joint venture şirketleri bu anlamda tanımlanır.⁽⁸⁷⁾ Uluslararası joint venture'lara karma joint venture'lar da denilebilir. Ancak yaygın kullanım şekli "Uluslararası (International) Joint Venture" dir.

Joint venture'lara en sık rastlanılan ve asıl ihtiyaç duyulan alan uluslararası ilişkilerdir.⁽⁸⁸⁾ Acaba, bir ilişkiyi joint venture olarak nitelendirebilmek için taraflardan en az birinin yabancı kişi veya kurum olması zorunlu mudur? Doktrinde de benzer bir soru sorularak, bu sorunun cevabı diğeri bazı ülkelerdeki uygulamalar dikkate alınarak cevaplandırılmaya çalışılmış ve şu örnekler verilmiştir.⁽⁸⁹⁾

"ABD'nde joint venture'dan bir yabancı yatırımcının imalât ve hizmet sektörlerinde araştırma-geliştirme maksadı ile veya gayrimenkulden faydalanılmasına yahut tabii kaynakların işletilmesine ilişkin olarak ABD'ne mensup bir yatırımcı ile kurduğu şirket anlaşılır."

SSCB'de uygulanan 13 Ocak 1987 gün ve 49 sayılı joint venture kararnamesinin 4. maddesi uyarınca, eski Sovyetler Birliği topraklarında joint venture ancak tüzel kişiliği haiz yabancı uyruklu şirketlerle yine tüzel kişiliği haiz Sovyet şirketleri arasında kurulabiliyordu.

Fransa'da ise, milletlerarası plandaki çeşitli işlerin gerçekleştirilmesi için şirketlerarası işbirliğine (coopèration inter-entreprises), 'ortak girişim' (joint venture) denilmektedir.

Doktrinde bu örnekler verildikten sonra şu görüş ifade edilmiştir.⁽⁹⁰⁾

"Yukarıda verdiğimiz açıklamalarda ortak olan husus, bir işbirliğine joint venture diyebilmek için onun yabancı yatırımcılarla yerli yatırımcılar arasında belli bir işin ifasına ilişkin olması gereğidir. Bu anlam joint venture deyiminde yatan 'ortak macera' kavramına daha uygun düşer."

(87) BAŞARTAN, s.107.

(88) AKYOL, s.57.

(89) DAYINLARLI, s.177-178.

(90) DAYINLARLI, s.178.

Gerçekten günümüzde joint venture olarak adlandırılan ekonomik işbirliği ilişkileri, uluslararası faaliyetlerde daha yaygın olarak kullanılmaktadır. Uygulamada pek çok ülkede (ABD, Fransa vs.) joint venture, yabancı kişi ve kurumlarla yapılan işbirliğini ifade etmektedir.

Ancak, biz kısmen doğru olmakla beraber, bu görüşe bütünüyle katılmıyoruz. Zira, bu şekildeki bir nitelendirme dünya ekonomilerinin bütünleşme sürecine yönelik en uygun yaklaşım olması nedeniyle kabul görmektedir. Joint venture faaliyeti esas itibarıyla iki şirketin diğer faaliyetleri yanında yeni bir şirket oluşturmaları veya bir organizasyona ihtiyaç olmaksızın ortaklaşa taahhütte bulunmaları olduğuna göre, bu nitelendirme bize göre joint venture'un sınırlarını daraltmaktadır. Ayrıca böyle bir nitelendirme joint venture kavramı içinde mevcut olsaydı, "uluslararası joint venture" (international joint venture) kavramının ortaya atılmasına ve kullanılmasına gerek görülmezdi.

Ülkemizde de joint venture denildiği zaman daha ziyade ortaklardan en az birisinin yabancı uyruklu olduğu yeni bir ortaklık anlaşılmaktadır.⁽⁹¹⁾ Türk Hukukunda joint venture'un bu tarzda anlaşıldığı şu şekilde ifade edilmiştir:⁽⁹²⁾ "5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 4.12.1985 gün ve 3239 sayılı Kanunla değiştirilen 18. maddesinin gerekçesinin incelenmesinden bu sonuca varmak kabildir.⁽⁹³⁾ Gerekçede Türkiye'nin dış dünya ile olan ekonomik ilişkilerinin artması sonucu joint venture şeklindeki kuruluşların giderek yaygınlaştığına işaret edilmiştir. Bu da kanun koyucunun yabancılarla joint venture kurulabileceğini kabul ettiğini gösterir. Esasen kanun koyucu joint venture'a yabancı yatırımcıların ortak olarak katılacağını düşünmese idi, gerekçede böyle bir ifadeye yer vermezdi."

(91) BAŞARTAN, s.101.

(92) DAYINLARLI, s.178-179.

(93) Madde 3- Kurumlar Vergisi Kanununda yapılan değişikliklerin madde gerekçesi:

1) Bu hükümle, Kanunun birinci maddesine "iş ortaklıkları" eklenmektedir. Türkiye'nin dış dünya ile olan ekonomik ilişkilerinin artması sonucu iş ortaklığı (joint venture) şeklindeki kuruluşların sayısı giderek artmaktadır. Bu kuruluşlar kazancı paylaşmak amacıyla kurulan ortaklıklar olup, belli bir işin birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmektedirler. Diğer bir anlatımla; her ortak işin belli bir bölümünün yapımını taahhüt etmeyip (konsorsiyum) topluca işin tamamını müştereken yapacaklarını taahhüt etmektedirler. Şahıs şirketleri veya gerçek kişilerin kurumlarla veya kurumların kendi aralarında oluşturdukları bu tür ortaklıklar yürürlükteki mevzuatımıza göre adi ortaklık sayılmaktadır. Bu durum vergileme açısından büyük problemler çıkarmaktadır. Bu tür kuruluşları vergi mevzuatı yönünden disiplin altına almak amacıyla bu ortaklıkların kurumlar vergisi kapsamına alınması öngörülmüştür. (Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi S. sayısı: 357 s.18.)

Bize göre, gerekçedeki ifade böyle olmakla beraber, gerek KVK'nda gerek Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri no:31) de aralarında hiç yabancı ortak bulunmayan Türk şirketlerinin KVK'nun mükerrer 6.m.sinde tanımlanan iş ortaklığı niteliğinde bir joint venture kurmalarını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer bir deyimle Türk hukukunda, joint venture'un ortaklarından en az birisinin yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişi olması zorunluluğu yoktur.

Ülkemizde, uluslararası joint venture şeklinde faaliyet gösteren joint venture'lara sıkça rastlanmaktadır. Sabancı ve Toyota'nın otomotiv imalat sektöründe oluşturdukları "Toyota SA" ülkemizden verilebilecek bir örnektir.

Uluslararası joint venture'lar genellikle, büyük miktarda finansman gerektiren ve halkın refahı, sağlığı ve güvenliği için yapılan büyük projelerin gerçekleşmesine hizmet ederler. Bu nedenle genelde ülkenin resmi bir müessesesi joint venture'a ortak olur. Örneğin ülkemizde faaliyet gösteren ve bir süre öncesine kadar F-16 savaş uçaklarının imalatı ile uğraşan "TAI" bu türde faaliyet gösteren bir joint venture'dır.⁽⁹⁴⁾

Uluslararası joint venture'ları devletler arasında yapılan joint venture sözleşmeleri ve devletlerle özel kişiler arasında yapılan joint venture sözleşmeleri olarak ikiye ayırmamız mümkündür.

1)Devletler Arasında Yapılan Joint Venture Sözleşmesi

Devletler arasındaki joint venture'larda tarafların niteliği gereği şu iki husus göz önünde bulundurulmalıdır. Birincisi, joint venture ortakları arasında varılacak bir mutabakat metni ile müşterek şirketin teşkilatının düzenlenmesidir. İkincisi ise devletlerarası ilişkilerde tam eşitlik ilkesine riayet etme zorunluluğudur.

Devletler oluşturacakları bir joint venture'dan kısa sürede kazanç elde etme yerine, milli ekonomilerinin veya kamu hizmetinin gelecek yıllar için gelişmesi amacını güderler.⁽⁹⁵⁾ Devletler arasında oluşturulan bir joint venture başlıca şu özelliklere sahiptir.⁽⁹⁶⁾

(94) BAŞARTAN, s.107.

(95) DAYINLARLI, s.36.

(96) DAYINLARLI, s.37-39.

a) Oluşumundaki özellik

Herşeyden önce devletler arasındaki böyle bir işbirliği bir anlaşmaya dayanır. Çoğu kez bu anlaşma, akit devletler arasında belli bir işin gerçekleştirilmesi için bir joint venture kurulması amacı ile yapılmış bir sözleşmeden ibarettir. Buna örnek olarak, Fransa ve İtalya arasında Mont-Blanc tüneli hakkında yapılan anlaşmayı verebiliriz.

b) Joint venture'un tipindeki özellik

Devletler arasında oluşturulan joint venture'larda da tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan joint venture tiplerine rastlanır. Ancak uygulamada daha çok ilgili devletler tarafından bu iş için kurulan, tüzel kişiliği bulunan bir joint venture oluşturulur.

c) Uyuşmazlıkların çözümündeki özellik

Özel kişiler arasında oluşturulan joint venture'larda çoğu kez bundan doğacak uyuşmazlıkların halli için, tahkime müracaat edileceği kararlaştırılır. Fakat bir çok hukuk düzeninde devletin tahkim yoluna başvurması çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde en doğal yol, Milletlerarası Adalet Divanı'na başvurmaktır. Uygulamada devletler arasında yapılan bir çok joint venture'larda uyuşmazlıkların halli için bu yola başvurulacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır.

2) Devletlerle Özel Kişiler Arasında Yapılan Joint Venture Sözleşmesi

Bu tür joint venture'da devletin taraf sıfatının bulunması az veya çok kamu hukuku kurallarının uygulanmasını gerektirir. Bu nedenle joint venture'un tümüyle serbest iradeye dayanan düzeni yanında, kamu hukuku kurallarının uygulanması, bir takım sorunların ortaya çıkmasına yol açabilir. Amerikan Hukukunda bu sorun, Anayasa'da müktesep hakların korunması için konulmuş bulunan sınırlamalarla çözümlenmektedir.⁽⁹⁷⁾

Devletle özel kişiler arasında kurulan joint venture'ların tabi oldukları hukuk düzenlerinde aşağıdaki hususların bulunduğu görülmektedir.⁽⁹⁸⁾

- Joint venture'un amacına ulaşabilmesi için devletin ekonomide ağırlığı vardır.

(97) DAYINLARLI, s.40.

(98) DAYINLARLI, s.41.

- Devlet ancak kanun koyucu buna izin veriyorsa veya yürürlükteki mevzuat buna müsait ise, joint venture kurabilir.

- Sözleşmeye dayalı faaliyetlere hakim olan kâr elde etme amacı, devletin faaliyetlerinde tâli bir amaçtır.

C) YABANCI JOINT VENTURE'LAR

Bu tür joint venture'larda ortaklar, joint venture'un faaliyet gösterdiği coğrafi ülkenin dışından olan ortaklardır.⁽⁹⁹⁾ Yani burada joint venture ortakları, misafir olunan ülkenin dışındaki bir ülkenin tabiiyetindedirler. İki yabancı firma bir üçüncü ülkede joint venture şeklinde bir işbirliğine gitmektedir. Örneğin bir çok Alman otomobil imalatçısı ortak bir satış şirketinin bir başka ülkede kurulması için bir joint venture oluşturabilirler. Yine, bir Alman mühendislik firması ile bir Türk inşaat firması Rusya'da bir yeraltı inşaatının yapılması için bir araya gelebilirler.

II) KURULUŞ ŞEKİLLERİNE GÖRE JOINT VENTURE ÇEŞİTLERİ

Amerika, Avrupa ve ülkemizde uygulamada başvuru alan joint venture sözleşmeleri genellikle sözleşmeye dayalı joint venture (contractual joint venture) ve sermayeye dayalı joint venture (equity joint venture) olmak üzere iki türdür. Bu iki tür arasındaki fark, ortakların joint venture'daki paylarının sermayeye dayanıp dayanmadığı noktasında görülür.⁽¹⁰⁰⁾

A) SÖZLEŞMEYE DAYALI JOINT VENTURE

Herşeyden önce joint venture bir sözleşmedir ve sözleşmeye dayanmayan bir joint venture olamaz. Burada sözleşmeye dayalı joint venture ile anlatılmak istenen bu tür joint venture'un sermaye gerektirmemesidir.⁽¹⁰¹⁾ Bu nedenle bu tür joint venture'u sermayeye dayanmayan joint venture olarak da adlandırmamız mümkündür.

Sözleşmeye dayalı joint venture'da ortaklar arasında sermayeye dayalı bir şirket bulunmamaktadır. Yani ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı gibi kendine özgü paylara bölünmüş bir sermayesi de mevcut değildir. Amacın

(99) BAŞARTAN, s.106; MARTİNEK, s.219; AKYOL, s.59.

(100) KAPLAN, s.3.

(101) AKYOL, s.79.

gerçekleştirilmesi için ortakların katkıları ve payları sözleşme ile kararlaştırılmaktadır. Sözleşmeye dayalı joint venture, bir organizasyona sahip olabileceği gibi böyle bir organizasyon bulunmadan da çalışabilir.⁽¹⁰²⁾ Örneğin, dört banka, bir ülkenin ihtiyaç duyduğu krediyi bir joint venture kurarak sağlamayı taahhüt edebilir. Bu durumda böyle bir joint venture herhangi bir organizasyona, kendisine ait iş yerine ve hatta personele ihtiyaç duymaz. Buna karşılık bir baraj inşaatını yürüten iki müteahhit firmanın meydana getirdikleri joint venture, şantiye nedeniyle organizasyonlu bir joint venture'dır. Herhangi bir ülkenin talep ettiği büyük miktardaki buğdayı teslim etmek üzere bir çok firma bir joint venture oluşturmuşlarsa bu da organizasyonsuz bir joint venture'dır. Bu ayırım özellikle milletlerarası özel hukukta yapılmaktadır. Böylece joint venture'a uygulanacak hukukun bulunmadığı durumlarda, organizasyonun çalıştığı yerin, uygulanacak hukukun tayininde, bir bağlama noktası oluşturup oluşturmadığı araştırılmaktadır.⁽¹⁰³⁾ Sözleşmeye dayalı joint venture'da taraflar, bir tek işin sonuçlandırılması için bir araya gelmişlerdir. Tarafların tecrübeleri, organizasyon ve iş bağlama konusundaki baskı güçleri ve hüneleri, tarafların sermaye koymadan sonuç almaları için yeterlidir.⁽¹⁰⁴⁾

Doktrinde bir görüş, sözleşmeye dayalı joint venture'u, herhalde tarihi gelişimi de dikkate alınarak- geleneksel joint venture olarak nitelendirmiştir.⁽¹⁰⁵⁾ Burada geleneksel joint venture ile kastedilen adi ortaklık şeklinde ve tek iş için kurulan joint venture'dır.

B) SERMAYEYE KATILIMLI JOINT VENTURE

Sermayeye katılımlı joint venture'da çoğunlukla joint venture bir ortaklık sermayesine sahiptir. Ortaklar bu sermayeye, sermaye şirketlerinden birinin kanunî şekli içinde katılmaktadırlar. Bu tür joint venture'da ilke olarak ortaklar tüzel kişiliği haiz bir ticarî ortaklık içinde birleşmektedirler.⁽¹⁰⁶⁾ Örneğin, bir turizm firması, bir inşaat firması ve bir de banka bir turistik tesis inşa edip onu çalıştırmak amacıyla bir joint venture sözleşmesi imzalayıp bir anonim ortaklık kurmuşlarsa bu sermayeye katılımlı bir joint venture'dır.

(102) KAPLAN, s.3; TEKİNALP-TEKİNALP, s.156.

(103) TEKİNALP-TEKİNALP, s.156.

(104) AKYOL, s.79.

(105) TEKİNALP-TEKİNALP, s.156.

(106) KAPLAN, s.3.

Sermayeye katımlı joint venture'larda taraflardan her birinin sermaye koyması gerekmez. Bir taraf sermaye olarak, becerisini ve emeğini ortaya koyabilir. Bu şekilde ortaklar, müşterek sorumluluk ve risk yüklenerek işi sonuçlandırmak ve elde edilen kârı paylaşmak hususunda anlaşabilirler.⁽¹⁰⁷⁾

Sermayeye katımlı joint venture çoğu zaman ortaklarını tüzel kişiliğe haiz bir ticaret ortaklığının bünyesinde birleştirir. Bu tür joint venture'lar ulusal ve uluslararası bağlı işletmeler alanının en önemli organizasyonudur.⁽¹⁰⁸⁾ Ancak bu ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunması da her zaman şart değildir. Özellikle İsviçre ve Almanya'da kollektif ve komandit ortaklıkların tüzel kişilikleri bulunmamakla birlikte, bu ortaklıklar da sermayeye katımlı joint venture'lar için uygun ortaklıklardır. Fakat, bu tür joint venture için anonim ve limited ortaklık tercih edilmektedir.⁽¹⁰⁹⁾

Sermayeye katımlı joint venture'lar sermaye kadar bir organizasyona da ihtiyaç gösterir.⁽¹¹⁰⁾

Sermayeye katımlı joint venture'ların bazılarında yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişiler bulunabilir. Öyle ki, yabancı ortaklar, aralarında hiç Türk olmadan, Türkiye'de faaliyet göstermek üzere bir anonim veya limited ortaklık kurabilirler. Çünkü Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanununda ve Yabancı Sermaye Çerçeve Kararnamesinde, sermayenin tamamının yabancılara ait olmasını yasaklayan bir hüküm bulunmadığı gibi, ortaklığın bütün ortaklarının yabancı tabiiyet altında bulunmasını engelleyen bir hüküm de yoktur.⁽¹¹¹⁾

Burada sermayeye katımlı joint venture'ların bazı özellikleri üzerinde durmakta fayda vardır.

1) Müşterek Kontrol

Müşterek kontrol, genellikle bir tüzel kişilik çatısı altında, devamlı olarak faaliyet gösteren joint venture'ların en önemli özelliğidir.

(107) AKYOL, s.80

(108) TEKİNALP-TEKİNALP, s.156.

(109) TEKİNALP-TEKİNALP, s.166.

(110) MARTİNEK, s.219

(111) TEKİNALP-TEKİNALP, s.166.

Joint venture'un ortaklarının müşterek teşebbüs üzerinde müşterek kontrol hakları vardır. Müşterek kontrol unsuru müşterek yönetimi veya yönetimde görev alacakların ortaklaşa tayin edilmesi hususlarını da içerir. Kural olarak joint venture ortakları eşit kontrol ve yönetim hakkına sahiptir. Ancak, joint venture sözleşmesinde bu hususta farklı hükümler konabilir. Bazı durumlarda da ortaklardan biri pilot olarak seçilir ve yönetim onun tarafından yürütülür.⁽¹¹²⁾

2) Katmerli Bağımlılık

Hukukumuzda ve diğer hukuklarda ticaret ortaklıklarının ekonomik, hukuki ve organik açıdan bağımsız bir bütün teşkil ettiği ilkesi hakimdir. Bu ilkeye göre; hiç bir ticaret ortaklığı kendi yöneticilerinin yönetimi haricinde, bir başka ortaklığın veya grubun yönetimine bağlı değildir. Yine bir ticaret ortaklığı, kendi ortakları dışındaki kişilerin menfaatine karar alamaz, talimat kabul edemez.⁽¹¹³⁾

Sermayeye katılımlı joint venture'lar bağımsız ticaret ortaklığı düşüncesinin ve bağımsız yönetim ilkesinin bir istisnasını oluştururlar. Zira, sermayeye katılımlı joint venture'larda ortaklar, ortaklık sözleşmesi (müşterek iş ortaklığı sözleşmesi) ve temel mutabakat sözleşmesini araç olarak kullanırlar. Böylece ortaklığın kendi iradesi ile karar almasına ve tamamen bağımsız hareket etmesine engel olurlar. Müşterek iş ortaklığı sözleşmesindeki hükümlerin bir çoğu (örneğin, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin seçilmeleri, toplantı ve karar yeter sayıları, veto hakları, kârın paylaşımı ve payların devri gibi) joint venture ortakları lehine hakimiyet sağlar. Temel mutabakat sözleşmesinde yer alan diğer hükümler de bu hakimiyeti pekiştirir.

Sermayeye katılımlı joint venture'larda katmerli bağımlılığa sıkça rastlanır. Şöyle ki, joint venture'un ortakları çok kere bir elden yönetime bağlanmış gruplara mensuptur. Bir çok ortaklığın ekonomik bir birlik meydana getirecek şekilde bir planlama ve yönetim altında örgütlenmesine Almanya'da konzern, Türkiye ve İsviçre gibi birçok ülkede holding sistemi, Fransa'da ise grup denilmektedir. Böyle bir tek yönetim sisteminin varlığında, joint venture gereği kurulan ortaklık, sadece joint venture'un ortaklarının değil, onların da bağlı olduğu grubun hakimiyeti altındadır. Katmerli hakimiyet olgusu işte böyle ortaya çıkmaktadır.⁽¹¹⁴⁾

(112) TEKİNALP-TEKİNALP, s.154.

(113) TEKİNALP-TEKİNALP, s.167.

(114) TEKİNALP-TEKİNALP, s.168.

3) Müşterek Yavru Ortaklık

Joint venture gereği kurulmuş bulunan bir ortaklığın, ortakları aracılığı ile bağlandığı gruplar farklı hukuk düzenlerinin hakimiyeti altında bulunabilir. Bunun neticesinde bu ortaklık, araçları ve etkileri değişik hakimiyetler altında kalabilir. Örneğin, petro-kimya alanında faaliyet gösteren biri Alman diğeri Fransız iki güçlü gruba mensup iki ortaklık Türkiye'de, sermaye payları %50 şer olmak üzere, bir anonim ortaklık kurabilirler. Türk uyrukluğundaki bu ortaklık Türk hukukuna fakat Alman ve Fransız hakimiyet düzenine tabidir.

Bu şekilde birden fazla hakimiyet altında bulunan, joint venture gereği kurulmuş olan ortaklara Alman Hukuku'nda "Gemeinschaftsunternehmen" denilmektedir. Bu kavram Türkçe'ye müşterek işletme olarak çevrilmiştir.⁽¹¹⁵⁾ Fransızlar ise müşterek yavru ortaklık anlamına gelen "Filiale Commune" kavramını tercih etmişlerdir.

Müşterek yavru ortaklık kavramı, söz konusu ortaklığın birden çok anası (ana ortaklığı) bulunduğu gerçeğini ifade etmektedir.

Avrupa Topluluğuna mensup devletlerin hukukları, birden çok anası bulunan "müşterek yavru ortaklık"ı gerçek olarak kabul etmişlerdir. Öyle ki, bu ortaklığı Avrupa Topluluğu hukuku içinde düzenleme çalışmalarına başlamışlardır.⁽¹¹⁶⁾

İKİNCİ BÖLÜM

JOINT VENTURE'LARIN SORUNLARI

5. JOINT VENTURE'DA KARŞILAŞILAN BAŞLICA PROBLEMLER

Joint venture'da karşılaşılan bazı problemleri, uygulama sorunları ve joint venture'un hukuki problemleri başlıkları altında toplayabiliriz.

I) UYGULAMA SORUNLARI (J V'UN İKTİSADİ PROBLEMLERİ)

Bizim burada uygulama sorunlarıyla kastımız, joint venture'un hukuki problemleri dışında kalan ve uygulamada rastlanılan sorunlara ilişkindir. Bu sorunlara daha çok uluslararası joint venture'larda rastlamaktayız. Bu nedenle bu başlık altındaki değerlendirmelerimizi uluslararası joint venture'ları gözönüne alarak yapacağız.

(115) Bkz. TEKİNALP-TEKİNALP, s.169.

(116) TEKİNALP-TEKİNALP, s.168-169.

Uygulamada joint venture'un taahhüt ettiği işi yaparken, iş sahibi durumundaki gerçek veya tüzel kişilerden (devlet, kamu kurumu, büyük bir inşaat işi yaptıran bir gerçek kişi vs.) finansman akımı devam ettiği sürece, joint venture'un tarafları arasında pek fazla bir uyuşmazlığa rastlanmamaktadır. (117) Ancak finansman dışında kaynaklanan sorunlar da yok değildir.

Herşeyden önce, uluslararası joint venture'larda yatırım yapılacak ülkedeki kanunların yanında yabancı sermaye hakkındaki kamuoyu da önemli bir yer tutar. Gelişmekte olan ülkelerin yabancı sermayeden gerek sermaye, gerekse teknolojik ve ekonomik yönetim ve denetim açısından faydalanabilmeleri için, toplumun bu tür joint venture'ları desteklemesi ve yabancı müteşebbise dostane bir tutum göstermesi gereklidir. (118) Özellikle az gelişmiş ülkelerde milliyetçilik duyguları nedeniyle mülkiyetin yabancı işletmeye ait olduğu yatırımlar istenmemektedir. Bu durumda az gelişmiş ülkeye girebilmek için en uygun yol olarak uluslararası joint venture'lar karşımıza çıkmaktadır.

Az gelişmiş ülkelerdeki joint venture yatırımları önemli bir işletme organizasyonunu gerektirir. Joint venture uygulama sorunları az gelişmiş ülkelerde kendini daha fazla gösterir. Riskin fazla olduğu az gelişmiş ülkelerde faaliyette bulunacak olan işletme, %50'den az bir payla joint venture ortağı olmayı kabul ederken, gelişmiş ülkelerde %50'nin üzerinde bir payla ortaklık yoluna gidilir. (119)

Bir ekonomik kuruluş olarak joint venture'ların oluşturulmaları bile başlı başına bir risk unsuru taşır. Bu nedenle joint venture oluşturulurken mevcut durumun iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Sorunların büyük bir bölümü, teknoloji transferi, potansiyel belirsizlikler, personelin yönetimi ve ortakların uyumsuzluklarından kaynaklanmaktadır. (120)

Bir joint venture'un oluşturulması detaylı ve uzun çalışmalar gerektiren bir olaydır. Çokuluslu olma ve beklenti farklılıkları, her konunun önceden ayrıntılı olarak ele alınmasını ve kesin bir anlaşma sağlanmasını gerektirir. Kuruluş sırasında ortaya çıkabilecek sorunlar, taraflar için büyük risklere yol açabilir. Bu nedenle günümüzde, uygulamada joint venture'un batılı

(117) AKYOL, s.78.

(118) BAHŞİ, s.26.

(119) DEREKÖY, s.61.

(120) DEREKÖY, s.66.

ortakları, anlaşma öncesinde bu hususları detaylı olarak inceledikleri ve anlaşmaları mümkün olduğunca kapsamlı tutmaya çalıştıkları gözlenmektedir. (121)

Az gelişmiş ülkelerdeki uluslararası joint venture'larda, genellikle misafir olunan ülkenin kamu işletmeleri joint venture'un ortağıdır. Burada sorun, joint venture'un yönetim biçiminden kaynaklanmaktadır. Zira, joint venture'un yabancı ortağı ile yerli ortağının amaç farklılığı söz konusudur. Yabancı ortak kâr maksimizasyonunu düşünürken, misafir olunan az gelişmiş ülkedeki yerel ortak, pazar geliştirme ve satış çabalarını artırma arzusunda. Ayrıca ortakların yönetimde etkin olma çabası da sorunlara yol açabilmektedir. Bu nedenle ortaklardan birisinin yönetimde pasif bir rol benimsemesi gerekir. Öte yandan az gelişmiş ülkenin kültürel yapısı farklı olduğundan personel politikası ve diğer konularda birtakım fikir ayrılıkları söz konusu olabilir. (122)

II) JOINT VENTURE'UN HUKUKİ PROBLEMLERİ

Ekonomik ve hukuki yapısı nedeniyle, joint venture'un tanımlanmasında, uluslararası hukuk açısından birçok problemin bulunduğu görülmektedir. Alman hukuk literatüründe, joint venture'un hukuki sorunları "hemen hemen çözümlenemez" olarak tanımlanmıştır. (123) Joint venture hukuku henüz şekil verilmemiş bir ticari hukuk sahasıdır. Bu nedenle, hukukçular ve özellikle çekinceli hukuk alanında çalışanlar için bir inceleme alanıdır. Birçok şey şekle sokulmamış ve hukuksal açıdan da iyice düşünülmemiştir. Hatta joint venture sözleşmeleri için yontulmamış sözleşme deyimini de kullanılmaktadır. Fakat buna rağmen joint venture'lar başarılı bir biçimde uygulanmaktadır. Joint venture üzerinde hukuksal olarak faydalı bir çalışma, joint venture sözleşmesinin çeşitli kısımlarının karşılıklı etkileşimi üzerinde yapılabilir. (124) Zaten uygulamada da ana sorun, joint venture sözleşmelerinin kısımlarının birbiriyle olan ilişkilerinden kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle joint venture'da karşılaşılan problemlerin büyük kısmı temel mutabakat, tabi mutabakatlar ve özellikle de müşterek iş ortaklığı = müşterek şirket arasındaki ilişkilerden doğmaktadır.

(121) DEREKÖY, s.58-59.

(122) DEREKÖY, s.61.

(123) MARTINEK, s.230

(124) MARTINEK, s.230.

Temel mutabakat sözleşmesi ile joint venture ortaklarının kurulacak ortaklık üzerindeki hakimiyetlerini gerçekleştiren ve ortaklığın menfaatlerini, kendi menfaatleri karşısında ikinci plana atan hükümlerinin varlığı bazen problemlere yol açabilecek niteliktedir.⁽¹²⁵⁾ Gelişmiş ülkelerde ve Türkiye'deki ortaklıklar hukuku, özellikle joint venture dışında kalan ortaklar ile ortaklık alacaklılarının ve işçiler başta olmak üzere çeşitli ilgililerin korunması konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle doktrinde bazı yazarlara göre; "joint venture dışında kalan ortaklar, joint venture ortaklarının arasındaki esaslar sözleşmesinin (Temel mutabakat sözleşmesi) hükümleri ile çaresizliğe itilmektedir. Bu ortakları koruyabilmek için, ortaklık hesapları için geçerli olan kamuyu aydınlatma ilkelerinin kapsamı, esaslar sözleşmesini içine alacak, yani bu sözleşmenin yayınlanmasını sağlayacak kadar genişletilmeli ve yayınlanan dışındaki sözleşme ve mutabakatlar hiç bir ülkenin mahkemesi ve hakem mahkemeleri önünde geçerli sayılmamalıdır."⁽¹²⁶⁾

Aynı yazarlara göre, yine bu ortakların korunması için; "joint venture dışında kalan ortaklara zarar veren kararlar dolayısıyla bu ortaklara tazminat ödenmesi ve talep etmeleri halinde paylarının gerçek bilanço değerleri ile yani gizli yedek akçeler de hesaba katılmak suretiyle bulunacak bedelle, satın alınması ve borsa değerinin daha fazla olması durumunda bu fiyatın ödenmesi gerekir."⁽¹²⁷⁾

Joint venture'un ortakları arasındaki bir başka uyumsuzluk da; taraflar arasında sonraki aşamalarda yapılan alt sözleşmelerden (taşaron sözleşmeleri) doğmaktadır.⁽¹²⁸⁾

Doktrinde de joint venture'da karşılaşılan problemlerin büyük bölümünün, temel mutabakatla tabi mutabakatlar (uydu sözleşmeleri) arasında, dayandıkları ilkeler itibarıyla ortaya çıkabilecek uyumsuzlıklardan kaynaklandığı belirtilmiştir. Buna örnek olarak; şirket sözleşmesinde (müşterek iş ortaklığı) hakim olan çoğunluk ilkesiyle, joint venture'da genel olarak hakim olan eşitlik ilkesi nedeniyle taraflar arasında çıkabilecek uyumsuzluklar gösterilmiştir.⁽¹²⁹⁾

(125) TEKİNALP-TEKİNALP, s.167.

(126) TEKİNALP-TEKİNALP, s.172.

(127) TEKİNALP-TEKİNALP, s.173.

(128) AKYOL, s.78.

(129) DAYINLARLI, s.52.

Joint venture bir sözleşmeler paketi olduğuna göre, temel mutabakat ile tabi mutabakatlar (uydu sözleşmeleri) arasında hiyerarşik bir düzenin bulunması gerekir. Temel mutabakat taraf iradelerinin bir ifadesidir. Bu nedenle de temel mutabakatla tabi mutabakatlar arasında bir uyumsuzluk çıktığında, bu uyumsuzluğun kural olarak temel mutabakata uyulmak suretiyle giderilmesi gerekir. Ancak bu her zaman mümkün olmayabilir. Uygulamada sorun yaratacak türden uyumsuzluklar, mutabakatlarda yer alan başlıca üç konudan çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, mutabakatların varlığına ilişkin süre maddesi, ikincisi tarafların iradelerinin bazı kamu düzeni hükümlerine aykırı olması nedeniyle yetkilerin dağılımına ilişkin maddeler, üçüncüsü ise mutabakatlara uygulanacak hukuka ve ihtilafların halline ilişkin maddelerdir.⁽¹³⁰⁾ Bu maddeler aşağıdaki başlıklar altında genel olarak ele alınmıştır.

A) TABİ MUTABAKATLAR VE JOINT VENTURE'UN SÜRESİ

tabi mutabakata (uydu mutabakata) göre bir şirketin kurulmasının, temel mutabakata otomatik olarak son verip vermeyeceği Amerika'da uzun süre tartışılmıştır. Burada problem, "hükmi şahıslar tarafından kurulan bir şirketin, tanınıp tanınmaması sorunundan ziyade, akdî bir mutabakatla (şekillenmiş) bir şahıslar topluluğunun aynı anda var olduğunun kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin bir sorundur. Joint venture burada "kapalı şirket" (closed corporation) fikrinden istifade etmiştir. Bunu limited şirketlerde görmek mümkündür: Bu şirket tipinde sorumluluğun sermaye ile sınırlandırılması prensibi muhafaza edilerek ortakların yönetim ve kontrol mekanizmaları şekillendirilmede geniş bir yetkiye sahip olmaları suretiyle bir tüzel kişilik oluşturulmuştur." Amerikan mahkemeleri, joint venture tarafından veya onun için tesis olunan hükmi şahsın tanınmasını, onun bir kapalı şirket olarak kurulmasına bağlamışlardır.⁽¹³¹⁾

Uygulamada temel mutabakatın tabi mutabakatlardan önce gelip gelmediği sorunuyla daima karşılaşılmaktadır. Herhangi bir nedenle temel mutabakat sona ererse ne olacaktır? Taraflardan biri temel mutabakatın süresinin dolmuş olduğunu dikkate almaksızın diğer âkitleri tabi mutabakatın icrasına zorlayabilir mi? Örneğin otuz sene için kurulmuş bulunan müşterek şirketi (müşterek iş ortaklığı), ortakların tasfiye edip edemeyeceğini sormak gerekir. Müşterek şirket kurulduktan bir kaç yıl sonra temel mutabakat sona erse ve taraflar bu durumu temel mutabakatta düzenlemeyi ihmal etmişlerse

(130) DAYINLARLI, s.75.

(131) DAYINLARLI, s.75-76.

ne olacaktır? Burada nazari olarak, "şirket sözleşmesi akdetmeğe tarafları sevkedenden sebep temel mutabakatın yapılmış olmasıdır" denilmektedir.⁽¹³²⁾

İsviçre Hukukunda joint venture'da süre, müşterek şirketin, genel olarak temel mutabakattaki amaçları gerçekleştirmek için kurulmuş olması halinde önem taşımaktadır. Amaç gerçekleştiği veya temel mutabakatın feshinin söz konusu olduğu durumlarda müşterek şirketin kaderi ne olacaktır? İsviçre'de öğretisi ve mahkeme içtihadına göre, adi şirkette taraflar, şirketin faaliyet süresine ilişkin zamanın tayininde İsviçre BK.'nun 545/5. maddesi (TBK. 535/5) hükmü uyarınca tam bir özgürlüğe sahiptirler. Temel mutabakat belli olmayan bir süre için de akdedilebilir. Bu durumda, temel mutabakatın haklı nedenlerle feshi talep edilebilir. Diğer yandan, taraflar esaslı bir noktada anlaşamazlar ve fakat bu noktada bir karar verme zorunlu ise, haklı nedenlerle sözleşmenin feshi talep edilebilir. Ancak bu durumda da, vergi kanunlarına göre vergi mükellefiyeti kalkıncaya kadar müşterek şirket (müşterek iş ortaklığı) devam eder.⁽¹³³⁾

B) TARAF İRADELERİNİN KAMU DÜZENİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIĞI NEDENİYLE YETKİLERİN DAĞILIMINA İLİŞKİN MADDELER

Fransız Hukukunda sorun, ortakların temel mutabakata koydukları bazı maddelerle, tabi mutabakatın uymak zorunda olduğu kamu düzenine ilişkin hükümler arasındaki uyumsuzlıklardan kaynaklanmaktadır. Tabi mutabakatların temel mutabakatın üstünde sayılması söz konusu değildir. Ancak, temel mutabakatların bazı maddelerinin geçerliliği tartışmalıdır.⁽¹³⁴⁾

Kamu düzenine aykırı durumlar, bir milli hukukun seçimi, lisans sözleşmesi veya pilot şirketin esas sözleşmesi söz konusu olduğu zaman, tabi mutabakatta nizami mahkemelerin yetkili kılınması zorunlu olur.⁽¹³⁵⁾

C) MUTABAKATLARA UYGULANACAK HUKUKA VE İHTİLAFLARIN HALLİNE İLİŞKİN MADDELER

Joint venture'da oluşturulan müşterek şirketin (müşterek iş ortaklığı) mutlaka bir milli hukuka bağlanması gereklidir. Temel mutabakat için seçilen hukuk bundan farklı ise ne olacaktır? Bu durumda temel mutabakatta yer

(132) DAYINLARLI, s.76-77.

(133) DAYINLARLI, s.77.

(134) DAYINLARLI, s.76.

(135) DAYINLARLI, s.78.

alan bir madde hükmü, müşterek şirketin tabi olduğu hukukun kamu düzeni-
ne aykırı ise, temel mutabakatın ilgili maddesinin geçerliliğinden söz edile-
meyecektir. Temel mutabakatın söz konusu ülkedeki kamu düzenine aykırı
düşen ilgili maddesi şayet taraflar için önemli ise, bu aykırılık temel mutaba-
katın ilgili maddesinin değiştirilmesi ile giderilebilir. Buna karşın, hukuk-
lardan birinin veya diğerinin âmir hükümlerini ihlal etmeksizin, temel muta-
bakatla tabi mutabakata uygulanacak hukuklarda maddenin yorumu farklı-
lık gösterirse aykırılık devam eder.⁽¹³⁶⁾

Yine, acaba temel mutabakatta yer alan bir tahkim şartı, tabi mutaba-
katlarda herhangi bir uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir hüküm bulunmasa
da bu uyuşmazlıklara uygulanabilir mi? Burada da herhangi bir mahkeme-
nin yetkili olduğuna ilişkin âmir hükümlerin varlığı sorunun olumsuz şekil-
de cevaplandırılmasını gerektirir. Bu husus, tabi mutabakatların "tâli" nite-
lik taşıyıp taşımadığını araştıran hakimlerin takdirine bağlıdır. İşin içine ka-
mu düzeni ilkesi girmemiş olsa, bu sorulara joint venture'un bir "sözleşmeler
sistemi" olması esasından hareketle cevap verilebilir. Burada öğreti ve içti-
hatta karmaşık bir ekonomik olaya ilişkin sözleşmelerin özel bir işleme tabi
tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Acaba joint venture'u teşkil eden sözleş-
meler sisteminin tüm olarak mı ele alınması, yoksa onu teşkil eden sözleş-
melerin her birinin ayrı olarak mı işleme tabi tutulması gerekir?

Burada nazari olarak şu ihtimallerden söz edilmiştir. İlk olarak, bütün
sözleşmelerin birbirinden bağımsız olduğunun kabulüdür. Ancak bu, bizim
akdi dengenin bazı tezahürlerini görmemize engel olur. Bu nedenle mem-
nun edici bir sonuç doğurmaz. Gerçekten de, birden çok sözleşme ile düzen-
lenmiş olsa bile joint venture, belli bir işin yapılması için oluşturulmuştur.
Tarafların iradesi ancak işin bütünü dikkate alınarak değerlendirilebilir. tabi
mutabakatlardan biri, tek başına ele alındığı takdirde, taraflardan birinin
aleyhine dengesizlik yaratabilir.

İkinci olarak tabi mutabakatları doğrudan doğruya temel mutabakatın
ekleri olarak kabul eden görüş de aşırıdır. Bu görüş kamu düzeni nedeniyle
kabul görebilir, fakat işin ilerlemesi için gerekli olan esneklikten yoksundur.
Mutabakatlardan birinin varlığı süresince karşılaşılan herhangi bir hadise,
esas anlaşmanın varlığına zarar getirmemelidir. Buna karşın, temel mutaba-
katın iptali, sözleşmeler grubunun hükümsüzlüğünü doğurur. Uygulanacak
hukuk bakımından joint venture'u tahkime, tabi sözleşmelerden doğan ihti-
lafları ise milli hukuka bağlayabiliriz. Üçüncü bir ülkede iki ihracatçının
kurduğu bir joint venture'da temel mutabakatı onların kendi kanununa ve ta-
bi mutabakatları (uydu sözleşmeleri) da joint venture'u kabul eden ülkenin

(136) DAYINLARLI, s.78.

kanununa tabi tutabiliriz. Bununla beraber, çoğu zaman sözleşmelerin bağımsızlığı ilkesi dikkate alınsa da, bir uyuşmazlığın hakem veya hâkim önüne geldiği zaman, buna temel mutabakat hükümlerinin mi yoksa tabi mutabakat hükümlerinin mi uygulanacağı hususunun tespiti önemlidir. Zira bu hususta en elverişli çözüm tarzının araştırılması gerekir. Bu da sözleşmelerin tüm hükümlerini dikkate almak suretiyle hâkim veya hakemin yorumuna ihtiyaç gösterir.⁽¹³⁷⁾ Yorum yapılırken joint venture sözleşmelerinde "başlangıç" maddesi önemli bir etkiye sahiptir.

Hernekadar başlangıç maddesi joint venture sözleşmesinin hukuki gerekçesini teşkil etmiyorsa da tarafların iradelerinin yorumlanmasında önemli bir etkiye sahiptir. Bu maddede taraflar, hangi amaçla böyle bir ilişkiye girdiklerini açıklarlar. Bazı durumlarda başlangıç maddesi, sözleşmede yer alan hükümlerin katı bir şekilde uygulanmasını önler veya bazı nüansları ortaya çıkarır. Bir yazarın da dediği gibi, "başlangıç maddesi sözleşmenin yapılmasına âmil olan fikrin, sözleşmeye hâkim olmasını sağlar." Taraflardan birinin devlet olması halinde ise, başlangıç maddesi âkit devletin gerçek politikasını yansıtır. Bu nedenle, joint venture'da başlangıç kısmının yazılışına diğer sözleşmelerdekinden daha fazla özen gösterilmesi gereği ortadadır.⁽¹³⁸⁾

Öte yandan, temel mutabakat ile tabi mutabakatlar (uydu sözleşmeler) arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek açısından, bu sözleşmeler arasında hangisinin öncelik taşıdığını belirten bir madde temel sözleşmeye konulabilir. Bu arada temel mutabakatın iptal edilmesi halinde tabi mutabakatların geçersiz olacağını belirtilmesi de yararlı olacaktır.⁽¹³⁹⁾

(137) DAYINLARLI, s.78-79.

(138) DAYINLARLI, s.239.

(139) DAYINLARLI, s.80.

KAYNAKLAR(*)

- AKYOL, Şener** : Know-How Management Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), C.:II, İstanbul 1997.
- ARSLAN, İbrahim** : Şirketler Hukuku Bilgisi, Konya 1996, Mimoza Yayınları,
- AYDEMİR, Şinasi** : "Konsorsiyum Nedir", Vergi Dünyası, Aralık 1991, sa.:124 s.32-40.
- BAHŞİ, C. Gökhan** : "Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Kapsamında 'Joint Ventures' Ortak Yatırımlar" İstanbul Sanayi Odası Dergisi, İstanbul 1984 sa.:221 ss.23-28.
- BAŞARTAN, Nesrin** : İşletme Birleşmelerinde Joint Venture, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, İşletme Ana Bilim Dalı, Ankara 1994.
- DAYINLARLI, Kemal** : Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989.
- DEREKÖY, Ahmet Hamdi** : Çokuluslu İşletmeler, Joint Venture Uygulamaları ve Türkiye Örneği, 1994, HDTM Araştırma-İnceleme Dizisi:38.
- EREN, Fikret** : İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer Ankara 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.45-58.
- İMREGÜN, Oğuz** : Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1968.
- İNECİ, Barboros** : Avrupa Ekonomik Topluluğu Rekabet Kuralları Çerçevesinde Müşterek Teşebbüsler (Joint Ventures), İstanbul 1988, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayın No:56.
- KARAYALÇIN, Yaşar** : Şirketler Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 1973.

(*) Dip notlarda geçen isimler yazarların soyadlarıdır. Aynı soyadlı yazarlarda, yazarların soyadının yanında ilk adı da verilmiştir.

- KAPLAN, İbrahim** : Müşterek İş Ortaklığı, Ankara 1994.
MARTİNEK, Michael : Moderne Vertragstypen Bd.III. 1994 s.211-240.

ÖZALP, İnan-SALDIRANER, Yıldırım-

- DEREKÖY, Ahmet Hamdi** : "Çokuluslu İşletmelerin Geleceğinde Bir Çözüm Olarak Joint Venture" Prof. Dr. İlhan CEMALCILAR'ın Hatırasına Armağan, Eskişehir 1990, s.103-125

POROY, Reha-TEKİNALP, Ünal-

- ÇAMOĞLU, Ersin** : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 6. Bası, Eylül 1995.

- TANDOĞAN, Haluk** : "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)" Prof. Dr. Hikmet BELBEZ'in Hatırasına Armağan, Batider C.:XII, Aralık 1986, sa.:4 s.57-89.

- TASLACIOĞLU, İlker** : "Türk Hukukunda İş Ortaklığı Olarak Nitelendirilen Joint Venture'ların Vergilendirilmesi" Maliye Dergisi, Ağustos 1999, sa. 131, s.115-140.

TEKİNALP, Gülören-TEKİNALP, Ünal

- : "Joint Venture" Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'a Armağan, Ankara 1989 s.143-176.

- YILMAZ, Cahit** : "Joint Venture (Ortak Girişim)" Kalkınma Dergisi; 1993, sa.:43 s.13-16

SÖZLÜKLER

- : Black's Law Dictionary, S.T. Paul, Minn. West Publishing Co.,1990.

- ERSOY, C** : Büyük Ekonomi Ansiklopedisi.

- YILMAZ, Ejder** : Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, Ankara 1996. ◆