

T.C.

İstanbul Ticaret Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

**FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ
HALİNDE TARAFLARIN HAK VE
YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

LEYLAN DEMİRAĞ AKTAŞ

100024083

Danışman:

Prof. Dr. ŞÜKRÜ YILDIZ

İstanbul, 2020

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA TEZİ ONAY FORMU

Özel Hukuk Doktora programı öğrencisi **Leylan Demirağ Aktaş**'ın
**FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ HALİNDE TARAFLARIN
HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ** başlıklı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulu
...**09.08.2020**..... tarih ve**2020/512-14**..... sayılı kararıyla oluşturulan jüri
tarafından **oybirliği/oyçokluğu** ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

UNVANI, ADI SOYADI

ÜNİVERSİTE

TEZ DANIŞMANI : Prof. Dr. Şükrü Yıldız

İbn Haldun Üniversitesi

JÜRİ ÜYESİ : Prof. Dr. Muzaffer Şeker

İstanbul Ticaret Üniversitesi

JÜRİ ÜYESİ : Prof. Dr. Hüseyin Hatemi

İstanbul Ticaret Üniversitesi

JÜRİ ÜYESİ : Dr. Öğr. Üyesi Esra Hamacıoğlu

Kadir Has Üniversitesi

JÜRİ ÜYESİ : Dr. Öğr. Üyesi Zehra Badak

İstanbul Ticaret Üniversitesi

ÖZET

Franchising sistemi her detayı hakkında tek tek düşünülmüş bir sistemin bütün halinde franchise alana aktarılması, franchise alanın ise yeni bir sistem kurmaya ve detaylar üzerinde çalışmaya ihtiyaç duymaksızın bu sistemi alıp entegre etmesi ve sadece sürümü arttırmak üzerine odaklanmasını temel alan bir sistemdir. Günümüzde hem yeni bir sistem kurmak hem de ticari olarak genişleyebilmek için yapılması gereken yatırımların büyüklüğü ortadadır. Hal böyleyken franchising sisteminin bir parçası olmak, hazır bir sistem, güçlü bir marka ve bu markanın çekim etkisinin yaratacağı bir müşteri çevresi ile yoluna devam etmek franchise alan için çok karlı olduğu kadar; yeni bir yatırım yapmaksızın, çok fazla emek harcamaksızın hazır bir franchise alanla büyüüp onun büyümesinin getirdiği gelir üzerinden pay almak franchise veren için de bir o kadar karlıdır.

Franchise sözleşmeleri Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Kendine özgü bir sözleşme olmalarının ve farklı sözleşmelere ilişkin hükümlere tabi olabilmelerinin zaman zaman avantajları olduğu kadar çoğu zaman da büyük dezavantajları bulunmaktadır. Franchising sistemi içinde yaşanan pek çok sorun Türk yargı mercileri tarafından tam olarak anlaşılamamakta ve çözüm getirilmesi çok uzun zaman alabilmektedir. Hatta zaman zaman getirilen çözümler artık anlamsız hale gelebilmektedir. Bu durum özellikle de franchise sözleşmelerinin sona erdiği durumlarda çok karmaşık bir hal almaktadır.

Franchise sözleşmeleri ile ilgili olarak bu güne kadar pek çok çalışma yapılmıştır. Bu çalışmalara bakıldığında çoğunun sistemin bütünü ile ilgili bilgi verdiği ve daha çok tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin olduğu görülmektedir. Franchise sözleşmesinin sona ermesi halinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin ne olacağı ise genellikle çok kısa bir şekilde geçirilmiştir. Franchise sözleşmelerinin sona ermesi durumunda ortaya çıkacak hukuki problemler hem taraflar hem de sektör oyuncuları açısından büyük önem taşımaktadır. Franchising sistemi içinde verilen tek bir karar ya da çıkan sorun dahi sistemin tüm aktörlerini, sadece o franchise alanı değil, diğer tüm franchise alanları da etki altına alabilmektedir. Bu nedenle teorik bilgilerden ziyade yaşayan franchising sisteminin sorunlarını daha farklı bir şekilde ve yol gösterici olabilecek bir tarzda incelemeyi hedefleyerek bu çalışmaya karar verilmiştir. Franchise sözleşmelerine ne yazılırsa yazılsın bu hükümlerin uygulanmasının çoğu zaman olanaksız olduğu

gözleminden yola çıkılarak franchise sözleşmelerinin sona ermesi halinde tarafların hak ve yükümlölüklerinin neler olacağına ve nelerle karşı karşıya kalabileceklerine Yargıtay kararları ışığında bir çözüm aranması ve yaşanan sıcak sorunların gün ışığına çıkarılması hedeflenmiştir. Karşılaştırmalı hukuktan örnekler verirken franchising sisteminin ilk olarak Amerika’da ortaya çıkması ve hızlı bir şekilde gelişmesi nedeniyle genellikle Amerikan hukuku ve bu hukukta eyaletler bazında verilen kararlar ya da yapılan düzenlemeler göz önüne alınmıştır. Bu çalışma; franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda franchise alan ve franchise verenin hak ve yükümlölüklerini ağırlıklı olarak Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde inceleyen bir çalışmadır.

Anahtar kelimeler: Franchise, franchising, sona erme, fesih, haklar, yükümlölükler

ABSTRACT

Franchising system is based on the transfer of a system thought about every detail to the franchisee in order the franchisee to establish a new system and integrate it without a need to work on the details and enables the franchisee mainly to focus on the increase of sales. Today it is very obvious that a lot of investments have to be made in order to establish a new system and to expand commercially. As such, being a part of the franchising system is very profitable both for the franchisee who wants to continue with a stable system, strong brand and the customer portfolio created with this brand attraction and for the franchisor who does not want to make new investments and put a lot of effort but to grow with the share that will come from the sales income of the franchisee as well.

Although it has brought such an advantageous system, franchise contracts are not regulated in Turkish law. Being a unique contract and being subject to the terms of different contracts, have some advantages as well as most of the time disadvantages. Many problems experienced in the franchising system are not fully understood by the Turkish judicial authorities and it may take a long time to find a solution. Even the solutions brought from time to time can become meaningless. This is especially complicated when franchise contracts expire.

A lot of legal study has been conducted about franchise agreements up to date. When these studies are analyzed, it is seen that most of them give information about the whole system and mostly aimed to enumerate the rights and obligations of the parties. The rights and obligations of the parties in case the franchise contract is terminated is usually mentioned in a very summarized way. Legal problems that will arise if franchise contracts expire are of great importance for both parties and sector players. Even a single decision or a problem in the franchising system can affect all the actors of the system, not only that franchisee. For this reason, it is focused to examine the problems of the living franchising system in a different way and in a guiding manner rather than theoretical knowledge. It is experienced that whatever is written in the franchise contracts, it is most of the time impossible to apply these terms and therefore, it is focused to find a solution for the rights and obligations of the parties in case the contract is terminated, in the light of the Appeal Court decisions and the very important problems of the parties in case of expiration or termination of a franchise contract are mentioned. While giving examples

from comparative law, generally American law and the decisions or regulations in each state are considered since franchising system first appeared in America and developed very rapidly. This study examines the rights and obligations of the Franchisee and the Franchisor in the framework of the Turkish Commercial Code mainly, in case the franchise contract expires.

Key words: Franchise, franchising, expiration, termination, rights, obligations



İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT.....	v
KISALTMALAR.....	xv
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
§ 1 FRANCHISE SÖZLEŞMESİ	4
I. GENEL OLARAK FRANCHISE SÖZLEŞMESİ	4
II. FRANCHISING SİSTEMİNİN AVANTAJLARI	7
III. TARİHÇESİ VE GELİŞİMİ.....	8
IV. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	9
A. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞME OLMASI	9
B. SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURMASI	10
C. ÇERÇEVE SÖZLEŞME NİTELİĞİ	10
D. İSİMSİZ/KARMA SÖZLEŞME NİTELİĞİ	12
E. DİKEY ANLAŞMA NİTELİĞİ	13
V. FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	14
VI. FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN ZORUNLU UNSURLARI	15
A. FRANCHISE ALANIN BAĞIMSIZLIĞI/TTK ANLAMINDA TACİR SAYILMASI	17
B. FRANCHISE VERENİN FRANCHISING SİSTEMİNİ VE PAKETİNİ SUNMA VE FRANCHISE ALANI DESTEKLEME ZORUNLULUĞU	17
1. Üretim İşletme ve Pazarlama Sistemi	18
2. Gayrimaddi Mallar	18
3. Franchising Organizasyonu	18

C. ANLAŞMA	19
D. ÜCRET	19
VII. FRANCHISING TÜRLERİ.....	20
A. AMERİKAN HUKUKUNDA.....	20
1. İş Geliştiren Franchise Alan	20
2. Temsilci Franchise Alan.....	20
3. Ana (Master) Franchise Alan	21
B. TÜRK HUKUKUNDA	21
1. Uygulanan Ülke Açısından Franchising.....	21
a. Ulusal Franchising	21
b. Uluslararası Franchising.....	22
2. Sunulan Fırsatlar Açısından Franchising	22
3. Ürün/Marka Franchisingi	22
4. İşletme Franchisingi	23
VIII. FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN DİĞER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI	23
A. BAYİLİK/TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ	23
B. ACENTELİK SÖZLEŞMESİ.....	25
C. VEKALET SÖZLEŞMESİ.....	26
D. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ.....	28
E. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİ.....	29
F. LİSANS SÖZLEŞMESİ	31
G. HİZMET SÖZLEŞMESİ.....	32
§ 2 FRANCHISE SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	35
I. GENEL OLARAK	35
II. FRANCHISE VERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ, FRANCHISE ALANIN HAKLARI.....	36

A. FRANCHISE SİSTEMİNDE YERALAN GAYRİMADDİ MALLARI KULLANDIRMA VE KULLANIMININ DEVAMINI SAĞLAMA	36
B. SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	36
C. TAŞINMAZ SEÇİMİ	37
D. FİZİKSEL İŞARETLER	37
E. FRANCHISE ALANLARIN EĞİTİMİ	38
F. OPERASYONEL STANDARTLAR	38
G. FRANCHISE ALANLAR ARASINDA AYRIMCILIK	39
H. İŞLETMEYE AÇILMA VE FİNANSMAN	39
I. REKLAM YAPMA	40
J. BÜYÜME VE KORUMA	40
III. FRANCHISE ALANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ, FRANCHISE VERENİN HAKLARI	41
A. MAL VE HİZMETLERİN SÜRÜMÜNÜ KENDİ AD VE HESABINA YAPMA VE SÜRÜMÜ DESTEKLEME.....	41
B. BEDEL ÖDEME	42
C. GAYRİMADDİ MALLARI KULLANMA	42
D. FRANCHISE VERENİN TALİMATLARINA VE KONTROLLERİNE KATLANMA	44
E. FRANCHISE VERENİN MENFAATLERİNİ KORUMA VE SADAKAT	45
F. MALLARI VE GEREKLİ MALZEMELERİ FRANCHISE VERENDEN YA DA ONUN BELİRLEDİĞİ ÜÇÜNCÜ BİR KİŞİDEN ALMA.....	46
İKİNCİ BÖLÜM.....	47
§ 3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME NEDENLERİ	47
I. GENEL OLARAK.....	47
II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA	47
A. ÖZEL DÜZENLEMESİ OLMAYAN ÜLKELER	47

1. İspanya	47
2. Belçika	48
3. Fransa	48
4. İtalya	48
5. İngiltere	49
B. ÖZEL DÜZENLEMeye SAHİP ÜLKE OLARAK ABD	49
III. TÜRK HUKUKUNDA FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME NEDENLERİ.....	50
A. SÖZLEŞMENİN KENDİLİĞİNDEN SONA ERMESİ.....	50
B. TARAFLARIN ÖLÜMÜ, İFLASI, EHLİYET KAYBI NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ	54
1. Genel Olarak.....	54
2. Tarafların Ölümü ya da Tüzel Kişiliğın Sona Ermesi Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi.....	55
a. Tarafların Gerçek Kişi Olması Durumunda	55
b. Tarafların Tüzel Kişi Olması Durumunda.....	56
3. Tarafların İflasıyla Sözleşmenin Sona Ermesi	57
4. Gerçek Kişi Tacirler İçin Ehliyet Kaybı Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi	58
C. SÖZLEŞMENİN TARAFLARCA SONA ERDİRİLMESİ.....	58
1. Fesih	58
a. Olağan Fesih	59
b. Haklı Sebep Fesih (Olağanüstü Fesih)	65
2. Tarafların Anlaşması Suretiyle Sözleşmenin Feshi.....	72
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	73
FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİ TAKİBEN TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	73
§ 4. FRANCHISE ALAN AÇISINDAN	73
I. GENEL OLARAK.....	73

II. FRANCHISE ALANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	75
A. FRANCHISE ALANIN MADDİ VE GAYRİMADDİ MALLARI	
KULLANMAYA SON VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	75
1. Maddi Mallar	75
2. Gayrimaddi Mallar	76
a. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Korunan Gayrimaddi Mallar ve	
Başvuru Yolları	78
aa. İlim ve Edebiyat Eserleri	81
bb. Musiki Eseri	84
cc. Güzel Sanat Eseri	84
dd. Sinema Eseri	85
ee. İşleme Eser ve Veri Tabanları	86
ff. Eser üzerindeki Haklar ve Hukuki Başvuru Yolları	86
b. Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre Korunan Gayrimaddi Mallar	96
aa. Marka	97
bb. Patent	99
cc. Faydalı Model	99
dd. Tasarım	99
ee. Coğrafi İşaret	100
ff. Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesi Sonrası Sınai Hakların İzinsiz	
Kullanım Halleri	101
gg. Hukuki Başvuru Yolları	107
c. Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunan Maddi ve Gayrimaddi Mallar	114
aa. Genel Olarak	114
bb. Hukuki Başvuru Yolları	126
B. FRANCHISE ALANIN FRANCHISE VERENE AİT TİCARİ SIRLARI,	
ÜRETİM VE İŞ SIRLARINI VE KNOW-HOW'I KULLANMAMA	
YÜKÜMLÜLÜĞÜ	130
1. Ticari Sır Kavramı	130
a. Türk Hukukunda	130
b. Amerikan Hukuku ve Diğer Hukuklarda	133

2. Know-How Kavramı	135	
3. Franchising İlişkisi Yönünden.....	138	
4. Başvurulacak Hukuki Yollar	145	
C. FRANCHISE ALANIN SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNDEN SONRA		
REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	147	
1. Genel Olarak.....	147	
2. Türk Hukuku ve Yargıtay Uygulamaları.....	152	
3. Rekabet Yasağının Sözleşme ile Kararlaştırılmamış Olması Durumu.....	155	
4. Acentelik Sözleşmesine Getirilen Rekabet Yasağı Hükümünün Kıyasen Franchise Sözleşmelerine Uygulanması.....	157	
5. Bekleme Ücreti.....	160	
6. Diğer Hususlar.....	164	
a. Rekabet Yasağına Aykırılık Nedeniyle Belirlenen Cezai Şartların Genel İşlem Şartları Yönünden İncelenmesi	164	
b. Devralınan İşletmenin İşçileri Yönünden Rekabet Yasağı	166	
c. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlali	166	
7. 4054 Sayılı Rekabet Kanunu Yönünden	167	
D. FRANCHISE ALANIN FRANCHISE SÖZLEŞMESİ DOLAYISIYLA ALMIŞ OLDUĞU KİŞİSEL VERİLERİ İADE VEYA İMHA YÜKÜMLÜĞÜ		170
II. FRANCHISE ALANIN HAKLARI.....		175
A. FRANCHISE ALANIN DENKLEŞTİRME BEDELİ TALEP HAKKI.....		175
1. Franchise Alan Yönünden Denkleştirme Bedeli İçin Gerekli Koşullar		182
a. Sözleşmenin Sona Ermiş Olması		182
aa. Sözleşmenin Sürenin Dolması ya da Tarafların Karşılıklı Mutabakatı İle Sona Ermesi.....		182
bb. Sözleşmenin Ölüm, Yaşlılık, Hastalık veya İflas Gibi Nedenlerle Kendiliğinden Sona Ermesi.....		184
cc. Sözleşmenin Olağan Fesih Yoluyla Sona Ermesi		185

dd. Sözleşmenin Olağanüstü Fesih Yoluyla Sona Ermesi.....	185
aaa. Franchise Sözleşmesinin Franchise Alan Tarafından Feshi.....	186
bbb. Franchise Sözleşmesinin Franchise Veren Tarafından Feshi	186
ee. Sözleşmenin Devri/ Sözleşmeye Üçüncü Kişinin Katılması.....	188
b. Franchise Verenin Yeni Müşterilerden Sözleşme Sona Erdikten Sonra da Menfaat Elde Etmeye Devam Etmesi	189
c. Franchise Alanın İşletmeye Kazandırdığı Yeni Müşterilerle Yapılmış veya Kısa Süre İçinde Yapılacak İşler Dolayısıyla Sözleşme Devam Etseydi Elde Edeceği Ücret İsteme Hakkını Kaybetmesi	193
d. Denkleştirme Ödemesinin Hakkaniyete Uygun Olması	194
e. Sözleşmenin Sona Ermesini Takiben Bir Yıl İçinde Franchise Alanın Talepte Bulunmuş Olması ve Vazgeçilmezliği	202
f. Denkleştirme Talebinin Hesaplanmasında Dikkate Alınacak Kriterler	205
B. FRANCHISE ALANIN BAŞLANGIÇ ÜCRETİNİN İADESİNİ TALEP HAKKI	211
C. FRANCHISE ALANIN HAPİS HAKKI	214
D. FRANCHISE ALANIN TAKAS VE MAHSUP HAKKI.....	218
E. SATIM OPSİYONU	219
§ 5 FRANCHISE VEREN AÇISINDAN.....	221
I. FRANCHISE VERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	221
A. FRANCHISE VERENİN SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNİ TAKİBEN STOKLARI, EKİPMANLARI VE DİĞER MALLARI SATIN ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	221
B. FRANCHISE VERENİN MEVCUT SİPARİŞLERİ YERİNE GETİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	227
C. FRANCHISE VERENİN FRANCHISE ALANIN TASFİYESİNE YARDIMCI OLMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	228
II.FRANCHISE VERENİN HAKLARI	230
A. FRANCHISE VERENİN FRANCHISE EDİLEN TAŞINMAZI DEVRALMA HAKKI	230
1. Franchise Konusu Taşınmazı Kontrol Yöntemleri	230
a. Taşınmazın Mülkiyetinin Franchise Verene Ait Olması	231

b. Franchise Verilen Taşınmazın Franchise Veren Adına Kiralanması	231
c. Franchise Verilen Taşınmazın Franchise Alan Adına Kiralanması	232
2. Sorunun Yargı Kararlarındaki Görünümü	234
a. Türk Hukukunda	234
b. Amerikan Hukukunda	235
3. Tahkim	236
B. FRANCHISE VERENİN SATINALMA OPSİYON HAKKI	243
C. FRANCHISE VERENİN HAPİS HAKKI	256
D. FRANCHISE VERENİN TAKAS VE MAHSUP HAKKI.....	257
SONUÇ.....	258
KAYNAKÇA.....	273

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
b	: baskı
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: bakınız
Bl.	: Bölüm
C.	: Cilt
Dn	: dipnot
E	: Esas sayısı
F	: fıkra
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
K	: Karar sayısı
md.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
RG	: Resmi Gazete
S.	: sayı
s.	: sayfa
T.	: tarihli
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Ticaret Kanunu
UFRAD	: Uluslararası Franchising Derneği
vb.	: ve benzeri
vd	: ve devamı

GİRİŞ

Franchise sözleşmesinin Türk Hukukuna girişi 1980’li yıllarda olmuş ancak yaygın olarak kullanımı 1990’lı yılları bulmuştur. Franchise sözleşmesinin bu gün bilinen anlamda kullanımı ise Avrupa’da 1970’li yılları bulurken ABD’nde 1950’li yıllarda başlamıştır¹.

ABD’de franchising, fikri mülkiyet haklarının lisanslaması konusunda en bilinir ve çok kullanılan alanlardan biri haline gelmiştir. Franchising aynı zamanda Amerikan ekonomisinde mal ve hizmetlerin dağıtımı hususunda da tartışmasız şekilde en baskın olan araçtır. 2003’teki verilere göre dahi franchise veren şirketler ve franchise alanlar yaklaşık yıllık 1 trilyon dolarlık bir satış yapmakta ve bu satış miktarı ülkedeki perakende satışın %40’ından fazlasını oluşturmaktadır. Yine 2003 verilerine göre; ABD’nde franchise’ların sekiz milyondan fazla işçi istihdam ettiği, her sekiz dakikada bir yeni bir franchise biriminin açıldığı ve her 12 (oniki) perakende dükkandan birinin franchise olduğu tahmin edilmektedir.² 2018 yılında ise 759.200 franchise işletmesinin olduğu, bunların 760 milyar dolar satış yaptığı ve sekiz milyondan fazla işçi çalıştırdığı tahmin edilmektedir³.

Avrupa Parlamentosu İç Politikalar Genel Direktörlüğü (Directorate General for Internal Policies) bünyesinde yapılan ve 2016 yılında kaleme alınan rapora göre; franchisingin Avrupa Birliğinde yeterli derecede etkin olmadığı, kötü işlediği vurgulanmakta ve bunun temel nedeni fonksiyonellikten ve yeknesaklıktan uzak düzenlemelere bağlanmaktadır. Yine ilgili rapora göre; Avrupa Birliğinde franchising gelirinin %83.5’i üye ülkelerin %25’inden gelmekte ve Avrupa Birliği GDP’sinin

1; Osman Berat Gürzumar, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukukun Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s.1; Çiğdem Kırca, **Franchise Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1997, s.8 ; Mehmet Şua, **Franchise Sözleşmesinin Tanımına Yeni bir Bakış**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:IV S:2, 2007, s.445.

2 Mark B. Schoeller, **Enforcement of Intellectual Property Rights In Franchising: An Area Ideal for Cooperation but Also Possibly for Conflict**, Licensing Journal, January 2003, s.16, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

3 <https://www.statista.com/topics/5048/franchising-in-the-us/>

(Gayrisafi yurtiçi hasıla) sadece %1.86'sını oluşturmaktadır. Bu GDP oranı ABD'nde %5.95 iken Avustralya'da %10.83 düzeyindedir⁴.

Franchise sözleşmesinin genç bir sözleşme türü olduğu ve her franchise sistemine göre farklı düzenlemeler içermesi ve ticari gereklilikler karşısında daha esnek hükümlere sahip olması zorunluluğu karşısında Türk hukukunda detaylı düzenlemelerin olmaması olağandır. Avrupa'da da franchise sözleşmesine özgü düzenlemeler yapılması tercih edilmezken ABD'de franchise sözleşmelerinin gerek federal düzeyde gerek eyalet düzeyinde detaylı olarak düzenlendiği görülmektedir.

ABD'nde 21 Ekim 1979'da Federal Ticaret Komisyonu (FCT) tarafından "Franchising Kuralı" adı altında çıkartılan düzenleme, 2007 yılında değişikliğe uğramıştır. FTC Franchise Kuralı, Washington DC dahil 50 eyalette franchise'ların teklif ve satışını düzenlemektedir. Franchise satışı ile ilgili olarak franchise verenlere zorunlu olarak yirmiüç konuda (franchise verenin maddi durumu, franchise verilen yer, franchise verenin sözleşme öncesi ve sonrasındaki yükümlülükleri, tescil edilmiş ya da tescile konu markalar, fesih hakları, franchise verenin bilançoları gibi) bilgilendirme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu düzenleme ile amaçlanan, franchise alanın yeterli bilgi sahibi olduktan sonra yapılan franchise teklifi ile ilgili doğru kararı verebiliyor olmasıdır. Federal düzeyde yapılan bu düzenlemeyle birlikte franchise yatırımcıları eyalet bazında yapılan düzenlemelere de uymakla yükümlü olup bu düzenlemeler eyaletlere göre farklılık göstermektedir⁵. Bu çalışmada; franchisingin ABD'ndeki yaygınlık düzeyi ve oturmuş hukuki yapısı dikkate alınarak franchise sözleşmesiyle ilgili hukuki nitelemeler yapılırken ABD hukukuna ve içtihatlarına atıf yapılmış, bahsekonu hukukun franchising sistemine aşinalığından yararlanılmaya çalışılmıştır. Bunun dışında zaman zaman Avrupa'daki uygulamalara ve düzenlemelere de değinilmiştir.

Çalışma dört bölümden oluşmakta olup ilk bölümde franchise sözleşmesinin genel özelliklerine değinilmekte; ikinci bölümde tarafların hak ve yükümlülükleri düzenlenmekte; üçüncü bölümde franchise sözleşmelerinin fesih ve sona erme hallerine

4 Mark Abell, European Parliament Directorate General for Internal Policies, **Legal Perspective of the Regulatory Framework and Challenges for Franchising in the EU**, September 2016, s.6;[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587317/IPOL_STU\(2016\)587317_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587317/IPOL_STU(2016)587317_EN.pdf), ET:12.03.1998.

⁵ Richard Rosen, Leonard Salis, John Karol, Michelle Murray Bertrand, AVi Strauss, **Law Reviews**, <https://thelawreviews.co.uk/chapter/1159256/united-states>, ET:18.05.2018.

değinilirken dördüncü bölümde ise franchise sözleşmesinin sona ermesi halinde franchise veren ve franchise alanın hak ve yükümlölüklerinden bahsedilmektedir.

Çalışmada Yargıtay kararlarına uygun olarak sözleşme için “franchise sözleşmesi” franchise sistemi için “franchising” terimleri kullanılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

§ 1 FRANCHISE SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK FRANCHISE SÖZLEŞMESİ

Franchising; sadece bir ürün ya da hizmetin farklı coğrafyalarda satılmasını amaçlamamakta; içinde tanınmış ve bilinen bir sisteme dair unsurları barındırmaktadır. Bu unsurlar; oturmuş bir pazarlama anlayışı, gayrimaddi mallar ve franchising organizasyonu olarak özetlenebilir. Pazarlama anlayışı; franchise veren kişinin işletmesinde kurduğu ve geliştirdiği mal ve hizmetlerin türü, standardı, sunum şekli, reklamları gibi hususları tanımlarken; franchising organizasyonu, taraflar arasındaki ilişkinin esaslarını belirler. Diğer yandan sürümü yapılacak malın ve/veya hizmetin markası, franchise verenin sahip olduğu işletme adı, semboller, logo, know how, işletme dekorasyonu gibi hususlar ise gayrimaddi malları oluşturmaktadır⁶. Dolayısıyla bir franchise sisteminin lisanslanmasını içeren franchise sözleşmesi; yukarıda sayılan tüm unsurlara ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Türk hukukunda franchise sözleşmesini tanımlayan GÜRZUMAR'a göre franchise sözleşmesi;

“Franchise verenin kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai haklar üzerinde, franchise alana kullanma, lisans hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani sözkonusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği, franchise alanın ise hem (sözkonusu sistemin içerdiği ve franchise verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal ve hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği;

Sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir”⁷.

⁶ Pınar Öztürk, **Franchise Sözleşmesi**, Yargıtay Dergisi, C.24, S.4, Ekim 1998, s.469.

⁷Gürzumar, s.10.

KIRCA'ya göre ise;

“Franchise sözleşmesi, konusu bir mal ve/veya hizmetin sürümü ve dağıtımı olan sürekli bir sözleşme olup, bununla mal ve/veya hizmeti üreten ve/veya satan franchise veren; adı, sembolü, markası gibi gayrimaddi mal ve/veya değerlerini kullanarak bunların sürümünü yapma hakkını bir ücret karşılığında, belli bir bölgede kendi ad ve hesabına çalışan, bağımsız kişilere (franchise alanlara) vermeyi borçlanır. Franchise veren bu sözleşme ile ayrıca mal veya hizmetlerin en iyi şekilde pazarlanmasını sağlamak için pazar araştırması ve tanıtım (reklamlar) yapmak, bu konuda kendine özgü anlayış geliştirip, bir organizasyon kurmak ve franchise alanların çalışmalarından yararlanacak şekilde bu organizasyona dahil ederek, sürekli korumak yükümlülüklerini üstlenir. Franchise alan ise, ücret yanında sözleşme konusu malların sürümünü desteklemek, bu konuda gerekli tüm bilgileri franchise verene iletmek, franchise verenin pazarlama ilkelerine, talimatlarına uymak, eğitim programlarına katılarak bu doğrultuda işletmesini yürütmekle yükümlüdür”⁸.

SEROZAN'a göre ise; “Franchise (pazarlama imtiyazı); bir kimsenin, bir başkasının yönergelerine bağlı kalarak ve bir bedel karşılığında, onun ürününü ya da servisini değerlendirerek pazarlama imtiyazı sağlamasıdır. Franchise sözleşmesinde pazarlama imtiyazını alan kişi, bu imtiyazı kendisine verene ait marka ve know-how gibi hakları kendi işletmesinde bir bedel ödeyerek kullanma olanağı kazanırken, bunları imtiyaz verenin belirlediği koşullarla, onun yönergeleri doğrultusunda kullanmayı da borçlanır”⁹.

YENİOCAK'a göre;

“Franchise sözleşmesi; franchise verenin franchise sistemine dahil olan fikri ve sınai unsurları franchise alana kullandırma, onu franchise sistemine dahil etme ve sürüm gerçekleştirebilmesi için ona destek olma borçlarını yüklediği, buna karşılık franchise alanın ise, franchise sistemine dahil olarak, sistemin konusu olan ürün ya da hizmetin sürümünü yine sistemin kuralları doğrultusunda sağlama ve franchise verene belirli bir ücret ödeme borcu altına girdiği sözleşmedir”¹⁰.

⁸ Kırca, s.19.

⁹ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Yayınevi, İstanbul 2002, s.78.

¹⁰ Umut Yeniocak, **Franchise Sözleşmeleri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.29.

Avrupa Parlamentosu İç Politikalar Genel Direktörlüğü (Directorate General for Internal Policies) bünyesinde yapılan ve 2016 yılında kaleme alınan rapora göre; franchising'in çok farklı tanımları bulunmakla birlikte franchising altı temel unsur içermektedir. Bunlar; tarafların bağımsızlığı, ekonomik menfaat, iş formatı, marka, franchise alanın franchise veren tarafından kontrolü, franchise veren tarafından franchise alana destek olunması hususlarıdır¹¹.

Yargıtay'a göre ise franchise sözleşmesi;

“Franchising, bir ürün ve hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dahilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli iş ilişkileri bütünü olup birbirinden bağımsız iki taraf arasında meydana getirilen sözleşmesel ilişkidir”¹².

Yargıtayın diğer bir kararında ise franchising kısaca “ticari imtiyaz” olarak tanımlanmıştır¹³.

Türk hukukundaki detaylı tanımlara karşılık ŞUA; franchise sözleşmesinin asli unsurunu franchise verenin ticari başarısını sağlayan yöntemleri franchise alana devamlı olarak aktarması olarak tanımlamakta ve franchise sözleşmesi için aşağıdaki tanımlı yapmaktadır;

“Franchise sözleşmesi, öyle bir sözleşmedir ki; onunla franchise veren ticari başarısını sağlayan yöntemleri franchise alana devamlı olarak aktarma, franchise alan ise bu yöntemlere uyma ve bir bedel verme yükümü altına girer”¹⁴.

Tüm yukarıdaki tanımlardan yola çıkarak franchise sözleşmesi; franchise veren tarafından franchise alana ticari başarısı kanıtlanmış yöntemlerden ve markalardan oluşan sisteme ilişkin bir lisansın verildiği; franchise alanın ise bunun karşılığında sistemi geliştirmeyi ve bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanabilir. Franchise sözleşmesinin temel niteliklerinden birisi de franchise verenin sürekli olarak yöntemlerini güncelleme, bunları franchise alanla paylaşma, franchise alanı eğitme ve sürekli şekilde

¹¹ Abell, s.10.

¹² Yargıtay 19.HD, E.2001/819 K., 2001/4917 K.,T.25.06.2001, www.kazanci.com, ET:15.04.2017.

¹³ Yargıtay 11.HD, E.2015/3509 K.2015/10334,T.12.10.2015, www.lexpera.com, ET:15.04.2017.

¹⁴ Şua, s.79.

denetleme yükümlülüğüdür. Buna karşılık ise franchise alan, franchise verenin ticari yöntemlerine sürekli olarak uyma, sürümünü arttırma ve hesap verme borcu altındadır.

II. FRANCHISING SİSTEMİNİN AVANTAJLARI

Franchising'in bir pazarlama tekniği olarak bu derece meşhur olması, şaşırtıcı değildir. Franchising, çok hızlı bir şekilde yeni pazarlara ve coğrafi alanlara açılmak için ucuz bir yöntemdir. Bir işletme, franchise yoluyla mallarını ve hizmetlerini ya da iş formatını bağımsız satış kanallarıyla satabileceği gibi bu satış karşılığında da lisans ücreti alabilir. Franchise alanlar ise hem kendi işlerinin sahibi olurken hem de çok daha büyük işletmelerin deneyiminden, bilinirliğinden ve alım gücünden yararlanmaktadırlar¹⁵.

Franchising, özellikle de büyük işletmelerle rekabet gücü az olan küçük ve orta ölçekli işletmelerin pazarda varolabilmeleri için çok önemli bir araç görevini görmektedir¹⁶.

Diğer yandan franchise veren; kendi ticari başarısını sağlayan yöntem ve bilgileri sürekli olarak franchise alana aktarmakta, bu bilgileri güncellemekte, denetim yapmak ve eğitim vermek suretiyle de yöntem ve bilgilerin doğru uygulanıp uygulanmadığı hususunda franchise alana rehberlik etmekte; dolayısıyla ilerisi için de franchise alanın ticari başarısının bir nevi garantörü olmaktadır. Franchise alan ise çok daha az yatırım yapmakta, bağımsız olması dolayısıyla daha hızlı karar alabilmekte, franchise aldığı bölgeyi daha iyi tanıdığı için doğru kararlar verebilmekte ve tek işinin franchise edilen iş olması nedeniyle de işine ve elde edeceği kara daha fazla odaklanarak sürümünü arttırmakta daha başarılı olmaktadır. Bu da tüketicilerin daha kaliteli ve güvenilir bir hizmet almasına yol açmaktadır¹⁷.

Diğer yandan franchise veren, kurduğu sisteme yaptığı yatırımı franchise alan tarafından başlangıçta ödenen giriş ücreti sayesinde azaltmakta, bir yandan sürümünü farklı pazarlarda arttırırken sözleşme süresi boyunca franchise alandan aldığı aylık yüzde ücret sayesinde kar elde etmektedir. Ayrıca franchise alanın bağımsız bir tacir olması

¹⁵ Robert w. Emerson, **Franchise Contract Clauses and Franchisor's Duty of Care Toward Its Franchisees**, North Carolina Law Review, 1994, s.2, www.lexisnexis.com; ET:12.04.2018; Gürzumar, s.4,5; Kırca, s.10,13.

¹⁶ Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s.2; Kırca, s.9; Gürzumar, s.4,5.

¹⁷ Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s.2; Kırca, s.9,12,13; Gürzumar, s.4,5.

nedeniyle franchise veren, o bölgedeki işletme ve personel masraflarından kurtulmakla birlikte hukuki ve ekonomik olarak riskini de azaltmaktadır¹⁸.

III. TARİHÇESİ VE GELİŞİMİ

Franchise sözleşmesi bu günkü anlamıyla ilk olarak 1950’li yıllarda ABD’nde; 1970’lerde Avrupa’da ve 1980’lerden itibaren Türkiye’de kullanılmaya başlanmış ancak Türkiye’de yabancı markalar tarafından ticaret hayatında yer edinmesi 1990’lı yılları bulmuştur¹⁹.

Franchisingin ilk olarak ortaya çıkışı ortaçağa ve sömürge dönemine uzanmaktadır. 1840’larda ise bir Alman bira üreticisi, SPATEN markalı birasının satışı için çeşitli barlara franchise hakları vermiş; markasının kullanımı karşılığında ise belirli bir bedel tahsil etmiştir. Bu gün anladığımız anlamda modern franchising’in ilk olarak ortaya çıkışı ise ABD’de 1863 yılında Singer Sewing şirketi vasıtasıyla olmuştur. Singer Sewing şirketinin kurucusu olan Isaac Singer; o günlerde kullanılan dikiş makinelerinden çok daha hızlı dikebilen bir makine üretmiş ve ilk kez bu makine için patent almıştır. Herşeyin elle dikildiği, kadınların dikiş dikebilmek için çok uzun saatler ve çok zor koşullarda çalıştığı 1800’lerde bu dikiş makinesinin bulunması çok önemli bir yenilik olarak ortaya çıkmıştır. Piyasaya çıktığı zaman pek çok Amerikalı için pahalı olan bu makineye özel olarak ilk kez taksitlendirerek satma modeli uygulanmıştır. Sıra dağıtımına geldiğinde ise çeşitli coğrafi bölgelerden Singer markasını satmak isteyen satıcılar aranmaya başlanmış ve bunlardan öncelikle bir başlangıç ücreti ve sonrasında da lisans ücreti alınmıştır. Buna ek olarak Isaac Singer bu kişilerden satış yaptığı müşterilere makinenin kullanımını da öğretmelerini istemiştir. Lisans alanlar, kendi bağımsız işlerini yaparken Singer Sewing de gelen parayı üretime harcamaya devam etmiştir²⁰.

Singer Sewing’le aynı zamanlarda araba sektörü de insanların hayatında önemli rol oynamaya başlamış, Henry Ford’la birlikte otomobil satışı için yeni dağıtım kanalları aranmaya başlanmıştır. Bu dönemde otomobiller kataloglar yoluyla ya da ABD çevresinde seyahat ederek araba satmaya çalışan satıcılar kanalıyla satılmaktayken bu dağıtım kanalları eksik kalmış ve araba satışı için de franchise ağı oluşturulma yoluna

¹⁸ Öztürk, s.464; Kırca, s.11.

¹⁹ Şua, s.57.

²⁰ Kırca, s.5; Joel Libava, **The History of Franchising As We Know**, <https://articles.bplans.com/the-history-of-franchising-as-we-know-it/>, ET:18.09.2018., s.5,6.

gidilmiştir. Nitekim 1896’da William Metzger, Detroit, Michigan’da ilk otomobil bayisini açmış ve işletmeye başlamıştır²¹.

Bunu akaryakıt ve alkolsüz içecekler alanında verilen franchise’lar izlemiştir. Modern anlamda franchising ise II. Dünya savaşıdan sonra ortaya çıkmıştır. II.Dünya Savaşı’ndan sonra franchising, sadece franchise verene ait marka ve isim haklarının kullanılması yoluyla mal ve hizmet sürümünün artırılması şeklinde değil; aynı zamanda franchise verenin sistemine tam anlamıyla entegre olunması suretiyle ve mal ve hizmetlerin yeknesak bir pazarlama ve yönetim anlayışıyla sunulması şeklinde yapılmaya başlanmıştır. Bu yeni şekilde franchise veren de franchise alana sürekli olarak destek ve eğitim vermektedir²². McDonald’s franchise zincirinin mimarı Ray Croc,1960’larda McDonald’s franchising zincirinin ilk halkalarını oluşturmaya başlamıştır. 1963 yılında McDonald’s; aynı standartta faaliyet gösteren 500 (beşyüz) restorana ulaşmıştır²³.

Türkiye’de franchisingin öncülüğünü ilk kez 1985 yılında McDonald’s yapmış, diğer fastfood zincirleri de McDonald’s’ı izlemiştir. (Wendy’s, Wimpy, Kentucky Fried Chicken, Pizza Hut vb)1990’lı yıllarda pazara franchising yöntemiyle giren bazı şirketlerin başarısız olmasına karşı franchising gelişmeye devam etmiş; yabancı firmalarla birlikte yerli pek çok firma da franchising yöntemiyle büyümeyi tercih etmiştir. (Sultanahmet Köftecisi, Ülker Shop, Hacıoğlu Lahmacun, Vakko Gömlek vb.) Bu gelişmeler üzerine 1991 yılında UFRAD kurularak franchisingin Türkiye’de gelişmesine öncülük etmiştir²⁴.

IV. HUKUKİ NİTELİĞİ

A. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞME OLMASI

Türk Borçlar Hukuku’na göre sözleşmeler; edimler arasındaki ilişkilere ve borç yüklenenlerin sayısına göre tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde

²¹ Libava, s.7,8.

²² Öztürk, s.461.

²³ Libava, s.10,11.

²⁴ Öztürk, s.462; Ali Murat Sevi, **Franchising ilişkisine Hakim olan Etik Kurallar**, Ankara: Batider, S.3, C.XX., 2000, s.160-161.

tarafardan yalnız biri borç altına girerken iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafa da borç yüklenmektedir²⁵.

Franchise sözleşmeleri; franchise verene ticari başarısı kanıtlanmış ticari yöntemlerden franchise alanı sözleşme süresince devamlı olarak yararlandırma ve sürekli destek verme borcu yüklerken franchise alana ise başlangıç ücreti ve aylık yüzde ücret (royalty) ödeme, sürümü arttırma borcu yüklemekte olup tam iki tarafa borç yükleyen sürekli bir sözleşmedir²⁶.

B. SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURMASI

Sürelerine göre sözleşmeler ise ani sözleşmeler, dönemli sözleşmeler ve sürekli sözleşmeler olarak üçe ayrılmaktadır. Ani sözleşmelerde borçlu, borçlanmış olduğu edimi bir defada yerine getirerek borcundan kurtulmaktadır. Borçlunun borcunu aylık, üçer aylık ve yıllık dönemlerde yerine getirdiği sözleşmeler dönemsel sözleşmeler, asli edim yükümünün ifasının zamana yayıldığı sözleşmeler ise sürekli sözleşmeler olarak anılmaktadır²⁷.

Franchise sözleşmeleri, tarafların edimlerini bir defada yerine getirerek sona ermediği, dönemsel olmadığı ve sürekli bir nitelik taşıdığı için “sürekli sözleşmeler” dendir. Franchise sözleşmesi süresi boyunca franchise veren, franchise alanı ticari yöntemlerinden yararlandırma, bunları sürekli güncel tutma, franchise alan ise finansal yükümlülüklerini yerine getirerek sürümü arttırmak için gayret gösterme borcu altındadır²⁸.

C. ÇERÇEVE SÖZLEŞME NİTELİĞİ

Çerçeve sözleşmeler; süreklilik arzeden bir borç ilişkisinde ileride taraflar arasında aktedilecek olan münferit sözleşmeler için geçerli temel kuralları belirleyen ve işin detaylı düzenlemesini münferit sözleşmelere bırakan sözleşmelerdir. Franchise sözleşmelerinde tüm detayları düzenlemek olanaksız olup bu sözleşmeleri düzenlerken

²⁵ Hüseyin Hatemi, K.Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku/ Genel Bölüm**, b.3, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015,s.15; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, b.10, Mimoza Yayınları, 2015, Konya, s.223; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, b.24, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.223; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1,b.17, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.48.

²⁶ Gürzumar, s.10; Kırca, s.19,20.

²⁷ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.225; Oğuzman/Öz, s.11,12,13.

²⁸ Gürzumar, s.26; Kırca, s.20; Yeniocak, s.36.

operasyonel hususlarda esneklik sağlaması hedeflenirken sözleşmenin değişen şartlara da cevap verebilmesi ve yeniden müzakere gerekliliği doğurmaması önem taşımaktadır. Bu açıdan franchise sözleşmeleri de çerçeve sözleşmeler olarak kabul edilmektedir²⁹.

DOĞRAMACI'ya göre çerçeve sözleşme, içerdiği kök yüküm nedeniyle ileride en az taraflardan birine münferit sözleşme yapma yükümlülüğü getirirken sürekli borç ilişkisi doğurması nedeniyle de ileride kurulacak münferit sözleşmelerde geçerli olacak ortak hükümleri belirlerler³⁰. Yine **DOĞRAMACI**'ya göre; çok aşamalı olan çerçeve sözleşmelerde tarafların iradeleri arasında oluşacak bir kerelik uzlaşma taraflar arasındaki tüm borçların kaynağını oluşturmaya yeterli olmayıp çerçeve sözleşme ile tespit edilen genel esaslar münferit sözleşmeler yapılarak somutlaştırılmaktadır. Bu nedenle de çerçeve sözleşmeler, edim yükümlülüklerinin belirli ya da belirlenebilir olmasına ilişkin genel kuralın istisnasını oluşturmaktadırlar³¹.

Nitekim doktrinde çerçeve sözleşmelerine ilişkin tanımlar incelendiğinde yapılan tanımların çerçeve sözleşmelerin taraflara münferit sözleşme kurma borcu yükleyip yüklemediği noktasında farklılaştığı görülmektedir³². Örneğin **İŞGÜZAR**; çerçeve sözleşmelerin taraflara münferit sözleşmeler yapma borcu yüklediğini ifade ederken³³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, bunun aksini³⁴ ifade etmektedir.

Bizim katıldığımız görüş; çerçeve sözleşmelerin taraflara münferit sözleşmeler aktetmekle ilgili bir borç yüklemediği görüşüdür. Çerçeve sözleşmesi niteliği taşıyan franchise sözleşmelerinin çoğunun çok detaylı hükümler içerdiği ve münferit sözleşmelerle tamamlanmasalar dahi tarafların borçlarını net olarak tanımladığı ve her iki tarafın da borcunu netleştirdiği açıkça görülecektir. Bununla birlikte bir yükümlülük olmamakla beraber; uzun dönemli olarak aktedilen franchise sözleşmelerinde ortaya çıkan ihtiyaç nedeniyle tarafların münferit sözleşmeler imzalamayı tercih edeceği durumların ortaya çıkacağı da tabidir.

²⁹ Hüseyin Leblebici, Christina E. Shalley, **The Organization of Relational Contract: The Allocation of Rights in Franchising**, Journal of Business Venturing 11, 1996, s.1, Franchise sözleşmelerinin çerçeve sözleşmeler olduğu hakkında bkz. Gürzumar, s.28; Kırca, s.22; Yeniocak, s.37.

³⁰ Hayriye Şen Doğramacı, **Çerçeve Sözleşmeler**, Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilimdalı, Doktora Tezi, Eskişehir 2010, s.36.

³¹ Doğramacı, s.50.

³² Doğramacı, s.35.

³³ Hasan İşgüzar, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, b.1, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1989, s.33.

³⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, b.4, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s.112.

D. İSİMSİZ/KARMA SÖZLEŞME NİTELİĞİ

Kanunda açıkça tanımlanmış olup olmadıklarına göre sözleşmeler “isimli sözleşmeler” ve “isimsiz sözleşmeler” olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanunda açıkça tanımlanmadan kasıt sözleşmelerin ismen zikredilmesi değil, esaslı unsurları vurgulanmak suretiyle açık bir şekilde tanımlanmalarıdır³⁵. Kanun koyucunun bir sözleşmeyi adlandırmış olması değil, aksine, düzenlemiş olması bu sözleşmeyi isimli sözleşmeler kategorisine sokmaktadır³⁶.

Franchise sözleşmesinin gerek Türk Hukuku açısından yeni bir sözleşme türü olması gerek franchise sözleşmeleriyle ilgili ticari hayatın gerektirdiği esnekliklere kanuni düzenlemelerin cevap veremeyecek olması nedeniyle franchise sözleşmeleri Türk Hukukunda düzenlenememiş ve isimsiz bir sözleşme olarak kalmışlardır³⁷.

İsimsiz sözleşmeler de kendi içinde “karma sözleşmeler” ve “kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler” olarak ikiye ayrılmaktadır³⁸. Franchise sözleşmelerinin kanunda tanımlı sözleşme tiplerinden iki veya daha fazlasının içerdiği unsurları, özellikle asli edimleri, kanunun öngörmediği biçimde bir araya getirdikleri karma sözleşme mi yoksa kanunda tanımlı olmayan sözleşme unsurlarını bir araya getiren kendine özgü (sui generis) sözleşme mi olduğu hususu; doktrinde tartışmalıdır³⁹. Gürzumar ve Kırca’ya göre franchise sözleşmeleri, bir yanda kanunda tanımlı sözleşme tiplerinden belirli unsurları bir araya getirirken diğer yandan da kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere ilişkin unsurlar taşıması nedeniyle “karma sözleşme” lerdendir. Buna karşın Hatemi/Serozan/Arpacı ise franchise sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan ve asli edim yükümlülükleri açısından kanunda düzenlenmiş sözleşmelere tamamen yabancı unsurlar içeren bir sözleşme olduğu görüşündedir⁴⁰. Hatemi/Serozan/Arpacı; franchise sözleşmesini satım (tek satıcılık), ortaklık, lisans, ürün kirası, vekalet, eser, acenta sözleşmesi edimlerinin iç içe geçip birbirinden ayrılmaz biçimde bütünleştiği birleşik bir

³⁵ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, b.7, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.18, 947; Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, b.16, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.11,12.

³⁶ Saibe Oktay, **İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Doldurulması**, İHFM C.IV, 1996, s.264; Kırca, s.47,48; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.948; Zevkliler/Gökyayla, s.12.

³⁷ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.949; Şua, s.58.

³⁸ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.952; Ayan Mehmet, s.139,140; Zevkliler/Gökyayla s. 12,18.

³⁹ Zevkliler/Gökyayla, s.18, Kırca, s.49.

⁴⁰ Poroy/Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, b.16, Vedat kitapçılık, İstanbul 2017, s.274.

sözleşme olarak tanımlamaktadır⁴¹. Bizim de katıldığımız Arkan ve Poroy/Yasaman’a göre franchise sözleşmeleri kanunda tanımlı sözleşme tiplerine ait unsurlarla birlikte kanunda tanımlı olmayan kendine özgü sözleşmelere ilişkin unsurları da ihtiva ederek tek bir akit teşkil ettiklerinden karma sözleşmelerdendir. Bu sözleşmelere TBK’unda tanımlanmış sözleşme tiplerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır⁴². Diğer yandan franchise sözleşmeleri, TTK’da tanımlı acentelik sözleşmesine ilişkin unsurlar ile birlikte kanunda düzenlenmeyen know-how, lisans sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesine ilişkin unsurları da içerdiğinden kanunda düzenlenmeyen bu sözleşmelere uygulanacak hükümlerle birlikte TTK’unda acentelik sözleşmesi için getirilen hükümler de kıyasen bu sözleşmeye uygulanacaktır.

Kıyas yolu ile hukuk uygulaması teorisine göre; karma sözleşmeler çeşitli sözleşmelerdeki unsurların bir toplamı değil, aksine organize edilmiş bir bütündür. Bu nedenle kanunda düzenlenmiş hükümler doğrudan bu sözleşmelere uygulanamayıp ancak kıyas yoluyla uygulanır. Kısaca kanundaki hükümlerin sözleşmelere uygun düşmemesi halinde bu hükümler isimsiz sözleşmelere uygulanamaz⁴³.

E. DİKEY ANLAŞMA NİTELİĞİ

Dikey anlaşmalar; farklı ekonomik seviyelerde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında kurulan akitlerdir. Yatay anlaşmalar ise genellikle aynı ekonomik seviyedeki teşebbüsler (rakipler) arasında imzalanan anlaşmalardır.

Franchise sözleşmelerinde franchise alan, franchise verenin şubesi gibi faaliyet gösterir. Dolayısıyla farklı üretim seviyelerinde bulunan ancak sürümü arttırmak gayesiyle bir araya gelen⁴⁴ franchise veren ve franchise alan arasında aktedilen franchise sözleşmeleri; üreticiler arasında akteedilecek franchise sözleşmeleri dışında, dikey

⁴¹ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuk Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.56

⁴² Poroy/Yasaman, s.274; Kırca, s.60; Yeniocak, s.34; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Vakfı, b.25, Ankara 2019, s.224.

⁴³ Oktay, s.277; Zevkliler/Gökyayla, s.21; Ayan Mehmet, s.141.

⁴⁴ Kırca, s.28; Yeşim Ayata, **Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.11

niteliktedir⁴⁵. Franchise sözleşmeleri dikey işbirliği içeren anlaşmalar olmaları nedeniyle Rekabet Kurumu'nun grup muafiyeti tebliğlerinden yararlanırlar.

V. FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

BK md.12/I'de sözleşmelerin geçerliğinin, kanunda aksi öngörülmedikçe, şekle bağlanamayacağı düzenlenmiştir⁴⁶. İsimsiz sözleşmeler kanun tarafından düzenlenmedikleri için bunlara özgü bir içerik sınırlaması ya da şekil sınırlaması da sözkonusu olamaz. Nitekim isimsiz sözleşmelerin ortaya çıkmasının temel nedeni de sözleşme özgürlüğüdür.

İsimsiz sözleşmelerle ilgili özel sınırlamalar olmasa dahi TBK'nundaki genel sınırlamalar bunlar için de sözkonusu olacaktır. Kanuna, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı bir sözleşme olamayacağı gibi konusu imkansız olan isimsiz bir sözleşme de kurulamayacaktır. (TBK m. 19,20) Diğer yandan isimsiz sözleşmelerde sözleşme özgürlüğünün diğer bir sınırı da iyiniyet kuralları, kanuna karşı hiledir⁴⁷.

Nitekim Yargıtay da verdiği bir kararında Osman Gürzumar'ın "Franchise Sözleşmeleri" adlı eserine atıf yaparak franchise sözleşmelerinin isimsiz sözleşmelerden olduğunu ve yazılı şekilde yapılmasının bir geçerlik şartı olmadığını teyid etmiştir⁴⁸. Diğer yandan her franchise sözleşmesi içinde bir marka ya da patent lisansı sözleşmesi barındırdığından bahsekonu lisans sözleşmesinin geçerliğinin yazılı şekil şartına bağlandığı durumlarda franchise sözleşmesinin geçerliği için de yazılılık şartı aranıp aranmayacağı doktrinde tartışılmıştır. **GÜRZUMAR**, marka veya patent lisansı sözleşmesinin yazılı olmamasının bütün franchise sözleşmesini geçersiz kılmayacağını ifade ederken **KIRCA**, lisans sözleşmesinin geçersizliği durumunun franchise sözleşmesinin zorunlu unsuru olan marka ya da patent kullanımına imkan vermeyeceğini

⁴⁵ Sülün Güçer, **Avrupa Topluluğu ve Türk Hukukunda Franchising Sözleşmeleri, Rekabet Hukuku ilişkisi**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler (Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2008, s.97; Kırca, s.28; Ayata, s.11.

⁴⁶ Ayan Mehmet, s.154; Zevkliler/Gökyayla, s.9.

⁴⁷ Oktay, s.272; Hatemi/Gökyayla, s.61.

⁴⁸ HGK, 2012/19-671E., 2013/151K., 30.1.2013T.,www.lexpera.com, ET:15.01.2018 "Borçlar Kanunumuzda düzenlenmeyen isimsiz sözleşmelerden olan Franchising sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması sözleşmenin geçerlik şartlarından değildir. (Osman Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri, s.30) Bu nedenle mahkeme sözleşmedeki imzanın davalıya ait olmadığından bahisle davanın reddine karar vermişse de yukarıda belirtildiği gibi taraflar arasındaki franchising sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının sözleşmenin geçerlilik unsuru olmadığı gözetilerek davacıya davasını ispat yönünde delillerini sunması konusunda süre verildikten sonra toplanan bütün deliller birlikte değerlendirilip karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir"

ve tarafların franchise sözleşmesi yapmaktaki temel amacının ortadan kalkacağını; dolayısıyla franchise sözleşmesinin de geçerli olmayacağını ifade etmektedir.⁴⁹ Biz de bir patent ya da marka lisansının franchise sözleşmesinin esaslı unsuru olduğunu ve dolayısıyla marka ya da patent lisansı sözleşmesinin geçerli olmadığı bir durumda franchise sözleşmesinin de geçersiz olacağını düşünmekle birlikte eğer marka ya da patent lisansı için ayrı yazılı bir sözleşme yapılmış ve buna istinaden taraflar franchise sözleşmesi hususunda sözlü olarak mutabık kalmışlarsa franchise sözleşmesinin geçerli olacağını düşünmekteyiz.

VI. FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN ZORUNLU UNSURLARI

Bir iş ilişkisini dikkatli bir inceleme yapmaksızın “franchising” olarak nitelendirmenin tehlikesi çeşitli anlaşmalarda ve makalelerde ifade edilmiştir. Bir iş ilişkisinin franchising olarak nitelendirilebilmesi için ABD’de birçok mahkeme kararında da belirtildiği gibi; bir franchise alan ticari işletmesine, franchising kanunlarının korumasından yararlanabilmek için geri dönüşü mümkün olmayan bir yatırım yapmış olmalıdır⁵⁰. Ayrıca yapılan yatırıma ek olarak bir ilişkinin franchising ilişkisi olarak nitelendirilebilmesi için bir takım zorunlu unsurları barındırması aranmaktadır.

ABD’nde franchise’ın teklifi ve satılması konuları hem federal hem de eyaletler bazında düzenlenmiştir.

Genel olarak kabul edilen kurala göre franchisinge ilişkin koşullar aşağıda yer almaktadır;

- 1) Sözleşmenin marka lisansını ya da diğer ticari sembollere ilişkin lisansı içermesi
- 2) Franchise verenin franchise alana temel desteği vermesi ve kontrol etmesi ya da alternatif olarak franchise verenin franchise alan için bir pazarlama planı ya da bir sistem önermesi
- 3) Franchise verene franchising ücreti ödenmesi (bu ücret aylık yüzde ücret şeklinde ya da diğer doğrudan ya da dolaylı ödemeler şeklinde olabilir)

⁴⁹ Kırca, s.35.

⁵⁰ Emerson, Franchise Contract Clauses and Franchisor’s Duty of Care Toward Its Franchisees, s.5.

Minnesota ve New Jersey gibi eyaletlerde bir kontrol ya da pazarlama planı gerekliliği aranmamakta birlikte, tarafların ürün ve hizmetlerin pazarlanmasındaki ortak menfaatten bahsedilmektedirler⁵¹.

Newyork'ta ise franchisingin zorunlu unsurları arasında bir pazarlama planı ya da markayla bağlantılı bir lisansın verilmesi ile birlikte bir franchise ücretinin ödenmesi tanımlanmaktadır⁵².

Kaliforniya modelinde franchise sözleşmesi, sadece üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar; lisanslı bir marka, bir pazarlama planı ve franchise ücretidir. Pazarlama planı; franchise alana bir öneri niteliğindedir⁵³. İlk iki unsur; pekçok ilişkide bulunmakla birlikte franchise ücreti, belirleyici unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte yine ABD'de bazı eyalet mahkemeleri, franchise verene broşür ve elkitapları için yapılan ödemelerin bir lisans ilişkisini franchising ilişkisine dönüştüreceğini ileri sürmüşlerdir⁵⁴.

Farklı ülkelerde franchisingi düzenleyen kanunlardaki franchising tanımı incelendiğinde, genel olarak 4 (dört) ortak unsurla karşılaşılmaktadır;

- 1) Bir hakkın verilmesi (Bu hak genel olarak bir lisansın verilmesidir)
- 2) Bir fikri mülkiyet hakkının kullanılması (Burada genellikle markanın kullanımı vurgulanmaktadır)
- 3) Doğrudan ya da dolaylı bir ödeme
- 4) Franchise verenin sistemi ya da pazarlama planı

Bu 4 (dört) unsur incelendiğinde bir franchising ilişkisinde güven ve bağımlılık unsurlarının öne çıktığı görülmektedir⁵⁵.

Bölüm II'de yapılan franchise tanımları incelendiğinde ve franchise sözleşmesinin diğer sözleşmelerden farklılıkları göz önüne alındığında temel olarak 4 unsuru içermesi zorunludur. Bunlar;

⁵¹ Stafford Matthews, **Managing Default and Termination of Licensing Relationships**, Licensing Journal, May 2006, s.6, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018; Babette Marzheuser-Wood, Brian Baggott, Franchise Law in the United States, s.3, www.dentons.com, ET:17.07.2020.

⁵² Matthews, s.6.

⁵³ Jonathan Solish, **“Unrecoverable Investment Define Franchise Relationship”**, American Bar Association Franchise Law Journal, Summer 2006, s.1, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018; Marzheuser/Baggott, s.3.

⁵⁴ Solish, s.1.

⁵⁵ Elizabeth Crawford Spencer, **“An Exporation of the Legal Meaning of Franchising”**, Journal of Marketing Channels, 2013, s.36, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018; Marzheuser/Baggott, s.2,3.

A. FRANCHISE ALANIN BAĞIMSIZLIĞI/TTK ANLAMINDA TACİR SAYILMASI

Franchise sözleşmesini benzer diğer sözleşmelerden ayıran temel özellik, franchise alanın bağımsız bir tacir olması ve işinin tüm ekonomik ve hukuki riskine katlanıyor olmasıdır⁵⁶.

Nitekim TTK madde 12, bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa kendi adına işleten kişiyi tacir olarak tanımlarken; “tacir olmanın hükümleri”ni düzenleyen 18. maddesi “her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmesi gerekir” diyerek tacirin ticari işletmesine ait ekonomik ve hukuki riskleri taşıması gerektiğini düzenlemektedir. Buna ek olarak TTK madde 18/I’de tacirin iflasa tabi olduğu, kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek ve gerekli ticari defterleri tutmakla yükümlü olduğu da ifade edilerek bağımsızlık ve riskleri taşıma yükümlülüğü bir kez daha vurgulanmıştır.

Franchise alan da TTK 12 maddesi çerçevesinde bağımsız bir tacir olarak faaliyetini sürdürmektedir; dolayısıyla franchise alanın ticaret siciline kayıt olmak, bir ticaret unvanı seçmek, ticari defterleri tutmak ve ticaretine dair tüm faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi faaliyet gösterme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunun yanında franchising işinin yapısı gereği franchise alanın franchise verenin talimatlarıyla bağlı olması, kontrollerine katlanması ve hatta bazen sözleşme konusu malların satış fiyatının franchise veren tarafından belirlenmesi onun bağımsızlık özelliğini ortadan kaldırmaz⁵⁷.

B. FRANCHISE VERENİN FRANCHISING SİSTEMİNİ VE PAKETİNİ SUNMA VE FRANCHISE ALANI DESTEKLEME ZORUNLULUĞU

Franchise ilişkisinde en temel özellik franchise alana franchise konusu sistem için bir lisans veriliyor olmasıdır. Franchise sözleşmesine konu olan sistem içinde; bir üretim, işletme ve pazarlama sistemini, gayrimaddi malları ve franchise organizasyonunu barındırmaktadır⁵⁸.

⁵⁶ Kırca, s.24; Arkan, s.224; Ayata, s.8; Bahar Şimşek, **Franchising Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.97.

⁵⁷ Gürzumar, s.7; Kırca, s.25; Şimşek, s.99; Ayata, s.9.

⁵⁸ Gürzumar, s.7; Kırca, s.267; Şimşek, s.100.

1. Üretim İşletme ve Pazarlama Sistemi

Ürün çeşidi, üretim metodu, standardı ve kapasitesi, üretimde kullanılacak makine ve teçhizat, hammadde veya sürümü yapılacak maları satın alma ve bunların tedarik kanalları, servis hizmetleri, pazarlama, satış, reklam ve promosyon, yönetim, personel politikaları, seçimi ve gruplaması, finans ve muhasebe gibi hususlarda franchise verenin izlediği ve uyguladığı politikaları içermektedir. Dolayısıyla bir işletmeye ait üretim, işletme ve pazarlama sırları (gizli know-how), bu hususlarda edinilmiş bilgi ve tecrübeler (gizli olmayan know-how), bir malın ambalajı ya da şekli, prospektüsü, kataloglar, fiyat listeleri, türü, malzemelerin dizaynı, müşteriyle temas edilen alanların dış ve iç dekorasyonu, kullanılan ekipmanlar, sunulan malı veya hizmeti tanımlayan söz, işaret amblemler, isim, reklam ve promosyonda kullanılan fikir ve sloganlar, personelin kılık ve kıyafeti bu kapsamda değerlendirilecektir⁵⁹.

2. Gayrimaddi Mallar

Fikri hakları, patentleri, markaları, diğer sınai hakları, ticaret unvanlarını ve işletme adlarını içermektedir. Bu hakların ilgili mevzuata göre tescil edilmiş olup olmamaları sadece koruma yöntemi açısından bir farklılık yaratmakta; bunların franchising sistemine dahil olduğu gerçeğini değiştirmemektedir⁶⁰.

3. Franchising Organizasyonu

Franchise verenin üretim, işletme ve pazarlama sisteminin franchise alana aktarılması ve gayrimaddi malların kullandırılması esnasında kurulacak olan yapıyı ve taraflar arasındaki ilişkinin ve işbirliğinin esaslarını belirlemektedir. Örneğin franchise veren tarafından verilecek olan eğitimlerin nasıl ve ne sıklıkta olacağı, işletmenin yeri ve büyüklüğü, denetimlerin nasıl ve ne sıklıkta yapılacağı gibi hususlar franchising organizasyonuna özgü hususlardır⁶¹.

⁵⁹ Gürzumar, s.33, Kırca, s.26; Şimşek, s.101; Ayata, s.101.

⁶⁰ Gürzumar, s.115; Kırca, s.26; Şimşek, s.101; Ayata, s.10,11.

⁶¹ Gürzumar, s.35 “Franchise sistemi, franchising organizasyonu anlamında kullanılmıştır”; Kırca, s.27; Şimşek, s.102; Ayata, s.11.

C. ANLAŞMA

Franchise sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan sözleşmenin meydana gelmesi için tarafların sözleşmenin esaslı noktaları, özellikle de asli edim yükümlülükleri üzerinde uzlaşmaları ve karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları gerekir⁶². Nitekim gerek Amerikan hukukunda⁶³ gerek Yargıtay kararlarında ifade edilen sözleşme aktedilmeden önce taraflara getirilen aydınlatma yükümlülüğü de bu hukuki zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Tarafların iradelerini açıklamadan önce açıklayacakları irade beyanlarının nasıl bir sonuç doğuracağını bilmeleri zorunludur⁶⁴.

D. ÜCRET

Franchise alanın franchise verene franchise sözleşmesi gereğince bir ücret ödemesi zorunludur. Bu ücret, franchise alandan sözleşme imza aşamasında alınan ve franchising sisteminden ve franchise verenin desteğinden yararlanma karşılığı ödenen başlangıç ücreti ile franchise sözleşmesinin devamı süresinde franchise alanın yaptığı satışlar üzerinden ödenen aylık yüzde ücretten oluşmaktadır. Bu meblağlara ek olarak franchise alan, franchise verenin ticari sistemin bütünü için yapacağı reklamlara katkı sağlamak için belirli bir reklam katkı payı da ödemekle yükümlüdür⁶⁵. Verilen franchise niteliğine bağlı olarak franchise verenin franchise verilen taşınmaz için ödediği kirayı ve yerin maliki olması durumunda alabileceği rayiç kira bedelini franchise alana ödediği bir takım sistemler de mevcuttur⁶⁶.

⁶² Kırca, s.32; Hatemi/Gökyayla, s.31; Oğuzman/Öz, s.75.

⁶³ Yeniocak, s.48 “Federal Ticaret Komisyonunun 22 ocak 2007 tarihli yeni Franchise Rule adlı düzenlemesinde, franchise verenin franchise sistemi hakkında franchise alana karşı bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.”; Ayata, s.62.

⁶⁴ Hatemi/Gökyayla, s.30 “İcap; akdin esaslı unsurlarını içermesi gereken bir beyandır. Öyle ki; muhatabın “kabul” demesi ile akit kurulabilsin”; Oğuzman/Öz, s.72 “Taraflar anlaştıklarını zannettikleri halde, irade beyanları birbirine uygun değilse, gizli uyuşmazlıktan söz edilir. Sözleşme gene kurulamaz.”; Mehmet Deniz Yener, **Franchise Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri**, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınları, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Yayın No:773, 2010, s.71.

⁶⁵ Gürzumar, s.15; Marzheuser/Baggott, s.3; Şua, s.77; Şimşek, s.104.

⁶⁶ Şua, s.77; Charles S.Modell and Joseph J.Fittante, Jr, “**Franchisor Involvement in Real Estate**”, American Bar Association Franchise Law Journal, Spring 1999, s.2, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018; Yener, s.71.

VII. FRANCHISING TÜRLERİ

A. AMERİKAN HUKUKUNDA

“Franchising” terimi salt bir yatırım fırsatından ziyade daha karışık bir iş ilişkisini tanımlamak için kullanılmaktadır⁶⁷. Markaların önemi arttıkça daha hızlı genişleme ihtiyacı ortaya çıkmakta ve bu da franchise verenlerin daha deneyimli ve karmaşık yapıdaki franchise alanlarla çalışma ihtiyacını doğurmaktadır. Bu ihtiyaçtan yola çıkarak İş Geliştiren Franchise Alan (Area Development), Temsilci Franchise Alan (Area Representative) ve Ana Franchise Alan (Master Franchisee) kategorileri ortaya çıkmıştır. Bunların hepsi belirli bir bölgede franchise verenle imzaladıkları sözleşme yoluyla yeni franchise birimleri açmakta ya da açmaya çalışmaktadır⁶⁸.

1. İş Geliştiren Franchise Alan

Zorunlu bir genişleme planı dahilinde, belirli bir bölgede, belli sayıda ünite açmak ve işletmek için başlangıç ücreti ödemek suretiyle münhasır olarak faaliyet göstermektedir. İş geliştirme modelinde, iş geliştiren franchise alan birimleri kendisi açıp işletmekle sorumlu olacağından, temsilci modeline ve ana franchise alan modeline kıyasla iş geliştirme modelinde çok daha küçük bir bölge verilmektedir⁶⁹.

2. Temsilci Franchise Alan

Franchise verene başlangıç ücreti ödemek koşuluyla nitelikli franchise alanlar bulmak, bunların ödedikleri başlangıç ücreti ve aylık yüzde ücretin belirli kısmını kendilerine almak ve franchise alanlara da hizmet vermek suretiyle faaliyet göstermektedirler. Temsilci franchise alan, franchise alanları bulup bunların franchise verenle doğrudan franchise sözleşmesi imzalamasına aracılık etmektedir⁷⁰.

⁶⁷ Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s.5; Marzheuser/Baggott, s.4; Arkan, s.224.

⁶⁸ Lane Fisher and Max Staplin, Planning Ahead: Creating and Enforcing Mandatory Development Schedules in Area Development, Area Representative and Master Franchise Relationships, American Bar Association Franchise Law Journal, Summer 2013, s.1-3, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

⁶⁹ Fisher/Staplin, s.1-3.

⁷⁰ Fisher/ Staplin, s.1-3.

3. Ana (Master) Franchise Alan

Ana franchise alan, belirli bir bölgede doğrudan kendisi franchise veren yerine geçmekte ve sözleşmeleri de doğrudan kendisi aktetmektedir. Ana franchise alan da franchise verene başlangıç ücreti ödemek koşuluyla nitelikli franchise alanlar bulmak, bunların ödedikleri başlangıç ücreti ve aylık yüzde ücret ödemesinin belirli kısmını kendilerine almak ve franchise alanlara da hizmet vermek suretiyle faaliyet göstermektedirler. Ana franchise modeli, genelde uluslararası işlemlerde kullanılan bir model olup yerel olarak da temizleme, restorasyon işleri gibi işlerde uygulanmaktadır. Ana franchise modeli ve iş geliştirme modelinde franchise verilen bölge genellikle münhasırlık koşuluyla verilmekte ve franchise veren, kendisi dahi bu ülkede/bölgede faaliyet gösterememektedir⁷¹.

B. TÜRK HUKUKUNDA

Ülkemizde, UFRAD⁷² tarafından yapılan sınıflandırma incelendiğinde ise franchisingin iki gruba ayrıldığı görülmektedir. Bu sınıflandırmanın sistemin uygulandığı ülke ve sunulan fırsatlar açısından yapıldığı anlaşılmaktadır. Uygulandığı ülke açısından franchising ulusal ve uluslararası franchising, sunulan fırsatlar açısından franchising ise ürün ve marka franchisingi ile işletme sistemi franchising olarak ikiye ayrılmaktadır.

1. Uygulanan Ülke Açısından Franchising

a. Ulusal Franchising

Franchise sözleşmesinin aynı ülke sınırları içinde, şehirler ya da bölgeler arasında yapılması durumunda sözkonusu olur⁷³. Örneğin Türk markası olan ve merkezi Türkiye olan bir işletmenin (Marmaris Büfe gibi) Türkiye sınırları içinde; örneğin İç Anadolu Bölgesinde farklı bir işletmeye franchise vermesi bunun tipik bir örneğidir.

⁷¹ Fisher/Staplin, s.1-3; Kırca, s.42; Şimşek, s.83.

⁷² Uluslararası Franchise Derneği, 1991 yılından beri faaliyet gösteren franchising sisteminin Türkiye'deki tek çatı örgütü

⁷³ <https://ufrad.org.tr/franchise/1-franchising-nedir>; E.T:31/12/2018; Şimşek, s.74; Ayata, s.24.

b. Uluslararası Franchising

Uluslararası franchising modelinde ise franchise sözleşmesi, iki farklı ülke arasında yapılmaktadır⁷⁴. Ülkemizde en sık rastlanan uluslararası franchising türü master franchising olarak karşımıza çıkmaktadır. Master franchisingde ana firma kendi ülkesi dışında bulunan girişimciyle doğrudan franchise sözleşmesi imzalayabileceği gibi üçüncü kişi vasıtasıyla dolaylı olarak da franchising verebilir. Master franchisingte ana firma kendi ülkesinde bulunan ya da başka bir ülkede bulunan üçüncü bir firmaya kendi adına franchise verme hakkını da tanımak suretiyle bir master franchise anlaşması imzalar⁷⁵.

2. Sunulan Fırsatlar Açısından Franchising

Sunulan fırsatlar açısından franchising iki kategoriye ayrılabilir. İşletme modeli franchising şeklinde de tanımlanan “Business Format Franchising” ya da ürün/marka franchisingini ifade eden “Paket Franchise” da franchise veren, franchise alana işi yapabilmesi için bir iş modeli ya da paket sunmaktadır. Bu modelde franchise alana franchise veren tarafından üretilen veya franchise verenin yöntemlerine göre üretilen malı satma ya da hizmeti sunma yükümlülüğü getirilmektedir. İşletme modeli franchisinginin örnekleri; hızlı servis restoranları, oteller, kuaför salonları, iş bulma kurumlarıdır. Franchise alanlar aynı zamanda franchise verenin ürün ya da dağıtım sistemi dahilinde de faaliyet gösteriyor olabilirler. Bu çeşit franchisingin örnekleri; benzin istasyonları, araba bayileri, motorlu araç bayileri, çiftlik ekipmanı distribütörleri, şişeleycilerdir⁷⁶.

3. Ürün/Marka Franchisingi

Marka ve ürün franchisinginde franchise alan firma; franchise veren ile benzer bir görüntü altında franchise veren tarafından üretilen ürünleri satmakta ve imaj birliği oluşturmaktadır. Hatta bazı durumlarda franchise alanın üretime dahil olduğu da görülmektedir. Bu franchisingte önemli olan ürünlerin aynı marka ve ticari unvan kullanılarak satılmasıdır. Franchise veren firma, franchise alan firma üzerinde, sevk ve

⁷⁴ <https://ufrad.org.tr/franchise/1-franchising-nedir>; E.T:31/12/2018; Ayata, s.25.

⁷⁵ Rıfat Cebeci, **Franchising Rehberi**, KOSGEB 2005, Ankara 2005; s.5; Ayata, s.24; Şimşek, s.83; Kırca, s.43.

⁷⁶ Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s.5; Şimşek, s.79.

idare de dahil, çok geniş bir denetim hakkına sahiptir. Otomobil ve kamyon satıcıları, benzin istasyonları, alkolsüz içki satıcıları bunun tipik örneğini oluşturmaktadır⁷⁷.

4. İşletme Franchisingi

Modern franchising olarak da bilinen işletme franchisingi; diğer bir adıyla Business Format Franchising, ürün ve marka franchisinginden aşağıdaki dört özelliğiyle ayrılır; bunlar;

- Franchise veren firma, franchise alan firmaya adını kullanması için izin verir. Franchise alan, franchise verenin ticari markasını, logolarını ve diğer işaretlerini kendi ticari işletmesinde kullanarak hizmet sunar.
- Franchise veren, franchise alanı sürekli denetler. İşletme franchisinginde denetim marka ve ürün franchisingine göre çok daha sıklıdır.
- Franchise veren, franchise alana sürekli eğitim verir, özellikle reklam ve tanıtım hususunda yardım eder.
- Franchise alan, öncelikle franchise verene sisteme katılmak için bir başlangıç ücreti öder; sonrasında ise düzenli olarak yapılan aylık satışlar üzerinden aylık yüzde ücreti öder⁷⁸.

VIII. FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN DİĞER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. BAYİLİK/TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ

Tek satıcılık sözleşmesi Türk hukuk doktrinde ve Yargıtay⁷⁹ tarafından aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır;

“Tek satıcılık sözleşmesi, yapımcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve niteliğinde, sürekli öyle bir sözleşmedir ki, bununla yapımcı, mamullerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisar sahibi olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da, sözleşme konusu

⁷⁷ <https://ufrad.org.tr/franchise/1-franchising-nedir>; E.T:31/12/2018. Şimşek, s.78; Kırca, s.37; Ayata, s.21.

⁷⁸ Dilber Ulaş, **Franchising Sistemi**, b.4, Nobel Yayıncılık, Ankara 1999, s.39; Kırca, s.37; Şimşek, s.79; Ayata, s.21.

⁷⁹ YHGK, 2011/552 E.,2011/686 K., 23.11.2011 T., www.lexpera.com, ET:27/09/2020.

malları kendi adına ve hesabına satarak malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmak yükümlülüğünü üstlenir”⁸⁰.

Tek satıcılık ve bayilik sözleşmeleri her ne kadar Türk hukukunda aynı anlama gelecek şekilde kullanılsalar da farklı sözleşmelerdir. Tek satıcılık sözleşmeleri, bayilik sözleşmelerinin özel bir alt türü olup bu sözleşme münhasırlık tanınmış bir bayilik sözleşmesidir. Diğer yandan her bayilik sözleşmesinde münhasır bir hak verilmesi sözkonusu değildir⁸¹.

Kanunda düzenlenmemiş olmaları, sürekli borç doğuran sözleşme olmaları, kendi ad ve hesaplarına mal ve hizmetlerin sürümünü arttırma borçları ve dağıtım ağına dahil olmaları açısından bayilik sözleşmeleri ile franchise sözleşmeleri benzer özellikler taşımaktadırlar. Diğer yandan franchise sözleşmesinde dağıtım ağına dahil olma unsuru çok daha güçlüdür. Hem bayi hem de franchise alan bağımsız olmalarına rağmen franchise alanın bağımsız olarak karar verebileceği konular çok daha sınırlıdır. Bayilik sözleşmesinde bayiye bayisi olduğu işletmenin markasını ya da tanıtıcı işaretlerini kullanma hakkı verilmeyebilir; dolayısıyla bayi kendi adını ya da markasını kullanmakta özgürdür. Franchise alan ise franchise verenin markasını ve tanıtıcı işaretlerini kullanmakla yükümlü olup kendi markasını ya da işletme adını kullanamaz. Bayilik sözleşmesinde bayi, franchise alanın franchise verene ödediği tarzda bir ücret (başlangıç ücreti ve aylık yüzde ücret) ödemekle yükümlü değildir⁸².

Tek satıcılık sözleşmesi ve franchise sözleşmeleri de yine aynı şekilde kanunda düzenlenmemiş olmaları, franchise alanın ve tek satıcının bağımsız olması, riske kendilerinin katlanıyor olması, sürümü arttırma borcuna sahip olması, karşı tarafın tanıtıcı işaretlerini kullanma zorunluluğu açısından benzemekle birlikte franchise sözleşmelerinde franchise alanın franchise organizasyonuna tam anlamıyla entegre olması, bir ücretin ödenmesi, know-how aktarımı olması, denetimin daha sıkı olması, franchise alanın bağımsız karar verebileceği konuların daha dar kapsamlı olması yönünden farklılık göstermektedirler. Diğer yandan münhasırlık, tek satıcılık

⁸⁰ Tanım için bkz. Hasan İşgüzar, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Yayınları Hukuk Yayıncılık, 1989, Ankara, s.14; Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, b.2, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013, s.7.

⁸¹ Gökyayla, s.9; Şimşek, s.108.

⁸² Nilay Şenol, **Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.48; Şimşek, s.109 vd.

sözleşmelerinin zorunlu bir unsuru olmakla birlikte franchise sözleşmeleri için zorunlu unsur niteliği taşımamaktadır⁸³.

B. ACENTELİK SÖZLEŞMESİ

Acente; tacirin bağımsız yardımcılarındandır. Acente; genellikle üretici veya sağlayıcı olan müvekkili ile arasında akdedilen ve sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme uyarınca, belirli bir yer ya da bölge içinde ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerin müvekkili ile üçüncü kişi arasında akdedilmesine aracılık eder veya bu sözleşmeleri müvekkili nam ve hesabına yapar.⁸⁴ Acente veya müvekkili gerçek ya da tüzel kişi tacir olabilirler. Acentelik sözleşmesi ancak acente ile müvekkili tacir arasında akdedilebilir.⁸⁵

Acentelik sözleşmesinin zorunlu unsurları TTK madde 102/I'de tanımlanmaktadır. Tekel hakkı, acenteliğin zorunlu bir unsuru değildir zira tarafların anlaşması ile kaldırılabilir⁸⁶. İlgili maddeye göre acentelik ilişkisinin zorunlu unsurları⁸⁷;

- 1) Bağımsızlık
- 2) Acente ile Müvekkili arasında akdedilen bir sözleşmenin varlığı
- 3) Acentenin faaliyetlerini belirli bir yer ya da bölgede gerçekleştirmesi
- 4) Acentelik faaliyetinin meslek edinilmiş olması ve acenteliğin daimi olarak yapılması
- 5) Acentenin ticari işletmeyi ilgilendiren işlerde aracılık ya da akit yapması olarak tanımlanabilir.

Franchise sözleşmesi acentelik sözleşmesi ile akraba sözleşmeler arasında tanımlanmaktadır⁸⁸.

Franchise sözleşmesinde franchise alanın, acentelik sözleşmesinde ise acentenin bağımsız olmaları, acentenin müvekkille; franchise alanın ise franchise verenle sıkı ilişki

⁸³ Yeniocak, s.93-94; Kırca, s.91,92; Ayata, s.34 vd.; Şimşek, s.109 vd.

⁸⁴ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Acentelik**, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s.5; Şaban Kayıhan, **Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi**, b.5, Umuttepe Yayınları, Kocaeli 2018, s.35-36; Kırca, s.97.

⁸⁵ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.5; Kayıhan, s.35-36; Kırca, s.97.

⁸⁶ Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku**, b.3, Ankara 1968, s.516-517; Kırca, 98; Arkan, s.219.

⁸⁷ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.5 vd.; Kayıhan, s.37 vd.

⁸⁸ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.16.

içinde olmaları, sürümü arttırma yükümlülüğüne sahip olunması ve her iki sözleşmede de münhasırlık unsurunun sözleşmenin asli unsuru olmaması⁸⁹ yönünden acentelik sözleşmesi ve franchise sözleşmesi birbirine benzemekte ve bu benzer yönlerinden dolayı acenteyi düzenleyen TTK hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde franchise sözleşmelerine de uygulanacağı kabul edilmektedir⁹⁰. Benzerlikleri bulunmakla birlikte acentelik sözleşmesi ve franchise sözleşmesinin önemli farklılıkları da bulunmaktadır; bunlar,

- Acente, müvekkili nam ve hesabına hareket ederken franchise alan kendi nam ve hesabına hareket eder. Franchise alan, franchise verenin temsilcisi konumunda değildir⁹¹.
- Franchise sözleşmesinde denetim unsuru ve talimatlara uyma yükümlülüğü çok daha baskındır⁹².
- Acentelik sözleşmesinde acente, müvekkilin bilgi ve tecrübesinden (know-how)'ından yararlanmamaktadır⁹³.
- Franchise alan, franchise verene başlangıçta belli bir miktar sonrasında ise ciroya göre değişen bir ücret ödemektedir. Oysa ki acente, başarılı olduğu her işe göre değişen bir ücret almaktadır⁹⁴.

C. VEKALET SÖZLEŞMESİ

Vekalet sözleşmesi TBK m. 502'de "vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı taahhüt ettiği sözleşmedir" şeklinde tanımlanmaktadır.

Kanun tanımından da görüleceği üzere vekalet sözleşmesinin 3 (üç) unsuru bulunmaktadır; bunlar,

- a. İşgörme; yani bir işin idaresi veya hizmetin ifası
- b. İşin müvekkilin menfaatine ya da iradesine uygun olarak yapılması

⁸⁹ Tekel hakkının franchise sözleşmesindeki önemi hk. bkz. Arkan, s.219.

⁹⁰ Kırca, s.99; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, b.10, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.564; Arkan, s.225; Şimşek, s.112-113; Yeniocak, s.90.

⁹¹ Kırca, s.99; Ayhan/Çağlar, s.564; Arkan, s.225; Şimşek, s.112-113; Yeniocak, s.90.

⁹² Kayıhan, s.75,76; Arkan, s.224; Kırca, s.99; Yeniocak, s.90; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.13-16.

⁹³ Kayıhan, s.75,76; Arkan, s.224; Kırca, s.99; Yeniocak, s.90; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.13-16.

⁹⁴ Kayıhan, s.75,76; Arkan, s.224; Kırca, s.99; Yeniocak, s.90; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.13-16.

- c. Zaman kaydına bağılı olmaksızın ve sonucun elde edilmemesi rizikosunu taşımaksızın belli bir yönde işğörme⁹⁵

Vekalet sözleşmesi de bir işğörme borcu doğurması, güven ilişkisinin ön planda olması, vekil açısından sadakat ve sır saklama, talimatlara uyma, hesap verme borcunu doğurması açısından franchise sözleşmesine benzemekle birlikte franchise sözleşmesiyle önemli farklılıkları da bulunmaktadır; bunlar,

- a. Vekalet sözleşmesinde vekil, müvekkili nam ve hesabına hareket ettiğinden işin sorumluluğunu üstlenmez, olumsuz sonuçlarına ve riskine katlanmaz. Franchise sözleşmesinde ise franchise alan kendi nam ve hesabına işlem yaptığından yaptığı işin riskine de kendisi katlanır⁹⁶.
- b. Vekalet sözleşmesinde müvekkil vekile yaptığı masrafları öder ancak ücret vekalet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir; diğeryandan franchise sözleşmesinde franchise veren, franchise alana yapacağı masrafları ödemekle yükümlü olmadığı gibi franchise verene ödenecek ücret sözleşmenin zorunlu bir unsurudur⁹⁷.
- c. Franchise sözleşmesinde franchise alanın franchise verene ait gayrimaddi malları kullanması asli bir borç olarak ortaya çıkarken vekalet sözleşmesinde vekilin müvekkile ait gayrimaddi malları kullanma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁹⁸.
- d. Vekalet Sözleşmesinde de müvekkilin vekile talimat verme hakkı bulunmakla birlikte bu hak franchise sözleşmesine kıyasla çok daha dardır. Vekil, müvekkilin uzmanlık gerektiren hususlarla ilgili verdiği talimatlarına uymakla yükümlü değildir. Diğeryandan franchise alan, franchise verenin tüm talimatlarına uymakla yükümlüdür⁹⁹.
- e. Vekalet sözleşmesinde her zaman azil ya da istifa ile bu ilişki son bulabilir ancak franchising ilişkisinde böyle bir imkan bulunmamaktadır¹⁰⁰.

⁹⁵ İlhan Helvacı, **Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna ilişkin Hukuki Mütalaalar**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul Haziran 2010, s.351; Yeniocak, s.95; Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, b.16, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.639 vd.

⁹⁶ Burcu İrge Erdoğan, **Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul Kasım 2019, s.67; Yeniocak, s.96; Şimşek, s.119; Ayata, s.27.

⁹⁷ Şimşek, s.120; Yeniocak, s.96; Ayata, s.28.

⁹⁸ Şimşek, s.121; Yeniocak, s.96; Ayata, s.28.

⁹⁹ Ayata, s.96; Yeniocak, s.95; Şimşek, s.121; Ayata, s.29.

¹⁰⁰ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 755,999; Şimşek, s.121; Ayata, s.28.

Nitekim her ne kadar TBK'nun 512.maddesinde "vekalet veren ve vekili her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir" denilse de vekalet sözleşmesinin her zaman sona erdirilemeyeceği, bunun kurulan ilişkinin niteliğine bağlı olarak değişebileceği ve vekalet sözleşmesini sona erdirebilmek için akdi ve kanuni sebeplerin bulunması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁰¹.

D. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ

Adi ortaklık sözleşmesi, iki veya daha çok kimsenin ortak bir amacı gerçekleştirmek için emek ve sermaye şeklinde belirlenen edimleri yerine getirmeyi üstlendikleri bir sözleşme türüdür¹⁰².

Adi ortaklık sözleşmesi, TBK m.620'de aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır;

"Adi ortaklık sözleşmesi, iki veya daha kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir."

Kazanç paylaşım amacı gütmesi, sürümü artırma hedefi açısından franchise sözleşmeleri ile adi ortaklık sözleşmeleri benzerlik göstermekle birlikte ciddi farklılıkları da bulunmaktadır. Adi ortaklık sözleşmelerinde ön plana çıkan unsur ortak amaç unsurudur. Her ne kadar; franchise sözleşmesinde sürümü artırma hedefi bulunsa da bu hedef her iki tarafın ortak amacı değildir. Ortak amaçla kastedilen her iki tarafın da bu amacı kendi amacı olarak görmesidir. Oysa ki; franchise sözleşmelerinde taraflar sürümü arttırmayı ve kazanç elde etmeyi isteseler de bu her iki tarafa ait ortak bir amaç olarak görülemez. Zira tarafların bağımsız tacir olmaları ve tüm işletme riskini kendileri taşımaları da ortak amaçlarının bulunmadığını kanıtlamakta; her bir taraf kendi ticari işletmesinin satışını ve gelirini artırma gayesi gütmektedir. Nitekim franchise sözleşmesinde tarafların gelirleri de farklı kanallardan gelmekte franchise veren için franchise alandan elde edilen aylık yüzde ücret, gelirinin bir kısmını oluşturmaktadır. Diğer yandan franchise alanın ödeyeceği aylık yüzde ücret elde ettiği satış üzerinden hesaplanacak olduğundan franchise veren için franchise alanın satışını arttırmak önemli olmakla birlikte, franchise verenin temel

¹⁰¹ Yavuz, s.648.

¹⁰² Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.53. Bu konuda bkz. Oruç Hami Şener, **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.3 vd.

hedefi farklı kanallardan gelir elde etmek ve toplamdaki gelirini arttırmakken franchise alanın temel amacı ise kendi ticari işletmesinin satışını arttırmaktır¹⁰³.

TBK’undaki adi ortaklık sözleşmesini düzenleyen diğer hükümler incelendiğinde ortaklar arasındaki hukuki ilişkinin eşitlik temeli üzerine kurulduğu görülür. Bu düzenlemeler tüm ortakların ortak amaç çerçevesinde birleştiğini göstermektedir. Örneğin TBK m.623’te her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir denilirken m.624’te ortaklığın kararlarının oybirliğiyle alınacağı ifade edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 625’te bütün ortakların ortaklığı yönetim hakkına sahip olduğu ifade edilirken m. 631’de yönetim yetkisi olmasa dahi her ortağın ortaklığın işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıt inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkı vardır denilmektedir. Bu hükümler karşısında franchise sözleşmesinde franchise alanın ve franchise verenin bağımsız tacir oldukları ve işletmelerinin ticari riskinin kendilerine ait olduğu, franchise verenin zarara ortak olmaması, standartlar ve operasyonel süreçlerle ilgili yönetim ve yönlendirme hakkının temel olarak franchise verende bulunması, denetleme ve inceleme hakkının franchise verene ait olduğu düşünüldüğünde franchise sözleşmelerinde eşitlik yerine franchise verenin daha güçlü olduğu bir ilişki açıkça görülmektedir. Bu durum da franchising ilişkisinde adi ortaklığın tersine ortak amacın veya kader birliğinin olmadığını kanıtlamaktadır¹⁰⁴.

E. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİ

Rekabet Kurumu tarafından çıkartılan ve 16 mart 2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde (2016/5); know-how tecrübe ve denemeler sonucunda elde edilen uygulamaya yönelik gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi olarak tanımlanmaktadır. Yine Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan Teknoloji Transferi Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde (2008/2) ise “gizli”, “esaslı” ve “belirlenmiş” kavramlarının tanımlanmış olduğu görülmektedir. İlgili Tebliğ’e göre; gizli tanımı, know-how’ın bir bütün halinde veya parçaları tam olarak bir araya getirildiğinde ve birleştirildiğinde dahi herkes tarafından bilinmemesini ya da kolaylıkla erişilebilir

¹⁰³ Kırca, s.67; Şimşek, s.116; Yeniocak, s.100.

¹⁰⁴ Yeniocak, s.97 vd.; İsmail Erbay, Know-How Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.68.

olmamasını; “Esaslı” kavramı know-how’ın anlaşma konusu ürünlerin üretimi için önemli ve yararlı olmasını; “Belirlenmiş” kavramı know-how’ın gizli ve esaslı olma şartlarını doğrulayabilmek için yeterince geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış olmasını ifade etmektedir¹⁰⁵.

Know-how; özü itibarıyla bilgi ve tecrübeleri içerir. İçeriğine bakıldığında patent alabilecek olan bilgi ve tecrübeler de; patent alınmadığı ya da müracaat edilmediği sürece know-how’ın konusunu oluşturabilir. Bu bilgi ve tecrübeler üçüncü kişilerce ulaşılmaz olmalıdır. Know-how ayrıca gayrimaddi bir değer olup zaman ve mekanla sınırlı değildir. Know-how’ın diğer önemli bir unsuru ise devredilebilir olmasıdır. Bilgi ve tecrübenin karşı tarafa aktarılması maddi araçlarla olabileceği gibi know-how alanın ya da işçilerinin eğitilmesi suretiyle de gerçekleşebilir¹⁰⁶.

Franchise sözleşmesi, karma bir sözleşme olup içinde know-how devrini de barındırmaktadır. Nitekim gerek el kitapları vasıtasıyla gerek verilen eğitimler kanalıyla franchise alanın ve/veya işçilerinin eğitilmesi; know-how aktarımının en belirgin görünümüdür. Diğer yandan franchise sözleşmesinde temel amaç sözleşme konusu mal ve hizmetlerin sürümünün artmasının temini iken know-how sözleşmesinde böyle bir satış ya da pazarlama hedefi bulunmamaktadır. Know-how devri ile birlikte bir ücret ödenmekte ve sözleşme amacını bu şekilde gerçekleştirmiş olmaktadır¹⁰⁷. Sözleşmeyle amaçlanan ekonomik menfaat, araya bir üçüncü kişi sokmaksızın doğrudan sözleşmenin karşı tarafından temin edilmektedir¹⁰⁸. Know-how sözleşmesi kural olarak sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme değilken franchise sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi doğuran çerçeve sözleşme niteliğine haizdir¹⁰⁹. Franchising ilişkisinde franchise alan ve franchise veren arasında bağımlı bir ilişki mevcuttur. Franchise veren, işletme rizikosunu üstlenmeksizin bu ilişkiden menfaat elde etmektedir. Know-how ilişkisinde ise her bir taraf kendi menfaatini takip etmektedir¹¹⁰. Diğer yandan franchise verenin vermiş olduğu tüm talimatlara

¹⁰⁵ Muhammet Sulu, **Ticari Sırların Korunması**, b.2.; Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.20.

¹⁰⁶ Sema Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Uluslararası Özel Hukuk Doktora Tezi, Ankara 2008, s.42; Know-how sözleşmesi unsurları için bkz. Tufan Ögüz, **Know-How Sözleşmesi**, b.2 Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s.23 vd.; Erbay, s.79 vd.

¹⁰⁷ Erdoğan, s.71; Ögüz, s.88; Erbay, s.101.

¹⁰⁸ Erbay, s.150.

¹⁰⁹ Erdoğan, s.70; Erbay, s.134,150.

¹¹⁰ Erbay, s.151.

franchise alanın uymakla yükümlü olması, franchise alanın franchise verenin organizasyonuna dahil olması da franchise alan ve franchise veren arasındaki bağılık ilişkisinin bir başka göstergesidir.

F. LİSANS SÖZLEŞMESİ

Lisans sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamış; bu sözleşmenin tanımı öğreti ve genel hukuk kurallarına bırakılmıştır. Homojen yapısı nedeniyle tanımının yapılması güç olsa da bu sözleşme¹¹¹; özel hukuk kurallarıyla koruma altına alınmış fikri haklar ile genel hukuk kurallarıyla korunan hak ve fiili durumların sahibine tanıdığı kullanım hakkının kısmen ya da tamamen; bedelli ya da bedelsiz olarak devrine imkan veren sözleşme olarak tanımlanabilir.¹¹² Özel hukuk düzenlemeleriyle koruma altına alınan haklardan kasıt; fikir ve sanat eserleri, endüstriyel tasarımlar, patent ve faydalı modeller, markalar, ticaret adları ve unvanları iken genel hukuk kuralları ile koruma altına alınan haklar know-how ve diğer tanıtıcı unsurlardır. FSEK'te koruma altına alınan eser kapsamı dışında kalan tanıtıcı unsurlar (ambalaj, slogan, işaret), tescilsiz olan marka, patent ve diğer sınai unsurlar, ticaret unvanı ve know-how kanunumuzda özel olarak koruma altına alınmamış olup haksız rekabet ve haksız fiil hükümleri gereğince korunmaktadır¹¹³.

Her iki sözleşme de gayrimaddi hakların kullanımına ilişkin olduğundan franchise sözleşmesi, içinde lisans sözleşmesine ait unsurları da barındırmaktadır. Franchise verenin, franchise alana kendisine ait markayı ticari alanda kullanmasına ve franchise alan tarafından sürümü yapılacak ürünleri bu marka ile piyasaya sürmesine mücade ettiğ i durumlarda; marka lisansı verilmesi sözleşmenin zorunlu bir unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte franchise sözleşmesi, lisans sözleşmesine kıyasla çok daha farklı edimler içermekte¹¹⁴; tarafların çok daha geniş

¹¹¹ Metin Kıratlı, **Marka Lisans Sözleşmeleri**, TAAD, yıl:6 S.23, Ekim 2015, s.205 “Türk hukuk doktrininde yapılan bir başka benzer tanıma göre, lisans sözleşmesi, “lisans verenin, lisans alana gayri maddi bir malın ve gayri maddi bir malın işlevini ortaya çıkaracak kendiliğinden kurulan inhisarilik durumunun kullanımına izin vermesi borcunu yükümlendiğ i ve kural olarak lisans alanın da bunun için bir bedel ödemesi borcunu yükümlendiğ i sözleşme” şeklinde tarif edilmektedir.”

¹¹² Ömer Arbek, **Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.66.

¹¹³ Arbek, s.66 vd.; Yeniocak, s.103.

¹¹⁴ Çağlar Özel, **Marka Lisansı Sözleşmesi**, b.2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.127; Şimşek, s.106,107; Kırca, s.70; Yeniocak, s.103,104; “Marka lisans sözleşmelerinde lisans verenin asli borcu, lisans alanın markayı sözleşme şartları çerçevesinde kullanmasını sağlamaktır. Bir başka anlatımla bu

ve ayrıntılı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Franchise sözleşmesinde franchise alanın franchise verenin dağıtım sistemi organizasyonuna dahil olma ve sürümü arttırma yükümlülüğü bulunurken lisans sözleşmesinde lisans alanın böyle bir yükümlülüğü yoktur. Franchise verenin, franchise alan üzerindeki kontrol ve denetim hakkı çok geniş olmasına rağmen lisans sözleşmesinde lisans verenin denetim ve kontrol hakkı çok daha sınırlıdır¹¹⁵. Her ne kadar lisans sözleşmesi de içinde gelişmeler ve deneyimlerle ilgili bilgi verme ve ekonomik sonuçlar yönünden inceleme yükümlülüğü içerse de bu yükümlülüğün işletme yöntemi, standartlara ve talimatlara uygunluk denetimini içeren bir denetleme ve detaylı talimat verme şekline dönüşmesi sadece franchise sözleşmesinde görülmektedir¹¹⁶.

Hem franchise sözleşmelerinde hem de lisans sözleşmelerinde sözleşmeye konu gayrimaddi malları kullanma yükümlülüğü bulunmakla birlikte franchise sözleşmesinde bu yükümlülük gayrimaddi malları sadece sürümü yapılacak mal ve hizmetlerde kullanmaktan ibaret değildir. Franchise alan, gayrimaddi malları işletmede ve özellikle de müşterilerin franchise alanı, franchise verenin bir şubesiymiş gibi algılayacağı şekilde kullanmakla yükümlüdür¹¹⁷.

Franchise sözleşmeleri, herhangi bir şekle tabi değildir. Lisans sözleşmelerinin ise, bazı gayrimaddi hakların (marka, patent, faydalı model gibi) devrinde Sınai Mülkiyet Kanunu ve FSEK gereği yazılı şekil şartı arandığından, yazılı şekilde yapılmaları zorunludur¹¹⁸.

G. HİZMET SÖZLEŞMESİ

Hizmet sözleşmesi, TBK'nun 393.maddesinde aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır;

yükümlülük lisans verenin, lisans alanın markayı kullanmasına itiraz etmemesi olarak da açıklanabilir.”; Metin Kıratlı, **Marka Lisansı**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s.9.

¹¹⁵ Ercüment Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul Ekim 2017, s.424; Kırca, s.70,71; Şimşek, s.106,107; Yeniocak, s.104.

¹¹⁶ Özel, s.128; Şimşek, s.106,107; Yeniocak, s.103,104.

¹¹⁷ Kırca, s.30; Şimşek, s.107; Ayata, s.12.

¹¹⁸ Şimşek, s.107, 108; Arkan, s.328; Cahit Suluk, Rauf Karasu, Temel Nal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, b.2, Ankara 2018, s.395.

“Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli ya da belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

Yine aynı kanunun 395.maddesinde işçinin işi bizzat yapması gerektiğinden, 396.maddesinde yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında sadakatle davranmak yükümlülüğünden bahsedilirken 399.maddesinde işverenin yaptığı düzenlemelere ve talimatlara uyma borcundan bahsedilmektedir. Franchise sözleşmesinin genel nitelikleri düşünüldüğünde franchise alanın özen ve sadakat borcu, işi bizzat yapma yükümlülüğü ve franchise verenin vermiş olduğu talimatlara uyma yükümlülükleri açısından iki sözleşmenin ortak yönleri olduğu düşünülebilir ancak benzer nitelikleri yanında iki sözleşme arasında çok temel farklılıklar da bulunmaktadır.

İki sözleşme arasındaki en temel fark hizmet sözleşmesinde; işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisidir. Belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için işçinin işverene bağımlı olarak çalışması gerekmektedir. Bu, işçinin işini, işverenin direktiflerine uygun biçimde görmesi ve emeğini işverenin emrine tahsis etmesi anlamına gelmektedir ki; bu özellik iş sözleşmesini diğer işgörme sözleşmelerinden ayırmaktadır. Bu bağımlılık ilişkisi gereğince işveren, işçinin ne zaman, nasıl ve nerede çalışacağını da belirlemektedir¹¹⁹. Bununla bağlantılı olarak işverenin işçi üzerindeki denetim ve kontrol yetkisi de oldukça fazladır¹²⁰. Franchise sözleşmelerinde ise bağımlılık unsuru çok daha sınırlıdır. Franchise alan, franchise verenin standartlara ve temel konulara ilişkin talimatlarına uymak zorunda olmakla birlikte franchise alan, işinin tüm zarar riskini de üstlenen bağımsız bir tacir olarak işin yapılacağı zamana, nasıl ve nerede çalışılacağına kendisi karar vermektedir. Bu hususta franchise verenin bir önerisi olsa dahi bu öneriye uymama hakkı bulunmaktadır. Franchise verenin denetim ve kontrol yetkisi de işvereninkine kıyasla çok daha sınırlıdır.

Ayrıca hizmet sözleşmesinde işçi yaptığı iş karşılığında bir ücret alırken franchise sözleşmesinde franchise alan gerçekleştirdiği ticari faaliyet karşılığında elde ettiği kazancından bir gelir elde etmekte ve bunun bir kısmını da franchise verene

¹¹⁹ Zevkliler/Gökyayla, s.457; Kırca, s.102; Şimşek, s.123,124.

¹²⁰ Kırca, s.102; Yeniocak, s.147; Şimşek, s.124.

vermektedir. Ayrıca ekonomik riskin paylaşımı konusunda da iki sözleşme arasında ciddi bir fark bulunmaktadır. Franchise sözleşmesinde tüm ekonomik risk franchise alana aitken hizmet sözleşmesinde ekonomik risk tamamen işverene aittir¹²¹.



¹²¹ Kırca, s.104; Yeniocak, s.147; Şimşek, s.124.

§ 2 FRANCHISE SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. GENEL OLARAK

Franchise sözleşmesi tam iki taraflı bir sözleşme olduğu için bir tarafın borcu aynı zamanda diğer tarafın haklarını oluşturmaktadır¹²². Bu ilişkinin güven esasına dayalı olduğu hususu da göz önüne alındığında franchise verenin hak ve yükümlülüklerinin; karşılıklı olarak franchise alan için de yükümlülükler ve haklar doğuracağı açıktır.

Franchise verenin ve franchise alanın çok çeşitli hakları ve yükümlülükleri olmasına karşı temel olarak asli hak ve yükümlülükleri kısaca birkaç cümle ile özetlenebilir. Franchise verenin asli yükümlülüğü sahibi olduğu gayrimaddi malları da içeren bir sistemi franchise alanın kullanımına sunması; bu sistemin kullanımı sırasında ise gerekli desteği ve eğitimleri franchise alana vermesidir¹²³. Franchise alanın asli yükümlülüğü ise sürümün arttırılması için gerekli faaliyetlerde bulunulması, bu esnada franchise verenin talimatlarına ve yönlendirmelerine uyulması ve bunun karşılığında da bir bedel ödenmesidir¹²⁴. Diğer yandan franchising ilişkisinin karşılıklı güven esasına dayalı bir ilişki olduğu hususu da düşünüldüğünde her iki tarafın da karşı tarafın menfaatlerini koruma ve özen borcu olduğu ve bu borcun her iki tarafa da bir takım yükümlülükler getirdiği açıktır.

¹²² Şimşek, s.129.

¹²³ “Franchise verenin sadece tek bir asli edim yükümlülüğü bulunmakta olup bu edim yükümlülüğü, franchise verenin kendi ticari başarısını sağlayan yöntemlerini devamlı olarak franchise alana aktarma yükümlülüğüdür. Bahsedilen bilgi birikiminin ise bu bilgileri önceden kullanan franchise verene mutlaka bir ticari başarı sağlamış olması aranmaktadır. ŞUA’ya göre aktarılan ticari know-how; verilecek franchise’ın niteliğine göre ve sınırlayıcı olmamakla birlikte müşteriyi ayırt eden işaretleri (marka, tabela,logo..), bu işaretlerin kullanılacağı yerleri ve kullanılma tarzlarını, personelin eğitimini, satış noktalarının iç düzenleme ve tasarımlarını, tanıtım ve kampanya faaliyetlerini, sunulan ürün ve hizmet çeşitlerinin seçimini, franchise alanın denetlenmesini, personelin işletme içindeki görev dağılımı ve görev tanımlarını, personelin seçilme şekli gibi hususları içerebilir ve parçalara bölünmesi mümkün değildir.” Şua, s.67. Diğer tanımlar için bkz. Gürzumar, s.11vd; Yeniocak, s.54; ZeynepTuzlu, **Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2012, s.18; Kırca,s.114; Ayata, s.42; Şimşek, s.137.

¹²⁴ “Franchise alanın ise iki asli edim yükümlülüğü bulunmaktadır; bunlar, franchise verenin aktardığı ticari yöntemlere uyma ve bedel ödeme yükümüdür. Ticari yöntemlere uyma; sistemin bütününe ilgilendirirken bedel ödeme yükümlülüğü de yerine getirilmemesi halinde Franchise Veren’in sisteme aktarabileceği mali gücü zayıflatacağından franchise sistemi bundan zarar görecektir ve bu durum franchise alanın ticari yöntemlere uyma borcunu ihlal ettiği anlamına gelebilecektir.” Şua, s.77. Diğer tanımlar için bkz. Gürzumar, s.12 vd; Ayata, s.93 vd.; Yeniocak, s.75 vd.; Kırca, s.151; Şimşek, s.180 vd.; Tuzlu, s.20 vd.

II.FRANCHISE VERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ, FRANCHISE ALANIN HAKLARI

A. FRANCHISE SİSTEMİNDE YERALAN GAYRİMADDİ MALLARI KULLANDIRMA VE KULLANIMININ DEVAMINI SAĞLAMA

Franchisingde amaç aynı imaj altında faaliyet gösterilerek sürümün maksimum düzeyde artırılmasıdır. Bunu yaparken sisteme entegre olmak ve müşteriler gözünde aynı işletmenin devamıymış gibi gözükmek büyük önem taşımaktadır. Bu da ancak franchising sisteminin parçası olan gayrimaddi malların franchise alan tarafından sözleşme süresi boyunca kullanılması ile mümkün olabilecektir. Franchise alan tarafından kullanılması gereken gayrimaddi mallar; marka, patent, ticaret unvanı, işletme adı, know-how ve diğer tanıtıcı işaretler (tescilsiz slogan, işaret, amblem, emtia, ambalaj biçimi, fiyat listesi, katalog, prospektüs vb.) dir¹²⁵.

B. SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Franchise veren, franchise alana henüz sözleşme akdedilmeden önce franchise verilecek taşınmazla ilgili tüm bilgileri doğru ve detaylı bir şekilde vermeli, tescilli tüm ticari marka, logo, sembol ve isimler ile ilgili tüm bilgileri franchise alana doğru şekilde aktarmalıdır. Eğer herhangi bir unsurda hukuki bir problem varsa bu durum ve taraf olunan tüm hukuki davalar franchise alana bildirilmelidir¹²⁶. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır¹²⁷.

¹²⁵ Gürzumar, s.11; Kırca, s.113 vd; Şimşek, s.137,138; Tuzlu, s.18; Yeniocak, s.54vd.; Ayata, s.41 vd.

¹²⁶ Gürzumar, s.11; Kırca, s.109 vd.; Yener, s.71; Şimşek, s.129 vd.,138; Yeniocak, s.45 vd.; Ayata, s.59 vd.

¹²⁷ Yargıtay 19.HD, 2001/819 E., 2017/4917 K.,25.06.2001 T. www.kazanci.com, ET: 20/12/2018

“... Franchise veren, ürüne hizmete veya bilgi birikimine ve bunlara ait denenmiş, kalitesi kanıtlanmış ve başarılı bir markaya, isme sahip ve bunların satış, dağıtım ve işletme hakkını belirli bir bedel karşılığı veren taraftır. Franchise veren isim, marka ve diğer ayırt edici işaretlerin sahibi olmalı veya yasal kullanım hakkına sahip bulunmalıdır. Ayrıca tescilli tüm marka, logo, sembol ve isimlerle ilgili tüm bilgileri franchise alana vermesi gereklidir. Eğer herhangi bir hususta hukuki bir problem varsa bu yön ayrıca açıklanmalı ve franchise veren o konularda taraf olduğu tüm hukuki davaları franchise alana bildirmelidir.

Somut olayda davalı firmanın Franchising sözleşmesine konu “Link” ünvanının sahibi olmadığı kesinleşen İstanbul 2.Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 1991/776 E, 1993/557 K. sayılı, 04.05.1993 tarihli kararı ile sabitken, bu ünvanı kullanarak ve anılan kararın kesinleşmesinden sonra, davacıyı bu durumdan haberdar etmeden 27.11.1994 tarihinde ön protokol başlıklı Franchising Sözleşmesini ve diğer sözleşmeleri yapmış olduğu anlaşılmaktadır. Bundan sonra davalının 23.3.1995 tarihli yazısı ile “Link” ünvanının “Inter Link” olduğunu bildirip akdin devamını istemesi karşısında Davacı’nın, buna itiraz ederek akdi feshetmesinin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir...”

Franchise alanın franchise verenin verdiği bilgilerle önemli konularda doğru kararlar alabildiği ve sistemin verimliliği konusunda doğru tahmin yapabildiği ölçüde franchise verenin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilmelidir. Aksi halde franchise veren, franchise alan ile arasında kurulan güven ilişkisini ihlal etmiş olması nedeniyle culpa in contrahendo ilkesi uyarınca franchise alanın maruz kalacağı zarardan sorumlu olacaktır¹²⁸.

C. TAŞINMAZ SEÇİMİ

Yeni ya da deneyimsiz bir franchise alan için franchisingten beklenen en önemli fayda franchise alanın sınırlı bilgiye sahip olduğu bölgelerde franchise verenin sahip olduğu deneyimdir. Taşınmaz seçiminde, franchise veren daha önceki franchise deneyiminden maksimum satış ve kar elde etmek için uygun bölgeleri bilmektedir. En doğru taşınmazın seçimi ile birlikte hem franchise veren hem de franchise alan, kazançlı çıkacaktır¹²⁹.

D. FİZİKSEL İŞARETLER

Franchise alanlar; genellikle sistemli, aynı tip yerleşim ve işaretlerin kullanımını içeren bir paket almaktadır. Franchise alan kişiler, fiziksel yerleşim konusunda da franchise verenin deneyiminden yararlanmak istemektedirler.

Franchise verenlerin sözleşmede açıkça yazmasa bile, dizayn ve inşaatla ilgili işleri denetlemeye hakkı olduğunu kabul etmek makul görünmektedir. Franchise verenlerin yerleşimi onaylama ya da reddetme hakkı, franchise veren lehine bu alanda bir baskı unsuru teşkil etmektedir¹³⁰.

¹²⁸Kırca, s.112; Şimşek, s.132,135; Yeniocak, s.45; Ayata, s.63.

¹²⁹Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s.8; Gürzumar, s.12; Kırca, s.138 “Franchise alanın işletmesinin bulunduğu bölgenin, franchise sisteminin gelişip yaygınlaşmasında, imajının sağlanmasında ve dolayısıyla sistemin sürümünün artmasında önemi büyüktür. Diğer taraftan franchise alanlar, genellikle işletmenin yerini belirleme konusunda yeterli tecrübe ve imkana sahip değildirler. Bu itibarla franchise veren, franchise alanın işletmesinin yerinin belirlenmesinde franchise alana yardım etmekle yükümlüdür.....Ayrıca işletme binasının bulunması, kiralanması ve satın alınması da, franchise sözleşmesinde kararlaştırıldığı ölçüde franchise verenin franchise alanı koruma ve destekleme borcunu yerine getirmek için üstlendiği yükümlerdir. Franchise veren işletme yerine kendisi sahip olabilir, bu taktirde franchise alana kiralar. Ancak genellikle işletme yeri bir üçüncü kişiden kiralanır. Böyle bir durumda ise franchise veren kiralama konusunda yardımcı olur”.

¹³⁰ Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s.8; Kırca, s.139 “Franchise işletmesinin iç ve dış donanımı, franchise sisteminin imajını belirlemede önemli bir yere sahiptir. Bu itibarla franchise veren, franchise alanın işletmesinin donanımı için gerekli ilkeleri saptar ve franchise alanın işletmesinin planlarının

E. FRANCHISE ALANLARIN EĞİTİMİ

Hemen hemen incelenmiş tüm franchise sözleşmeleri; franchise verenin franchise alanı eğitmesini içermekle birlikte büyük çoğunluğu aynı zamanda özel olarak danışmanlık vermeye ilişkin yükümlülöklere de değinmektedir. Franchise alanlar, haklı olarak franchise verenin yardımını beklemekte olup bu yardım çoğu zaman franchise alanın franchise almasının temel nedenini de oluşturmaktadır. Eğitim, yaklaşımdaki yeknesaklık ve deneyimlerin tümü; franchise alan tarafından birlikte satın alınmaktadır. Eğitim ve danışmanlık; tam anlamıyla sözleşmede bütün detaylarıyla düzenlenemeyeceğinden, bu hususlar franchise verenin esnekliğini ve ilişkinin bu yönünün düzenlenmesini gerektirmektedir¹³¹.

F. OPERASYONEL STANDARTLAR

ABD’de Eyalet Mahkemeleri, franchise alanın franchise verenin kalite standartlarını ihlal etmesini, örneğın operasyonel hedeflere veya gerekliliklere uymamasını, genel olarak geçerli bir fesih nedeni olarak kabul etmektedirler. Hemen hemen tüm franchise sözleşmelerinde işletme el kitapları bulunmakta ve çoğu, franchise verene tek taraflı olarak bunları değıştirme yetkisi vermektedir. Sözleşmeler, genel olarak franchise verene sistem standartlarını oluşturmak ve hatta değıştirmek için büyük bir takdir yetkisi vermektedirler. Franchise alanlar, yine franchise verenin deneyimine güvenmekte ve sistemin tüm satış yerlerinde yeknesaklığın sağlanmasını, aynı kuralların uygulanmasını beklemektedirler. Eğer bir franchise veren kendi standartlarını güncellemezse, sistem zayıflayacaktır. Bu nedenle franchise verene gerekli standartları temin etme yükümlölüğü getirmek, hem franchise veren hem de franchise alan yararınadır. Franchise verenin operasyonel konulardaki esnekliği gerçekte kontrolü zor bir husus olsa da bu takdir hakkı franchise verenin hakim durumunu kötüye kullanmasını sınırlayan güven standartları ile kontrol edilebilir¹³². Operasyonel standartlara öncelikle

sözleşmenin amacına uygun olup olmadığına karar verme yetkisini elinde tutar. Franchise alan da bu ilkelere sıkı sıkıya uyarak işletmenin donanımını gerçekleştirir. Franchise veren ise, işletmenin donanımında franchise alana çeşitli şekillerde yardımcı olur, donanım malzemelerini kiralar, satar veya kimden temin edileceğini gösterir ya da işletmenin bütün donanımını üstlenerek franchise alana işletmeyi tamamen hazır olarak teslim eder”.

¹³¹ Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s.9; Gürzumar, s.12; Kırca, s.139 vd.

¹³² Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s.9, 1 “...Zira Taraflar arasındaki özel bir güven ilişkisi bulunan franchise sözleşmesinde, franchise veren de franchise alan gibi karşı tarafın menfaatlerini

franchise veren tarafından tam anlamıyla uyulması, franchise alana doğru şekilde aktarılması, sürekli güncellenmesi ve franchise alanın bu standartlara uymasının temini franchise veren için önemli bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır.

G. FRANCHISE ALANLAR ARASINDA AYRIMCILIK

Birçok franchise sözleşmesi açıkça, aynı sistem içinde farklı franchise alanlara farklı hükümler getirilebileceğini düzenlemektedir. Bu değişik uygulama, franchise verenin sözleşme hükümlerini franchise alanla pazarlık etmeyeceği ve franchise alanların yeknesaklık istediği argümanı ile çelişmektedir. Bu argümanla bağlantılı olarak ABD’de bazı eyaletler (Indiana, Illinois, Arkansas,Hawai) franchise verenin bir franchise alana farklı muamele yapamayacağı şeklinde kanuni düzenlemelere yer vermektedir¹³³.

Franchise verilen satış noktalarına yapılan farklı muamelenin minimal düzeyde tutulması hem franchise alan hem de franchise veren lehinedir; aksi standartların ortadan kalkmasına yol açacaktır¹³⁴.

H. İŞLETMEYE AÇILMA VE FİNANSMAN

Franchise verilen bir işletmenin açılmasında, işletmenin devamlılığı için gerekli ekipmanların temininde franchise verenin desteği büyük önem taşımaktadır. Taraflar, yeni açılacak yerin açılış formalitelerinde franchise verenin önemli rol oynamasını beklemektedirler ve bunun aksi franchise veren hakkında haklı bir talep hakkı doğurabilecektir.

Aynı şekilde, franchise alanlar franchise verenin kendilerine finansman sağlayacağına güvenmektedirler. Birçoğu finansmanı doğrudan sağlamak yerine franchise alanların bir finans kuruluşu ile ilişki kurmasına aracılık ederler. Franchise sözleşmelerinde finansman sağlamaya ilişkin bir hüküm bulunması pek rastlanan bir

korumakla yükümlüdür, Bu yükümlülüğe aykırı hareket, franchise verenin doğruluk yükümünü ihlal etmesi anlamına gelir.” ; Kırca, s.155.

¹³³Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s.9; Şenol, s.69; <https://www.goldlawgroup.com/videos/franchise-law-franchise-discrimination-12-jeff-goldstein-franchise-lawyer/>; Ayata, s.81.

¹³⁴ Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s.10; Şenol, s.70.

durum olmamakla birlikte franchise verenin geniş deneyimi ve güçlü pozisyonu ile gerekli finansmanı bulması daha kolay olacaktır¹³⁵.

İ. REKLAM YAPMA

Franchise sözleşmelerinin çoğu reklam hususunda franchise verene büyük bir takdir hakkı tanımaktadır. Franchise sözleşmelerinin hemen hemen hepsinde franchise alan için düzenli olarak reklam yapma veya reklam fonları oluşturma yükümlülüğü getirilmektedir. Bu yükümlülük franchise veren tarafından ciddi şekilde kontrol edilmektedir; hatta franchise verenin hakimiyeti franchise alanın kendi işaretlerine ve işyerindeki reklamlarına kadar uzamaktadır. Sonuç olarak franchise alanların çoğu işlerini kurmadan önce çok önemli bir meblağı reklam için harcamak zorunda kalmaktadır. Reklam bütçesinin nasıl harcanacağı ya da yapılacak reklam kampanyalarında franchise verenin deneyimi büyük önem taşımaktadır¹³⁶. Franchise alana reklam için bırakılan alanlar ise genel olarak sistemin imajına zarar vermeyecek şekilde ve yine franchise verenin onayıyla tüketicilere mal ve hizmetlerin yüzyüze tanıtılması ya da katalog, afiş, broşür gibi reklam malzemelerinin dağıtılması gibi yerel reklamlar hususunda olup genel reklam yapma yükümlülüğü ise franchise veren üzerinde kalmaktadır¹³⁷.

J. BÜYÜME VE KORUMA

Hızlı büyüme, işletmelerin franchisingi tercih etmesinin temel nedenlerinden biridir. Bazen franchise veren, franchise alana münhasır bir bölge tayin etmekte ve bu bölgede kendisi dahi faaliyet gösterememektedir. Bunun temel mantığı, franchise alanın korunmasının tüm franchise sistemine yarar sağlamasıdır.

Franchise alanın bakış açısından ise franchise bölgelerinin korunması zordur. Franchise alan kendi bölgesini büyütmek istediğinde franchise veren ile çıkarları çatışabilmektedir. Bir franchise alan büyüme niyeti olmaksızın kendi alanını korumak istediğinde, çıkarlar değişebilmektedir.

¹³⁵ Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s. 10; Dennis Campbell (editor), *International Franchising Law*, United States, &5 (1) Volume 2, s.17; Kırca, s.136; Ayata, s.70.

¹³⁶ Emerson, **Franchise Contract Clauses**, s. 11; Kırca, s.141; Yeniocak, s.62.

¹³⁷ Şimşek, s.170; Kırca, s.141.

Büyümek istemeyen bir franchise alana franchise verenin iyiniyetle davranmasını ve franchise alana öncelikli alım hakkı tanınmasını beklemek makuldür. Yeni bir franchise vermeden önce, franchise veren o bölgedeki franchise alana öncelikli alım hakkı tanınmalıdır¹³⁸.

III. FRANCHISE ALANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ, FRANCHISE VERENİN HAKLARI

A. MAL VE HİZMETLERİN SÜRÜMÜNÜ KENDİ AD VE HESABINA YAPMA VE SÜRÜMÜ DESTEKLEME

Mal ve hizmetlerin sürümünü sağlama ve arttırma; başka bir deyişle mal ve hizmetleri müşteriye ulaştırma yükümlülüğü sözleşme süresince devam eden ve süreklilik arzeden bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük sayesinde franchise verenin marka bilinirliği ve sisteminin yayılması ve daha geniş kitlelerce tanınması sağlanır. Taraflar; sürümün nasıl arttırılacağını sözleşmede açıkça kararlaştırabilirler; hatta belli bir ciro hedefinde mutabık kalabilirler. Genel olarak sürümün arttırılması ise reklam faaliyetlerinde bulunma ve promosyon kampanyaları ile sağlanır. Franchise alan, franchise verenin onayıyla bölgesel reklam faaliyetlerinde bulunmak suretiyle sürümün arttırılmasını temin edecektir¹³⁹.

Sürümün arttırılması hedefi değerlendirilirken faaliyet gösterilen pazarın özellikleri de dikkate alınmalı, eğer küçülen bir pazar söz konusuysa sürümü belli bir seviyede tutmak da yeterli sayılmalıdır¹⁴⁰. Franchise alan eğer sürümün arttırılması için gerekli faaliyetleri özenle yerine getirmiş; reklam, tanıtım ve promosyon faaliyetlerini gerçekleştirmişse cironun arttırılamamış olması nedeniyle sorumlu olmaz. Bununla birlikte sürümün artmaması ya da azalması franchise alanın özen gösterme yükümünü yerine getirmemesinden kaynaklanmışsa, bu durum franchise veren için olağanüstü fesih ve tazminat nedeni oluşturabilir¹⁴¹.

¹³⁸ Emerson, Franchise Contract Clauses, s.11.

¹³⁹ Fatma Yavuz, **Franchise Sözleşmelerinde Franchise-Alanın Hak ve Yükümlülükleri**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ticaret Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Eylül 2015, s.85,86; Bkz.Gürzumar, s.75; Kırca, s.148 vd.; Yeniocak, s.75; Ayata, s.94 vd.; Şimşek, s.186.

¹⁴⁰ Kırca, s.149; FatmaYavuz, s.89.

¹⁴¹ Gürzumar, s.13; Kırca, s.149; FatmaYavuz, s.72; Şimşek, s.188; Ayata, s.96.

B. BEDEL ÖDEME

Ücret; franchise alandan sözleşme imza aşamasında alınan ve franchise sisteminden ve franchise verenin desteğinden yararlanma karşılığı ödenen başlangıç ücreti ile franchise sözleşmesinin devamı süresinde franchise alanın yaptığı satışlar üzerinden ödenen aylık yüzde ücretten oluşmaktadır. Bu meblağlara ek olarak franchise alan, franchise verenin ticari sistemin bütünü için yapacağı reklamlara katkı sağlamak adına belirli bir reklam katkı payı da ödemekle yükümlüdür. Verilen franchise'ın niteliğine bağlı olarak franchise verenin franchise taşınmazı için ödediği kirayı ve yerin maliki olması durumunda alabileceği rayiç kira bedelini franchise alana ödediği bir takım sistemler de mevcuttur.

Konusu mal satımı olan franchise sözleşmelerinde, franchise alanın bütün malları franchise verenden almak zorunda olduğu ve franchise verenin tüm kazancını satılan mallardan elde ettiği durumda ise başlangıç ücreti kararlaştırılmaması mümkündür¹⁴². Mal franchisinginde franchise sisteminin kullanımı geri planda kalmaktadır.

Yukarıda bahsedilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre franchise verenin temel yükümlülüğü ticari başarısı kanıtlanmış bir sistemi sözleşme süresi boyunca franchise alana aktarması iken franchise alanın temel yükümlülüğü ise aktarılan sisteme tam olarak uyum sağlamak ve ücret ödemektir. Ancak bu asli yükümlülükler, içinde ikincil farklı başka hak ve yükümlülükleri de barındırmaktadır.

C. GAYRİMADDİ MALLARI KULLANMA

Franchise alan, franchising sistemine dahil olan gayrimaddi malları kullanmakla yükümlüdür. Franchise sistemi ile franchise alan sadece sisteme dahil gayrimaddi unsurları kullanma hakkına sahip olmaz; aynı zamanda bu unsurları kullanmakla da yükümlü olur. Franchise sisteminin müşteride aynı imajı oluşturması ancak mal ve hizmetlerde aynı marka, amblem ve işletme adının kullanılması ve mal ve hizmetlerin aynı kalite ve standartta sunulması ile mümkündür. Kullanılmaması durumunda franchise verenin işletmesinin imajı tehlikeye düşer ve sürümün gereği gibi arttırılması hedefi gerçekleşemez. Bu durum; yani gayrimaddi malların franchise alan tarafından

¹⁴² Gürzumar, s.15; Kırca, s.146; Yener, s.71; Ayata, s.101,102; Tuzlu, s.23.

kullanılmaması hali; franchise alan için tazminat yükümlülüğü doğuracağı gibi franchise verene de sözleşmeyi haklı sebeple fesih hakkı doğuracaktır¹⁴³.

Gayrimaddi malları kullanma yükümlülüğü aynı zamanda bunları korumayı da içermektedir. Özellikle know-how'ın ve öğrenilen ticari sırların korunması ve kamuya ifşa edilmemesi büyük önem taşımaktadır¹⁴⁴. Bunun yanında gayrimaddi mallara üçüncü kişi tarafından bir tecavüz olduğu durumda, franchise alanın dava açma hakkı bulunmasa bile franchise vereni bu durumdan haberdar etme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir.

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 9. maddesi markanın kullanımına ilişkin şu hükmü getirmiştir;

“Markanın kullanılması

Madde 9- (1) Tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir.”

Mülga 556 sayılı KHK'nin madde 42/1-c bendinde aynı kararnamenin 14. maddesine aykırılık nedeniyle markanın hükümsüz olacağı ifade edilmiş olup iptal müessesesine ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmuyordu. Oysa ki tescilli markanın 5(beş) yıl boyunca kesintisiz kullanılmaması ve kullanmamanın haklı bir sebeple gerekçelendirilmemesi durumu, bir hükümsüzlük nedeni değil, iptal nedeni oluşturmasına rağmen hükümsüzlük sebepleri arasında tanımlanmıştı. İlgili bent öğretide çok tartışılmış ve sonrasında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda ise markanın iptal ve hükümsüzlük sonuçlarının yaptırımları ayrı ayrı belirtilmiştir. SMK madde 27'de hükümsüzlük kararının tescil başvurusundan itibaren sonuç doğuracağı, marka iptalinde ise iptal talebinin Türk Patent ve Marka Kurumu'na sunulduğu ya da dava açıldığı tarihten itibaren hüküm doğuracağı hususu netleştirilmiştir.¹⁴⁵

¹⁴³ Gürzumar, s.14; Kırca, s.151; Ayata, s.96.

¹⁴⁴ Kırca s.160; Fatma Yavuz, s.124.

¹⁴⁵ Eylül Bahar Doğan, **Tescil Edilmemiş Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları**, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.53,80; “Markanın iptaline karar verilmesi halinde iptal kararı, iptal talebinin kuruma sunulduğu

Markanın beş yıl kesintisiz kullanılmaması halinde markaya bağlı hakların askıya alındığı kabul edilmelidir¹⁴⁶. Yukarıdaki hüküm doğrultusunda franchise alanın franchise verene ait ana marka ile yan markaları tescilden itibaren 5 (beş) yıl süresince kullanma borcu bulunmaktadır. Nitekim özellikle de master franchise anlaşmaları düşünüldüğünde bu yükümlülük daha net olarak ortaya çıkmaktadır. Belirli bir ülkede ya da bölgede franchise olarak verilen bir hizmetin olması ve bu ülkede ve bölgede franchise verenin sadece franchise alana kendi adına tescilli markaları kullanım hakkını vermesi durumunda franchise alanın bu markaları koruması ve üçüncü kişinin markaları ele geçirmesini önlemesinin tek yolu sadece tescilden itibaren 5 (beş) yıl boyunca bu markaları kullanması ile mümkündür. Bu durumda franchise alanın asli yükümlülüklerinden birinin de franchise verene ait markaları kullanma borcu olduğu söylenebilir¹⁴⁷.

D. FRANCHISE VERENİN TALİMATLARINA VE KONTROLLERİNE KATLANMA

Franchise alanın sürümü artırma yükümlülüğü; franchise verenin sistemiyle uyumlu ve talimatlarına uygun olduğu sürece anlam ifade etmektedir. Sistemin birliğini ve imaj bütünlüğünü sağlaması açısından uyulması gereken kuralların franchise veren tarafından belirlenmesi ve açıklanması önemlidir. Bu kurallar franchise sözleşmesi yoluyla getirilebileceği gibi franchise veren tarafından verilecek talimatlar yoluyla da getirilebilir. Yine bu durumun bir devamı olarak franchise verenin franchise alanı denetleme yükümlülüğü de bulunmaktadır¹⁴⁸.

tarihten itibaren etkili olur, ancak iptal hallerinin daha önceki bir tarihte doğmuş olması halinde, talep üzerine iptalin etkisi bu tarihe geri çekilebilir.” Arkan, s.335.

¹⁴⁶ Arslan Kaya, **Kullanılmama Sebebi ile Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine**, Prof.Hamdi Yasamanâ Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.385, “Marka ancak hak sahibinin rızasıyla vazgeçmesi sonucu, yenilenmediğinden ve mahkeme kararı ile hükümsüz kılındığından sona erebilir. Marka hakkının sona ermesi hali geçmişe etkili değildir. Yani hak sahibi vazgeçtiğinde, vazgeçme tarihinden itibaren ileri etki doğar. Keza yenilememe de aynı biçimdedir. Ancak hükümsüzlük halinde geçmişe etki doğar ve başvurudan itibaren marka geçersiz kalır”; İlhami Güneş, **Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları, Haksız Rekabet Davaları**, b.5, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.191,192.

¹⁴⁷ Markanın kesintisiz kullanımı yükümlülüğü hakkındaki tartışmalar için bkz. Kıratlı, Yüksek Lisans Tezi, s.53,54; Gürzumar, s.55,56.

¹⁴⁸ Gürzumar, s.14; Kırca, s.153 vd.; Ayata, s.99; Şimşek, s.190 vd.

Diğer yandan franchise veren tarafından verilecek talimatlar franchise sisteminin amacıyla uyumlu olmalı ve franchise alanın özgürce karar alacağı noktalara müdahale etmemelidir. Aksi durumda verilen talimatların geçersiz olacağı kabul edilecektir¹⁴⁹.

Nitekim Yargıtay 11.Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda; davalı tarafından sisteme aykırı davranılması nedeniyle yapılan feshin geçersizliği ileri sürülerek açılan dava sonucunda Davacının sözleşmede belirtildiği gibi ürünleri Davalıdan veya onun göstereceği üçüncü kişiden temin etme yükümlülüğü bulunduğu, ürün fiyatlarının fahiş olduğunun ileri sürülemeyeceği, alınan lisansın kebab satışı içermediği, davacının farklı bir sistem ve alopaket servis numarası kullanması nedeniyle lisans sözleşmesi hükümlerine aykırılık olduğu ve bu nedenle yapılan feshin haklı olduğuna karar verilmiştir¹⁵⁰.

E. FRANCHISE VERENİN MENFAATLERİNİ KORUMA VE SADAKAT

Franchise sisteminde bir grup menfaati sözkonusudur. Bu sistem içinde bir franchise alanın olumlu hareketi tüm sisteme olumlu olarak etki ederken olumsuz bir hareketi ise tüm sisteme zarar vermektedir. Bu nedenle her bir franchise alanın hem franchise verene hem de diğer franchise alanlara karşı sistemin en iyi şekilde çalışmasına katkıda bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁵¹.

Franchise verenin menfaatlerini koruma ve sadakat yükümlülüğü içinde sözleşme süresinde rekabet etmemeyi (sözleşme konusu mal ve hizmetler ile rekabet halinde bulunan sistem dışındaki mal ve hizmetlerin sürümünü yapmama, rakip mal ve hizmetlerin sürümünü yapan başka bir işletme için faaliyette bulunmama ve benzer bir sistem kurarak mal ve hizmetleri taklit etmeme) sır saklamayı, sözleşmeden doğan borçları bizzat ifa etmeyi, bilgi ve hesap vermeyi içerir¹⁵².

¹⁴⁹ Kırca, s.155; Şimşek, s.193.

¹⁵⁰ Yargıtay 11.HD, 2014/9988 E. ve 2015/638 K., 19.01.2015 T., www.kazanci.com, ET:25.12.2018.

¹⁵¹ Gürzumar, s.16 vd.; Kırca, s.156 vd.; Zerrin Arvasi, **Franchise Sözleşmesi**, Ankara Barosu Dergisi, 200-4, s.138; Şimşek, s.199.

¹⁵² Gürzumar, s.17 vd.; Kırca, s.157; Şimşek, s.198.

F. MALLARI VE GEREKLİ MALZEMELERİ FRANCHISE VERENDEN YA DA ONUN BELİRLEDİĞİ ÜÇÜNCÜ BİR KİŞİDEN ALMA

Franchise alan için bu yükümlölük sözleşmeyle getirilmesi durumunda franchise veren için talep hakkı doğurur. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmaması durumunda ise böyle bir yükümlölük söz konusu olmaz zira franchising sisteminde önemli olan belirli bir kalitede hizmet verilmesi olup üretilen ya da satılan malların asgari niteliklere sahip olduğu sürece nereden temin edildiğı önem taşımaz¹⁵³.

¹⁵³ Kırca, s.167; Şimşek, s.213; Ayata, s.78.

İKİNCİ BÖLÜM

FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME NEDENLERİ

§ 3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME NEDENLERİ

I. GENEL OLARAK

Türk hukukunda franchise sözleşmesi özel olarak düzenlenmediğinden fesih ve sona ermeye ilişkin özel düzenlemeler de bulunmamaktadır. Bununla birlikte Avrupa hukukuna bakıldığında da çoğu ülke hukukunun franchise sözleşmesini ve sona erme nedenlerini özel olarak düzenlemediği; bu sorunları genel kanunlar çerçevesinde çözmeye çalıştığı söylenebilir.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA

A. ÖZEL DÜZENLEMESİ OLMAYAN ÜLKELER

1. İspanya

İspanya’da franchising sözleşmesinde bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen mevzuat bulunmakla birlikte franchise sözleşmesinin sona ermesi ya da feshini düzenleyen özel hükümler bulunmamaktadır¹⁵⁴. Franchisingle ilgili olarak uygulanan mevzuata bakıldığında da bu düzenlemelerin ifşa yükümlülüklerine ilişkin olduğu ve tarafların hak ve yükümlülükleri ile sona erme, fesih gibi diğer hukuki durumları düzenlemediği görülmektedir. Fesih ve sona ermeye ilişkin hususların franchise sözleşmesi içinde düzenlenmesi tercih edilmektedir. Bununla birlikte İspanya Haksız Rekabet Kanunu md.16(3)(a)’da uzun süreli bir franchise sözleşmesinin mücbir sebep ve

¹⁵⁴ Alda Frignani and John H.Pratt, “Termination and Non Renewal of Franchise Agreements in the European Union:Italian Law in a Comparative Perspective with Other European Civil Law Systems and England and Wales”, American Bar Association, Franchise Law Journal,Summer 2017, s.3, <https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/spain>, ET:03.07.2020.

haklı nedenle fesih durumu hariç, tek taraflı olarak en az 6 (altı) ay öncesinden ihtar verilerek feshedilmemesi durumunun hukuka aykırı sayılacağı düzenlenmiştir¹⁵⁵.

2. Belçika

Belçika’da franchise sözleşmelerine ya da sona erme ve fesih hallerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. 27 Temmuz 1961 tarihli olup 13 Nisan 1971’de ve 31 Mayıs 2014’te değişikliğe uğrayan Belçika Distribütörlük Kanunu; münhasır distribütörlük sözleşmelerinin tek taraflı feshini düzenlemekte ve özellikle de yabancı bir franchise veren tarafından Belçika’da franchise verildiğinde, franchise sözleşmesine de uygulanmaktadır. Belçika Distribütörlük Kanunu; belirsiz süreli distribütörlük sözleşmelerinin tek taraflı feshi ile belirli süreli sözleşmelerin yenilenmesini düzenlemektedir¹⁵⁶.

3. Fransa

Fransa’da, franchise sözleşmesine ya da franchise sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin özel bir düzenleme olmamasına rağmen İtalya’daki gibi medeni kanun ve ticaret kanunu uygulanmaktadır. Fransa Medeni Kanunu’nda (6 Ağustos 2015 tarihli Loi Macron) sona ermeye ilişkin özel bir düzenleme olmamakla birlikte Fransız Ticaret Kanunu’na eklenen iki madde franchise sözleşmesiyle bağlantılı bir sözleşme (kira veya software sözleşmesi) sona erdiğinde zorunlu olarak franchise sözleşmesinin de sona ereceği hususunu düzenlemektedir ¹⁵⁷.

4. İtalya

İtalyan hukukunda franchisingi düzenleyen mevzuat bulunmakla birlikte; bu düzenlemeler franchise sözleşmelerinin sona ermesine veya feshine ilişkin özel hükümler içermemektedir. Diğer yandan franchise kanunu, belirli süreli bir franchise sözleşmesi imzalanıyorsa bu sözleşme süresinin franchise alanın yapmış olduğu yatırımı amorte edebilmesi için en az 3 (üç) yıl olması gerektiğini ve franchise sözleşmesinin yenileme, fesih ve devre ilişkin koşulları içermesi gerektiğini ifade etmektedir. Sonuç olarak; sona erme ve yenileme durumları, İtalyan Medeni Kanunu’na göre çözümlenmektedir. İtalyan

¹⁵⁵ <https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/spain>, ET:03.07.2020.

¹⁵⁶ Frignani /Pratt, s.3; Getting the Deal Thorough, Franchise 2017, www.franchise.org, ET:24.06.2020.

¹⁵⁷ Frignani/Pratt,s.3;<https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/france>, ET:24.06.2020.

Medeni Kanunu'na göre ise franchise sözleşmesinin sona erme nedenleri aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır;

- 1) Belirli süreli bir sözleşmede süre sonunda
- 2) Belirsiz süreli sözleşmede makul bir süre öncesinde gönderilen ihtarla
- 3) Karşılıklı mutabakatla
- 4) Belirli koşullarda tek taraflı fesihle
- 5) Sözleşmenin ihlali halinde karşı tarafın talebiyle
- 6) Hukuken izin verilen diğer durumlarda¹⁵⁸

5. İngiltere

İngiliz hukukunda franchise sözleşmesini ya da franchise ilişkisini düzenleyen özel bir düzenleme ya da fesih için minimum bir ihtar süresi bulunmamaktadır. Franchise alan ve franchise veren; sözleşmede ya da örf adet hukukunda tanımlandığı şekilde sözleşmeye son verme hakkına sahiptir.

Örf ve adet hukukuna göre taraflardan herbiri, asli veya tekrarlanan bir ihlal durumunda sözleşmeyi feshe yetkilidir. Sonuç olarak; franchise sözleşmeleri yukarıda tanımlı altı halde feshedilebilir. Bunlara ek olarak;

-Belirli süreli sözleşme süresi sona ermesine rağmen taraflar sözleşmeyi feshetmemiş sözleşme belirsiz süreli bir sözleşme haline gelmişse makul süreli bir ihtar göndermek suretiyle,

-Franchise verenin, franchise alana yenileme hakkı tanıyan bir franchise sözleşmesini feshetmek istemesi halinde, franchise verene makul süreli bir ihtar göndermek suretiyle yenilemeyi reddetme hakkı verilerek franchise sözleşmeleri feshedilebilmektedir¹⁵⁹.

B. ÖZEL DÜZENLEMESİNE SAHİP ÜLKE OLARAK ABD

ABD'de ise en az 19 eyalette ve iki bölgede franchising ilişkisinin sona ermesini düzenleyen kanunlar bulunmaktadır. Bu kanunların çoğunda, franchise verenin

¹⁵⁸ Frignani/Pratt s.1,2; <https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/italy>, ET.18.06.2020.

¹⁵⁹ Frignani/Pratt,s.2;<https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/england-and-wales>; ET:13.06.2020.

sözleşmeyi feshetmesinin ya da yenilememesinin ön koşulu olarak haklı bir neden göstermesi gerektiği kabul edilmiştir. Böylece federal devlette ve eyaletlerde yapılan hukuki düzenlemelerle franchise verenin fesih hakkı sınırlandırılmak suretiyle sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Genel bir franchise düzenlemesi bulunmayan eyaletlerde dahi sektöre özgü düzenlemeler yapılması suretiyle (petrol, motorlu araçlar, alkol dağıtımı gibi) fesih haklı neden belirtme yükümlülüğü getirilmiştir. Franchise veren açısından haklı neden tanımı değişmekle birlikte genel olarak franchise alanın sözleşmeyi ihlali ya da franchise sözleşmesinde yer alan esaslı yükümlülüklerle uymaması olarak tanımlanabilir. Mahkemeler haklı neden değerlendirmesini yaparken, olay bazında inceleme yaparak ve diğer kriterlerin yanında performans kriterlerinin müzakare edilip edilmediği, diğer franchise alanların durumu, franchise alanın elinden gelen gayreti göstermesine rağmen ifasını engelleyen dış etkenlerin olup olmadığı, franchise verenin franchise alana destek verip vermediği, yerel pazarın durumu, ihlalin süreklilik oluşturup oluşturmadığı gibi etkenleri de göz önüne almaktadırlar. Ayrıca pek çok eyalet düzenlemesinde fesih veya yenileme için getirilen minimum ihtar sürelerinde 30 veya 90 gün daha öncesinde bildirim koşulu aranmaktadır¹⁶⁰.

III. TÜRK HUKUKUNDA FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME NEDENLERİ

Türk hukukunda franchise sözleşmesi özel olarak düzenlenmediğinden fesih ve sona ermeye ilişkin özel düzenlemeler de bulunmamaktadır. Bununla birlikte diğer kanunlarda yer alan hükümler niteliğine aykırı düşmedikçe franchise sözleşmesine de uygulanacaktır.

A. SÖZLEŞMENİN KENDİLİĞİNDEN SONA ERMESİ

Franchise sözleşmeleri; belirli süreli ya da belirsiz süreli olarak aktedilebilir. Belirli süreli sözleşmeler; sürenin dolması ile otomatik olarak sona erer¹⁶¹. Kural olarak belirli süreli sözleşmeler, olağan fesih yoluyla sona erdirilemeyeceği gibi sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunması halinde olağan fesih suretiyle de feshedilebilirler. Süresiz

¹⁶⁰ Leon F.Hirzel, **An Analysis of Franchise Agreement Terminations and NonRenewals for Failure to Meet Minimum Performance Standarts**, American Bar Association, Franchise Law Journal, Summer 2017,s.4-5, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018; <https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/usa>, ET:12.06.2020.

¹⁶¹ Tuzlu, s.35; Gürzumar, s.169; Kırca, s.171; Ayata, s.113; Yeniocak, s.107; Şimşek, s.217.

sözleşmelerde belli bir süre kararlaştırılmadığı gibi bazen süreli sözleşmelerin süre sonunda feshedilmemesi halinde yeni bir süre verilmeksizin otomatik olarak uzayacağı da kararlaştırılabilir. Bu durumda belirsiz süreli sözleşmelerden bahsedilecektir. Yine aynı şekilde sözleşme süresinin bitmiş olmasına rağmen franchising ilişkisinin devam etmiş olması durumunda da belirsiz süreli sözleşmeden bahsedilecektir¹⁶². Nitekim acenteliği düzenleyen TTK madde 121 hükmünün kıyasen franchise sözleşmelerine de uygulanması gerekmektedir. TTK madde 121/II'ye göre belirli süre için yapılan bir acentelik sözleşmesinin süre dolduktan sonra uygulanmaya devam edilmesi halinde, sözleşme belirsiz süreli hale gelir. Otomatik uzamayı engellemek için taraflar franchise sözleşmesine tarafların açık iradesi olmadığı sürece sözleşmenin otomatik olarak uzamayacağına ya da belirli bir süre için uzayacağına ilişkin hüküm eklemektedirler¹⁶³.

Franchise sözleşmesi gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olaya bağlanarak aktedilebileceği gibi asgari ve azami süreler veya her ikisini birden belirlemek suretiyle de aktedilebilir. Azami süre sözleşmenin en geç bitmesi istenilen tarihi ifade ederken asgari süre sözleşmenin devam etmesi istenen minimum süreyi ifade eder. Belirlenen asgari sürenin bitmesini takiben sözleşme her zaman için feshedilebilir. Azami süreli sözleşmelerde ise sözleşmeler taraflarca belirlenen azami süre sonunda otomatik olarak sona erer. Kimi zaman da sözleşmelerde kendiliğinden sona erme nedenlerinin ne olduğu açıkça belirtilir. Taraflardan birinin işyerini kapatması ya da başka bir şehre göçmesi durumunda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğinin kararlaştırılması bu durumun bir örneğidir¹⁶⁴.

Franchise sözleşmelerinde yapılacak olan yatırımın fazlalığı ve bu ilişkinin sürekli bir ilişki olduğu göz önüne alındığında bu sözleşmeleri de asgari ve azami bir süreyi aynı anda getirmek suretiyle aktetmek daha akılcıdır. Asgari süre belirlemesi yapılırken yapılacak yatırımın geri dönüş süresinin göz önüne alınması ve ancak bu süre geçtikten sonra taraflara fesih hakkı verilmesi oluşabilecek adaletsizliklerin de önüne geçecektir.

¹⁶² Erdoğan, s.75; Gürzumar, s.169; Kırca, s.171; Tuzlu, s.36.

¹⁶³ Yeniocak, s.109.

¹⁶⁴ Saibe Oktay, **Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği**, İHFM C:LV-S 3, 1997, s.213; Gürzumar, s.39; Şimşek, s.218; Tuzlu, s.39.

Pekçok franchise sözleşmesi; belirli bir dönem için aktedilmiş olup aynı hükümlerle franchise alana bir yenileme hakkı tanınmamaktadır. Franchise sözleşmesi, yenilense dahi, franchise veren tarafından yeni hükümlerle ve katlanılacak yeni harcama kalemleriyle birlikte yenilenmektedir. Bu tip franchise veren yanlısı sözleşmeler genellikle ABD dışındaki ülke uygulamaları ve hukuklarıyla ters düşmektedir. Örneğin Fransa’da franchise sözleşmeleri, taraflardan biri tarafından feshedilmediği sürece otomatik olarak uzamaktadır. Eğer taraflar bu hükme rağmen sözleşmenin ifasına devam ederlerse sözleşmenin aynı hüküm ve şartlarla belirsiz bir süre ile uzadığı kabul edilmektedir. Fransa dışındaki pekçok ülkede de franchise verenin sözleşmenin yenilenmesini engelleyebilmesini önlemek için çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin Almanya’da; franchise verenin sözleşmeyi yenilememek için makul bir neden gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kaldı ki pek çok sözleşme de otomatik yenilemeye tabidir. Almanya’da geçerli bir franchise sözleşmesi taraflardan biri tarafından zorlaştırılmış fesih prosedürü işletilerek feshedilmediği sürece, aynı koşullarla yenilenmektedir. Nitekim bu durum Finlandiya, Japonya, İtalya, Malezya, Paraguay ve Singapur’da da geçerlidir ¹⁶⁵.

Belçika hukukuna göre; belirli süreli sözleşmelerin süre sonunda sona erdiği kabul edilmemekte; franchise veren tarafından 3 ay ya da 6 ay öncesinde iadeli taahhütlü mektupla sona erdirilmemeleri halinde belirsiz süreli sözleşmelere dönüştükleri kabul edilmektedir. Bu durumda; sözleşmede bir yenileme hükmü bulunması halinde bu süre kadar, eğer yoksa süresiz olarak yenilendiği kabul görmektedir. Bununla birlikte franchise sözleşmesinin yenilenme hükmü doğrultusunda üç kez yenilenmesi durumunda sözleşme belirsiz süreli hale gelmektedir¹⁶⁶.

İspanya Franchise Kanununa göre ise franchise sözleşmeleri mutlaka bir süre ve fesih koşullarını içermelidir¹⁶⁷.

Franchise sözleşmelerinin yenilenmemesi için haklı bir neden gösterilmesinin arandığı Amerikan hukukunun aksine, Avrupa’da böyle bir kural bulunmamaktadır.

¹⁶⁵ Robert W. Emerson, “Franchise Goodwill: Take a sad song and make it better”, University of Michigan Journal of Law Reform, Winter 2013, s.9; www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018, <https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-andregulations/>; <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/>, ET:18.06.2020.

¹⁶⁶ Frignani/Pratt, s.3.

¹⁶⁷ Frignani/Pratt, s.4.

Örneğin İtalya’da tarafların belirli süreli bir franchise sözleşmesi imzalaması halinde, bu sözleşme süre sonuna kadar yürürlükte kalmakta, süre sonunda franchise alanın sözleşmeyi yenileme hakkı ya da franchise verenin süre sonunda yenilememe için haklı bir gerekçe belirtme zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁶⁸.

İngiliz hukukunda franchise sözleşmesinin otomatik olarak yenilenmesi olağan değildir. Bunun en temel sebebi Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği’ne göre bu sözleşmelere 5 yıl için muafiyet veriliyor olması; sözleşmenin otomatik uzaması halinde muafiyet hükmünün de otomatik olarak 5 (beş) yıl süre ile uzayacak olması kaygısıdır. İngiltere’de genel olarak sözleşmenin uzaması için franchise alanın bu yönde bir talepte bulunması aranmakta aksi halde sözleşme sona ermektedir¹⁶⁹.

Alman hukuku; genel olarak belirli süreli sözleşmelerin süre sonunda sona ereceğini kabul etmektedir ancak bunun için tarafların sözleşme süresi sonunda sözleşme ile bağlı olmayacaklarına dair bir irade açıklanmasında bulunması aranmaktadır. Otomatik yenileme ancak tarafların karşılıklı iradesi ile veya susma yoluyla gerçekleşmektedir. Taraflar herhangi bir beyanda bulunmazlarsa sözleşmenin belirsiz süre ile yenilendiği kabul edilir.¹⁷⁰ İspanya ve Belçika’da da benzer bir yaklaşım kabul edilmektedir. Bunun dışında sözleşmede yenileme ile ilgili bir zorunluluğun bulunmaması halinde franchise verenin yenilememe için herhangi bir sebep bildirmesine gerek yoktur. Taraflar yenileme ya da yenilememeye özgürce karar verebilirler¹⁷¹.

Fransa’da mahkemeler; sözleşmede sözleşmenin otomatik olarak yenileneceğine ilişkin bir madde bulunmaması halinde, franchise verenin yenilememe için bir sebep belirtme zorunluluğu olmadığı ya da bir hakkın ihlalini teşkil etmediği sürece, tazminat ödeme zorunluluğu olmadığı yönünde kararlar vermiştir. Bir hakkın ihlaline örnek olarak hakim durumda olan bir franchise verenin rekabet hukukunu ihlal ederek franchise alana hizmet ya da mal satmaması hali örnek verilebilir¹⁷².

¹⁶⁸Frignani/Pratt,s.4;https://thelawreviews.co.uk/digital_assets/60bf5377-f427-497e-9756-e901d4142983/TFLR4.pdf, ET:12.06.2020.

¹⁶⁹ Frignani /Pratt, s.1,2.

¹⁷⁰ Gürzumar, s.169; Kırca, s.171

¹⁷¹ Frignani/Pratt, s.5;<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/;https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/>, ET:10.06.2020.

¹⁷² Frignani , Pratt, s.6; <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/>, ET:12.06.2020.

ABD’de ise sadece birkaç eyalette franchise sözleşmesinin yenilenmesi hususunda düzenlemeler yapılmışken eyaletlerin büyük bir çoğunluğunda sözleşmenin makul bir neden olmaksızın süre sonunda yenilenmesi gerektiğinden bahsedilirken bu hususta franchise verene bir yükümlülük getirilmektedir¹⁷³.

Franchise sözleşmesinin yenilenmemesi, çoğu hukukta sözleşmenin tek taraflı feshi veya ekonomik gücün kötüye kullanılması olarak algılanmamaktadır. Buna rağmen franchise verenin “hakim durumda” olarak tanımlandığı ülke hukuklarında, karşı tarafın bir ihlali olmadığı sürece, devam eden bir iş ilişkisini kesintiye uğratma hali, bir ihlal olarak tanımlanabilmektedir¹⁷⁴. Türk hukukunda ise belirli süreli franchise sözleşmesinin yenilenmemesi için haklı neden belirtme zorunluluğuna ilişkin herhangi bir hüküm veya bu yönde bir Yargıtay kararı bulunmamaktadır. Biz de franchise sözleşmesinin uzun süreli bir sözleşme olduğu düşünüldüğünde ve yapılan yatırımın süre sonunda amorteye edildiği de göz önüne alındığında, süre sonunda bu sözleşme için haklı neden belirtme zorunluluğu olmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

B. TARAFLARIN ÖLÜMÜ, İFLASI, EHLİYET KAYBI NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

1. Genel Olarak

Borç ilişkisinin sona erme nedenleri Türk Borçlar Kanunu’nda genel olarak değil; her bir sözleşme için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Borç ilişkisini sona erdiren sebepler arasında ikale, feshi ihbar, ölüm, iflas, bozucu şartın gerçekleşmesi, haklı sebeple fesih sayılmakla birlikte bu sebeplerin hepsi bütün sözleşmelerin sona ermesine yol açmaz¹⁷⁵.

Türk hukukunda tarafların ölümü, iflası ya da ehliyet kaybı halinde sözleşmelerin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin genel bir hüküm bulunmamakla birlikte bazı sözleşme tipleri için bu durumlar birer sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir. Vekalet

¹⁷³ Craig R.Tractenberg,Robert B.Calihan, Ann-Marie Luciano, **Legal Considerations in Franchise Renewals**, American Bar Association Franchise Law Journal, 2004, s.2, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018; <https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/usa>, ET:12.06.2020.

¹⁷⁴ Frignani/Pratt, s.11.

¹⁷⁵ Hatemi/Gökyayla, s.311; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1407; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.1001.

ilişkisinde vekilin veya müvekkilin ölümü, iş aktinde işçinin ölümü, istisna aktinde müteahhidin ölümü bu duruma örnektir ¹⁷⁶.

Diğer yandan franchise sözleşmesi kanunumuzda özel olarak düzenlenmemekle birlikte bu sözleşmeye TTK md.121/III'te düzenlenen acenteye ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır¹⁷⁷. Acentelik sözleşmesinin sona erme hallerini düzenleyen TTK'nun 121.maddesi üçüncü fıkrası müvekkilin ya da vekilin ölümü, iflası ya da kısıtlanması halinde TBK md.513'ün¹⁷⁸ uygulanacağını hükme bağlamaktadır¹⁷⁹.

2. Tarafların Ölümü ya da Tüzel Kişiliğin Sona Ermesi Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi

a. Tarafların Gerçek Kişi Olması Durumunda

Franchise sözleşmesi güven ilişkisinin ön planda olduğu bir sözleşme türüdür. Franchise Veren için franchise alanın iş anlayışı, kişilik özellikleri, yatırıma ayıracağı bütçe, yerel olması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle franchise alanın ölümü halinde franchise sözleşmesinin de doğal olarak sona ereceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte franchise sözleşmesinde eğer mirasçılarla devam edileceği yönünde bir hüküm varsa sözleşmenin devam edeceği kabul edilmelidir. Ancak yine de ilişkideki güven unsuru da dikkate alındığında franchise verenin bu seçime dahil olması gerektiği düşüncesindeyiz. Diğer yandan franchise verenin genellikle bir sistemi franchise alanın kullanımına sunduğu düşünüldüğünde franchise verenin kişiliğinin ön planda olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte franchise verenin kişiliğinin ön plana çıktığı; örneğin bir mal franchise'ında franchise verenin malları bizzat eliyle ürettiği bir durumda franchise verenin ölümünün de sözleşmeyi sona erdireceği sonucuna varılmalıdır¹⁸⁰. Franchise verenin ölümüyle franchise sözleşmesinin kendiliğinden sona erecek olduğu durumlarda dahi, eğer bu durum franchise verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa duruma göre

¹⁷⁶ Şenol, s.161; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1407,1408.

¹⁷⁷ Gürzumar, s.174; Kırca, s.186; Yeniocak, s.35; Ayata, s.115; Şimşek, s.222; Tuzlu, s.42.

¹⁷⁸ TBK md.513 “Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin ya da vekalet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır.

Vekaletin sona ermesi, vekalet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekalet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekaleti ifaya devam etmekle yükümlüdür.

¹⁷⁹ Gürzumar, s.174; Kırca, s.186; Yeniocak, s.3; Ayata, s.115; Şimşek, s.222; Tuzlu, s.42.

¹⁸⁰ Gürzumar, s.174; Kırca, s.186; Ayata, s.115; Şimşek, s.223; Tuzlu, s.44.

franchise alan, TBK md. 513/II doğrultusunda karşı tarafın işlerini toparlayacağı süre kadar sözleşmeyle bağlı kalmaya devam edecektir.

b. Tarafların Tüzel Kişi Olması Durumunda

Franchise sözleşmesinin taraflarının tüzel kişi olduğu durumlarda da Türk Borçlar Kanunu'nun 513.md'si uygulanacağından tüzel kişiliğin sona ermesi halinde de franchise sözleşmesi sona erecektir¹⁸¹. Bununla birlikte bir tüzel kişinin tasfiyeye girmesi doğrudan tüzel kişiliği sona erdirmeyeceğinden tasfiye aşamasına girilmesi karşı taraf için ancak sözleşmeyi haklı sebeple fesih imkanı doğuracaktır¹⁸².

Bununla birlikte uygulamada franchise sözleşmesinin aslında gerçek kişiyle yapıldığı ancak sonradan çeşitli nedenlerle bu sözleşmenin bir tüzel kişi kurulması suretiyle bu tüzel kişiye devredildiği görülmektedir. Eğer franchise alanın tüzel kişi olması durumunda sözleşmenin tüzel kişiliğin son bulması ile birlikte sona ereceği kabul edilirse bu durum, adaletsiz sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle tüzel kişiliğin sona ermesinin franchise sözleşmesini sona erdirip erdirmeyeceği değerlendirilmesi yapılırken tarafların gerçek niyetinin ne olduğunun göz önüne alınması da önemlidir. Aksi halde franchise sözleşmesinin sona ermesini isteyen franchise alanlar; tüzel kişiliği tasfiye yoluna gidip kestirme yoldan franchise sözleşmesini ortadan kaldırmayı deneyeceklerdir.

Diğer yandan franchise verenin tüzel kişi olması durumunda franchise sözleşmesi için franchise verenin kişiliği değil, sahip olduğu üretim, işletme ve pazarlama sisteminin önem taşıyacağı açıktır. Bu durumda franchise verenin tasfiye olması durumunun, franchise sözleşmesinin sona erme nedeni olarak kabul edilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi halde franchise verenin mirasçıları sistemin kullanımına izin vermeyecek ya da franchise alandan çok daha yüksek bedeller isteyecek, franchise alan ise yapmış olduğu yüksek yatırım bedelleri ile baş başa kalacaktır.

Şirket birleşmesi, tür değiştirmesi, bölünme veya şirket devri, hisse değişikliği durumları ise franchise sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmez ancak karşı tarafın derhal feshi için haklı bir neden oluşturabilir. Franchise alanın bir tüzel kişi olması ve şirket birleşmesi, tür değiştirmesi, bölünme veya şirket devri, hisse değişikliğine maruz kalması durumlarında ve franchise verenin de bu hususa onay vermiş olması koşuluyla,

¹⁸¹ Yeniocak, s.108; Şimşek, s.224; Tuzlu s.44.

¹⁸² Şenol, s.163; Şimşek, s.224; Tuzlu, s.45.

franchise sözleşmesi sona ermeyecektir.¹⁸³ Diğer yandan biz, franchise verenin tüzel kişi olduğu durumlarda şirket birleşmesi, tür değiştirmesi, bölünme veya şirket devri, hisse değişikliği nedeniyle sözleşmenin sona ereceğini kabul etmenin hem franchise alana hem de sisteme zarar verebileceğini; bu nedenle franchise veren için bu durumların sözleşmeyi sona erdiren bir neden olarak kabul edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

3. Tarafların İflasıyla Sözleşmenin Sona Ermesi

Franchising ilişkisinde güven unsurunun ağır basması ve taraflardan birinin ticari itibarını yitirmesinin diğerini de olumsuz etkileyeceği göz önüne alındığında sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça iflas halinde franchise sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği kabul edilmelidir¹⁸⁴. Nitekim iflasın açılması ile birlikte borçlunun masaya kaydolan malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanacağından bu durum; franchise sözleşmesinin devamını zorlaştırır ve tarafların sözleşme ile amaçlanan ekonomik menfaatlerinin yerine getirilmesine engel olur. Ancak taraflardan birinin iflasıyla franchise sözleşmesi kendiliğinden sona erecek olsa dahi eğer bu durum franchise verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa diğer taraf, Türk Borçlar Kanunu 513.maddesi doğrultusunda sözleşmeyle bağlı kalmaya devam edecektir¹⁸⁵.

Diğer yandan Türk Borçlar Kanunu madde 98’de düzenlenen ifa güçsüzlüğü halinde ise; yani karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ifa güçlüğüne düşmesi, iflas etmesi ya da hakkında yapılan haciz işleminin sonuçsuz kalması durumunda diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf karşı ediminin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir ya da uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeyi feshedebilir. Franchise sözleşmesine de bu hükmün uygulanacağı düşünüldüğünde taraflardan birinin ifa güçsüzlüğüne düşmesi durumunda diğer taraf edimini ifadan kaçınabileceği gibi istediği güvencenin verilmemesi durumunda sözleşmeyi fesih hakkına sahip olacaktır¹⁸⁶.

¹⁸³ Özge Ayan, **Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.35.

¹⁸⁴ Gürzumar, s.175; Şimşek, s.225; Kırca, s.186; Ayata, s.115; Tuzlu, s.55.

¹⁸⁵ Şimşek, s.225; Ayan, s.37; Tuzlu, s.44.

¹⁸⁶ Ayan, s.38; Tuzlu, s.52 vd.

4. Gerçek Kişi Tacirler İçin Ehliyet Kaybı Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi

Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı, kötü yaşam tarzı ve kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı cezalar alma, yaşlılık, deneyimsizlik, ağır hastalık kısıtlanmaya yol açan nedenlerdir. Franchise veren ya da franchise alanın bu nedenler ortaya çıktığında sözleşmeden kaynaklanacak yükümlülüklerini yerine getiremeyecekleri ve güven ilişkisinin ön plana çıktığı bu ilişki türünün sağlıklı bir şekilde sürdürülemeyeceği pek tabidir. Bu durumda kısıtlılık halinde de, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, franchise sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini kabul etmek doğru olacaktır. Diğer yandan taraflardan birinin kısıtlanmasıyla franchise sözleşmesi kendiliğinden sona erecek olsa dahi eğer bu durum franchise verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa franchise alan, TBK 513.md doğrultusunda sözleşmeyle bağlı kalmaya devam edecektir ¹⁸⁷.

C. SÖZLEŞMENİN TARAFLARCA SONA ERDİRİLMESİ

1. Fesih

Sürekli bir borç ilişkisini geleceğe etkili olarak sona erdiren sebeplerden biri olan fesih; bozucu yenilik doğuran bir hak olup hüküm ve sonuçlarını muhatabın hakimiyet alanına ulaştığı anda geleceğe etkili olarak meydana getirir. Bu hak; hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile kullanılır; şarta tabi tutulamaz ve kullanıldıktan sonra geri alınamaz. Fesih hakkı kanundan doğabileceği gibi sözleşmeyle de düzenlenebilir.¹⁸⁸ Kanunda düzenlenen fesih durumları genellikle düzenleyici hükümler olduğundan aksi, taraflarca kararlaştırılabilir. Fesih, olağan fesih ve olağanüstü fesih olmak üzere ikiye ayrılır¹⁸⁹.

Yargıtay; franchise sözleşmelerinin olağan ve olağanüstü yolla feshini aşağıdaki şekilde tanımlamaktadır;

“Franchise sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme türü olup, taraflar arasında sözleşmenin kendiliğinden sona ermesini gerektiren şartlar belirlenmediği

¹⁸⁷ Yeniocak, s.108; Ayata, s.115; Kırca, s.185,186; Gürzumar, s.174. Ehliyet kaybının sadece franchise alan açısından bir sona erme sebebi olması hk. Bkz.Şimşek, s.224.

¹⁸⁸ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1410; Kırca, s.173; Şimşek, s.228.

¹⁸⁹ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1410; Kırca, s.173; Şimşek, s.228.

taktirde tarafların müdahalesi olmadan sona erdirilemez. İlke olarak belirsiz süreli sözleşmeler, olağan ve olağanüstü fesih yolu ile sonlandırılabilir. Buna göre sözleşmenin sebepsiz sona erdirilmesi olağan fesih, haklı ve önemli bir sebebe dayanılarak sona erdirilmesi ise olağanüstü fesih olarak adlandırılır”¹⁹⁰.

a. Olağan Fesih

Olağan fesihte sözleşmeye dayalı ilişki, fesih beyanının muhataba ulaşmasından itibaren belirli bir süre sonra ortadan kalkar. Bu nedenle bu feshe “süreli fesih” de denilmektedir. Olağan fesih sonuçlarını ileriye etkili olarak doğurduğundan fesihten önce doğmuş alacak ve borçlar geçerliklerini korumaktadır¹⁹¹.

Genellikle franchise sözleşmesinin belirsiz süreli olarak aktedilmesi ya da otomatik uzatma kaydı nedeniyle belirsiz süreli sözleşme haline dönüşen franchise sözleşmelerinde taraflar olağan fesih hakkını kullanırlar. Belirli süreli franchise sözleşmelerinde ise bu hak sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde kullanılabilir¹⁹². Belirsiz süreli sözleşmelerde olağan fesih hakkının bulunmaması durumunda sözleşmeler bir çeşit kelepçeleme sözleşmesine dönüşeceğinden ve tarafların kişisel özgürlükleri de aşırı şekilde sınırlandırılacağından denge, fesih yoluyla sağlanmaktadır¹⁹³.

Türk Ticaret Kanunu 18/III’e göre “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.” İlgili hüküm doğrultusunda biz franchise sözleşmelerinde her iki tarafın da tacir olduğu göz önüne alınarak fesih bildirimlerinin noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Her ne kadar TTK madde 18/III hükmünde yer alan düzenlemelerin geçerlik mi yoksa ispat şartı mı olduğu Türk hukukunda tartışılsa ve Yargıtay¹⁹⁴ tarafından verilen kararlarda “ispat şartı” olduğu ifade edilse dahi biz bu hususun bir geçerlik şartı olduğunu, kanun koyucunun ispat şartını

¹⁹⁰ Yargıtay 11.HD, E.2005/5416, K.2016/7900,3.7.2016 T., www.lexpera.com, ET:20.06.2008.

¹⁹¹ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1410; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.999.

¹⁹² Şimşek, s.229; Tuzlu, s.65,66; Kırca, s.173,174.

¹⁹³ Berk Kapancı, **Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Bunun Hukuki Sonuçları**, Rona Serozan’a Armağan II, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s.1036; Kırca s.173; Şimşek, s.229; Tuzlu, s.64.

¹⁹⁴ Yargıtay 11. HD. 2005/10582 E., 2006/11292 K., 06.11.2006 T.; YHGK. 1996/11 951 E., 1997/178 K., 12.03.1997 T., www.kazanci.com; ET:04/10/2020

kastetmesi durumunda bunu ilgili maddede açıkça belirtmesi gerektiğini; bu hükmün TBK madde 12/II'den ayrı olarak yorumlanamayacağını düşünmekteyiz¹⁹⁵.

Sözleşmede bir fesih süresi bulunmaması durumunda, olağan fesih hakkı kullanılırken sözleşmeyi feshedecek olan tarafın karşı tarafa tanınması gerekli olan makul sürenin ne olacağı Türk hukukunda çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Bu süre belirlenirken vekalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, acentelik sözleşmesi ve adi ortaklık sözleşmesinin fesih süresini düzenleyen hükümlerinin kıyasen franchise sözleşmelerine de uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır¹⁹⁶. Borçlar Kanunu madde 512'de düzenlenen vekalet sözleşmesinde müvekkil veya vekil her zaman için sözleşmeyi feshetme hak ve yetkisine sahiptir. Belirsiz süreli hizmet sözleşmesini düzenleyen Borçlar Kanunu 432.maddesine göre fesih için yapılacak bildirim süresi hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş işçi için iki hafta sonra, bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer. Türk Ticaret Kanunu madde 121/I acentelik sözleşmeleri için makul fesih süresini üç ay olarak belirlerken Borçlar Kanunu madde 640 adi ortaklık için fesih süresini 6 ay olarak belirlemiştir. Yapılan hukuki tartışmalar sonucu çoğunluk görüşü; diğer sözleşmelerde belirlenen sürelerin kısalığı ve ekonomik olmayacağı nedeniyle franchise sözleşmelerine adi ortaklık sözleşmelerine ilişkin 6 aylık fesih süresinin uygulanması gerektiği noktasında toplanmıştır¹⁹⁷.

Franchise sözleşmelerinin yoğun bir güven ilişkine dayanması, franchise alan tarafından ciddi bir yatırım yapılmasını gerektirmesi, sözleşmenin uzun süreli olması ve franchise işinin marka imajı için yarattığı önem düşünüldüğünde olağan fesih için getirilecek sürenin hem franchise alanın hem de franchise verenin menfaatlerini korumaya yetecek kadar uzun bir süre olması gerektiği aşıkardır. Franchise sözleşmesinin feshinden sonra franchise veren, marka imajını sarsmaksızın yeni bir aday bulacak, onu sisteme entegre edecek ya da franchise verilen taşınmazı devir almak suretiyle yatırım yaparak kendisi işletecektir. Feshi takiben franchise konusu taşınmazın boş kalması ya da aynı kalitede işletilememesi durumunun müşteriler gözünde marka imajını sarsacağı

¹⁹⁵ Bu husustaki tartışmalar için bkz. Yeliz Özçetin, **Türk Ticaret Kanununun 18. Maddesinin Üçüncü Fıkrası Uyarınca Tacirler Arası İhbar ve İhtarların Şekli**, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2019, s.40 vd.

¹⁹⁶ Gürzumar, s.170; Kırca, s.177; Tuzlu, s.70-71; Şimşek, s.232.

¹⁹⁷ Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.450; Gürzumar s.171; Kırca 178; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.999.

aşıkardır. Diğer yandan franchise sistemi içinde ana franchise alanın alt franchise vermesi durumunda, fesih sonrası durumun ana franchise sözleşmesi (master franchise sözleşmesi) anlamında da değerlendirilmesi gerektiği ve çoğu durumda ilgili taşınmazın boş kalması ya da kalitesiz şekilde işletilmesi durumunun esaslı ihlal olarak nitelendirileceği de göz önüne alınmalıdır. Diğer yandan franchise alan da uzun süreli bir sözleşmeye ciddi yatırımlar yaparak girmekte ve işini geliştirmek için de sürekli yatırımlar yapmaya devam etmektedir. Yapılan yatırımın büyüklüğü ve sistemin geliştirme maliyetlerinin ne düzeyde olacağı da fesih süresinin belirlenmesinde önem taşımaktadır. Franchise alan, bağımsız bir tacir olarak gelir elde etmeyi amaçlamaktadır. Gelir elde etmesi için öncelikle yapmış olduğu yatırımların amorti edilmesi gerekmektedir ki; bu da belirli bir süre almaktadır. Kimi franchise sözleşmelerinde bu sürenin beş yıl gibi uzun bir süre alacağı da göz önüne alındığında makul fesih süresi belirlemeden önce franchise verene ancak 5(beş) yıl sonrasında fesih hakkı tanımak düşünülebilir. Fesih tarihi; yani sözleşmenin fesih edilebileceği en erken süre de büyük önem taşımaktadır¹⁹⁸. Makul fesih süresinin ve fesih tarihinin belirlenmesinde biz sözleşmenin uzunluğu, yapılan yatırımın miktarı, marka değeri, yatırımın geri dönüş süresi, franchise alanın yeni bir iş kurmak için ihtiyacı olan süre gibi hususlar da dikkate alınarak fesih süresinin ve fesih tarihinin belirlenmesinin daha doğru olacağı görüşündeyiz. Ayrıca belirlenecek fesih süresinin franchise alan ve franchise veren açısından da farklı olamayacağı aşıkardır¹⁹⁹. Her ne kadar TTK'da yeralan acentelik sözleşmesine ilişkin hükümlerin franchise sözleşmesine de kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülebilse de²⁰⁰ acentelik sözleşmesi için düzenlenen 3(üç) aylık fesih süresinin franchise sözleşmesine uygulanmaması gerektiğini ve bu noktada amaca uygun bir yorum yapılmasının gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda; ilk derece mahkemesinin arada yazılı bir sözleşme bulunmaması, taraflar arasında tek satıcılık ilişkisi bulunması nedeniyle fesih bildirimi yönünden TTK'da düzenlenen acentelik sözleşmesine ilişkin 3 aylık fesih süresinin bu olaya da

¹⁹⁸ Gürzumar, s.170,171; Kırca, s.176; Şimşek, s.232,233.

¹⁹⁹ Gürzumar s.171; Kırca 178; Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.450.

²⁰⁰ Çiğdem Kırca, **Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi olarak Amaca Uygun Sınırlama**, AÜHFĐ C.50, S.1, 2001, s.100; Gürzumar, s.171; Kırca, s.177; Şimşek, s.232; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.999.

uygulanması gerektiği gerekçesiyle vermiş olduğu kararı, temyiz edilmesi üzerine bozmuştur²⁰¹.

“Belirsiz süreli, sürekli borç ilişkilerinde taraflar her biri kural olarak tek taraflı irade beyanıyla bu ilişkiyi sona erdirebilir. Sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmesi her somut olayda sözleşmenin amacına uygun olacak şekilde belirlenmelidir.

Davacı, otomobil satımı ve servisi hizmeti vermekte olup, sözleşmenin feshi için verilecek ihbar süresi satıcının işletmesini başka bir şekilde değerlendirmesine olanak verecek uzunlukta olmalıdır. Tarafların durumu, anlaşmanın niteliği ve hacmi gözetilerek 3 aylık feshi ihbar süresinin yerinde olup olmadığı konusunda bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır..... Mahkemece bu yönler gözetilmeden işletmenin niteliği ve hacmi gözetilmeden acentelere uygulanan 3 aylık fesih süresinin kıyasen uygulanarak, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir”

İtalyan²⁰² ve İngiliz²⁰³ hukuk sistemlerinde de belirsiz süreli sözleşmelerin makul bir süre öncesinden verilen ihtarla sona erdirilebileceği kabul edilmektedir. Alman Ticaret Kanunu Bölüm 89’da belirtildiği şekilde “makul süre”, karşı tarafın işini yeniden organize edebileceği süreden daha kısa veya fesheden taraf için karşı tarafın çıkarlarını koruyacak süreden daha uzun olmamalıdır. İlgili kanuna göre minimum süre 1 (bir) yıllık sözleşme için 1 (bir) ay, iki yıllık sözleşme için 2 (iki) ay, 3 (üç) -5 (beş) yıl arası sözleşmeler için 3 (üç) ay olarak belirlenmiştir. Fransız kanunlarına göre de belirsiz süreli bir sözleşmenin her zaman için makul bir ihtarla feshedilebileceği; makul süre belirlenirken karşı tarafa zarar vermeyecek bir sürenin belirlenmesi gerektiği ifade

²⁰¹ Yargıtay 19.HD, 2008/12033 E.,2009/5950 K.,18.06.2009 T., www.lexpera.com, ET:12.07.2019; Fesih süresine ilişkin vekalet, acentelik, adi ortaklık, hizmet sözleşmelerine ilişkin kuralların kıyasen uygulanması ile ilgili detaylı tartışmalar için bkz. Tuzlu, s.66-72.

²⁰² İtalya’da franchise kanunu bölüm 3, md 3’e göre belirli süreli franchise sözleşmelerinin yapılan yatırımı amort edebilecek şekilde en az 3 (üç) yıl süreli imzalanması zorunludur. Belirsiz süreli franchise sözleşmeleri çok görülmemekle birlikte kimi zaman yargı mercileri tarafından cevaz verilmektedir. İtalyan hukukuna göre taraflar makul bir süre öncesinden ihtar vermek kaydıyla belirsiz süreli sözleşmeye son verme hakkına sahiptir ancak bunun tek koşulu kanun tarafından belirlenen sürenin dolmuş olmasıdır. Bu süre; İtalyan hukukuna göre 3 (üç) yıl olup taraflar 3 (üç) yıllık minimum sürenin dolmasını takiben sözleşmeye son verme hakkına sahip olmaktadır.” Frignani, Pratt, s.6; <https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/italy>, ET:18.07.2019.

²⁰³ İngiltere ve Galler Bölgesi’ne göre de belirsiz süreli sözleşmeler çok yaygın olmamakla birlikte tarafların böyle bir sözleşme aktetmeleri ve sözleşmeye sona ermeye ilişkin bir hüküm koymamaları halinde, sözleşmeye göre gerçek niyetlerine bakılır; aksi tarafların sözleşmeyi ebediyen devam ettirme yönünde bir niyetleri olduğu anlamına gelir ki; bu durum kabul edilemez. Bu durumda, tarafların yapılan yatırımın geri dönüş süresini de göz önüne alarak makul bir süre öncesinden ihtar vermek kaydıyla sözleşmeyi sona erdirebilecekleri kabul edilir.” Frignani, Pratt, s.6; <https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/italy>, ET:18.07.2019.

edilmektedir. Fransız hukukunda ayrıca sözleşmenin uzunluğu ve ticari kullanım dikkate alınmalı ve eğer sözleşme belirli bir marka altında mal dağıtımına ilişkinse bu ihtar süresi iki katı olarak uygulanmalıdır²⁰⁴. İspanya Medeni Kanunu, madde 1255'e göre sözleşmeler belirli süreli olarak yapılmalıdır. Fesih hakkı tanımayan belirsiz süreli sözleşmeler, kamu düzenine aykırı olduklarından batıl ve geçersizdir. Franchise Veren bir sözleşmeyi feshettiğinde, makul bir süre öncesinden (uzun süreli sözleşmelerde bu süre 6 aydır) ihtar vermiş olması koşuluyla, franchise alan zararlarının tazminini talep edememektedir²⁰⁵. Belçika'da ise mevzuatta özel bir düzenleme olmamakla birlikte 22 Eylül 1999'da verilen bir yargı kararıyla belirsiz süreli sözleşmelerin makul süreli ihtarla feshedilebileceği, bu sürenin ise karşı tarafın aynı nitelikteki bir işi kurması için gerekli makul süre olduğu belirtilmiştir. Makul süre belirlenirken göz önüne alınacak hususlar ise; franchise alanın işinin boyutu, yapılan yatırım miktarı ve amortismanı, elde edilen satış miktarı ve kar, ülke, ticari itibar ve ürünlerin niteliğidir²⁰⁶.

İtalyan Medeni Kanunu madde 1373'e göre; eğer taraflardan birine tek taraflı fesih hakkı tanındıysa sözleşmenin ifa süresi boyunca bu hak kullanılabilir. Devam eden veya dönemsel yükümlülükler bulunan sözleşmelerde ise, fesih hakkı ifa edilen edimlere etki etmez²⁰⁷.

İngiltere ve Galler Bölgesinde, sözleşmede açık bir hüküm bulunmaması durumunda, aşağıdaki iki hal dışında taraflardan biri sözleşmeyi tek taraflı feshedemez. Bunlar; tarafların sözleşme süresi bitmesine rağmen sözleşmeyi ifaya devam etmeleri ya da sözleşmeleri belirsiz süreli olarak aktetmeleri durumlarıdır. Bu hallerde; taraflardan biri makul bir süre öncesinden ihtar göndermek suretiyle sözleşmeye son verme hakkına sahiptir. Pratikte bu süre 3 (üç) aydan daha kısa ya da 12 (oniki) Aydan daha uzun olamaz. 6 (altı) ayın makul olduğu değerlendirilmiştir. Mahkemeler; franchise

²⁰⁴ Martijn.W. Hesselink vd. **Franchise and Distribution Contracts**, Principles of European Law Study Group on a European Civil Code Commercial Agency, Staempfli Publishers, Berne,s.130, www.lexisnexis.com,ET:12.04.2018;<https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/france>,<https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/germany>, ET:10.05.2020.

²⁰⁵ <https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations/spain>, ET:10.05.2020; Frignani, Pratt, s.8,9.

²⁰⁶ Frignani, Pratt, s.8,9.

²⁰⁷ Frignani, Pratt, s.10; <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=99ff0bb2-149e-487a-bef7-261a592489d0>, ET:15.05.2020.

sözleşmesinin ne kadar süredir yürürlükte olduğu, yapılan yatırım miktarı ve fesih halinde sonucun ne olacağı değerlendirmesini yaparak karar vereceklerdir²⁰⁸.

Franchise sözleşmesini olağan fesihle sona erdirmeye hakkı dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılamaz. Örneğin sözleşmeyi feshedeceği belli olan franchise verenin franchise alandan yeni yatırımlar yapmasını istemesi ve bu yatırımların geri dönüşü olmadan sözleşmeyi feshetmesi durumunda dürüstlük kurallarına aykırı olarak sözleşmeyi feshettiği kabul edilecektir.²⁰⁹ Sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan fesih “geçersiz fesih” olarak kabul edilmelidir²¹⁰. Nitekim Yargıtay bir kararında sözleşmede franchise verenin tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı olmasına rağmen bu hakkın MK.nun 2. maddesinde öngörülen iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanılması gerektiğini açık bir şekilde vurgulamıştır²¹¹. Almanya’da tek taraflı fesih hakkının iyiniyet ilkesi çerçevesinde kullanılacağı kabul edilmiştir. Fransa’da yürürlükte olan mevzuatta tüm sözleşmelerin iyiniyetle müzakere edilmesi, ifa edilmesi yükümlülüğünden yola çıkarak mahkemeler franchise verenin franchise alana henüz amorti edilmemiş bir yatırım yaptırmaması halinde, gönderilen tek taraflı fesih ihtarını güçsüz olana baskı yapılması şeklinde yorumlayabilmektedirler²¹².

Franchise sözleşmelerinin olağan feshinin dürüstlük kurallarına aykırı sayılması halinde feshin sonuçlarının ne olacağı hususu ise tartışmalıdır. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde genellikle fesih geçersiz sayılmakla birlikte hizmet sözleşmesinde fesih geçerli sayılmakta ancak sözleşmeyi dürüstlük kurallarına aykırı olarak fesheden

²⁰⁸ Frignani/ Pratt, s.10; <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=99ff0bb2-149e-487a-bef7-261a592489d0>, ET:12.05.2020.

²⁰⁹ Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.450, Tuzlu, s.72,73, Gürzumar, s171, Kırca, s.179, Şimşek, s.234.

²¹⁰ Hasan Levent Yüksel, **Franchise Sözleşmesinin Genel olarak İncelenmesi, İfası ve Sona Ermesi**, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s.97; Kırca, s.180; Şimşek, s.235.

²¹¹ Yargıtay 19.HD, E.2004/7174, K.2005/2029, 01.03.2005, www.kazanci.com, ET:12.02.2018, “Taraflar arasındaki sözleşmenin 6.12.maddesinin 2.fıkrasında franchise verenin dilediği takdirde tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hak ve yetkisine sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Davalının anılan hüküm uyarınca herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi tek taraflı fesih ettiği anlaşılmaktadır. Sözleşme serbestisi uyarınca taraflardan herhangi birine tek taraflı olarak sözleşmeyi fesih yetkisi tanınabilir ise de, bu yetkinin kullanılması sırasında MK.nun 2. maddesinde öngörülen iyiniyet kurallarına uygun davranılması gerekir. Başka bir deyişle hakkın kötüye kullanılmasını yasa korumaz. Mahkeme davalının sözleşme ile kendisine tanınan tek taraflı fesih yetkisini kullanmasında anılan iyiniyet kurallarına aykırılık bulunup bulunmadığı yönü üzerinde durulup tartışılmadan ve fesihte haklı olduğunun somut gerekçeleri de gösterilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”

²¹² Frignani, Pratt, s.10.

taraf işçinin zararlarını tazmin etmektedir.²¹³ Alman hukukunda MARTİNEK’e göre ise bu durumda franchise verene feshi geçersiz sayarak ilişkiye devam etme ya da feshi geçerli kabul ederek karşı tarafın amorte edilmemiş yatırımlarını tazmin etmek hususunda seçimlik bir hak tanınmalıdır; aksi franchise vereni devam ettirmek istemediği bir ilişkiyi devam ettirmek durumunda bırakır ki bu durum, ileride çok daha büyük sorunlara yol açabilir²¹⁴. Bizim de görüşümüz dürüstlük kurallarına aykırı bir fesih halinde feshin geçersizliği ya da feshin geçerli kabul edilip franchise alana tazminat ödenmesi yönündeki seçimlik hakkın franchise verene tanınması gerektiği yönündedir. Aksi; franchise sisteminin işleyişine engel olabileceği gibi marka imajına zarar verebilecek durumlarla karşılaşılması da olasıdır.

b. Haklı Sebeple Fesih (Olağanüstü Fesih)

Haklı sebeple fesih; haklı sebeplerin bulunması halinde başvurulacak bir fesih yolu olup fesih beyanının muhataba ulaşması ile sözleşmeyi derhal sona erdirmektedir. Bu feshi “süresiz fesih” de denilmektedir. Haklı sebeple fesih de aynen olağan fesih gibi sonuçlarını ileriye etkili olarak doğurduğundan fesihten önce doğmuş alacak ve borçlar geçerliklerini korumaktadır²¹⁵. Haklı sebeple feshin olağan fesihten ayrıldığı en önemli nokta haklı sebeple fesihte tarafların fesih öneli süresince sözleşme ile bağlı olmak zorunda kalmamalarıdır.

Kanun koyucu, haklı fesih sebebi tanımını yapmadığı gibi haklı fesih nedenlerini saymaktan da kaçınmıştır. Haklı fesih nedenleri her bir somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Hakim takdir hakkını kullanırken MK madde 4’te yer alan hak ve nesafet ilkesi doğrultusunda karar vermekle yükümlüdür²¹⁶. Örneğin taraflardan birinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle diğer tarafın da borcunu ifa etmediği durumlar için “haklı fesih” değerlendirilmesi yapılmamalıdır²¹⁷.

Yargıtay bir kararında “Tek satıcılık sözleşmesinin olağanüstü feshi ise, belirli veya belirsiz süreli sözleşmelerin haklı sebeplere dayanılarak ileriye etkili şekilde ve ihbar süresi verilmeden derhal sona erdirilmesidir. Ancak taraflar arasında ortaya çıkan her sorun haklı sebep sayılamaz. Bu konuda haklı sebebin yerinde olup olmadığını takdir

²¹³ Kırca, s.180; Yüksel, s.97; Şimşek, s.237; Tuzlu, s.73.

²¹⁴ Kırca s.180’den naklen; Yüksel, s.97; Şimşek, s.237; Tuzlu, s.73.

²¹⁵ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1260; Kırca, s.181.

²¹⁶ Gürzumar, s.172; Şenol, s.195; Şimşek, s.242.

²¹⁷ Matthews, s.2, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

yetkisi TMK'nun 4. maddesi gereğince hukuka ve hakkaniyete göre hakime aittir. Haklı sebebin takdirinde sözleşmenin tarafları arasında çıkan sorun ile buna uygulanacak yaptırım arasında orantılılık ilkesine riayet edilmeli ve olağanüstü fesih son çare olarak düşünülmelidir” ifadelerini kullanmaktadır²¹⁸.

Yargıtay diğer bir kararında ise acentelik sözleşmesinde şirketin herhangi bir sebep göstermeksizin 15 gün önceden her zaman sözleşmeyi feshedebileceği yönünde hüküm bulunmasına rağmen ilgili şirketin (davalının) sözleşmeyi feshetmek için haklı bir nedeni bulunması gerektiği ve bu hakkın da yasaya ve iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanılması gerektiğini belirterek, bu yönde bir inceleme yapılmamasını bozma sebebi olarak değerlendirmiştir²¹⁹.

Haklı sebep belirlemesi yapılırken MK 2. maddede yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalı ve taraflar arasındaki ilişkinin dürüstlük kuralı çerçevesinde devam etmesinin taraflardan beklenip beklenemeyeceği hususu değerlendirilmelidir. Ayrıca franchising ilişkisinin çok yoğun bir güven ilişkisine dayanması nedeniyle taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmiş olup olmadığı değerlendirilmesinin yapılması da gerekmektedir. Diğer yandan sözleşme ile çok ağır yükümlülükler altına giren ve kişilik hakları ihlal edilen kişinin de aynı şekilde haklı fesih hakkı olduğu kabul edilmelidir²²⁰. Franchise sözleşmesinde açıkça yazmasa dahi tarafların zımni olarak iyiniyetle ve adil müzakere yükümlülüğü olduğu ve bu yükümlülüğün mahkemelerce dikkate alınmasının gerekli olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır²²¹. Haklı neden kavramı değerlendirilirken tarafların her zaman için kusurlu olması aranmaz. Tarafların kusurunun bulunmadığı haklı neden halleri de mevcuttur. Taraflardan birinin hastalanması ya da işten çekilme arzusu gibi²²².

Kural olarak haklı nedenle feshin varlığını kabul edebilmek için “esaslı bir ihlal” söz konusu olmalıdır²²³. Esaslı ihlal doktrini temel bir sözleşme prensibi olup sözleşmenin sona ermesine ve ihlalde bulunmayan tarafın tazminat talep etmesine imkan sağlar. İleri

²¹⁸ Yargıtay 19.HD, 2016/5707 E. ve 2016/12723 K., 28.09.2016 T., www.lexpera.com, ET:23.06.2018.

²¹⁹ Yargıtay 11.HD, 2016/7313 E. ve 2017/2727 K., 09.05.2017 T., www.lexpera.com, ET:23.06.2018.

²²⁰ Gürzumar, s.172,173; Kırca, s.184; Şimşek, s.243.

²²¹ Lee Rau, **Implied Obligations Beyond Termination**, American Bar Association, C:47, S.3, 1992, s.1055, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018; Oğuzman/Öz, s.505.

²²² Gürzumar, s.173; Kırca, s.184; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.1000; Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, s.196; Şimşek, s.244.

²²³ Hatemi/Gökyayla, s.196; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.999; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1410.

sürülen ihlal, doktrinde de belirtildiği gibi esaslı, temel bir ihlal olup ihlalde bulunmayan tarafı sözleşmede tanımlı yükümlülüklerinin ifasından ber'i kılar. İhlalin herhangi bir ihlal olması yetmez; esaslı olması zorunludur. Esaslı olmayan bir ihlal; kısmi bir ihlal olup sözleşmenin kökenine değil sadece çok küçük bir bölümüne ilişkindir. Eğer taraflardan biri kısmi ihlalde bulunursa; diğer taraf bu ihlale son verilmesini ve zararlarının tazminini talep hakkına sahiptir. Esaslı ihlal halinde ise, franchise verenin o ihlalin yapılacak olduğunu bilseydi franchise alanla o sözleşmeyi yapmayacağı şüphe götürmeyecek kadar açık bir şekilde ortadadır. Sözleşmenin yapıldığı sıradaki şartlar işlem temelini oluşturduğundan bu şartların yokluğu ya da kaybolması durumu haklı nedenle fesih sebebi oluşturabilir²²⁴. Diğer yandan bu farklı şartlara rağmen sözleşmenin BK m.138 gereğince değişen şartlara uyarlanması yoluna başvurulmasının tarafların menfaatine olduğu durumlarda bu yola başvurulması da değerlendirilmelidir²²⁵. Amerikan Eyalet mahkemesi tarafından verilen, Adcom Express v.EPK Inc. kararında; mahkeme, acele posta sisteminde hizmet veren bir franchise alanın farklı bir şehirde franchise verenin belirlediği satış noktasını kullanmamasını, teslim sistemindeki bütünlüğü bozduğu gerekçesiyle esaslı bir ihlal saymıştır²²⁶.

Amerikan eyalet mahkemesi tarafından verilen franchise sözleşmesinin esaslı ihlaline ilişkin çok sayıda mahkeme kararı bulunmaktadır. ABD'de pekçok eyalette "esaslı ihlal"ın ne olduğunun tanımı düzenlemelerle belirlenmiş; düzenlemelerin olmadığı durumda sözleşmelere bakılacağı; sözleşmede bir açıklık olmadığı durumlarda ise sözleşmenin ruhuna inilmesi gerektiği kuralı çeşitli yargı kararları ile genel uygulama halini almıştır²²⁷. Franchise verenin tarafların ilişkisine etki edecek ani bir değişiklik yapması, sözleşmede tanımlı zorunlu desteği vermemesi ya da yine sözleşmede belirlenen yükümlülüklerini iyiniyetle yerine getirmemesi bu kararların temelini teşkil etmektedir. Örneğin; De Rosa v.Boston Bakery and Italian Food Specialty, Inc. kararında mahkeme; Boston pastanesi için ilk defa hiç deneyimi olmayan bir kişiye franchise veren şirketi; franchise alana sadece iki haftalık bir eğitim verdikten sonra franchise alanın eğitim

²²⁴ Gürzumar, s.173; Şimşek, s.257; Tuzlu, s.78.

²²⁵ Yüksel, s.100; Şimşek, s.258.

²²⁶ W. Michael Garner ve Sarah A.Johnston, "Utilizing the Doctrine of Prior Material Breach to End a Franchise Relationship" American Bar Association Franchise Law Journal, Summer 2004,s.2, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

²²⁷ Richard M. Asbill, Steven Starling, **Recurring Themes in Franchise Termination Litigation**, Franchise Law Journal, C.7, S.4, spring 1988, s.14, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018. Şimşek, s.246.

taleplerine sessiz kalması, zamanında ürünleri temin etmemesi, ekipmanı ciddi bir kar payı koyarak satması nedenleriyle haksız bularak franchise verenin franchise alanın tembelliği, isteksizliği ve ailevi sorunları nedeniyle işi yürütemediği savunmalarını kesin olarak reddetmiştir²²⁸.

Cathay Enterprises, Inc.v. Ramada Franchise Systems Inc. kararı da franchise verenin “esaslı ihlali”ne ilişkin farklı bir karardır. Franchise veren, iki kere otel teftişi yaparak franchise alana düşük not vermiş ve franchise alanı rezervasyon sisteminden çıkartmıştır. Bunun üzerine franchise alan, ödeme yapmayı durdurmuş; Franchise veren ise sözleşmeyi feshetmiştir. Franchise alan, milyon dolarları aşan bir yatırım bedeli harcayarak otelin yenilenmesi için zorlandığını iddia etmiştir. Ayrıca franchise alan, franchise veren tarafından yapılan denetlemelerin kötüniyetle yapıldığını ve sözleşmenin ihlalini teşkil ettiğini ileri sürmüştür. New Jersey hukukuna göre ihlalde bulunmayan tarafın bir bildirim yapmaksızın hizmeti durdurma hakkı bulunmaktadır. Mahkeme, franchise verenin hukuka aykırı denetimleri nedeniyle franchise alanın ödeme yapmamasının makul görülebileceği ve kötüniyet iddiasının bu durumda kararla ilgisiz olduğu yönünde karar vermiştir²²⁹. Diğer yandan Amerika’da eyalet mahkemeleri tarafından verilen kararlar incelendiğinde “esaslı ihlal” olarak nitelendirilecek fesih nedeninin ne olacağı hususunda mahkemeler tarafından çok farklı değerlendirmeler yapıldığı ortaya çıkmış ve bu nedenle de franchising sözleşmelerinin feshinde “esaslı ihlal” nedenlerini tanımlayan yeknesak bir uygulama için bu uygulamayı getirecek tek bir düzenleme olması gerekliliği vurgulanmıştır²³⁰.

Alman hukukuna acentelik sözleşmesi hükümleri kıyasen franchise ve distribütörlük sözleşmelerine de uygulanmaktadır. “Esaslı neden” ilgili olayın tüm yönlerinin ve tarafların menfaatlerinin göz önüne alınması suretiyle belirlenmektedir²³¹.

İspanya’da mağdur olan tarafa haklı nedenle fesih hakkı tanıyan en önemli haller; 1) Ödemenin yapılmaması 2) Rekabet yasağının ihlali 3) Know-how devri 4) Münhasırlığın ya da gizlilik yükümlülüğünün ihlali 5) Yükümlülükleri yerine getirirken

²²⁸ Garner/Johnston, s.3.

²²⁹ Garner/Johnston, s.4.

²³⁰ Robert W. Emerson, Franchise Terminations:” Good Cause” Decoded, Wakeforest Law Review, S.51, 2016, s.152, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

²³¹ Asbill/Starling, s.139.

kalite standartlarına uyulmaması 6) Franchise sisteminin güncellenmesiyle ilgili franchise verenin talimatlarına uymama olarak tanımlanmaktadır²³².

Türk hukukunda Yargıtay tarafından verilen kararlarla “esaslı neden” hali daha net olarak ortaya çıkmıştır²³³.

Temelinde haklı bir sebep olmaksızın haklı nedenle fesih yoluna başvurulması halinde feshin akibetinin ne olacağı tartışmalıdır. Kural olarak böyle bir fesih hukuki sonuç doğurmayacak ve sözleşme varlığını devam ettirecektir²³⁴. Bununla birlikte TTK madde 121’de acentelik sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın feshi durumunda fesheden tarafın başlanmış işlerin tamamlanmaması nedeniyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacağına ilişkin hüküm nedeniyle acentelik sözleşmesi özelinde haksız feshin sözleşmenin sona ermesine neden olacağı sonucuna varılmaktadır. Bu hükmün amacı acentelik ilişkisinde bulunan karşılıklı güven ilişkisi nedeniyle getirildiği düşünüldüğünde bu hükmün güven ilişkisinin daha yoğun olduğu franchise sözleşmelerine de uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla böyle bir

²³² Frignani/Pratt, s.17.

²³³ Yargıtay 11.HD tarafından verilen bir kararda franchise alanın işletmesinde sunacağı ürünleri franchise verenin gösterdiği yerlerden almaması, sözleşme konusu dışında ürün satması, sistem dışında farklı bir işletim sistemi ve alo paket servis numarası kullanması hususlarının Franchise Veren lehine haklı nedenle sözleşmeyi fesih sebebi oluşturacağı yönünde karar vermiştir. (Yargıtay 11.HD,2014/9988 E., 2015/638 K.,19.1.2015 T., www.lexpera.com,ET:16.02.2017)

Yargıtay 19.Hukuk Dairesi tarafından verilen bir başka kararda ise davacının gereksiz yere incitici davranış şeklinde haksız rekabet olarak tespit edilen 10.04.2008 tarihli gazete ilanlarının tek başına, yıllarca sürmüş bir tek satıcılık sözleşmesinin haklı sebeple olağanüstü fesih nedeni sayılmasının hakkaniyete uygun olmadığı ifade edilmiştir. (Yargıtay 19.HD, 2016/5707 E. ve 2016/12723 K.,28.09.2016 T.,www.lexpera.com,ET:18.03.2017).

Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda tek satıcılık sözleşmesinde bayinin rekabete aykırı davranması haklı fesih nedeni sayılmış; sözleşmede rekabete aykırı davranılamayacağına ilişkin hüküm bulunmadığına ilişkin savunma Yargıtay tarafından kabul edilmemiştir. Yargıtay 19.HD, 2001/4568 E., 2002/1473 K., 5.3.2002 T., www.lexpera.com,ET:30.04.2017.

Başka bir kararda ise bayilik sözleşmesine aykırı olarak gaz almamak ve fiilen bayilik faaliyetine son vermek suretiyle bayilik sözleşmesini ihlal eden bayinin sözleşmesinin haklı nedenle fesih edilebileceğine karar verilmiştir. Yargıtay 19.HD, 2008/4668 E.,2008/12205 K. , 18.12.2008 T.www.kazanci.com,ET:20.04.2017

Franchise verenin asli yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle franchise alanın haklı nedenle sözleşmeyi feshetme hakkının bulunduğuna işaret eden bir başka kararda ise Yargıtay; franchise verenin isim, marka, logo, sembol ve diğer ayırt edici işaretlerin sahibi olması ve yasal kullanım hakkına sahip olarak bunlarla ilgili tüm bilgileri franchise alana vermesi gerektiğini, varsa bu husustaki davaları franchise alana bildirmesi gerektiğini ifade ederek aksinin haklı fesih sebebi yaratacağını vurgulamıştır. Yargıtay 19.HD, 2001/819E.,2001/4917 K.,25.6.2001 T.www.kazanci.com,ET:20.04.2017.

²³⁴ Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni) AnaBilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2011, s. 283; Yeniocak, s.121.

durumda yapılan fesih haksız da olsa franchise sözleşmeleri sona ermeli ancak haksız fesih yapan karşı tarafın maruz kaldığı zararları karşılamalıdır²³⁵.

Haklı nedenle sözleşmeyi feshedecek olan tarafın kusurlu taraf olmaması ya da karşı tarafa nazaran daha düşük bir kusur oranına sahip olması önemlidir; aksi yani bir tarafın kendi kusuruna dayarak haklı nedenle fesih talebinde bulunması dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturacaktır²³⁶. Haklı sebebin karşı tarafın kusurlu davranışından kaynaklanması durumunda ise fesih hakkını kullanan tarafın uğradığı zararlarının tazminini talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu durumda fesheden taraf belirli süreli sözleşmelerde belirli sürenin sonuna kadar, belirsiz süreli sözleşmelerde ise ilk fesih süresi sonuna kadar yoksun kalacağı karın tazminini talep edebilecektir²³⁷. Haklı sebebin karşı tarafın sözleşme ihlalinde kaynaklanması halinde, fesheden taraf hem sözleşmenin ihlali nedeniyle uğradığı zararı hem de sözleşmenin zamanından önce sona ermesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir²³⁸.

Taraflar; franchise sözleşmeleri yoluyla serbestçe haklı fesih nedenlerini belirleyebilirler. Nitekim franchise sözleşmeleri incelendiğinden haklı fesih nedenlerinin örnekleme yoluyla sayıldığı görülmektedir. Haklı fesih nedenlerinin çoğaltılması hukuken bir sıkıntı yaratmamakla birlikte aslen haklı fesih sebebi olarak nitelendirilebilecek bir sebebin haklı fesih nedeni olarak belirlenmemesinin bu sebeple karşılaşan tarafa, sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkını vermesi gerektiği kabul edilmelidir; bunun aksi sözleşmeye devam etmesi beklenemeyecek olan tarafa zorla sözleşmeyle bağlı olma zorunluluğu getirecektir. Aynen bu örnekteki gibi haklı fesih hakkını kullanmaktan vazgeçmek de mümkün değildir; zira aksi durumda güçlü olanın zayıf olan üzerinde baskı kurması mümkün olabilecektir. Nitekim kanunda haklı fesih hakkı tanıyan hallerin emredici hükümler olduğu da düşünüldüğünde bu haklardan önceden feragat edilmesi kabul edilemez²³⁹.

Aynen olağan fesih hakkının kullanılmasında da olduğu gibi Türk Ticaret Kanunu 18/III'e göre "Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla,

²³⁵ Kırca, s.180; Şimşek, s.264. Acentelik bakımından bkz. Kayıhan, s.258.

²³⁶ Gürzumar, s.173; Kırca, s.182.

²³⁷ Kapancı, s.1041; Yeniocak, s.121; Ayata, s.120.

²³⁸ Kırca, s.185; Ormancı, s. 284.

²³⁹ Gürzumar, s.172; Şenol, s.198; Ayata, s.119; Şimşek, s.245; Tuzlu, s.64.

telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.” İlgili hüküm doğrultusunda franchise sözleşmelerinde her iki tarafın da tacir olduğu göz önüne alınarak fesih bildirimlerinin noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılmasının geçerlik şartı olması gerektiğini düşünmekteyiz²⁴⁰.

Haklı sebeple fesihte fesih nedeninin karşı tarafa bildirilmesi kanuni bir zorunluluk olmamakla birlikte taraflar arasındaki yoğun güven ilişkisi ve dürüstlük kuralları gereğince ve ileride ortaya çıkabilecek olası bir ihtilafta delil teşkil edebileceği de düşünülerek haklı nedenle feshe başvuran tarafın bu nedeni yazılı olarak karşı tarafa bildirmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Haklı nedenle fesih yapan tarafın sonradan farklı nedenler ileri sürüp süremeyeceği ise tartışmalıdır. Kimi yazarlar bu sebepler fesih anında bilinse ve fesih nedeni ile bağlantılı olsa dahi eğer o anda ileri sürülmemişse karşı tarafta bu sebebe dayanılmayacağı yönünde haklı beklenti yaratacağı görüşünü savunmaktadırlar. Sonradan ortaya çıkan fesih nedenlerinin ileri sürülebilmesi ise feshin yapıldığı sırada belirtilen sebeple bağlantılı olduğu sürece mümkündür²⁴¹.

Nitekim Yargıtay tarafından verilen bir kararda; “Öte yandan, mahkemece taraflar arasında acentelik sözleşmesi var iken davacı acentenin, davalı....şirketince verilmiş geçerli ve ispatlanmış bir izin olmadığı halde başka bir sigorta şirketinin de acenteliğini yaptığı, bu nedenle feshin haklı olduğundan bahisle hüküm tesisi cihetine gidilmiş ise de, davalı tarafça gönderilen 2.fesih ihbarında dahi işbu fesih sebebine dayanılmadığı, teknik zarar nedeniyle sözleşmenin feshedildiği bildirilmiş olmakla, davacının başka bir sigorta şirketinin acenteliğini yapması gerek sözleşme ilişkisini sona erdiren 1.fesih ihbarında, gerek de 2.fesih ihbarında fesih sebebi olarak belirtilmemesine rağmen davalı tarafından cevap dilekçesi ile ileri sürülen bu hususun mahkemece feshin haklılığına gerekçe oluşturması doğru değildir” denilmektedir²⁴².

Türk hukukunda haklı nedenle feshin süresi hakkında açık bir hüküm bulunmamakla birlikte haklı nedenle fesih sebebinin öğrenilmesinden itibaren makul bir süre içinde feshin yapılması gerektiği kabul edilmektedir²⁴³.

²⁴⁰ Şimşek, s.259; Arkan, s.169; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.287.

²⁴¹ Gökyayla, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, s.205; Şimşek, s.261.

²⁴² Yargıtay 11.HD; 2016/7313E. ve 2017/2727 K., 9.5.2017 T., www.lexpera.com, ET:13.01.2018.

²⁴³ Hatemi/Gökyayla, s.311; Şimşek, s.265.

Yargıtay yukarıda bahsedilen kararında; “.....davacı acentenin çoklu acentelik şeklinde gerek doğrudan gerek dolaylı olarak birden fazla sigorta şirketi ile çalışmasının acentelik sözleşmesinin 3. ve 5. maddelerine aykırı olduğunun belirtilmiş olduğu ve davacının davalı ile sözleşmesinin devam ettiği dönemde başka bir sigorta şirketinin de acenteliğini yaptığı ve bu hususun taraflar arasından uyuşmazlık konusu da olmadığı anlaşılmakla birlikte, davalının da uzun süredir devam eden bu duruma yönelik bir karşı koyması da bulunmadığından anılan sebebin fesih sebebi olarak ileri sürülmesi de MK 2. maddesine aykırılık teşkil edecektir” denilmektedir²⁴⁴.

2. Tarafların Anlaşması Suretiyle Sözleşmenin Feshi

Avrupa’daki tüm hukuk sistemlerinde franchise sözleşmelerinin, sözleşmede özel bir hüküm bulunmasına gerek olmaksızın her zaman için karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirilebileceği kabul edilmiştir²⁴⁵. Türk hukukunda da aynı şekilde taraflar anlaşmak suretiyle her zaman için sözleşmeye son verme hakkına sahiptir. Diğer yandan sürekli borç ilişkilerinde ifaya başlanması halinde tarafların ikale yoluna başvurduğu durumlarda, özellikle de işgörme edimleri içeren sürekli borç ilişkilerinin tasfiyesi zor olacağından, franchise sözleşmesinin ileriye dönük olarak sona erdirileceği kabul edilmelidir. İkale durumunda ise sözleşmenin tamamen ortadan kalktığı kabul edilecektir²⁴⁶.

²⁴⁴ Yargıtay 11.HD; 2016/7313E. ve 2017/2727 K., 9.5.2017 T.,www.lexpera.com, ET:13.01.2018.

²⁴⁵ Frignani/Pratt, s.9; Türk hukuku açısından bkz. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1408.

²⁴⁶ Tuzlu, s.59-60; Şimşek, s.226.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİ TAKİBEN TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

§ 4. FRANCHISE ALAN AÇISINDAN

I. GENEL OLARAK

Franchise sözleşmeleri çerçeve sözleşmeler olup taraflar arasındaki temel ilişkileri, esaslı yükümlülükleri düzenleyen ancak detayları belirlemeyen sözleşmelerdir. Kanunda açıkça tanımlanmamış olduklarından ortaya çıkacak bir sorunun nasıl çözümleneceği ya da tarafların edimlerinin neler olacağı hususu da belirsizdir. Tarafların imzalamış oldukları bir sözleşmede yazılı olan edimlere ek olarak “dürüstlük kuralı”ndan ve “güven ilkesi”nden kaynaklanan; sözleşmede adaleti gerçekleştirmeye ve taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamaya yönelik yan edim yükümlülüklerinin de bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu yükümlülükler genel olarak iletme ve kaçınma yükümlülüğü olup bazen de hesap ve bilgi verme yükümlülüğü olarak ortaya çıkar²⁴⁷. Bir franchise sözleşmesinde açık bir şekilde yazmasa da franchise sözleşmesi sona erdikten sonra franchise verenin ve franchise alanın birbirine zarar verici davranışlardan kaçınma yükümlülüğü olduğu tabidir. Sözleşmede açıkça yazmasa dahi tarafların birbirlerinin gizli bilgilerini ifşa etmemekle yükümlü olması buna örnek gösterilebilir.

Bir franchising ilişkisinde en önemli unsur, franchise verenin franchise alana verdiği marka lisansıdır. Bundan dolayıdır ki pek çok franchise anlaşması temel olarak bu konuyu düzenlemektedir. Franchise anlaşmasının sona ermesi durumunda franchise veren markalarını kullanma hakkını elinde tutacak oysa ki franchise alana tanınan marka lisansı sona erecektir. Buna ek olarak franchise veren, franchise alana maddi veya gayrimaddi ek bazı haklar da tanımaktadır; bunların bir kısmı marka ile ilgili olan

²⁴⁷ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, 2008 İstanbul, s.80-81; Tuzlu, s.23.

(domain ismi²⁴⁸, telefon listeleri, ticari itibar) iken diğerleri markadan bağımsız olan ticari sırlar, gizli bilgiler, ekipman ve internet erişimi gibi haklardır²⁴⁹.

Franchising ilişkisi sona erdiğinde fikri ve sınai haklarla ilgili ek kaygılar gündeme gelecektir. Hizmet ve servis markalarının franchise alanın websitesinden kaldırılması, internet dizinleri, domain ismi ve telefon numaraları, franchise verenlerin fesih durumunda dikkate alması gereken hususlardır. Franchise alan, ikinci seviye bir domain isim yarattığında ve bu isim marka değeri kazandığında, domain ismin franchise alana ait olup olmayacağı da tartışmaya açılacaktır²⁵⁰.

Franchise sözleşmesinin sona ermesi üzerine franchise alanın web sitesi kullanımı hukuki bir problem olarak ortaya çıkacaktır. Eğer franchise veren, websitesinin kontrolüne sahipse, franchise alana ait sayfayı kolayca kapatabilir. Eğer franchise alan kendi domain adına sahipse, franchise veren uzun bir yola başvurarak websayfasını kapatmayı deneyecektir. Franchise verenler, sözleşmenin ihlali ve marka ihlali ile ilgili dava yoluna başvurmak, tedbir istemek ve domain adın transferini talep etmek zorunda kalabileceklerdir²⁵¹.

Olası bir davadan kaçınmak için franchise sözleşmeleri hem reklam hem de satış için internet kullanımının tabi olacağı kuralları düzenlemelidir. Franchise sözleşmesi; franchise alanın kendi web sitesini açıp açamayacağını, franchise alanın web sitesinin sahibi olup olmadığı, gerekli düzenlemeleri yapma hakkının bulunup bulunmadığı hususlarını açığa kavuşturmalı, franchise alanın franchise verenin web sitesine dahil olması nedeniyle veya diğer internet stratejileri kanalıyla öğrendiği bilgileri gizli tutacağına ilişkin hükümler içermelidir. Ayrıca franchise alanın internet kullanımı ile ilgili el kitapları oluşturmak isteyebileceği de düşünülebilir; böylece sözleşme dışında

²⁴⁸ (Alan Adı) Web sitelerinin bulunabilmesi için kullanılan internet adresleri olup internet ortamında kişiyi, ürünü veya web sitelerinden sunulan hizmetleri ayırt etmeye yarayan tanıtıcı işaretler kapsamındaki gayrimaddi malvarlığı haklarından (Canan Küçükali, Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009,s.157, Dilek Üstün, Fikri ve Sınai Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları ve İnternet Alan Adı ,Legal Hukuk Dergisi,2004, S.20, s.227; İbrahim Çetinkaya, **Markaya Tecavüz Halinde Marka Sahibinin Talepleri**, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010, s.18).

²⁴⁹ Clay A.Tillack and Mark E.Ashton, “**Who takes what: The Parties’ Rights to Franchise Materials at the Relationship Ends**”, American Bar Association, Franchise Law Journal, Fall 2008, s.1, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

²⁵⁰ Robert W.Emerson, **Franchises As Moral Rights**, WakeForest Journal of Business and Intellectual Property Law, Summer 2014, s.9, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

²⁵¹ Emerson, Franchises As Moral Rights; s.11.

oluşturulan bu el kitabında gerektiğinde değişiklikler yapma hakkını da saklı tutabilecektir²⁵².

Franchise alan ve franchise veren; franchise sözleşmesinin sona ermesini veya feshini takiben çeşitli tartışma konuları ile yüzleşmektedirler. Franchise veren; franchise verilen taşınmazın gelecekteki kullanımı, gizlilik içeren bilgilerin geri verilmesi, sözleşme sonrası rekabet etmeme ve gizlilik hükümlerinin uygulanması ve franchise verenin markasını taşıyan unsurları kimin kullanacağı endişelerini taşıırken; diğer yandan franchise alan ise genellikle franchise ilişkisinin sona ermesini takiben gireceği yeni iş ilişkisi ile ilgili endişeler taşımaktadır²⁵³. Tüm bu endişeler ve hukuki sorunlar çerçevesinde tarafların franchising ilişkisinin sona ermesi durumunda yeni bir takım hak ve yükümlülükleri söz konusu olmaktadır.

II. FRANCHISE ALANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. FRANCHISE ALANIN MADDİ VE GAYRİMADDİ MALLARI KULLANMAYA SON VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Maddi Mallar

Franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda franchise alan, franchise sistemine dahil olan maddi ve gayrimaddi malları kullanmaya son vermek ve kendisine franchise veren tarafından verilen belge, çizim, grafik, reçete, müşteri listesi, katalog, fiyat listeleri, araç çıkartmaları, antetli kağıtlar, makbuz koçanları, kartvizitler, iş kıyafetleri ile reklam malzemesini (prospektüs, katalog, eşantıyon vb) franchise verene iade etmekle yükümlüdür. Yine franchise alan; kendisi tarafından alınmış elektronik posta adresini, faks ve telefon numaralarını kayıtlı yerlerden ve basılı materyalden sildirmeli; franchise sisteminin adının yer aldığı elektronik faturalar ile diğer unsurların kullanımını engellemek için gerekli yazılım değişikliğini yapmalıdır. Franchise sistemine özgü olan iç dekorasyon malzemesi de aynı şekilde franchise verene iade edilmesi gereken maddi mallar arasında yer almaktadır.²⁵⁴

²⁵² Emerson, “Franchises As Moral Rights”, s.11.

²⁵³ Gary R.Batenhorst, “Breaking Up is Hard To Do: Challenges and Opportunities in Franchisor Buyback Rights and Obligations”, American Bar Association Franchise Law Journal, Fall 2010, s. 1, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

²⁵⁴ Gürzumar, s.179; Kırca, s.188; Tuzlu, s.82.

2. Gayrimaddi Mallar

Franchise sisteminde sadece maddi mallar değil; sistemin temel unsurunu oluşturan gayrimaddi mallar da çok büyük önem taşımaktadır. Gayri maddi mal terimi Türk hukukunda sıkça kullanılmakla birlikte net bir tanımını 18/11/2007 tarihli ve 26704 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 1 Ser’i No’lu Transfer Fiyat Genel Tebliği’nde bulmak mümkündür. İlgili Tebliğ’in 10.1 maddesine göre;

Gayri maddi haklar, sinema filmleri, radyo-televizyon yayınlarında kullanılan filmler ve bantlar dahil olmak üzere edebi, artistik, bilimsel her nevi telif hakkının veya her nevi patentin, alameti farikanın, desen veya modelin, planın, gizli formül veya üretim yönteminin veya sınai, ticari, bilimsel tecrübeye dayalı bilgi birikiminin kullanma imtiyazı, kullanma hakkı veya satışı ile sınai, ticari, bilimsel teçhizatın kullanma imtiyazı veya kullanma hakkını ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, gayri maddi haklar patent, ticari marka, ticaret unvanı, tasarım ya da model gibi sınai varlıkların kullanım hakkı ile edebi, sanatsal eserlerin mülkiyet hakları ile ticari bilgi birikimi (know how) ve ticari sırlar gibi fikri hakları kapsamaktadır.

Gayri maddi haklar özellikleri nedeniyle ticari gayri maddi haklar ve pazarlama amaçlı gayri maddi haklar olmak üzere iki grup altında değerlendirilmektedir. Ticari gayri maddi haklar bir malın üretiminde ya da bir hizmetin sağlanmasında kullanılan patentler, know-how, dizaynlar ve modeller ile müşterilere transfer edilen ya da ticari faaliyetin işletiminde kullanılan (bilgisayar yazılım programları gibi) ticari varlık niteliğine sahip gayri maddi hakları ifade etmektedir.

Pazarlama amaçlı gayri maddi haklar ise, bir ürün ya da hizmetin ticari amaçlı olarak kullanımına yardımcı olan ticari markalar ve ticari unvanlar, müşteri listeleri, dağıtım kanalları ile ilgili ürün açısından önemli bir promosyon değerine sahip nevi şahsına münhasır isimler, semboller ya da resimler gibi gayri maddi hakları ifade etmektedir” şeklinde tanımlanmaktadır²⁵⁵.

²⁵⁵ Leyla Ateş, **Transfer Fiyatlandırması ve Gayrimaddi Mallar**, Uluslararası Vergi Hukuku Konularına Türkiye Yaklaşımı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.172.

Kısaca; gayrimaddi mallar; insan zekasının ürünü olan ve sayı, zaman ve mekandan bağımsız olarak her zaman tekrar tekrar kullanılabilme özelliğine sahip olan ekonomik değerlerdir²⁵⁶.

Mülkiyet hakkının gayrimaddi mallar üzerindeki hakları da kapsayıp kapsamayacağı uzun süre tartışılmış ama bu tartışmalara son noktayı Anayasa Mahkemesi koymuştur. Anayasa Mahkemesinin 2015 yılındaki kararlarında²⁵⁷ yer alan bu ifadelerde, mülkiyet hakkının konusunu maddi ve gayrimaddi malların oluşturduğu, fikri ve sınai mülkiyet haklarının gayrimaddi haklar kapsamında bulunduğu belirtilmiştir²⁵⁸.

Fikri mülkiyet haklarının üzerinde kurulduğu gayrimaddi mallar; mutlak haklardan olup herkese karşı ileri sürülebileceği ve sahipleri tarafından diledikleri gibi tasarrufta bulunulabileceği gibi aynı zamanda da bu haklar sahiplerine 3. kişilerin bu haklardan yararlanmasını engelleme hakkı tanımaktadır²⁵⁹.

Gayrimaddi malların bir kısmı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunurken diğer bir kısmı ise Sınai Mülkiyet Kanunu gereğince koruma kapsamındadır. Diğer yandan bahse konu düzenlemeler kapsamına girmemekle birlikte korunması gerekli olan diğer gayrimaddi mallar ile maddi mallar ise TTK madde 58vd.'da düzenlenen haksız rekabet hükümleri gereğince korunmaktadır. Doktrinde özel kanunlarla koruma altına alınmış olan gayrimaddi mallar için hem özel kanunlarına hem de haksız rekabet hükümlerine başvurulup başvurulamayacağı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir kısım yazarlar tescilli olan gayrimaddi mallar için de haksız rekabet hükümlerine başvurulabileceğini ifade eden kümülatif koruma ilkesini benimserken bir kısmı ise özel-genel kanun ilişkisi gereği sadece özel düzenlemenin uygulanması gerektiğini ileri

²⁵⁶ Gürzumar, s.36.

²⁵⁷ Anayasa Mahkemesinin E. 2015/33, K. 2015/50, 27.05.2015 tarihli kararı ve E. 2015/49, K. 2015/46, 13.05.2015 tarihli kararlarına göre; “Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında bulunmaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar ise “marka hakkı” olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır”.

²⁵⁸ Egemen Işık, **Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı**, b.1, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul Aralık 2017, s.105.

²⁵⁹ Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s.29; Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, b.5, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.7; Savaş Bozbel; **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.5; Doruk Utku **Sınai Hakların Rehni**, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2008, s.24 vd.

sürmektedir²⁶⁰. Bizim görüşümüz ise her ne kadar öncelikle özel düzenleme uygulanmalı ise de özel düzenlemenin yetersiz kaldığı durumlarda haksız rekabet hükümlerine başvurulabilmesi gerektiği ancak aynı fiil için iki kere tazminata hükmedilmemesi gerektiği yönündedir. Franchise veren, gayrimaddi malların korunması için koşullarının bulunması halinde gerek Sınai Mülkiyet Kanunu'na gerek haksız rekabet hükümlerine başvurabilecek olsa da farklı düzenlemelerden dolayı yalnızca bir kez tazminata hükmedilebilir²⁶¹.

Özel kanunlarına göre değil de yalnız haksız rekabet hükümlerine göre korunan haklara “eksik münhasır haklar” denilmektedir.²⁶² Bunlara eksik münhasır haklar denilmesinin nedeni bu haklara yapılan tecavüzün tespiti, men’i, ve ref’i davası için zarar veya zarar görme tehlikesinin aranıyor olması ve bu haklara ilişkin menfaatlerin haleldar edilmesinin daha kolay olmasıdır. Örneğin marka siciline kayıtlı bir markanın korunması için marka sahibi sicildeki hakkından yararlanarak üçüncü kişinin markasını kullanmasını, başkaca bir şey ispat etmeksizin engelleyebilirken, tescil edilmemiş bir marka sahibi bu hakkın özgünlüğünü, malları için ayırt edici nitelik kazandığını ve üçüncü kişinin bu işareti kullanmasının iltibas yarattığını ispat etmek zorundadır²⁶³. Dolayısıyla bu örnekte tescilsiz bir marka, sahibine eksik münhasır bir hak tanımaktadır.

Bir franchise sözleşmesinin sona ermesi ya da feshi durumunda, bu sözleşmenin içerdiği unsurlar düşünüldüğünde ilgili düzenlemeler kapsamında yaşanabilecek ihtilafların büyük çoğunluğunun gayrimaddi malların kullanım hakkı üzerinde yoğunlaşacağı açıktır.

a. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Korunan Gayrimaddi Mallar ve Başvuru Yolları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 1/B’de eser; sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi

²⁶⁰ Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, b.16, Vedat Yayıncılık, 2017, İstanbul, s.319; Tekinalp, s.37; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.575.

²⁶¹ Hayri Bozgeyik, Sefa Er, **Tasarımlar için Kümülatif Koruma İlkesi**, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.5, S.1, 2019, s.24; Tuzlu, s.85; Füsün Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.182; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, s.575.

²⁶² Gürzumar, s.38,39 dipnot 225.

²⁶³ Gürzumar, s.39, dipnot 225; Arkan, s.336.

fikir ve sanat mahsulleri olarak tanımlanmaktadır. Yukarıdaki tanımdan yola çıkarak bir fikir ve sanat eserinin FSEK anlamında eser olarak kabul edilebilmesi için;

- Ortada zihinsel, duygusal ya da estetiksel olarak ifade edilmiş bir fikri ürün olmalıdır²⁶⁴.
- Bu ürün şekle bürünmüş olmalı; belirli bir şekilde ya da formda ifade edilmiş olmalıdır²⁶⁵.
- Sahibinin hususiyetini taşımalı; yani bir eserde fikri ürüne yansıyan çaba belli bir düzeyde olmalı, sıradan olmamalı, vasatın üzerinde olmalıdır²⁶⁶.
- FSEK’te öngörülen eser türlerinden birine girmelidir²⁶⁷. Her ne kadar FSEK’te eser tipleri ilgili madde gereği sınırlandırılmışsa da, bu sınırlandırma alt kategoriler için geçerli değildir²⁶⁸. Bahsekonu eser gruplarının altında yer alan eser çeşitleri tamamen örnek kabilinden sayılmıştır.

Bir ürünün eser vasfını kazanması için alenileşmesi ya da yayımlanmış olması da gerekmemektedir.

FSEK’teki eser türleri incelendiğinde 4(dört) tür eserden bahsedildiği görülmektedir; bunlar,

- i) İlim ve edebiyat eserleri
- ii) Musiki eserleri
- iii) Güzel sanat eserleri

²⁶⁴ Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.87-91; Suluk/Karasu/Nal, s.42.

²⁶⁵ Öztan, s.89; Tekinalp, s.6; Suluk/Karasu/Nal, s.47.

²⁶⁶ Yargıtay 11. HD, 2012/3025 E.2013/19676 K., 05.11.2013 T. www.kazancı.com, ET:27.04.2019, “.....5846 sayılı Kanun’un 2/3 maddesi uyarınca bedii vasfı bulunmayan her nevi Teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleri, her nevi haritalar ve planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan, bir mimari projenin eser sayılabilmesi için, sahibinin özelliğini yansıtmaya gerekli ve yeterlidir. Aynı kanunun 4/3 maddesine göre, mimarlık eserlerinin de güzel sanat eseri olarak korunabileceği hüküm altına alınmıştır. Burada eser olarak korunan şey mimari proje sonucunda ortaya çıkan yapıdır. Mimarlık projesi, ilim ve edebiyat eseri olarak korunurken, proje sonucu ortaya çıkan yapının, estetik değeri olmak şartıyla güzel sanat eseri olarak bizzat kendisi korunmaktadır. Ancak, mimari proje sonucu oluşan yapının güzel sanat eseri olarak korunabilmesi için, az önce değinildiği üzere, 5846 sayılı Kanun’un 4/1.maddesi uyarınca estetik değere sahip olması bir zorunluluktur. Başka bir anlatımla, mimari projenin uygulanması sonucu ortaya çıkan yapının, benzerlerinden farklı ve estetik değere sahip olduğunun tespit edilmesi gerekir.” Suluk/ Karasu/ Nal, s.43.

²⁶⁷ Öztan, s.91; Bozbel, s.31; Suluk/Karasu/Nal, s.43.

²⁶⁸ Suluk/Karasu/Nal, s.60.

iv) Sinema eserleri'dir.

Ayrıca yukarıdaki eser türlerine ek olarak FSEK madde 6'da tanımlanan işlenme ve derlenmeler de eser vasfına sahip olabilmektedir. İşlenme ve derlemeler müstakil bir eserden yararlanarak oluşturulan eserler olup sahibinin hususiyetini taşıması durumunda bunlar da "eser" olarak nitelendirilebilecektir.

Franchise sistemi düşünüldüğünde bu sistemin işleyişi için franchise alana, franchise veren tarafından teslim edilmiş birçok eğitim materyali, sunum²⁶⁹, el kitapları, ilgili taşınmazı ilişkin planlar, tasarımlar, mimari ve mühendislik projeleri²⁷⁰, dekorasyon, iç mimari ile peysaj projeleri, reklam fotoğraf ve afişleri, reklam filmleri, üretilen emtianın veya bunun ambalajının biçimini belirleyen estetik vasfını haiz sınai resim ve modeller ile özellikle yabancı nitelikli franchise'lar için tercümeler, bilgisayar programları²⁷¹, yerine göre veri tabanları, olduğu görülmektedir. Franchising sistemi kapsamında yukarıda tanımlanan kalemler sahibinin hususiyetini taşımaları ve eser olarak değerlendirilmeleri durumunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunmaktadırlar.

²⁶⁹ Yargıtay 11.HD, 2016/14730 E., 018/6413 K., 17.10.2018 T., www.lexpera.com, ET:03.05.2019 "İlk derece mahkemesi tarafından lisansüstü öğrencilere ders veren Davacının kullandığı kendisine ait tüm ders kitaplarındaki slaytların FSEK 2.maddesi anlamında ilim ve edebiyat eseri olduğu, böyle bir eserin sadece sınıfta ders anlatılırken kullanılmayıp bir web ortamında da yayınlanmış olmasının FSEK 25.maddesinden kaynaklanan umuma iletim hakkının da ihlal edilmiş olduğu, davacıya ait slaytlardan davalı tarafından aynen alınıp kullanılırken usulüne uygun referans gösterilmeyen slaytlar bakımından eser sahibinin adının belirtilmesi, eserde değişiklik yapılarak kullanılan slaytlar bakımında da eserde değişiklik yapılmaması, izinsiz umuma arz gibi manevi hakların ihlal edildiği gerekçesiyle mali hak tazminatı ödenmesine, karşı dava yönünden internet sitesi üzerinden izinsiz olarak bir bütün olarak yayınlanan ders slaytları sebebiyle davacının mali ve manevi haklarının ihlal edildiğinin tüm dosya kapsamı ile anlaşıldığı gerekçesiyle ise karşı davanın reddine dair verilen karar Yargıtay tarafından onanmıştır."

²⁷⁰ Yargıtay 11. HD, 2016/721E., 2017/4010K., 22.06.2017 T., www.lexpera.com, ET:03.05.2019 ".....mahkemece için esasına girilerek karar verilmiş ise de, 5846 sayılı Yasa'nın 2/3 fıkrasında yer aldığı üzere her nevi projeler, ilim ve edebiyat eserleri arasında sayılmış olup davacı taraf projeden kaynaklanan mali haklarını ileri sürmekte olduğundan....."

²⁷¹ Danıştay 10. D., 2002/837 E., 25.9.2002 T., www.kazancı.com, ET:12.02.2018 ".....Ayrıca Fikir Mülkiyeti konusundaki uluslararası mevzuat hükümleri incelendiğinde Fikir Mülkiyeti Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşmanın 10. maddesinde, "Bilgisayar programları, kaynak ya da uygulama kodu halinde olsun, Bern sözleşmesi (1971) hükümlerine göre edebiyat eseri olarak korunur" kuralına yer verilmiş. 1996 tarihli Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Düşünce Hakları Anlaşmasının 4. maddesinde "Bilgisayar programları, Bern sözleşmesinin 2. maddesinin anlamı içinde edebiyat eseri olarak korunur. Bu koruma hangi şekil ya da yöntemle ifade edilirse edilsin bilgisayar programlarına uygulanacaktır" kuralı benimsenmiştir.

Gerek 5946 sayılı Kanun ve gerekse yukarıda anılan fikri mülkiyetleri hakları konusunda taraf olduğumuz mülletlerarası anlaşmalarda, bilgisayar programlarının "edebi eser" olarak kabul edildiği ve korunma koşullarının da bu çerçevede belirlendiği görülmektedir....."

aa. İlim ve Edebiyat Eserleri

İlim ve edebiyat eserleri; herhangi bir şekilde dil ile ifade olunan eserler olup bunların yazılı veya sözlü olmasının ya da kullanılan dilin hangisi olduğunun, hatta kullanılan dil ve sembollerin anlaşılıp anlaşılamamasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Bu eserlerin bedii niteliğe sahip olması da aranmamakta olup teknik ve bilimsel bir içeriğe, öğretici, açıklayıcı ve uygulamaya imkan veren özelliklere sahip olmaları yeterlidir²⁷².

Franchise sistemi içinde franchise veren tarafından franchise alana verilen el kitapları, slaytlar, afişler, ilanlar, broşürler, öğretici materyaller, eğitim materyalleri, reklam şarkı ve şiirleri, rehberler, kataloglar, kullanma tarifeleri, bilgisayar programları, konstrüksiyon resimleri, inşaat planları, tıbbi resimler, formüller, öğretici kitaplardaki resimler, fotoğraflar, mimari maketler, projeler, krokiler ve resimler, dekorasyon, iç mimari ile peysaj projeleri, reklam fotoğraf ve afişleri, reklam filmleri, reklam slogan ve metinleri, ilgili taşınmaza ilişkin planlar, veri tabanları, mimari ve mühendislik projeleri, web sayfaları bulunmaktadır²⁷³. Yukarıda tanımlananlar franchise verenin hususiyetini taşımaları ve güzel sanat eserleri kategorisine girmemeleri koşuluyla ilim ve edebiyat eserleri kategorisi altında korunmaktadırlar.

Franchise sözleşmesi kapsamında franchise alanın en önemli yükümlülüklerinden biri de yerel reklamları yapmaktır²⁷⁴. Franchise alan reklamları kendisi yaptırabileceği gibi franchise verene ait reklamları da kullanıyor olabilir. Franchise sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte franchise alanın franchise veren tarafından yapılan reklamları kullanmaması ya da kendi yaptığı reklamlara son vermesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Nitekim franchising sisteminin bütünü göz önüne alındığında franchise verenin en önemli görevlerinden biri de ülke çapında ve uluslararası düzeyde ürün ve hizmet tanıtımı yapması, franchise alanın yapması gereken reklamlar için gerekli standartları belirlemesi, reklam malzemeleri ve örnekleri göndererek sistemin ve ürün ve hizmetlerin tanınmasını sağlamasıdır. Bu sistem içinde genellikle franchise verenin yaptığı reklamlar global ve

²⁷² Tekinalp, s.114, Öztan, s.110; Bozbel, s.33,34; Suluk/Karasu/Nal, s.61.

²⁷³ Tekinalp, s.114-123; Öztan, s.114-124; Suluk/Karasu/Nal, s.61,62.

²⁷⁴ Kırca, s.149; Bengü Özyeşil, **Marka Lisans Sözleşmesi**, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s.24; Tuzlu, s.20.

ülkesel düzeyde olurken yerel pazarı daha iyi tanıyan ve müşteri gerekliliklerini bilen franchise alan yerel reklamları yapmakla yükümlü olmaktadır²⁷⁵.

Reklamlar “eser” olarak nitelendirilebildiği ölçüde FSEK’te belirtilen koruma yollarına tabi olacaktır. Ancak FSEK madde 1’de eserler sınırlı olarak sayılmıştır. Bu maddede belirtilen eser türleri arasında reklamlar yer almamaktadır. Oysa bir reklam kendi içinde birden fazla eser türü barındırabilir. Bir reklamın içinde musiki eseri kategorisine sokulabilecek bir beste, edebi eser kategorisine girebilecek bir şiir ya da sinema eseri kategorisine girecek bir film yer alabilir. Bu nedenle doktrinde reklamların FSEK madde 1’de belirtilen eser türleri arasında sayılmaması eleştirilmiştir²⁷⁶. Reklamlar genel anlamda FSEK korumasına tabi olurken FSEK anlamında eser olarak nitelendirilemeyen reklamlar ise haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunacaktır²⁷⁷.

Reklam verenler; bir televizyon reklamı yaparken öncelikle reklam ajansı ile anlaşma yapmaktadır. Eğer sözleşmede reklam üzerindeki mali haklar; açıkça reklam verene devredilmemişse ajansın mali haklara sahip olduğu kabul edilmekte ve reklam veren daha önce yayınlanan bir reklama ilişkin unsurları daha sonraki bir reklam faaliyetinde kullanmak isterse reklam ajansının iznini almak zorunda kalmaktadır²⁷⁸. Reklam vereni böyle bir yükümlülük altında bırakmamak için genel olarak sözleşmelerde mali hak devri yapılmaktadır. Bir franchise sözleşmesinin sona ermesi halinde eğer franchise alan, franchise verenin mali hak sahibi olduğu bir reklamı ya da bu reklama ilişkin unsurları kullanmak isterse öncelikle FSEK koruması devreye girecektir.

Franchise alanın genellikle ülkesel düzeyde reklam yaptığı düşünüldüğünde televizyon reklamlarından daha çok ilanlar yoluyla tanıtım yaptığı akla gelmektedir. İlan; reklamdan daha geniş ve üst bir kavram olarak kabul edilmekte ve ticari konularda olsun ya da olmasın kamuya yapılan ve reklamları da kapsayan her çeşit duyuruyu ifade etmektedir²⁷⁹. Dolayısıyla franchise sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte franchise alanın yapmış olduğu ilanlara da son verme yükümlülüğü bulunmaktadır. İlanların

²⁷⁵ Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s.447; Kırca, s.141.

²⁷⁶ Numan Tekelioğlu, **Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.34.

²⁷⁷ Ertan, s.157.

²⁷⁸ Emrehan İnal, Başak Baysal, **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, b.1, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s.135.

²⁷⁹ Ali Yaşar, **Televizyon Reklamlarının Hukuki Niteliği ve Televizyon Reklamları Üzerinde Hak Sahipliği**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s.26.

“reklam” niteliğine sahip olanları yine FSEK kapsamında korumaya tabi olurken “reklam” niteliğine sahip olmayanları haksız rekabet hükümleri kapsamında korumaya tabi olmaktadırlar.

Franchise sözleşmesi ile, varolan ve başarısı kanıtlanmış bir sistemi kullanma hakkı verilmekte ve franchise alan bu sistem içinde sürekli bir denetime tabi tutulmaktadır. Oturmuş bir sistemi franchise alanın işletmesine de yerleştirmek ve denetimini sağlamak için franchise verenin bilgisayar programlarını ve veri tabanlarını kullanması tabidir. Franchise veren, franchise alana birtakım bilgisayar programlarının lisans hakkını vererek özellikle muhasebe ve operasyon gibi alanlarda bunları kullanmasını istemektedir. Kullanılan bu programlarla franchise alanın satışları denetlenebilmekte, sürümün artıp artmadığı net olarak kontrol edilebilmekte ve franchise verene ödenecek aylık yüzde ücretin doğru hesaplanıp hesaplanmadığı da ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan özellikle de yabancılık özelliği taşıyan franchise’larda; yine kullanım hakkı verilen veri tabanları kanalıyla franchise alanın franchise verenin know-how’ından yararlanması suretiyle; tüm dünya uygulamalarındaki örnekleri görmesi temin edilerek franchise alana kendisi için en uygun olan ve en çok kar getirecek sistemi kurması için destek verilmektedir.

Bilgisayar programları, FSEK md.2/1 kapsamında ilim ve edebiyat eseri kategorisinde korunmaktadır²⁸⁰. Bilgisayar programı olmasa dahi bir sonraki aşamada program sonucunu doğuracak olan hazırlık tasarımları da aynı şekilde ilim ve edebiyat eserleri kategorisi kapsamında koruma altına alınmıştır. ²⁸¹ Diğer yandan FSEK ek 8 maddesi ile sui generis veri tabanları özel olarak düzenlenmiştir. Düzenlemenin amacı, veri tabanı yapımcısının veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına ve sunumuna nitelik ve nicelik açısından ciddi bir yatırım yapması halinde veri tabanı yapımcısını bu korumadan faydalandırmaktır. ²⁸²

²⁸⁰ Tekinalp, s.117; Suluk/Karasu/Nal, s.150.

²⁸¹ Tekinalp, s.117; Suluk/Karasu/Nal, s.152.

²⁸² Suluk/Karasu/Nal, s.157. “Veri tabanlarının sui generis hak koruması Kanunumuza 5101 sayılı Kanunla birlikte 2004 yılında girmiştir. Anılan kanunla FSEK’e eklenen bir madde ile bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nispet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımcısının sahip olduğu haklar ve bu hakların sınırları düzenlenmiştir.” Mustafa Ateş, **Veri Tabanlarının Hukuki Koruması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.55, S.1, 2006, S.47-84, s.73.

Diğer yandan yine franchising sisteminin özü olan yeknesaklığı sağlayabilmek için franchise veren doğal olarak müşterilerinin gözünde Franchise Alan işletmesinin franchise verenin işletmesi ile aynıymış gibi algılanmasını isteyecek bunu da hizmet verilen taşınmazlarda aynı dekorasyonu ve tasarımı yaparak temin edecektir. İşte bu durumda franchise veren; franchise alana kullanmakta olduğu taşınmaz planlarını, mimari projeleri, peysaj projelerini, iç dekorasyon projelerini kullanma izni vermektedir. Yine aynı şekilde franchise alanı franchise vermiş olduğu sistemi oturtabilmek için eğitmekle yükümlü olan franchise veren; çeşitli eğitim materyallerini, sunumları franchise alanın kullanımına sunmaktadır.

bb. Musiki Eseri

FSEK anlamında bir musiki eserinden söz edebilmek için seslerin dizilişinin yaratıcı insan ruhunun mahsulü olması önemli olup sanat değerinin varlığı ise önemli değildir²⁸³.

Kimi zaman bir melodi²⁸⁴ bir markayı diğerlerinden ayırt edebilmek için çok önemli bir unsur haline gelebilmektedir. Hatta bu ayırt edici unsur kimi zaman bir reklam cingılında da görülebilmektedir. Bu durumda bu melodinin de FSEK anlamında musiki eseri kategorisi altında korunması gereklidir.

cc. Güzel Sanat Eseri

Güzel sanat eserleri, bedii niteliğe/estetik özelliğe sahip eserlerdir²⁸⁵. Güzel sanat eserleri FSEK’te sekiz bent halinde tanımlanmış olup aşağıdaki şekilde bir sınıflandırma yapılabilir;

-Yağlı ve sulu boya tablolar, resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazı ve tezhip, kazıma, oyma ve kakma ve benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer bir madde üzerine çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi,

- Heykeller, kabartmalar ve oymalar

-Mimarlık eserleri

²⁸³ Öztan, s.129.

²⁸⁴ Melodi koruması hk.bkz. Suluk/Karasu/Nal, s.66.

²⁸⁵ Tekinalp, s.124; Suluk/Karasu/Nal, s.66; Öztan, s.132.

-Elişleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile moda tasarımları

-Fotoğraf eserleri ve slaytlar

-Grafik eserler

-Karikatür eserleri

-Her türlü süslemeler²⁸⁶

Franchising sistemi düşünüldüğünde franchise veren tarafından franchise alana kullandırılan estetik değere sahip olan fotoğraflar (bunlar dijital de olabilir), resimler, bir ürünün şeklini ya da ambalajını belirleyen estetik değere haiz sınai resim ve modeller, estetik değere sahip reklam fotoğraf ve afişleri, mağaza iç ekipman veya dekorasyona ait estetik değere sahip unsurlar, bir fikir ya da sanayi ürününün tanıtımı, yani simgelenmesi amacıyla yapılan grafik eserler, kimi zaman işletmeyle özdeşleşmiş tipler, bahçe mimarisi, kullanım ve pratik ihtiyaçların karşılanması için kullanılan estetik değeri bulunan masa, sandalye, lamba gibi uygulamalı sanat eserleri, mimari bir proje sonucu ortaya çıkan bir yapı²⁸⁷ bulunabilir²⁸⁸. Franchising sistemi kapsamındaki tüm bu unsurlar güzel sanat eserleri kategorisi altında korunmaktadır.

Bedii niteliğe sahip olamayan güzel sanat eserleri ise sahip oldukları niteliğe göre ilgili mevzuatı kapsamında korunur. Örneğin bedii niteliğe sahip olmayan bir tasarım ya da eser niteliğine sahip bir ürün ilim ve edebiyat eserleri kapsamında korunabilecektir²⁸⁹.

dd. Sinema Eseri

Sinema eseri, herhangi bir şekilde gösterilebilen, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir. Burada aranan koşullar hareketli görüntü dizisinin varlığı ve sahibinin hususiyetini yansıtmasıdır²⁹⁰.

²⁸⁶ Öztan, s.132; Tekinalp, s.124-125; Suluk/Karasu/Nal, s.66.

²⁸⁷ Yargıtay 11.HD, 2012/3025 E., 2013/19676 K. 5.11.2013 T. www.lexpera.com, ET:24.05.2018 “.....bir mimari projenin eser sayılabilmesi için, sahibinin özelliğini yansıtması gerekli ve yeterlidir. Aynı kanunun 4/3 maddesine göre, mimarlık eserlerinin de güzel sanat eseri olarak korunabileceği hüküm altına alınmıştır. Burada eser olarak korunan şey mimari proje sonucunda ortaya çıkan yapıdır. Mimarlık projesi, ilim ve edebiyat eseri olarak korunurken, proje sonucu ortaya çıkan yapının, estetik değeri olmak şartıyla güzel sanat eseri olarak bizzat kendisi korunmaktadır.”

²⁸⁸ Tekinalp, s.126; Gürzumar, s.42; Suluk/Karasu/Nal, s.66.

²⁸⁹ Tekinalp, s.126.

²⁹⁰ Öztan, s.144; Tekinalp, s.127; Suluk/Karasu/Nal, s.71.

Franchising sistemi içinde en az bulunan eser türü olmakla birlikte franchise veren tarafından franchise alana kullandırılan reklam filmleri veya klipler bulunması ve FSEK’te belirtilen koşulların oluşması durumunda bunlar sinema eseri kategorisi altında korunmaktadır²⁹¹.

ee. İşleme Eser ve Veri Tabanları

İşlemeler, bir başka eserden faydalanılarak meydana getirilen ve bu esere oranla tamamen bağımsız olmayan fikir ve sanat eserleridir. İşlenmelerde yararlanılan fikir ya da sanat eserinin telif hakkıyla korunup korunmadığının ya da kamuya açıklanmış olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır.²⁹² Derleme eserler ise yine meydana getirildiği eserlerden bağımsız olmamak kaydıyla eserlerin belirli bir amaç ve plan dahilinde seçimi ve düzenlenmesinden oluşur. İşlemelerde sahibinin hususiyeti aranırken derleme eserlerde düşünce yaratıcılığı yeterli görülmektedir²⁹³. Tercümeler, parodiler işleme eser kategorisinde değerlendirilirken külliyatlar, eser şerhleri, kısaltmaları ve izahı, veritabanları derleme eser kategorisinde yer almaktadır²⁹⁴.

Bir franchising sisteminde özellikle de yabancı bir franchise veren sözkonusuysa tercümelere ve veri tabanlarına sıklıkla rastlanmaktadır. Diğer ülke uygulamalarını göstermek, veri ve bilgi paylaşımı yapmak, sistemin unsurlarını daha iyi anlatabilmek ya da yabancı dilde yazılmış el kitaplarının, eğitim materyallerinin aktarılabilmesi için veri tabanları ve tercümeler büyük önem taşımaktadır.

ff. Eser üzerindeki Haklar ve Hukuki Başvuru Yolları

FSEK md 13’te eser sahibinin haklarından bahsedilirken eser sahibinin, eser üzerinde mali ve manevi hakları olduğu ifade edilmektedir. Manevi haklar, eser sahibine sıkı sıkıya bağlı haklar olup eser ekonomik döngü içine girmiş dahi olsa eser sahibinin bu hakları ileri sürmesi engellenememektedir²⁹⁵.

²⁹¹ Gürzumar, s.42, dipnot 240.

²⁹² Tekinalp, s.133; Öztan, s.156; Suluk/Karasu/Nal, s.72.

²⁹³ Tekinalp, s.135; Suluk/Karasu/Nal, s.77.

²⁹⁴ Suluk/Karasu/Nal, s.76-79. İşlenme eser örnekleri için bkz. Öztan, s.172 vd.; Tekinalp, s.136 vd.

²⁹⁵ Dudu Duygu Tellioglu, **5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserler Kanununda Düzenlenen Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları**, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şubat 2010, s.32; Tekinalp, s.160,161; Suluk/Karasu/Nal, s.85.

“Manevi haklar” kavramı üç unsuru içinde barındırmaktadır; açığa çıkarma, sahiplik ve bütünlük. Bir sanatçının açığa çıkarma hakkı o sanatçının eserini hangi formda ve ne zaman gösterime sunacağına ilişkindir. Sahiplik, başka bir kişinin oluşturduğu eserde hak sahipliğinde bulunulmasını engelleyen bir manevi hakkı tanımlar. Son olarak bütünlük ise eser sahibin eserinin değiştirilmesini, bozulmasını ya da kopyalanmasını engelleme hakkıdır²⁹⁶.

Nitekim FSEK madde 14-17 arasında tanımlanan manevi haklar yukarıda tanımlı 3 (üç) unsuru içinde barındırmaktadır. FSEK’te tanımlı manevi haklar kısaca; i) umuma (kamuya) sunma hakkı²⁹⁷ ii) Adın belirtilmesini isteme hakkı iii) Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı iv) Eserin aslına ulaşma hakkı v) Teşhir hakkı vi) Tahrip etmeyi önleme hakkı olarak özetlenebilir. Öğretide ve uygulamada manevi hakların sınırlı sayıda olduğu kabul edilmektedir²⁹⁸.

Manevi haklar doktrini; ekonomik değeri olan fikri ve sınai haklar değerlendirilirken boşlukları doldurmada yardımcı olmaktadır. Manevi haklarla güçlendirilmiş bir franchise hukuku, franchise verenin ismini ve itibarını korumada çok etkili olacaktır. Tarafların franchise markasının korunması ve geliştirilmesi ile ilgili endişeleri; franchisingte manevi haklar yaklaşımını farkedilebilir bir hale getirmiştir. Franchise verenlerin ve franchise alanların bunu farketmesiyle birlikte, franchising networkünü koruyabilecekler ve hem sistemi hem de tarafların itibarını koruma altına alabileceklerdir²⁹⁹.

Mali haklar ise FSEK madde 21-25 arasında tanımlanmış olup işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, yayın ile umuma iletim hakkından ibarettir. Bunların dışında FSEK madde 45’de düzenlenen pay ve takip hakkının da mali haklara dahil edilmesi gerektiği savunulmaktadır³⁰⁰.

²⁹⁶ Emerson, **Franchises As**, s.2.

²⁹⁷ “Eseri kamuya sunma hakkını düzenleyen FSEK madde 14; eser sahibinin eseri kamuya sunup sunmama, sunacaksa sunma zamanını ve şeklini belirleme ve içeriği ile ilgili bilgi verme hakkından bahsetmektedir.” Tellioglu, s.32.

²⁹⁸ H. Kübra Ercoşkun Şenol, **Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (1) 2013,45-64, s.47; Tekinalp, s.161,162; Öztan, s.285,286; Suluk/Karasu/Nal, s.84.

²⁹⁹ Emerson, “**Franchises As**” s.12.

³⁰⁰ Şenol Ercoşkun, s.46; Suluk/Karasu/Nal, s.84.

Sisteme dahil olan eserin sahipliğinin kime ait olduğunun belirlenmesi franchise sistemi için büyük önem taşımaktadır. Eğer bu eserleri yaratan kişi sistemin sahibi olan gerçek kişi ise bu durumda eser sahibi de bu kişidir. Zira eser yaratıldığı anda eseri yaratan gerçek kişi hak sahipliğini de kendiliğinden kazanmaktadır³⁰¹. Diğer yandan bu eserin sistemin sahibi tarafından değil de franchise alan ya da franchise verenin hizmetlileri ya da işçileri tarafından yaratılması durumunda eser kime ait olacak ve ilgili davaları kim açabilecektir? FSEK madde 18/II’de aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır denilmektedir. Her ne kadar bu ifade tek başına sadece mali hakları kapsayacağı şeklinde yorumlanabilse de madde gerekçesine bakıldığında ilgili madde gerekçesinde tüzel kişilerin çalıştırdıkları kişiler tarafından yaratılan eserler üzerindeki mali ve manevi hakları da kullanabilecekleri açıkça ifade edildiğinden çalışanlar tarafından yaratılan eserler üzerindeki sahipliğin aksi işin niteliğinden ya da sözleşmeden anlaşılmadığı sürece franchise verene ya da franchise alana ait olacağı anlaşılmaktadır. Madde gerekçesinde sadece tüzel kişilerin çalıştırdıkları kişilerden bahsedilmesi, gerçek kişi işverenlerden bahsedilmemesi ise bir eksikliktir³⁰².

Eser sahibi; eseri üzerindeki mali haklardan tek başına yararlanacağı gibi üçüncü kişilerin haksız yararlanma girişimlerini de engelleyebilir. Ayrıca mali haklar; manevi hakların aksine, üzerinde tasarruf edilebilen haklardandır. Eser sahibinin tek başına hareket edemediği ve gerekli sermaye ve örgüte sahip kişilerle işbirliği yapmak zorunda kaldığı durumlarda, FSEK 48 eser sahibine mali haklar üzerinde birtakım tasarruflar yapma imkanı tanımıştır. Mali haklar sözleşme ile devredilebileceği gibi mali hakların devri sözkonusu olmaksızın bu haklar için kullanım hakkı (ruhsat) tanınması da mümkündür³⁰³. Kullanım hakkının devri sınai haklarda “lisans” olarak adlandırılırken eserler üzerinde tanınan kullanım hakkı devri “ruhsat” olarak adlandırılmaktadır³⁰⁴.

³⁰¹ Gürzumar, s.43; Funda Cinoğlu, **Eser Üzerinde İşverenin Hak Sahipliği**, Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s.6; Tekinalp, s.149.

³⁰² Özge Yıldız, “Çalıştıranların Meydana Getirdiği Eserler” İÜHFM C.LXXII, S.2, 2014, s.503; Cinoğlu, s.26.

³⁰³ Şenol Ercoşkun, s.49; Ayşenur Şahin, **Fikri Hukukta Eser Sahibinin Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.101; Ali Demirbaş, **Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s.57,58; Suluk/Karasu/Nal, s.122.

³⁰⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı olarak)**, b.5, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.295; Demirbaş, s.57,58.

Nitekim franchise verenin franchise alana ya da master franchise sisteminde franchise alanın alt franchise alanlara tanıdığı mali haklar da kullanım hakkı(ruhsat) tanımaktan ibarettir. Diğer yandan manevi haklar bir ivaz karşılığında devir ve temlik konusu olamazlar ancak bunları kullanım yetkisi ivazsız olarak başkasına bırakılabilir. Mali haklar; manevi hakların tersine aynı zamanda eser sahibinin ölümü halinde terekeye dahil olan malvarlığı değerleri olup mirasçılara intikal ederler; bu hakların rehnedilmesi, haczedilmesi ve üzerinde hapis hakkının kullanılması mümkündür³⁰⁵. Mali hakların FSEK’te belirlenen kamu yararı, kamu düzeni veya birtakım başka özel yararlarla sınırlandırılması mümkünken manevi haklar sınırlandırılmaz³⁰⁶. Mali haklarda koruma süreleri belirlenmişken, manevi haklarda koruma süresi öngörülmemiştir. Tüm bu farklılıklar nedeniyle yasa koyucu, mali ve manevi hakların ihlali durumunda suçun unsurları ve verilecek cezalar bakımından farklı hükümler getirmiştir³⁰⁷.

Franchise sözleşmesinin sona ermesine ya da feshine rağmen yukarıda sayılan kalemlerin franchise alan tarafından kullanılması durumu, mali ve manevi haklar yönünden açık bir hukuka aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle franchise alanın franchise sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte bahse konu eserlerin kullanımına son verme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Aksi halde franchise alan, franchise verenin maruz kaldığı zararları gidermekle yükümlü olacağı gibi ihlalin niteliğine göre farklı hukuki ve cezai müeyyidelerle de karşı karşıya kalabilecektir. Bahsedilen gayrimaddi malların “eser” özelliğini taşımaları koşuluyla franchise veren; FSEK’te tanımlanan hukuki koruma yollarına; eser olarak nitelendirilememeleri durumunda ise TTK madde 54 vd.’daki haksız rekabet korumasına başvurabilecektir³⁰⁸.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda; franchise sözleşmesinin sona ermiş olmasına rağmen franchise alanın aynı konsept ve tasarımı kullanarak başka bir marka ile aynı yerde faaliyet göstermesinin haksız rekabet teşkil ettiği yönünde karar verilmiştir³⁰⁹. İlgili karar; franchise sistemi içinde yer alan konsept ve tasarımın eser niteliğini tartışma konusu yapmamış olması nedeniyle eleştirilebilir.

³⁰⁵ Tekinalp, s.226; Kılıçoğlu, **Fikri Hakların İhlalinde**, s.239; Suluk/Karasu/Nal, s.123; Şahin, s.102.

³⁰⁶ Tekinalp, s.230; Kılıçoğlu, **Fikri Hakların İhlalinde**, s.55,56; Suluk/Karasu/Nal, s. 85, 104.

³⁰⁷ Tekinalp, s.176; Kılıçoğlu, **Fikri Hakların İhlalinde**, s.55,56; Suluk/Karasu/Nal, s.134.

³⁰⁸ Gürzumar, s.179,180; Kırca, s.187; Şimşek, s.272, 273.

³⁰⁹ Yargıtay 11. HD, 2012/10309 E., 2014/1890 K., 4.2.2014 T., Yargıtay 11.HD, 2015-2370/796 sayılı 26.01.2016 T. (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2015-2016 Oniki Levha Yayıncılık).

Zira franchise sistemi içinde oluşturulan konsept ve tasarım, franchise verilen markanın değeri büyüdükçe ilgili marka altında çalışan profesyonellerce yaratılmakta ve kimi zaman “eser” niteliğine haiz olabilmektedir.

Nitekim Yargıtay başka bir kararında ; Davacı’ya ait çizim-tasarımların Davalı belediye tarafından düzenlenen kavşak düzenlemesine ilişkin ihale dosyasında izinsiz olarak kullanılması suretiyle Davacının çoğaltma ve yayma haklarının ihlal edildiği ve yine sözkonusu çizimlerde davacının adı belirtilmediğinden 5846 sayılı FSEK’nun 15.maddesindeki adın belirtilmesi yetkisine dair manevi hakkının ihlal edildiği anlaşıldığından davacı lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine dair mahkeme kararı yerindedir tespitini yapmıştır³¹⁰. Çizim ve tasarımların “eser” niteliğine haiz olduğu ve mali haklarının korunması gerektiği yönündeki bahse konu karara rağmen franchise sistemi içinde yer alan tasarım ve konseptin “eser” niteliğinin incelenmemiş olması düşündürücüdür.

FSEK’nda eser sahipliğinden doğan mali ve manevi haklara tecavüz halinde açılacak olan davalar temel olarak 3 (üç) grup altında toplanabilir; bunlar,

- i) Tecavüzün ref’i (tecavüzün önlenmesi)
- ii) Tecavüzün Men’i (tecavüzün ortadan kaldırılması)
- iii) Tazminat

davalarıdır. Tecavüzün ref’i ve tecavüzün men’i davalarında kusur ve zarar koşulu aranmamaktadır. Tazminat davaları ise zarar koşulu aranan davalardandır. Diğer yandan tespit davaları ve elde edilen kazancın (karın) iadesi (sebepsiz zenginleşme) davaları da açılacak davalar arasındadır³¹¹. Ayrıca açılacak davalarla birlikte tedbir talebinde bulunulması da mümkündür. Eğer tecavüz, hizmetlerini gerçekleştirdikleri sırada bir işletmenin temsilcileri ya da çalışanları tarafından gerçekleştirilmişse, işletme sahibi hakkında da dava açılabilir³¹².

FSEK madde 15/III’te “bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilaflı ise, yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi, hakkın tespitini mahkemeden isteyebilir” denilmektedir. İlgili kanun kapsamında tespit davası

³¹⁰ Yargıtay 11.HD, 2009/12187 E.,2011/8702 K.,12.7.2011 T.,www.kazanci.com, ET:14.04.2019.

³¹¹ Öztan, s.616; Kılıçoğlu, **Fikri Hakların İhlalinde**, s.55,56; Şahin, s.276.

³¹² Suluk/Karasu/Nal, s.145.

açma hakkının sadece eser sahibinin ihtilafı olduğu durumlar için tanındığı söylenebilecektir. Tespit davası zarar ve kusurun aranmadığı bir dava çeşididir³¹³.

Tecavüzün ref'i davası FSEK madde 66,67 ve 68. maddelerde tanımlanmış olup bu davalarda amaç zararın doğumunu ya da artmasını durdurmaktır. Mali ve manevi haklarda bu dava türü iki farklı maddede ve özel koşullarıyla birlikte tanımlanmıştır. FSEK madde 67'de manevi hakların ihlali halinde (örneğin eser sahibinin eseri umuma arz yetkisinin ihlal edilmesi, eser sahibin adının eserde belirtilmemesi ya da iktibas yaratması, eserin izinsiz değiştirilmesi) durumlarında davacıların sahip olacakları hakların ne olduğu (eserin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde adının gösterilmesini isteme, mahkeme kararının en fazla 3 (üç) gazetede ilan edilmesini talep etme gibi) düzenlenmiştir. FSEK madde 68'de ise mali hakların ihlali halindeki özel koşullar (örneğin çoğaltma hakkının ihlali, diğer mali hakların ihlali ve eserin izinsiz çevrilmesi) hallerinde açılacak tecavüzün ref'i davalarında davacıların talep edebilecekleri hususlar (çoğaltılmış nüshaların ve çoğaltma araçlarının imha edilmesi ya da uygun bir bedel karşılığı eser sahibine devri gibi) düzenlenmektedir. Özel koşulların ne olduğu hususuna tek tek girmeden franchise sözleşmesinde önem taşıyacak olması nedeniyle bu dava ile birlikte açılabilir olan ve bu davanın özel bir türü olan telif tazminatına değinmenin doğru olacağını düşünmekteyiz. Telif tazminatı ile ilgili dava tazminat davasının bir çeşidi olmayıp zarar koşulu aranmamaktadır. Bu madde düzenlemesi ile mali hakları ihlal edilen hak sahibine, kendilerinden izin alınmadan eserlerini işleyen, çoğaltan, yayan veya umuma iletenlerden sözleşme yapsaydı isteyebileceği bedelin veya FSEK uyarınca tespit edilecek emsal veya rayiç bedelin en çok 3 (üç) katını talep etme hakkı getirilmiştir. Kanun koyucu hak sahipleri ile mali hak ihlalinde bulunanlar arasında mali hak kullanımına ilişkin bir sözleşme yapsaydı (farazi sözleşme ilkesi) bir miktar ödeneceği varsayımı ile hak sahibine bu bedelin 3 (üç) katını talep etme imkanı getirmiştir³¹⁴. İlgili madde hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla başvuruda bulunulmuş ancak Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan inceleme sonucunda FSEK madde 68'in Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde karar verilmiştir³¹⁵.

³¹³ Kılıçoğlu, **Fikri Hakların İhlalinde**, s.55,56; Suluk/Karasu/Nal, s.141.

³¹⁴ Aytül Özkan, Ahmet Fatih Özkan, **Fikir ve Sanat Eserleri Bağlamında Tecavüzün Ref'i Davası ve Üç Kat Bedel Sorunu**, Hacettepe HFD, 6(1) 2016, s.106; Suluk/Karasu/Nal, s.143.

³¹⁵ AYM, 28.02.2013 Tarih E.2012/133, K.2013/33, 28.02.2013 T., RG 12.7.2013, S.28705 www.lexpera.com, ET:18.05.2019.

Yargıtay, mali hakkı ihlal edilen eser sahibi tarafından açılan tecavüzün ref'i davalarında 3 (üç) kat bedel taleplerini kabul etmiş³¹⁶ ve hatta daha az bir bedele hükmeden ilk derece mahkemesi kararlarını bozmuştur. Bununla birlikte Yargıtay'ın talep edilen bedelin hesaplanmasında ortak kusurun varlığını indirim nedeni olarak dikkate aldığı³¹⁷ ve ortak kusurun dikkate alınmadığı ilk derece mahkemesi kararlarını ise bozduğu görülmektedir³¹⁸.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda; bilgisayar programlarının FSEK madde 2 kapsamında bir ilim ve edebiyat eseri olduğu, bilgisayar veri tabanının ise işleme eserler kapsamına girdiği ifade edildikten sonra FSEK 8.maddesinde bir eserin sahibinin onu meydana getiren, işlemenin sahibinin ise onu işleyen olduğu belirtilerek bilgisayar veri tabanı programlarının lisanssız kullanımı eyleminin, FSEK madde 22/son fıkrada da belirtildiği üzere bu programların izinsiz olarak başka bilgisayarlara yüklenmesi ve depolanması suretiyle çoğaltma hakkının ihlal edilmesi yoluyla gerçekleştiği ifade edilmektedir. Yine aynı kararda davacının bu programların Türkiye yetkili satıcısı olmasından bahsedilerek mali haklara sahip olup olmadığının değerlendirilmesi için yetkili satıcılık sözleşmesinin incelenmesi ve FSEK 52'de belirtilen tüm mali haklara dair sözleşmelerin ve tasarrufların yazılı olması ve hakların ayrı ayrı yazılması gerektiği hükmüne uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğinin tetkikinin ve sonucunda davacının aktif husumet ehliyeti bulunup bulunmadığının anlaşılması gerektiği belirtilmiştir³¹⁹.

Tecavüzün ref'i davası eser sahibi tarafından açılabilceği gibi, mali hakların bir ya da birkaçını devralan lisans sahiplerinin bu davayı açıp açamayacağı kanunda

³¹⁶ Yargıtay 11.HD; 16.10.2018 tarihli, 2017/239 E. ve 2018/6358 K. sayılı kararında müzik eserinin izinsiz kullanılmasından bahisle ilk derece mahkemesi tarafından davacı lehine takdir edilen rayiç bedelin 3 (üç) katı kadar telif tazminatı ödemesi hususundaki karar onanmıştır.; www.lexpera.com,ET:18.05.2019.

³¹⁷ Yargıtay 11.HD, 2014/17337 E., 2015/1987 K.,16.2.2015 T., www.lexpera.com,ET:18.05.2019
Yargıtay; dava konusu yazılımların bilgisayar yazılımı türünde ilim ve edebiyat eseri olduğu, davacının mali hakka sahip olduğu eserin, davalıya ait işyerinde tespit yapılan iki bilgisayarda lisanssız olarak yüklü olmakla çoğaltma hakkının ihlal edilmesi nedeniyle davacının FSEK'nun madde 68.maddesi kapsamında üç kat varsayımsal bedel isteyebileceği ancak Taraflar arasında bir sözleşme yapılmış olması halinde, somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak belirlenmesi gereken varsayımsal bedelin, FSEK 66/4 maddesi uyarınca, tarafların ekonomik ve sosyal durumu, davalılara yüklenebilecek bir kusur, aynı işyerinde başka bir lisanslı yazılımın da bulunması, ele geçirilen lisanssız yazılımın davalı işletmesi yönünden işlev ve değeri, işletmenin büyüklüğü, 3 kat telif tazminatının davalı yönünden doğuracağı ekonomik ve sosyal sonuçlar gözetilmek suretiyle telif tazminatının 2 kat olarak saptanması gerektiği yönünde karar vermiştir.

³¹⁸ Özkan/Özkan, s.121.

³¹⁹Yargıtay 11. HD, 2001/1804 E., 2001/4344 K. 15.5.2001T, www.kazanci.com; ET:18.05.2019.

düzenlenmemiştir. Yargıtayın güncel kararları uyarınca lisans sahiplerine tecavüzün ref'i davası açma hakkı tanınmamaktadır³²⁰.

Tecavüzün men'i (saldırının önlenmesi) davası da aynı tecavüzün ref'i (saldırının durdurulması) davası gibi zarar koşulunun aranmadığı bir dava türüdür. Tecavüzün ref'i davası henüz doğmamış ya da tekrar edilme tehlikesi bulunan saldırıya yönelik bir dava olup zararın doğması ve etkilerini doğurması engellenmek suretiyle eser sahibinin haklarının korunması hedeflenmektedir. Diğer yandan tecavüzün men'i davasında doğmuş olan saldırının ya da etkilerinin ortadan kaldırılması hedeflenmektedir³²¹.

FSEK madde 70'de hakları ihlal edilen kişiye maddi ve manevi tazminat talep etme hakkına ek olarak temin edilen karın kendisine iade edilmesini talep hakkı da tanınmaktadır. İlgili maddeye göre mali hakları haleldar olan kişi, haksız fiil hükümleri gereğince tazminat talep edebilecektir. Diğer yandan yine aynı madde gereğince hakları haleldar olan kişi, bu hukuka aykırı fiil nedeniyle elde edilen karın iadesini de talep hakkına sahiptir³²².

Elde edilen karın iadesi talebine ilişkin davada da zarar ve kusur aranmayacağı gibi hakları ihlal edilen kişi; vekaletsiz işgörme kuralları gereğince elde edilen karın kendisine iadesini talep edebilecektir. Yine ilgili maddeye göre bu bedel belirlenirken yukarıda bahsedilen rayiç bedelin 3 (üç) katı tutarındaki telif tazminatı bu miktardan indirilecektir. Kanunda kazancın iadesi davasına yer verilirken bu kazanca eserin telif ücretinin de dahil olduğu düşüncesiyle ilgili madde düzenlemesi yapılmıştır³²³.

Bunlara ek olarak FSEK madde 71'de koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal edenler hakkında 6 aydan 5 yıla kadar varan hapis ve adli para cezaları getirilmiştir³²⁴.

Manevi zarar için ise maddi tazminat davası açma hakkı olmadığı gibi kazancın iadesi davası talebinde de bulunulması mümkün değildir³²⁵.

³²⁰ Özkan/ Özkan, s.110.

³²¹ Öztan, s.663, 664; Kılıçoğlu, **Fikri Hakların İhlalinde** s.74; Suluk/Karasu/Nal, s.142.

³²² Suluk/Karasu/Nal, s.144,145; Kılıçoğlu, **Fikri Hakların İhlalinde**, s.417.

³²³ Kılıçoğlu, **Fikri Hakların İhlalinde**, s.417; Öztan, s.677.

³²⁴ Suluk/Karasu/Nal, s.147; Öztan, s.680 vd.

³²⁵ Kılıçoğlu, **Fikri Hakların İhlalinde**, s.418.

Franchising sistemi düşünöldüğönde, franchise alanın sistem içindeki unsurları franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben hukuka aykırı olarak kullanması durumunda franchise verenin yukarıda belirtilen davaları açabileceğı ve ceza davası açılabilmesi için gerekli şikayet yollarına başvurabileceğı aşıkardır. Diğer yandan acaba master franchise sisteminde alt franchise alan ve alt franchise veren arasındaki ilişki sona erdiğinde alt franchise alanın franchise sistemi içindeki “eser” niteliğine haiz unsurları hukuka aykırı olarak kullanması durumunda, alt franchise veren yukarıdaki davaları franchise veren adına açabilecek midir? Bu husus doktrinde oldukça tartışmalıdır.

FSEK madde 48/2’de eser sahibinin ya da mirasçılarının eser üzerindeki mali haklarını devredebilecekleri gibi kullanım hakkını da verebilecekleri hükme bağlanmıştır. Kullanım hakkının verilmesi kanunda “ruhsat” olarak adlandırılmaktadır³²⁶. FSEK’te madde 56’da ruhsatın tam ruhsat (münhasır lisans) ya da basit ruhsat (basit lisans) şeklinde verilebileceğı ve aksi belirtilmediğı, kanun ve sözleşmeden aksi anlaşılmadığı sürece verilen lisansın “basit ruhsat” olarak verildiğinin kabul edilmesi gerektiğı ifade edilmektedir. Münhasır lisansta Franchise Veren tek bir lisans alana belirli bir bölge ya da ülke için lisans vermektedir. Bu lisans tipinde lisans veren aynı bölge ya da ülke için başkalarına lisans veremeyeceğı gibi kendisi de lisans konusunu kullanamamaktadır. Basit lisansta ise münhasırlık sözkonusu olmayıp mali hak sahibi bu hakkını başkalarına devredebileceğı gibi kendisi de kullanabilmektedir. Genel olarak master franchise sistemi münhasır lisanslar yoluyla yürütölmekte, alt lisans alanlarla yapılan sözleşmeler ise basit lisans şeklinde aktedilmektedir. Nitekim Alman hukukunda olduğı gibi bizim hukukumuzda da alt lisans verebilme hakkının yalnız münhasır lisans sahiplerine tanınması gerektiğı, bunların ise yalnızca basit lisans verebileceklerinin kabul edilmesi gerektiğı görüşü savunulmaktadır³²⁷. FSEK madde 49’da eser sahibinin ya da mirasçılarının izniyle kullanım hakkının da devredilebileceğı ifade edilmekle birlikte alt lisans sözleşmeleri de bu madde ile birlikte yasallık kazanmış olmaktadır.

Master franchise sisteminde alt franchise verene FSEK kapsamındaki haklar için tam ruhsat (münhasır lisans) verildiğı, alt franchise alanın ise basit ruhsat (basit lisans)la faaliyet gösterdiğini düşünöldüğönde alt franchise alan ve alt franchise veren arasındaki ilişki sona erdiğinde alt franchise alanın franchise sistemi içindeki “eser” niteliğine haiz

³²⁶ Sınai Mülkiyet Kanunu’nda kullanım hakkı için “ruhsat” yerine “lisans” ifadesi kullanılmaktadır.

³²⁷ Şenol Ercoşkun, s.51; Kıratlı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s.17,18.

unsurları hukuka aykırı olarak kullanması durumunda, alt franchise veren yukarıdaki davaları franchise veren adına açabilecek midir?

FSEK'te bu hususta açık bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide ise bir görüş birliği oluşmamıştır. Bununla birlikte Yargıtay tarafından verilen bir kararda³²⁸ ruhsat sahibinin tecavüzün ref'i veya tecavüzün men'i davası veya bu dava ile birlikte talep edilebilecek diğer tazminatları (telif tazminatı gibi) talep hakkı olmadığı; eğer bir zarara maruz kalmışsa maruz kaldığı zararını tazminat yoluyla talep edebileceği ifade edilmiştir.

Başka bir kararda ise Yargıtay; ancak eğer lisans veren ile lisans alan arasında imzalanmış lisans sözleşmesinde lisans alana böyle bir izin verilmişse bu hususun değerlendirmeye alınması gerektiği³²⁹ yönünde görüş bildirmiştir.

Bizim katıldığımız görüş lisans alanın (franchise alan) doğrudan bu davaları açma hakkı olmadığını söylemek yerine verilen lisansın türüne bakarak bir karar verilmesi

³²⁸ Yargıtay 11. HD, 2006/6776 E., 2007/14566 K., 20.11.2007, www.kazancı.com, ET:27.06.2019 “..... Davacı, FSEK'nun 68. maddesine dayalı olarak tecavüzün ref'i ve tazminata karar verilmesini istemiştir. Bu madde uyarınca talep hakkı eser sahibine veya eser sahibinden mali hakları devralan kişiye aittir. Ruhsat verilmesi yoluyla mali hakları kullanma yetkisine sahip olan kişi ise zararının karşılanmasını sadece FSEK'nun 70/2. maddesi uyarınca açacağı maddi tazminat davasında isteyebilir.

Bu durumda, davacının kanundan kaynaklanan ruhsat sahibi sıfatıyla FSEK'nun 68. maddesine dayalı tecavüzün ref'i ve tazminat davası açamayacağından dolayı davanın husumet yönünden reddi gerekirken, davanın kısmen kabulü doğru görülmemiştir.....”

³²⁹ Yargıtay 11.HD, 2005/166 E., 2006/330 K., 20.01.2006 T.,www.kazancı.com, ET:27.06.2019“.....Ancak, davacı yurt dışında yerleşik dava dışı "Getty Images Limited" unvanlı şirket ile arasındaki 21.11.1997 tarihli alt lisans sözleşmesi ile çoğaltma hakkını devraldığı fotoğrafın davalı tarafından izinsiz yayımlanması ve çoğaltılması nedeniyle FSEK.nun 68/1. maddesi uyarınca "üç katı fazlasıyla telif tazminatı" talep etmiştir.

FSEK.nun 68/1. maddesine göre telif tazminatı talep hakkı eser sahibine veya eser sahibinden "mali hakları FSEK.nun 48/1. fıkrasına göre devralan" kişi veya kişilere aittir. Aynı yasanın 48/2. fıkrası uyarınca "mali hakları kullanma yetkisini (ruhsat/lisans) devralan" kişinin bu maddeye dayalı olarak dava açma hakkı ise mevcut değildir. Çünkü, lisansa konu eser üzerindeki mali hak sahipliği halen devreden (lisans veren) kişi üzerinde kalmaya devam etmektedir.

Somut uyuşmazlıkta da, davacı ile dava dışı yabancı uyruklu şirket arasındaki 21.11.1997 tarihli lisans sözleşmesi içerik itibarıyla; dava konusu eser de dahil olmak üzere bir kısım eserlerin çoğaltma hakkının Türkiye'de inhisari kullanım yetkisinin devrine ilişkin olup mali hakların devri söz konusu olmadığından, davacı bu lisans sözleşmesine dayalı olarak FSEK.nun 68/1. maddesine dayalı olarak telif tazminatı isteyemez.

Kaldı ki, 21.11.1997 tarihli lisans sözleşmesinin 8/4. maddesinde; lisans verenin telif haklarının ihlali halinde lisans alan davacının kendiliğinden harekete geçemeyeceği ve izinsiz dava açamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm itibarıyla dahi, davacının lisans verenden izin almaksızın dava açma hakkı bulunmamaktadır. Böyle bir izin belgesi de dosyaya ibraz edilmemiştir. Yukarıdaki paragraftaki açıklama itibarıyla bu iznin sonradan dosyaya ibraz edilmesi hali de davacının aktif dava ehliyetine sahip olacağı sonucunu doğuramaz. Bu sebeple davanın aktif dava ehliyeti yokluğu nedeniyle reddi gerekirken kabulü yerinde görülmemiş kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir. Bozma nedenine göre de davalı vekilinin yukarıdaki bentler dışındaki diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına karar verilmiştir...”

gerektiği yönündedir. Görüşümüze göre hakkın korunabilmesini teminen münhasır lisans sahibi, lisans verenin açabileceği davaları açabilmelidir. Dolayısıyla franchise sisteminde alt franchise veren, aradaki sözleşmenin sona ermesi halinde alt franchise alanlara karşı asıl franchise verenin açabileceği tüm davaları açabilmelidir. Hatta sözleşmede bulunmasa dahi franchise veren tarafından sonradan verilen yazılı iznin dikkate alınması gerektiğini düşünmekle birlikte verilmiş olan Yargıtay kararının lisansın münhasır mı basit lisans mı olduğunu incelemeksizin verdiği kararın yerinde olmadığı kanaatini taşımaktayız.

b. Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre Korunan Gayrimaddi Mallar

Sanayiye ait mülkiyet üzerindeki hakları tanımlayan “sınai mülkiyet hakları”; marka, patent, coğrafi işaret, tasarım ve faydalı model üzerindeki hakları konu edinmektedir³³⁰. Diğer bir deyişle, sınai haklar; sanayi, ticaret ve endüstride kullanılmak üzere, fikri çaba sonucu yaratılan ürünler üzerindeki hakları tanımlamaktadır³³¹. Bu haklar; franchise sözleşmesine konu olduğu ölçüde Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında korunmaktadır. Diğer yandan yine franchising sisteminin önemli unsurları olan ticaret unvanları ve işletme adları, alan adları, ticari sırlar ve know-how’lar da aynı şekilde sınai mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir³³². Kural olarak bu sınai haklardan tescilli olanları Sınai Mülkiyet Hakkı Kanunu kapsamında korunurken tescilsiz olanları haksız rekabet hükümleri kapsamında korunmaktadır. Yargıtay, önceki tarihli bir kararında; “tescilsiz bir marka hakkında açılmış haksız rekabet davası devam ederken tescili gerçekleşirse, artık tescilli sayılan bu markanın tescili iptal edilmedikçe haksız rekabet yoluyla önlenmesine karar verilemez” şeklinde ifade edilen kararıyla tescilli bir markanın haksız rekabet hükümlerine göre korunamayacağını vurgulamıştır³³³. Bununla birlikte sonraki tarihlerde Yargıtay içtihadını değiştirmiştir.³³⁴ Diğer yandan tescilli bir markanın tescil edilmiş hali dışında kullanımı da haksız rekabet hükümlerine göre korunacaktır³³⁵. Kimi zaman bir fikri ürün, birden çok kanunun koruma kapsamına da

³³⁰ Ahmet Hasan Kılıç, **Birlikte Varolma Sözleşmesi**, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C: 3, 2017, s.79.

³³¹ Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, **Sınai Mülkiyet Kanunu**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S:1, C:20, 2018, s.17.

³³² Suluk/ Karasu/ Nal, s.4.

³³³ Yargıtay 11.HD, 1990/2999 E.,1991/4754 K. ve 23.9.1991 T.,www.kazanci.com, ET:28.06.2019.

³³⁴ HGK, 27.03.2013, E. 2013/11-209, K. 2013/399/2013, www.kazanci.com, ET:02.10.2020.

³³⁵ Yargıtay 11.HD, 2002/6904 E., 2002/10352 K. ve 12.11.2002 T., www.kazanci.com, ET:28.06.2019.

girebilir. Örneğin bir otomobilin özgün dizaynı tasarım mevzuatıyla, bu tasarım sayesinde otomobile aerodinamik bir yapı kazandırarak yakıt tasarrufu sağlayan buluş patent mevzuatıyla, otomobili üreten firmaya ait özgün isim (marka) ise marka mevzuatıyla koruma altına alınabilir. Bu ilkeye kümülatif (çoklu) koruma ilkesi denilmektedir³³⁶.

Bir franchising ilişkisi düşünüldüğünde bu ilişkinin özünde bir marka, patent, tasarım, faydalı model veya coğrafi işaret barındırması akla gelecektir. Franchise Veren, mülkiyeti kendisine ait olan bu sınai haklar için franchise alana kullanım hakkı vermek suretiyle franchise alanın kullanımını yasallaştırmakta ve karşılığında belirli bir bedel almaktadır.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu; 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla birlikte marka, patent, tasarım ve coğrafi işaretlere ilişkin olarak düzenlenmiş kanun hükmünde kararnamelerin tamamı yürürlükten kalkmış ve tüm bu konular tek bir kanun çatısı altında yeniden düzenlenmiştir³³⁷.

aa. Marka

Marka; bir franchise sisteminin temelini oluşturmaktadır. Çoğu franchise sözleşmesinin, marka değeri nedeniyle tüketicilerde yaratılacak olumlu intiba için aktedildiği aşikardır. Bu nedenle hemen hemen tüm franchise sözleşmelerinin özünde marka lisans sözleşmelerini de barındırdığını söylemek yanlış olmaz. Franchise sözleşmelerinin konusunu genellikle hizmet markaları oluşturmaktadır³³⁸.

Sınai Mülkiyet Kanunu gereğince marka; bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer bir işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırması ve marka sahibine tanınan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması koşuluyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların ya da ambalajların biçimi olmak üzere her türlü işaret olarak tanımlanmaktadır. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce "marka", 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmekteydi. Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin aksine, markanın çizimle gösterilebilir ve baskı yolu ile yayınlanabilir ve çoğaltılabilir olma özelliği

³³⁶ Suluk/ Karasu/ Nal, s.21.

³³⁷ Cahit Suluk, **6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler**, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.4, S.1., s.93.

³³⁸ Özyeşil, s.24; Gürzumar, s.104 vd.

terkedilmiş renklerin ve seslerin de marka olabileceği ifade edilerek markaların kapsamı genişletilmiştir³³⁹. Yine Sınai Mülkiyet Kanunu ile getirilen bir diğer yenilik önceki hak sahibinin noterden onayı olması koşuluyla markanın aynısının ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerinin birden çok kişi adına tescil edilebilecek ve marka sahiplerinin iradesiyle piyasada birlikte var olabilecek olmasıdır³⁴⁰. Bu düzenleme ile birlikte 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de kamu düzeninden olduğu kabul edilen markada teklik ilkesi yürürlükten kalkmış ve birlikte sahiplik ilkesi benimsenmiştir³⁴¹ ki; bu ilke özellikle de franchise sistemi içinde faaliyet gösterecek işletmeleri oldukça rahatlatacak bir düzenlemedir. Zira franchise verenin markasını tescil ettirip franchise alana lisans verdiği ve münhasır lisans sahibi olmayan franchise alanların 3. kişi tecavüzlerine karşı her türlü davayı açmadığı bir ortamda bu maddenin teşebbüslere hareket serbestisi sağlayacağı ve marka korumasına hizmet edeceği aşikardır. Diğer yandan Sınai Mülkiyet Kanunu madde 9’a göre tescil edilen bir markanın tescil tarihinden itibaren 5 (beş) yıl süre ile kesintisiz ve aralıksız olarak kullanılması mecburidir. 5 (beş) yıl süre kesintisiz olarak kullanılmayan markaların iptaline karar verilir³⁴². Sınai Mülkiyet Kanunu madde 9’da markanın marka sahibinin izni ile kullanılması da markanın kullanımına işaret ettiğinden franchise alanın, franchise verenin izni ile markayı kullanması suretiyle kesintisiz ve aralıksız kullanım gereği şartı yerine getirilmiş olacaktır.

Franchise sistemi için büyük önem taşıyan ürün şekilleri, ambalajlar, desen ve kutular da tüketici algısında ayırt edici özelliğe sahip olduğu, standart şekil taşımadığı, genel ve yaygın üretim ve kullanımı bulunmadığı sürece tasarım korumasından yararlanacakları gibi bunların ayrıca marka olarak tescili de mümkündür³⁴³.

³³⁹ Melis Abacıoğlu Viskuşenko, **Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Yer Alan Değişiklikler**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S:1, C:20, 2018, s.56; Arkan, s.300; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.451.

³⁴⁰ “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5.3 maddesi ile aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretin tescil talebinin, önceki marka sahibinin markanın tesciline muvafakat etmesi halinde reddedilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm dar yorumlanmalı ve tüketicilerin mal/hizmetin kaynağını, kalitesini belirlemede yanılgıya düşmeleri engellenmelidir.” Sabih Arkan, **Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5.3 Maddesiyle ilgili Bazı Düşünceler**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, C.33, S.3, 2017, s.10,11.

³⁴¹ Arkan, s.296; Markada teklik ilkesinin yürürlükten kalkmadığı ve sadece istisnai durumlar için kabul edildiği hk.bkz. Buket Gün, **Marka Hukukunda Birlikte Varolma**, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk AnaBilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.42.

³⁴² Arkan, s.323,324; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.502 vd.

³⁴³ Mehmet Emin Bilge, **Ticari Ad ve İşaretler arasında Karıştırılma Tehlikesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.206. Ayırt edicilik kriteri için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, b.5, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.11; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.454.

bb. Patent

Sınai Mülkiyet Kanunu madde 82/II’de teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, bir buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması koşuluyla patent verilebileceği ifade edilmektedir. Patentler ürün patentleri ve usul patentleri olarak ortaya çıkmaktadır. Buluş kimi zaman bir üründe somutlaşırken kimi zaman da bir usul (formül) üzerinde somutlaşabilmektedir³⁴⁴. Patentin koruma süresi başvuru tarihinden itibaren 20 (yirmi)yıldır. Patente konu buluşun temel olarak tekniğe ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bir franchising paketinde marka ve tasarım hakkına kıyasla patent hakkının çok daha az olduğu görülmektedir.

cc. Faydalı Model.

Madde 142’de ise yeni olan ve sanayiye uygulanabilir buluşların faydalı modellerle korunabileceği belirtilmektedir. Faydalı modeller; buluş basamağı düzeyi düşük olan, daha ziyade küçük ve orta ölçekli işletmelere pratik çözümler sunan ve teknolojik ilerlemeden ziyade küçük farklılıklar yoluyla fayda sağlayan ufak çaplı buluşlara verilmektedir. Faydalı modeller sadece üç boyutlu ürünlerin yenilik taşıyan işlevleri ile ilgili olup usullere faydalı model tanınmaz ve koruma süresi patentten farklı olarak 10 (on) yıldır³⁴⁵.

dd. Tasarım

Sınai Mülkiyet Kanunu 55 ve devamı maddelerinde tasarım korumasından bahsedilmiştir. Bu maddeye göre “tasarım” için bir ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümüdür tanımı yapılmıştır. 56.maddede ise tasarımın yeni ve ayırt edici özelliğe sahip olması koşuluyla ilgili kanun kapsamında korumaya tabi olacağı ifade edilmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu ile; ilk kez Türkiye’de piyasaya sürülen yenilik ve ayırt edicilik özelliğini barındıran tescilsiz tasarımların da bu kanun kapsamında koruma altında olacağı belirtilmiştir ve madde 69/II’de “Tescilsiz tasarımların koruma süresi, koruma talep edilen tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten itibaren 3 yıldır” denilerek tescilsiz tasarımların TTK hükümlerine göre kabul gören

³⁴⁴ Güneş, s.57; Salih Polater, **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği**, Adalet Yayınevi, 2019 Ankara, s.31,34.

³⁴⁵ Güneş, s.57.

korumasının süre bakımından çerçevesi netleştirilmiştir. Diğer yandan koruma süresi sona eren tasarımların haksız rekabet hükümlerine göre korunmaya devam edilip edilmeyeceği ise tartışma konusudur. Koruma süresi dolan tasarımların sonrasında haksız rekabet hükümlerine göre korunmaya devam edilmesi tasarımın hiç bir zaman kamuya mal olmayacağı anlamına gelecektir³⁴⁶.

Ürün ve hizmetin görünüşü de işin yapısının mimarisi gibi franchise veren tarafından sözleşmenin sona ermesini takiben korunması istenen unsurlardandır. Ayırt edici ve farkedilebilir nitelikteki ürün ve hizmet görünüşü koruma altında olmalıdır. Geleneksel teste göre dizaynın belli bir pazarda kendine özgü olması, farklılık taşıması nedeniyle müşterilerin gözünde tek bir işletmeyle özdeşleştirilmeleri durumunda koruma sağlanmalıdır³⁴⁷.

Tasarım görünüşe ilişkin olup son kullanıcı tarafından kullanılması esnasında görünmeyen tasarımlar korunmamaktadır³⁴⁸.

ee. Coğrafi İşaret

Coğrafi işaret; Sınai Mülkiyet kanunu madde 34 vd’da tanımlanmaktadır. Belli ürünlerle ilgili olarak ürünün niteliğini, şöhretini, diğer özelliklerini; kökeni belli olan bir bölge ya da ülkeden alan ürünleri tescilli belirli bir işaret vererek korumayı hedeflemektedir. Isparta halısı, Erzincan tulum peyniri, Trabzon ekmeği gibi. Coğrafi işaretler ilgili Kanun madde 34vd’da menşe işaretleri, mahreç işaretleri ve geleneksel ürün adları olarak üçe ayrılmaktadır. Tüm özelliklerini belirli bir yöre, bölge ve istisnaen ülkeden alan ve üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinin tümü bu bölge sınırları içinde gerçekleşen işaretler “menşe(kaynak) adı” olarak tanımlanırken üretimi, işlenmesi ya da diğer işlemlerinin en az biri bu coğrafi alanla özdeşleşen işaretler “mahreç adı” olarak tanımlanırlar. Geleneksel ürün adları ise menşe ya da mahreç adı olamayan ancak geleneksel üretim ve işleme yönteminden kaynaklanan ve geleneksel malzeme ya da ham madde kullanılan ürünler için en az 30 (otuz) yıl süre ile kullanılan adlardır³⁴⁹.

³⁴⁶ BozGeyik/Er, **Tasarımlar için Kümülatif Koruma İlkesi**, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.5, S.1,2019, s.25.

³⁴⁷ Ted P. Pearce and Leigh Reynolds King and J.Cary Tharrington, **The Enforcement of Post Term Remedies in the Franchise Contract**, Oklahoma City University Law Review, Spring Summer 1999, Franchising Law Symposium Article, s.4, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

³⁴⁸ Güneş, s.96.

³⁴⁹ Güneş, s.232 vd.

ff. Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesi Sonrası Sınai Hakların İzinsiz Kullanım Halleri

Sınai Mülkiyet Kanunu sistematik olarak marka, patent, faydalı model ve tasarım haklarına tecavüz fiillerini ilgili kanunun 29, 141 ve 81. maddelerinde tanımlamıştır. İlgili tanımlar incelendiğinde benzer hükümlere yer verildiği görülmektedir. Kısaca özetlemek gerekirse; sahibinin izni olmaksızın marka, patent, faydalı model ya da tasarım haklarını kullanmak, yine sahibinin izni olmaksızın ilgili marka, faydalı model ya da tasarımın aynısını ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle taklit etmek, taklit edildiğini bildiği ya da bilmesi gerektiği halde bunları taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkartmak, ithal etmek, ihraç etmek, bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak, lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek ya da üçüncü kişilere devretmek tecavüz fiilleri arasında sayılmıştır.³⁵⁰ Özellikle lisans yoluyla verilen hakları izinsiz genişletmek ya da devretmek franchising ilişkilerinde oldukça fazla olarak karşılaşılabilecek olan sorunlardan biridir.³⁵¹ Franchise verenin belirli bir malın üretim yetkisini vermesine rağmen bu mal dışında farklı bir üretim yapılması, lisans konusu yer ya da süre ile sınırlı kalınmaması, yetkisi olmamasına rağmen alt lisans verilmesi halinde lisansın izinsiz olarak genişletilmesi sözkonusu olur. Yargıtay bir kararında³⁵²; lisans verilen şirketin başka bir model için marka lisansı almış

³⁵⁰ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.515,516; Arkan, s.337.

³⁵¹ Lisans yoluyla verilen hakların genişletilmesi hk.bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.518.

³⁵² Yargıtay 11.HD, 2011/11401 E., 2013/15560 K., 12.09.2013 T., www.lexpera.com, ET:10.01.2019

“...Dava, davalının lisans sözleşmesine uygun olmayan şekilde üretim yaptığı, bu durumun marka hakkına tecavüz teşkil ettiği iddiasına dayalı olarak tecavüz eyleminin tespiti, durdurulmasıyla maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Taraflar arasında akdedilen lisans sözleşmesiyle davacıya ait "Mekap" markasının "Vidala spor", "Vidala spor Bot" ve "Wimbledon" modelleriyle sınırlı olmak üzere kullanım hakkı davalıya verilmiş olup, bu konuda taraflar arasında bir çekişme mevcut değildir. Davacı marka sahibi açtığı işbu davada, davalının sözleşme sonrasında söz konusu lisans sözleşmesine uygun olmayan üretim yaptığını iddia ederek, lisans sözleşmesiyle verilen hakları izinsiz olarak genişletmenin de marka hakkına tecavüz oluşturduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece benimsenerek hükme esas alınan tespit raporunda, davalının ürettiği siyah ayakkabının orijinal "vidala spor" modelinden farklı bir model olarak üretildiği belirtilmiştir. Bu durumda, davalının lisans sözleşmesiyle kendisine verilen iznin sınırları dışına çıkarak ürettiği siyah model ayakkabı üzerinde davacının rızası dışında markasının kullanıldığı anlaşılmaktadır. 556 Sayılı KHK'nın 20. maddesinde, tescilli bir markanın kullanım hakkının, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesine konu olabileceği düzenlenmiştir. Lisans koşulları ise anılan KHK'nın 21. maddesinde düzenlenmiş olup, madde uyarınca lisans sözleşmesiyle sözleşme koşulları kapsamında üretilen mallar üzerinde markanın kullanılması yönünde lisans alan yararına inhisari ya da inhisari olmayan mahiyette kullanım hakkı tanınmaktadır. Anılan maddenin 8. fıkrasında ise sözleşme şartlarının lisans alan tarafından ihlali halinde, tescilli bir markadan doğan hakların lisans alana karşı dava yoluyla ileri sürülebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda somut olaya gelindiğinde, davalının lisans sözleşmesine uygun olmayan şekilde üretim yaptığı iddia olunarak lisans sözleşmesine aykırı

olmasına rağmen, ürettiği farklı bir model ayakkabıda lisans konusu markanın kullanılmasını lisansın genişletilmesi niteliğinde görmesine rağmen tüketici algısının bu ayrımı yapamayacağı değerlendirmesine dayanan ilk derece mahkemesi kararını marka lisans sözleşmesinin genişletildiği ve marka hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bozmuştur.

Yine Yargıtay tarafından verilen başka bir karar doktrinde; lisans alanın lisansa konu markayı kullanma hakkının kendisine verilen yetki ile sınırlı olduğu hususunun incelenmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁵³.

Franchise sözleşmesinin sona ermesi sonucu sınai hak ihlalleri genel olarak marka üzerinde yoğunlaşmaktadır. Nitekim franchising sisteminin temelinde “marka”nın bulunduğu düşünüldüğünde sözleşmenin sona ermesi durumunda da ihlal hallerinin marka üzerinde yoğunlaşacağı aşıkardır. Hatta Yargıtay tarafından verilen kararlara bakıldığında içinde marka lisansı barındırması nedeniyle franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesinde görülmesi gerektiği yönünde kararlar verilmiştir³⁵⁴. Çoğu zaman da sınai hakların iç içe geçtiği görülmektedir.

Franchise verenin sözleşmeyi feshi nedeniyle, franchise alanın franchising sisteminden ayrılmasının istenmeyen sonuçlar doğurması sözkonusu olabilir. Franchise alanın feshe itiraz etmesi ya da ısrarcı olmasından ötürü franchise verenin markalarını

davranılmasına dayalı olarak açılan işbu davada mahkemece, taraflar arasındaki lisans sözleşmesi uyarınca davalıya tanınan marka kullanım hakkının kapsamı dışına çıkılıp çıkılmadığının tayiniyle sonucuna göre davalının lisans sözleşmesiyle kendisine tanınan marka kullanım hakkına aykırı hareket edip etmediğinin tespiti gerekirken, yazılı şekilde uyuşmazlığa konu siyah renkteki ayakkabı modelinin lisans sözleşmesindeki "vidala spor" modeline ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğu, marka hukuku açısından ayakkabı tüketicisinin temel kriter olarak alınması gerektiği, tüketicinin uyuşmazlığa konu siyah renkteki ayakkabıları mekap markasıyla vidala spor modeli olarak algılayacağı sabit olduğundan lisans sözleşmesinin genişletilmesi ve bu kapsamda marka hakkının ihlal edilmesinin somut uyuşmazlıkta bulunmadığı gerekçesine dayalı olarak davanın reddine karar verilmek suretiyle davanın lisans sözleşmesine aykırılığa dayalı olarak açıldığı hususu nazara alınmadan, tüketici algısı değerlendirilmek suretiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu sebeple davacı yararına bozulması gerekmiştir...”

³⁵³ Sevilay Uzunallı, **Marka Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.150.

“İlgili karara göre her ne kadar lisans alan davalıya, lisans verenden hazır konsantre satın alarak bu konsantrenin işlenmesi suretiyle imal yetkisi verdiği belirtilmişse de lisans alan bu yetkiyi genişleterek cam ve pet şişelere meşrubat doldurmak suretiyle Uludağ ismi altında satış yapmaya başlamıştır. Yargıtay tarafından verilen kararda ise sadece konsantre imal yetkisi veren sözleşmenin devam edip etmediği incelenmiş ancak yetkinin genişletilmesi yönünde bir inceleme yapılmamıştır”

³⁵⁴ Yargıtay 11.HD, , 2015/14430 E., 2016/174K.,13.01.2016 T.; Yargıtay 11.HD, 2006/13148E., 2007/15236 K., 3.12.2007 T., www.lexpera.com, ET:12.03.2018.

kullanmaya devam etmesi durumunda, franchise verenin sözleşmede tanımlı kontrol haklarından mahrum kalması nedeniyle, markalar üzerinde daha az kontrolü ve hakimiyeti olacaktır. Ayrıca markaların kullanımı nedeniyle tüketici yanılgısı doğabilecektir. Bu durumda franchise verenin ihtiyati tedbir talep etme zorunluluğu gündeme gelecektir. Franchise alan ise böyle bir tedbir verilmesi durumunda feshin haksızlığını ileri sürecektir. Mahkeme bu durumda iki temel konuda inceleme yapmalıdır. Bunlardan biri; marka sahibinin marka ile bağlantılı olarak malların ve hizmetlerin kalitesini kontrol etme hakkı, diğeri ise franchise alanın yapılan feshin yerindeliliğini, gerek yürürlükteki mevzuat gerek sözleşme gereği inceletme hakkıdır³⁵⁵. Nitekim Yargıtay bir kararında³⁵⁶; haksız fesih ve fesihten sonra gerçekleşen marka kullanımını tamamen birbirinden ayırarak “.....fesih, karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuran tek taraflı bir işlem olup, fesih iradesi karşı tarafa ulaştığı andan itibaren taraflar arasındaki sözleşme sona erer; bu durumda fesih haksız dahi olsa sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra davacıya ait markaların kullanılması marka hakkına tecavüz niteliğinde olup fesihten sonraki kullanım tazminatı gerektirir” şeklinde karar vermiştir.

Sınai Mülkiyet Kanunu md. 6’da tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin tescil konusu marka ile aynı kapsamdaki mal ve hizmetler için kullanılması, tescilli marka ile aynı ya da benzer bir işaretin tescilli markanın kapsadığı ya da benzer mal ve hizmetlerde kullanılması ya da mal ve hizmet grubuna bakılmaksızın tescilli marka ile aynı ya da benzer olan tanınmışlık düzeyi yüksek bir işaretin markanın itibarından yarar elde edecek şekilde ve haksız olarak kullanılması “izinsiz kullanım” hali olarak tanımlanmaktadır. İzinsiz kullanım hallerine örnek olarak başkasına ait markayla aynı ya da benzer işaretin internet ortamında ticari etki yaratacak şekilde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimde kullanılması, işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması, hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması, işaretin mal ve ambalaj üzerine konulması, bu malların piyasaya sürülmesi, stoklanması, ithal ve ihracı sayılabilir³⁵⁷. Madde 29’da ise markanın marka sahibinin izni olmaksızın yukarıda belirtilen şekillerde kullanımının marka hakkına tecavüz oluşturacağı ifade edilmiştir.

³⁵⁵ Harold R.Bruno, **Is Proper Termination Necessary to Obtain A Trademark Injunction**, American Bar Association Franchise Law Journal, Spring 2002, III, s.1, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

³⁵⁶ Yargıtay 11.HD, 2018/146 E., 2019/2920 K., 15.04.2019 T., www.lexpera.com, ET:12.03.2018.

³⁵⁷ Suluk, **6769 sayılı Sınai**, s.94; Arkan, s.318 vd.

Diğer yandan Türkiye’de tescilli olmamasına rağmen Paris Anlaşması’na göre tanınmış bir marka da aynı tescilli bir marka gibi korunacağından³⁵⁸ bir franchise sözleşmesinin sona ermesi ancak franchise alan tarafından bir marka tecavüzünde bulunulması durumunda franchise verenin tescilli marka için sahip olduğu koruma yollarının tanınmış marka için de geçerli olacağı kabul edilmelidir.

Franchise alanın; franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben franchise verenin markasının benzerini kullanması hali, franchise verenin markasını kullanmasıyla aynı çerçevede değerlendirilmekte ve franchise verenin tedbir vb. talepleri bu doğrultuda incelenmektedir. Mahkemelerin bu değerlendirmeleri yaparken göz önüne alacağı unsurlar; 1) Franchise verenin markasının gücü 2) Markaların benzerliği 3) Verilen hizmet ve satılan malların benzerliği 4) İşyeri konseptinin benzerliği 5) Reklamların benzerliği 6) Niyet ve 7) Karıştırılma durumu. Franchising konseptinde bu durum genellikle franchise alanın aynı yerde faaliyetine devam etmesi ancak işinin adını değiştirmesi halinde görülmektedir³⁵⁹.

Marka ya da ürün şeklinin üçüncü kişi tarafından ihlali, üçüncü kişi tarafından benzer isimle ya da görünümle bir franchise alanın yakınında dükkan açmakla gerçekleşmekte ve bu en yakında bulunan dükkanın sahibi olan franchise alan, bahsekonu ihlalden en çok etkilenen kişi olmaktadır. Franchise veren yüzde ücret kaybı yaşarken ve bu çevrede müşteri çevresi ve ticari itibarı nedeniyle zarar görürken; bu ihlalden doğrudan etkilenen ve ihlal eden 3. kişinin marka ve ürün benzerliğiyle başa çıkmak ve bu kişiyle rekabet etmek zorunda kalan taraf, franchise alandır. Buna rağmen geleneksel marka kanunu prensipleri doğrultusunda franchise alanın doğrudan kullanabileceği hukuki hakları çok sınırlıdır³⁶⁰.

Sınai Mülkiyet Kanunu madde 7/d’de işareti kullanan kişinin, işaretin kullanılmasına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmamasına rağmen işaretin aynısı ya da benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak şekilde alan adı, yönlendirici kod ya da benzeri biçimlerde kullanılması, işaretin teşebbüsün iş evrakı ya da reklamlarında kullanılması, ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması halleri de marka

³⁵⁸ Uzunallı, s.81.

³⁵⁹ Pearce vd., s.3.

³⁶⁰ Mark B. Schoeller, “**Enforcement of Intellectual Property Rights In Franchising: An Area Ideal for Cooperation but Also Possibly for Conflict**”, Licensing Journal, January 2003, s.17, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

tecavüzü ile aynı değerde tutularak marka sahibine bu kullanımları önleme hakkı tanınmıştır.

İşaretin teşebbüsün iş evraklarında kullanılması suretiyle marka tecavüzünün gerçekleştirilmesi de franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda çokça görülen bir ihlal türüdür. İşaretin teşebbüsün iş evraklarında kullanılması halleri mektup, fatura, fiyat listesi, yemek ve şarap menüsü, sipariş ve tavsiye yazısı, katalog ve broşür gibi evraklarda kullanımla birlikte reklam filminde, ışıklı panoda, televizyonda, radyoda, reklam standında, taşıt ve binaların üzerinde, vitrinde kullanılmasını da kapsamaktadır. Hatta bunlarla da sınırlı olmaksızın satış görüşmesi sırasında, telefon reklamında, radyoda, televizyondaki reklam spotunda markayı kullanma da; dolayısıyla sözlü kullanım da bu madde kapsamında değerlendirilmektedir³⁶¹.

İşaretin internet ortamında kullanılması; özellikle de alan adı olarak kullanımı da franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben önemli bir problem olarak gündeme gelmektedir. Alan adı; web sayfalarına ulaşmada ve sayfaları birbirinden ayırmada kullanılan bir elektronik adres olup marka, ticaret unvanı ve işletme adı gibi ayırtıcı bir özelliğe sahiptir.³⁶² Alan adı da aynı marka ve patent gibi ticari işletmenin gayrimaddi unsurlarından birisini oluşturmaktadır. Tüketiciler, alan adlarını da internet sayfasında tanıtılan işletme ve onun markasıyla bütün olarak değerlendirmektedir³⁶³.

Franchise ilişkisinin sona ermesi durumunda franchise alan;

a) Franchise verene ait markalarda değişiklik yapmak suretiyle bu yeni isimleri alan adı olarak kullanabilir.

b) Markayı alan adı uzantısı olarak kullanabilir. Örneğin; www.elma.com/citizen gibi. Citizen burada alan adı uzantısı olarak kullanılmaktadır.

³⁶¹ Uzunallı, s.136.

³⁶² “Domain name sistemi; okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipli ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan IP adreslerini bulan ve kullanıcıya veren sistem; alan adı da bu IP adreslerine verilen isimdir” Güşan Söyleyensoy, **Tescilli Markanın İnternette Alan Adı olarak Kullanılarak Tecavüze Uğrama**, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası Ticaret Hukuku Ve Avrupa Birliği Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s.25; Nurullah Bal, “İnternet Alan adı ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII,2013, S.1-2 s.32

³⁶³ Bal, s.32; “Alan adı işletmenin gayrimaddi malları arasında yer alır ve sınai bir hak olup işletme rehnine dahil edilebilir.” Söyleyensoy, s.28.

c) Franchise verenin markasını tescil ettirmemiş olması halinde ilk başvuruyu yapmak suretiyle alan adını kendi üzerine alarak kullanabilir³⁶⁴.

Bahsedilen ihlallerin sadece franchise alan tarafından değil; franchise alanın alt bayileri tarafından da gerçekleştirilmesi sözkonusu olabilmektedir. Nitekim tescilli bir marka sahibinin inhisari olmayan bir lisans sözleşmesi ile markasını 3. kişiye kullandırması; lisans alan bu kişinin de markayı kendi franchise ağındaki bayilerine kullandırması sonucu alt bayiler yurtdışından www.magazalari.com ve www.magazasi.com isimli internet sitelerinin domainini alarak bayilik sözleşmesine ve 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin markaların korunmasına dair hükümlerine aykırı faaliyette bulunmuşlardır. Bu durum üzerine franchise veren davalının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil eden faaliyetlerinin durdurulması, davaya konu internet sitelerinin kapatılması, maddi ve manevi zarar talebiyle dava açmış; açılan davada ilk derece mahkemesi davalının kullanımının franchise sözleşmesine aykırılık, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini tespit ederek marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin men'ine, internet sitelerine erişimin engellenmesine ve maddi tazminata hükmetmiş; ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay³⁶⁵ tarafından onanmıştır.

Yönlendirici kod ise otomatik aramada bu web sitesinin kolayca bulunup ilgili dosyaların seçilmesini ve kişinin ekranında listelenmesini sağlamaktadır. Böylece arama motorları ile yapılan aramalarda yönlendirici kodun temsil ettiği sitenin görünme olasılığı yükselmektedir. Web sayfası sahibi kendi web sitesini hazırlarken başka bir markayı kaynak kodu olarak kullanırsa; kullanıcı yönlendirme yapılan web sitesine gidebilecektir³⁶⁶.

Anahtar sözcük; arama motorlarında arama yapılırken asıl aranan marka/ürünle birlikte ekranda çıkmaya yarayan sözcüklerdir. Örneğin damat markası aranırken damat markasının adresinin görülmesine karşı bu adres sayfasında rakip firmanın reklamının görünmesi temin edilmektedir.

Yönlendirici kod ve anahtar sözcük ile marka tecavüzünün yapılması genellikle franchise alanın yasal olarak web sayfasını kullanma hakkının olduğu dönemde

³⁶⁴ Bekir Güven, **İnternet Alan Adı ve Marka Arasındaki İlişki**, Uzmanlık Tezi, Ankara 2010, s.57-58.

³⁶⁵ Yargıtay 11. HD, 2014/18655 E., 2015/3563 K., 16.3.2015 T., www.lexpera.com, ET:23.01.2019.

³⁶⁶ İbrahim Çetinkaya, **“Markaya Tecavüz Halinde Marka Sahibinin Talepleri”**, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s.20.

görülmektedir. Zira sözleşmenin sona ermesi ile birlikte franchise alanın web sayfasını kapatma yükümlülüğü de doğacağından yönlendirici kod veya anahtar sözcük ile ihlal durumu çok sık görülmez. Ancak franchise sözleşmesi sona ermesine rağmen franchise alan web sayfasını kapatmamışsa ya da açtığı yeni bir sayfa üzerinden eski franchise'ı olduğu şirkete, ürünlerine ya da markasına link veriyse bu durum da ayrı bir marka tecavüzü hali olarak ortaya çıkacaktır.

Kimi zaman da franchise alanın bir tasarım hakkını farklı bir marka ile birlikte kullandığı ve bu suretle tasarım hakkına tecavüz oluşturduğu görülmektedir. Franchise alan, franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben her ne kadar kendi markasını franchise verenin tasarımı ile birlikte kullansa da konu yargıya intikal ettiğinde değerlendirme yapılırken sadece tasarımın görünüşü dikkate alınmalıdır³⁶⁷.

Yine franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben franchise alan tarafından gerçekleştirilen ihlal halleri; franchising sistemine konu olan ve markanın ayrılmaz bir parçası haline gelen işyeri konseptinin ya da ürün ambalajının kullanılması, franchise verenin markasının işyeri tabelası, ticari tanıtım evrağı, broşür ve benzeri görsellerde kullanması şeklinde gündeme gelebilir. Diğer yandan çok fazla olmasa da; franchise sözleşmesine konu asli unsurun tescilli bir patent, faydalı model ya da coğrafi işaret olduğu durumlar da görülebileceğinden bu unsurların izinsiz kullanımı da aynı şekilde Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre ihlal teşkil edecektir.

gg. Hukuki Başvuru Yolları

Her ne kadar franchising sistemi temel olarak “marka”yı esas alsın da kimi zaman sistem içinde patent, faydalı model, coğrafi işaret ya da tasarım bulunması olasıdır. Bu durumda franchise sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte franchise alan tarafından bir tecavüz gerçekleştirilmesi durumunda franchise veren, işbu kanunda tanımlı hukuki yollara başvurarak tecavüzü önleyecek ya da zararının tazminini talep edebilecektir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun “ortak hükümler başlığı” altında düzenlenen ilgili maddelerine göre bahse konu haklara tecavüz halinde başvurulabilecek hukuk yollarından bahsedilmektedir. Madde 149'a göre; sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi;

³⁶⁷ “.....Tasarım dış görünüşü koruduğuna göre; davacının tasarımındaki marka unsurlarının ilavesi ile ayırt edicilik sağlanmasına hukuken değer verilemez.” Yargıtay 11.HD, 2007/8995E., 2008/12087 K., 03.01.2008 T., www.kazanci.com, ET:17.01.2019.

fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti, muhtemel tecavüzün önlenmesi, tecavüzün durdurulması, tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini, tecavüz konusu makina, cihaz ürünlerin imhası, elkonulması, mülkiyet devri ve diğer taleplerde bulunabilecektir. Sınai mülkiyet hakkı ihlal edilen kişi madde 150 gereğince tazminat talep etme hakkına sahiptir. Sınai hakka tecavüz fiili borçlar hukuku anlamında haksız fiil niteliğinde olduğundan tecavüz eyleminde haksız fiil unsurları olan hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı bulunması durumunda tecavüz fiilini işleyen tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. Bu yükümlülük maddi ve manevi tazminat açısından olduğu kadar itibarın zedelenmesi durumunda itibar tazminatı için de geçerlidir³⁶⁸. Tecavüz halinde sınai mülkiyet hakkı sahibinin uğrayabileceği maddi kayıp fiili zarar ve yoksun kalınan kazançtan oluşmaktadır. Yoksun kalınan kazanç; fiili zarardan farklı olarak malvarlığının aktifinde azalma veya pasifinde çoğalmayı değil; sınai hakka tecavüz edilmeseydi, ileride bu hakkın kullanılmasıyla elde edilecek kazancı ifade etmektedir³⁶⁹. İlgili maddede fiili zararın hesaplanma yöntemine ilişkin bir yöntem belirlenmemişken Sınai Mülkiyet Kanunu madde 151’de yoksun kalınan kazançla ilgili üç hesaplama yönteminden bahsedilmiştir; bunlar hak sahibinin seçimine bağlı olarak;

- a) Tecavüz sözkonusu olmasaydı hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir
- b) Tecavüz edenin sınai hakkı kullanmak yoluyla elde ettiği net kazanç (kar)
- c) Sınai hakka tecavüz edenin, sınai hakkı lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli³⁷⁰

Ayrıca haksız rekabet ve fikri ve sınai mülkiyet hukukunda ifa amaçlı tedbirler yoluyla da müdahalenin men’ine açıkça izin verilmiştir. İhtiyati tedbirler kanalıyla özellikle de haksız rekabet hukukunda, tecavüz teşkil eden bir davranışın gerçekleştirilmesi ya da tekrarlanması hakim tarafından yasaklanmaktadır³⁷¹.

³⁶⁸Fatih Aydın, **Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017(133) s.133, 2017, s. 531; Kılıçoğlu, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, s.395.

³⁶⁹ Yasaman Hamdi, **“Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan C1, İstanbul 2004, s.1171; Kılıçoğlu, **Sanayi Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, s.395, 396.

³⁷⁰Arkan, s.340; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.521; Aydın, s.545.

³⁷¹ Nevhis Deren Yıldırım, **Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, Alkım Yayıncılık, İstanbul, 1999, s.85; Arkan, s.339; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.524.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda; davacının D&R markası kullanımı için davalı ile bir franchise sözleşmesi imzaladığı ancak sonradan bu sözleşmeyi haklı nedenle feshetmiş olmasına rağmen davalının D&R markasını kullanmaya devam ettiği, davacının lisans bedeli talebinde bulunduğu ancak mahkemenin lisans bedelini belirlerken davacı cirosuna göre belirleme yapmasının hukuka aykırı olduğu, emsal lisans bedeli araştırması yapılması gerektiği ve eğer emsal bulunamazsa lisans sözleşmesindeki hüküm de dikkate alınarak davacının bu yıllardaki cirosu itibariyle hakkaniyete uygun bir lisans bedeline hükmedilmesi gerektiğinden bahisle ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur³⁷².

Fiili zararın nasıl hesaplanacağı madde metninde yer almamakla birlikte genel hükümlere başvurarak TBK md.51'in kıyasen uygulanması düşünülebilir.³⁷³ Sınai mülkiyet hakkına tecavüzün önlenmesi için yapılan masraflar, dava masrafları, mal ve hizmet pazarında pazar kaybı, yatırımların boşa gitmesi, istihdam için ödenen fazla paralar, telafi için yapılan giderler (promosyon, kalıp ve ambalaj değiştirme, imaj yenileme, imajı hatırlatma, karışıklığı kaldırma masrafları) gibi kalemler dikkate alınmalıdır³⁷⁴.

İtibar tazminatı ise Yargıtay tarafından verilen kararda aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır;

“Markanın itibarı kavramı, marka ile inşa edilen imajı ifade etmektedir. Zira imaj ve güven oluşturma bir maliyeti vardır. İtibar zararı ise inşa edilen veya edilmekte olan imajın zedelenmesi sebebiyle doğan zarardır. İtibar tazminatı belirlenirken, bir taraftan imaj inşası için gerçekleştirilen giderlerden hareket ederek zararın giderilmesi için yapılması gereken (reklam kampanyası gibi) giderler dikkate alınmalı, diğer taraftan da itibar kaybının manevi yönü göz önünde tutulmalıdır”³⁷⁵.

Aynı şekilde franchise alanın da Sınai Mülkiyet Kanunu madde 154'e göre tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin dava açma hak ve yetkisi bulunmaktadır. Öğretide bu davanın saf bir menfi tespit davası olmaktan ziyade mahkemenin yorumunu

³⁷² Yargıtay 11. HD 2010/14829 E., 2012/6085 K., 16.04.2012 T., www.kazanci.com, ET:18.02.2018.

³⁷³ Tekinalp Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s.501.

³⁷⁴ Arslan Kaya, Marka Hukuku, Arıkan Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2006, s.291.

³⁷⁵ Yargıtay 11. HD; 2015/8175 E., 2016/5114 K., 05.05.2016 T. www.kazanci.com, ET: 05/04/2019. Bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.523; Arkan, s.340.

gerektirmesi nedeniyle gelecekteki fiillerin marka hakkına tecavüz niteliği taşımayacağına bu dava ile karar altına alındığı ifade edilmektedir³⁷⁶.

Sınai Mülkiyet Kanunu madde 158’de ise olası bir sınai hak tecavüzü halinde açılacak davalar düzenlemektedir. İlgili maddeye göre; aksi kararlaştırılmamışsa inhisari lisans alan, sınai hak sahibinin açabileceği tüm davaları kendi adına açabilirken³⁷⁷ inhisari lisans sahibi olmayan lisans alan, sınai mülkiyet hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa hak sahibine karşı bildirimde bulunarak dava açılmasını talep eder; 3 (üç) ay içinde hak sahibinin dava açmaması halinde ise bu davayı kendi adına açabilir. Diğer yandan ciddi bir zarar tehlikesi bulunması halinde; lisans alan mahkemeden tedbir talep etme hakkına sahiptir. Mahkeme tarafından tedbir kararı verilmesi halinde ise lisans alan; davayı kendi başına açma hakkına sahiptir³⁷⁸.

Gerek Türk Hukukunda gerek karşılaştırmalı hukukta sadece marka adına tescil edilen ve markanın münhasır sahibi olan kişinin markaya olası bir tecavüz halinde dava hakkına sahip olabileceği görülmektedir. Her ne kadar dava hakkının markanın devir edildiği kişileri ya da münhasır franchise alanları da kapsadığı yorumu yapılsa da özellikle de alt franchise alanlar genellikle münhasır değildirler. Bu durum, markayı korumak isteyen münhasır olmayan franchise alan için bir sorun teşkil etmekte ve franchise alan, franchise veren olmaksızın tecavüze ilişkin bir dava açamamaktadır. Bununla birlikte markaya tecavüz tehdidi önemli bir hal aldığı anda franchise veren, hem franchise alan hem de kendi adına tecavüzle ilgili gerekli aksiyonları alabilir³⁷⁹. Bu sorunu aşmak için yabancı işletmeler vekil/temsilci markaları vermek suretiyle bu sorunu aşmakta ve bu düzenleme sayesinde franchise alana da dava açma ve markayı korumak için gerekli diğer hukuki yollara başvurma imkanını tanımaktadırlar. Türkiye’de mal veya

³⁷⁶ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.523; Arkan, s.339; Tamer Pekdinçer, Eda Giray, Kadir Baş, **Gerekçeli Notlu İçtihatlı 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu**, b.2, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.397.

³⁷⁷ Bu hüküm ile birlikte KHK döneminde inhisari lisans sahibinin sadece markaya tecavüz davalarını açabileceğine ilişkin tartışma da son bulmuştur. (Çiğdem Ceylan, Marka Lisansı Sözleşmesi, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı); Kıratlı, Yüksek Lisans Tezi, s.61.

³⁷⁸ Schoeller, s.21 “Franchise sözleşmelerine franchise verenlerin belirli ürün şekillerine ya da markalarına karşı gerek tek başına gerekse franchise alanla birlikte gerekli aksiyonları alacağına ilişkin hükümler eklenmesi fakat aynı zamanda bu tecavüzden doğrudan etkilenen franchise alan için olası bir davada finansal destek verilmesi gerektiği veya franchise alanın gerek kendisi gerek franchise veren adına doğrudan tecavüzün önlenmesine ilişkin dava açabileceğine ilişkin hükümler eklenmesi önerilmektedir.” Kıratlı, s.64; Tekinalp, s.399.

³⁷⁹ Schoeller, s.17.

hizmet sunan bir yabancı işletme, hem pazar şartları nedeniyle hem de koruma hükümlerinden yararlanabilmek için markasının kendi adına değil de, vekili (franchise alan) adına tescil edilmesini isteyebilir. Bu durumda tescilli markanın sahibi vekil olmakla birlikte vekil ile işletme iç ilişkide arzu ettikleri düzenlemeyi yapabilmektedir. Bu tür markalar; vekil markaları veya temsilci markaları olarak anılmaktadır³⁸⁰. Bu markaların vekil tarafından izinsiz olarak tescil edilmesi durumunda markanın sahibi olan işletme ilgili markanın kendisine devredilmesini isteyebilecektir. Nitekim Sınai Mülkiyet Kanunu madde 10'da "Marka sahibinin izni olmadan markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin ticari vekil ya da temsilci adına tescilinin yapılması hâlinde, ticari vekil veya temsilcinin haklı bir sebebi yoksa marka sahibi mahkemeden, markasının kullanımının yasaklanmasını talep edebileceği gibi söz konusu tescilin kendisine devredilmesini de talep edebilir" hükmü yer almaktadır.

Tüm bu sınırlamalara rağmen franchise alan, franchise veren gerekli başvurularda bulunmasa dahi, sistem markalarına yapılan tecavüzlere karşı manfaatlerini koruyabilmek için farklı yollar izleyebilir. Örneğin; franchise alan tecavüz edene karşı haksız rekabetle ilgili bir dava açarak marka kanunlarında belirtilen sınırlamaları baypas edebilir. Haksız rekabete ilişkin hükümlere göre bir mal ya da hizmetin orijini hakkında tüketicileri yanıltabilecek şekilde herhangi bir isim, terim, kelime, sembol ya da araç kullanan kişi açılacak olası bir davada zarar görme ihtimali olan kişi karşısında sorumludur. Dolayısıyla haksız rekabete ilişkin hükümlerin çok daha geniş bir şekilde tanımlandığı ve marka hükümlerinde franchise alana doğrudan başvuru hakkı tanınmamasına rağmen franchise alanın bu hükümlerle tecavüzü önleyeceği söylenebilir³⁸¹.

Yargıtay tarafından verilen örnek kararlar incelendiğinde; ilgili davaların çok büyük bir kısmının franchising ilişkisinin sona ermesinden sonra franchise alanın franchise sözleşmesine konu marka ve diğer fikri ve sınai hakları kullanmaya devam etmekte olduğu ileri sürülerek tecavüzün ve haksız rekabetin önlenmesi taleplerini içerdiği görülmektedir.

³⁸⁰ Savaş Bozbel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s.369.

³⁸¹ Schoeller, s.18; Kıratlı, Marka Lisansı Sözleşmesi, s.66 (Yargıtay 11. HD, 2002/12537E., 2003/5170K., 20.05.2003 T. karara atfen).

Yargıtay tarafından verilen bir kararda³⁸²; davalının alt franchise sözleşmesinin feshinden sonra lisans sözleşmesine konu markayı kullanmaya devam etmesi nedeniyle açılan davada; feshin haklılığının tartışılmasına girilmeden sözleşmenin feshinden sonra marka kullanımının hukuka aykırı olduğu yönünde verilen ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır.

Yine Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda franchise sözleşmelerinin tam iki taraflı sözleşme olması nedeniyle tek taraflı olarak feshedilemeyeceği, verilen ihtarnamede yeterli süre verilmeden fesih yapıldığı, fesih için gereken şekil şartlarına uyulmadığı ve sözleşmenin devam ettiği, bu nedenle markanın haksız kullanımından bahsedilemeyeceği şeklindeki ilk derece mahkemesi kararı; Yargıtay tarafından bozulmuştur. Bozma gerekçesinde Yargıtay; fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte feshin gerçekleştiğini ifade ederek sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra davalıya ait marka, isim ve logoların kullanılmasının izinsiz kullanım olacağından bahisle davacının taleplerinden tecavüzün durdurulması ve önlenmesi talepleri hakkında kabul kararı vermek gerekirken, bu talepler yönünden red kararı verilmesi doğru olmamıştır şeklinde karar vermiştir³⁸³.

Bir başka kararında ise Yargıtay aynı şekilde fırınlanmış ürünler ve kahve restoran zincirliğinin öncülüğünü yapan franchise veren bir firma tarafından imzalanan franchise sözleşmesinin sona ermesine rağmen franchise alanın franchise verene ait markayı kullanmaya devam etmesinin franchise verenin markalarından haksız surette yararlanılması olduğunu gerekçe göstererek tecavüzün ve haksız rekabetin önlenmesine ilişkin verilen ilk derece mahkemesi kararını onamıştır³⁸⁴.

6769 sayılı SMK'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde tescilin dokunulmazlığı ilkesi benimsenmiş ve bu ilke hem markaya tecavüz davalarında hem de hükümsüzlük davalarında uygulanmıştır. Tescilin varolduğu süre boyunca tecavüzden söz edilemeyeceği ve tazminata hükmedilemeyeceği yönünde kararlar verilmiştir³⁸⁵.

³⁸² Yargıtay 11.HD, 2014/10734, 2015/127 K., 12.1.2015 T.; www.kazanci.com.tr; ET:10.04.2019.

³⁸³ Yargıtay 11.HD,2014/1898 E., 2014/10526 K.,4.6.2014 T.www.kazanci.com.tr, ET:10.04.2019.

³⁸⁴ Yargıtay 11.HD, 2015/10995 E., 2016/4659 K., 26.04.2016 T., www.kazanci.com , ET:10.04.2019.

³⁸⁵ Feyzan Şehirali Çelik, **SMK m.155'in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler**; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, C.35, S.2, Haziran 2019, s.68; SMK m.155'in Türk Sınai Mülkiyet Hukukundaki Tescile Etkileri hk.bkz. Feyzan Şehirali Çelik, **Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine; SMK m.155 Vesilesiyle bir İnceleme**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, C.34, S.2.

6769 sayılı SMK'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde tescilli bir markaya karşı açılacak tecavüz davasından önce tescil edilmiş olan sınai hakkın öncelikle sicilden terkin edilmesi gerekmektedir. Bu durum kötünietli kişilerce kötüye kullanılmış; bu kişiler başkasına ait tescilli bir sınai mülkiyet hakkından yararlanabilmek için öncelikle tescil belgesi alarak hak sahibi tarafından açılacak olası bir davada bu tescil belgesini ileri sürmüşlerdir. Bu dönemde tescilin dokunulmazlığı ilkesi Yargıtay tarafından katı bir şekilde uygulanmış ancak az sayıda da olsa Yargıtayın bazı kararlarında daha esnek bir yorum yapılarak hükümsüzlük kararının geçmişe etkili olması gerektiği kabul edilerek tescilin olduğu dönem için de tazminat talep edilebileceği yönünde kararlar verilmiştir³⁸⁶. Oysa ki eğer kötünietli bir tescil sözkonusuysa bu tescilin hükümsüzlüğü talep edilmeksizin bir tecavüz davası açılabilmesine imkan verilmesi daha adil bir düzenleme getireceğinden 6769 sayılı SMK madde 155 ile beraber sınai mülkiyet hakkına tecavüz davalarında sonraki tarihli tescilin savunma aracı olamayacağı hükme bağlanmıştır. İlgili hükmün gerekçesine göre çatışan tescillerin varlığı halinde, önceki tarihli rüçhan ya da başvuru sahibinin kötünietli tescil nedeniyle, tescilli sınai hak sahibine karşı açacağı tecavüz davasında, sonraki tarihli tescilin varlığı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecek ve tazminat sorumluluğu doğacaktır³⁸⁷. İlgili hüküm ile beraber franchise veren kötünietli tescile karşı markanın hükümsüzlüğünü talep etmek yerine doğrudan tecavüzün önlenmesi davası açabilecektir.

Diğer yandan bir franchise sözleşmesi imzalamış franchise alan da sözleşme sona erdikten sonra markanın hükümsüzlüğü talebiyle ya da franchise verenin markanın gerçek sahibi olmadığını ileri sürerek dava açabilir. Oysa ki genel olarak bir lisans alanın lisans verenle bir lisans sözleşmesi imzalaması durumu lisansın varlığını kabul ettiği anlamına gelmektedir. Bu nedenle lisans sözleşmesi imzalayan bir lisans alanın lisans konusu fikri veya sınai mülkiyet hakkının geçerliliğine ya da varlığına itiraz edemeyeceği düşünülmektedir. Amerika Birleşik Devletlerinde bu doktrin "Lisans Alan'ın savunma engeli" olarak adlandırılmaktadır³⁸⁸.

³⁸⁶ HGK, 27.03.2013, E. 2013/11-209, K. 2013/399/2013, www.kazanci.com, ET:02.10.2020.

³⁸⁷ Şehirali/Çelik, **SMK m.155'in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler**; s.64; Sınai Mülkiyet Kanunu ile birlikte tescilli markanın hükümsüzlüğü talep edilmeksizin tecavüz davası açılmasının yolunun açıldığı hk. bkz. Suluk/Karasu/Nal, s.9.

³⁸⁸ Colin Pearson and Nigel Parker, **Post Termination Use of Licensed Intellectual Property by Licensees**, Journal of Intellectual property Law&Practice, 2008, Volume 3, No:5, s.306, , www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

Sınai mülkiyetle ilgili franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda ve sınai hakka yapılan tecavüz durumlarında, sözleşmede tahkim hükmü bulunması koşuluyla, uyuşmazlık hakemlere aktarılabilir³⁸⁹. Diğer yandan fikri ve sınai mülkiyet hukukunda tahkime elverişlilik konusunda sicile tescili gerekli haklarla sicile tescili gerekli olmayan haklar arasında ikili bir ayırım yapılmaktadır. Sicil kamu düzenine ilişkin olduğundan sicile tescili gerekli haklar için tahkime başvurulamayacağı ancak sicile tescili gerekli olmayan haklar için bir sınırlama olmadığı ve bu hakların tahkime elverişli olduğu sonucuna varılmaktadır³⁹⁰.

c. Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunan Maddi ve Gayrimaddi Mallar

aa. Genel Olarak

Fikir ve Sanat eserleri Kanunu ve Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında korumaya konu olmayan franchising sistemine ilişkin maddi ve gayrimaddi mallar ile diğer tanıtıcı işaretler üzerindeki haklar TTK'nun haksız rekabet hükümleri gereğince korunmaktadır. Genellikle bir franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda “haksız rekabet”; franchising sisteminin ayrılmaz unsurları olan tanıtıcı işaretler ile tescil edilmemiş marka, patent, tasarım vb. sınai mülkiyet hakları ile tüm unsurları açısından fikri mülkiyet hakkı korumasına girmeyen fikri mülkiyet haklarının sona ermeden sonra da kullanılması suretiyle gerçekleşmektedir. Ticari sunum şekli (Trade dress)³⁹¹,nin franchise sözleşmesinin sona ermesinden sonraki kullanımı da aynı şekilde “haksız rekabet” oluşturmaktadır.

Haksız rekabet eylemlerini ticari kimlik ve köken haksız rekabeti ve diğer haksız rekabet halleri olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ticari kimlik ve köken haksız rekabeti uygulamada “iltibas veya iktibas” olarak görülmektedir. Ticaret unvanı, işletme adı, ürün ambalajı, ticarete kullanılan sair işaret ve yöntemlerin iltibasa yol açacak şekilde

³⁸⁹ Yıldırım, 33.

³⁹⁰ Yeşilırmak/Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usul**, s.2638.

³⁹¹ “Trade dress kavramı dar anlamıyla etiketler, ambalaj kağıtları, kaplar ve diğer paketlemeleri ifade etmekle birlikte geniş anlamıyla ürünün genel görünümü, genel görünüşleri ve özel satış tekniklerini ifade etmektedir. Trade dress, ayırt edici ve kaynak belirleyici olup tüketicinin ürüne ilişkin ticari forma bakmak suretiyle ürünün kaynağına yönelmesini sağlamaktadır.” İlayda Atay, **Üç Boyutlu Markaların Hukuki Korunması**, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2014 İstanbul, s.36.

kullanımı ile kötüleme ve aldatıcı reklamlar ticari kimliğe zarar veren haksız rekabet halleridir³⁹².

Haksız rekabet 6102 sayılı TTK'nun 54 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK'nundan farklı olarak 6102 sayılı TTK'nunda öncelikle haksız rekabetin amacı tanımlanmış, sonrasında ise haksız rekabete ilişkin temel ilkelere ve tanıma yer verilmiştir³⁹³. TTK madde 55'te ise genel olarak örnekleme yoluyla haksız rekabet halleri tanımlanmıştır. Örnekleme yoluyla haksız rekabet halleri sayılırken ilgili maddede "Aşağıda sayılan haller haksız rekabet hallerinin başlıcalarıdır" denilerek haksız rekabet hallerinin ilgili maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı; bu tanıma girecek ancak burada açıkça sayılmayan davranışların da haksız rekabet olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. TTK madde 54'te haksız rekabetin amacı ve temel ilkeleri belirlenmektedir³⁹⁴.

Madde tanımından yola çıkarak haksız rekabet; dürüst ve bozulmamış rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik olarak rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen haksız ve hukuka aykırı olan dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar olarak tanımlanabilir³⁹⁵.

Haksız rekabetin tespiti/men'i ve eski hale iade davaları için kusur veya fiilen gerçekleşen bir zarar aranmamakta, zarar tehlikesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte haksız rekabet nedeniyle açılacak maddi ve manevi tazminat davaları için zarar zorunlu bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır³⁹⁶.

TTK md. 55'te başlıca haksız rekabet halleri 6 (altı) altbaşlıkta toplanmaktadır³⁹⁷.

³⁹² Güneş, s.34.

³⁹³ Nihal Çınar, Türk Ticaret Kanunu'na göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s.29.

³⁹⁴ "Madde 54-(1) Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.

(2) Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı ve dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."

³⁹⁵ Nomer Ertan, s.99; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.559; Arkan, s.353.

³⁹⁶ Çınar, s.47-48; Nomer Ertan, s.416; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.603 vd.; Poroy/Yasaman, s.421 vd.; Arkan, s.362 vd.

³⁹⁷ Suluk/Karasu/Nal, s.424 vd.

1) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar

a. Kötüleme

b. Gerçek dışı ve/veya yanıltıcı açıklamalarla kendisini veya üçüncü kişiyi rekabette öne geçirme

c.Hakkı olmayan ünvanları, meslek adları, derece ve sembolleri kullanarak kendini üstün yetenekli gösterme

d.Karıştırılmaya yol açan önlemler alma (iltibas)

e. Karşılaştırma

Adi işlere ilişkin haksız rekabet hali ise TBK m.57’de tanımlanmıştır³⁹⁸.

TTK’na ve TBK’na ek olarak FSEK’te de “haksız rekabet” başlığı altında madde 83-87 arasında eser dışındaki koruma konuları düzenlenmiştir. Bu düzenleme yapılırken haksız rekabet yasağı ilkesi ve kişiliğin korunması ilkelerinden hareket edildiği görülmektedir. Bir eserin adı, alametleri ve çoğaltılmış nüshalarının şekilleri ile işaret, resim ve ses nakline yarayan araçların korunması haksız rekabet yasağı ilkesi doğrultusunda düzenlenirken mektup, hatıra ve benzeri yazılar ile resim ve portrelerin korunması kişiliğin korunması ilkesi esas alınarak düzenlenmiştir³⁹⁹. Ancak bu kanunda da haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanmasından bahsedilerek TTK’na atıf yapılmıştır.

Franchise sisteminin müşteriler gözünde bir bütün olarak algılanmasını sağlayacak şekilde sistem içinde kullanılan tescil edilmeyen veya FSEK’e göre “eser” niteliği taşımayan unsurlar; TTK’nun haksız rekabet hükümlerine göre korunurlar⁴⁰⁰. Elle tutulmamakla birlikte o iş için gelir getirmeye yarayan herbir unsur işletme için büyük önem taşımakta olup korunması gerekmektedir. Marka bir işletme ile ilgili önemli bir unsur olmakla birlikte tek unsur değildir⁴⁰¹. Franchising sistemi düşünüldüğünde sistem

f. Tedarik fiyatının altında satış yapma

g. Ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltma

h. Saldırgan satış yöntemleri kullanarak müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlama

i. Mallar, iş ürünleri veya faaliyetler hakkındaki bilgileri gizleme yoluyla müşteriyi yanıltma

j. Taksitle satış ve müşteri kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda eksik açıklamalar yapma, eksik veya yanlış bilgi içeren sözleşme formülleri kullanma

2)Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltme

a. Müşterileri başkalarıyla yaptıkları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltme

b. Üçüncü kişilerin çalışanlarını işgal ile çıkar sağlama

c.Üçüncü kişilerin yardımcılarını üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltme

d.Alıcı veya kredi alan kişiyi sözleşmeden caymaya veya sözleşmeyi feshetmeye yöneltme

3)Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma

a. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap ya da plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak

b. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği halde yararlanmak

c.Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak

4)Başkalarının üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etme ve onlardan haksız yararlanma

5)İş şartlarına uymama

6)Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanma

³⁹⁸ Canan Küçükali, **Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi**, Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.46.

³⁹⁹ İsmail Cem Soykan, İÜHFM C.LXVII, S.1-2, 2009, s.384.

⁴⁰⁰ Gürzumar, s.65 vd; Kırca, s.129;., Arkan, s.358; Nomer Ertan, s.173.

⁴⁰¹ W.Michael Garner, R.Elliot Ginsburg, **Mailing the Blop of Mercury:Goodwill in Franchising**, American Bar Association Franchise Law Journal, 2013, s.1, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

içindeki mal ve hizmetleri ayırt etmeye yarayan slogan, işaret ve amblemler, emtia ve ambalaj biçimleri, mağaza ve lokal dekorasyonları, fiyat listesi, prospektüs, katalog dizaynı gibi unsurlar, personel kıyafetlerinin ya da servis arabalarının üzerine konan resimler, plaketter, ürün fotoğrafları, vitrin düzenlemesi gibi unsurlar haksız rekabet hükümleri ile korunmaktadırlar⁴⁰². Tüm unsurların ayırt edicilik özelliği ön plana çıktığından bunlar topluca; “tanıtıcı unsurlar” olarak da adlandırılmaktadır⁴⁰³. Katalog ya da ürün numara ya da kodları ve genel olarak bir ticari işletmenin tüm ürünleri bakımından geliştirdiği kodlama sistemi de o işletmenin geliştirdiği ürünlerini tanıtan ve diğer işletmelerden ayırt edilmesini sağlayan bir tanıtıcı işaret olup iki işletmenin markaları farklı olsa dahi bunlar arasındaki benzerlik iltibasa yol açacaktır⁴⁰⁴.

Özel kanunlarına göre değil de daha genel bir düzenleme niteliğine haiz haksız rekabet hükümlerine göre korunan haklara “eksik münhasır haklar” denilmektedir⁴⁰⁵. Bunlara “eksik münhasır haklar” denilmesinin nedeni bunlara yapılan tecavüzün tespiti, ref’i ve men’i davalarını açabilmek için zarar veya zarar tehlikesinin varlığını ispat etme zorunluluğundan ve bu haklara ilişkin menfaatlerin haleldar olmasının daha kolay olmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin tescilli bir marka sahibi Sınai Mülkiyet Kanunu’nda yer alan korumadan yararlanarak markasını koruyabilirken tescilli olmayan bir marka sahibinin bu işareti haklı olarak kullandığını, bu işaretin özgünlüğünü, ayırt edicilik kazandığını ve üçüncü kişilerin kullanımının iltibasa sebebiyet verdiğini kanıtlaması gerekmektedir⁴⁰⁶.

Franchise sistemine dahil olan unsurların haksız rekabet hükümleri gereğince korunabilmesinin ön şartı müşteriler gözünde ayırt edicilik işlevi kazanmasından kaynaklanmaktadır⁴⁰⁷. Bu durumda eğer sisteme dahil olan bir unsur, franchise alanın işletmesi lehine bir ayırt edicilik kazanmışsa franchise alan bu unsur üzerinde münhasır hak sahibi olduğunu iddia edebilecek midir? Alman hukukuna göre eğer müşteriler,

⁴⁰² Gürzumar, s.66; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.576.

⁴⁰³ Gürzumar, s.72; Kırca, s.130; Fatma Yavuz, **Franchise sözleşmelerinde Franchise-Alanın Hak ve Yükümlülükleri**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, Ticaret Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2015 Ankara , s.117.

⁴⁰⁴ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.576; Okşan Arslantaş, **Haksız Rekabet Hallerinden İltibas**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilimdalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s.48.

⁴⁰⁵ Gürzumar, s.180; Kırca, s.130.

⁴⁰⁶ Gürzumar, s.39.

⁴⁰⁷ Gürzumar, s.72; Kırca, s.130.

franchise alan ve franchise vereni aynı ekonomik birlik olarak algılar ve franchise alan tarafından gerçekleştirilen kullanımı, franchise verenin işletmesine ait ayırt edici bir işaret olarak algıarlarsa, franchise verenin o tanıtıcı unsur üzerindeki hakkı devam ediyor demektir. Aksi durumda; yani müşterilerin o tanıtıcı unsurun franchise alan tarafından kullanılmasının franchise alanın işletmesi lehine bir ayırtedicilik kazandığını düşünmeleri durumunda ise bu unsur üzerinde bir hak kaybı yaşanması sözkonusu olabilir⁴⁰⁸. Ayırt ediciliğin ilk kullanımdan kaynaklandığı ya da sonrasında müşteriler gözünde böyle bir algı yaratılabileceği düşünüldüğünde bu problemin özellikle yabancılık unsuru taşıyan franchise ilişkilerinde ya da hukuka uygun olarak kurulmayan ilişkilerde ve franchise verenin yeterli reklam ve promosyon etkinliğinde bulunmadığı durumlarda ortaya çıkabileceği aşıkardır. Tanıtıcı unsurun kime ait olduğu hususu özellikle de franchising ilişkisinin sona ermesinden sonra tanıtıcı unsura tecavüz hallerinde açılacak davalar açısından büyük önem taşımaktadır.

Ayırt edicilik niteliğine henüz haiz olmamış franchise sistemine ait unsurların franchise alan tarafından kullanılması tek başına haksız rekabet teşkil etmez ancak franchise alanın sisteme ait unsurları sıklıkla taklit etmek suretiyle ve sonuçta franchise zincirine ait sistemin bütününe yaklaşıpacak şekilde kullanması durumunda, dürüstlük kuralına aykırı hareket nedeniyle haksız rekabet oluşacaktır⁴⁰⁹.

Piyasada ilk defa bir tacir tarafından kullanılarak ayırt edicilik gücü kazanmış olan tanıtıcı unsurlardan taklit sınırına dayanacak bir tarzda ama sınırı aşmaksızın yararlanılması ama iltibasın gerçekleşmemesi durumunda haksız rekabetten bahsedilebilecek midir? Bu durumda her ne kadar iltibas gerçekleşmemiş olsa da bir çağırışım yaratmak sözkonusu olacağından bu durum başkasının kendi emek ve faaliyeti ile yarattığı şöhretinden caiz olmayan şekilde yararlanma olarak kabul edilecek ve haksız rekabetin oluştuğu kabul edilecektir.⁴¹⁰

Ayırt edicilik gücüne haiz tanıtıcı unsurun üçüncü kişilerce iltibas oluşumuna mahal vermeyecek şekilde farklı mal ve hizmet kategorilerinde kullanılması durumunda ise kalite sembolü haline gelmiş bu tanıtıcı unsurun reklam etki ve gücünden haksız

⁴⁰⁸ Gürzumar, s.74; Kırca, s.131.

⁴⁰⁹ Gürzumar, s.79, “Haksız rekabete konu mal ve ürünün orta yetenekteki müşteri ya da alıcılarının aldanması yeterlidir.”; Nomer Ertan, s.187; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.573.

⁴¹⁰ Gürzumar, s.80. İltibas yaratan kimsenin başkasının emeğinden haksız yararlanıyor olması şartı hk.bkz. Nomer Ertan, s.169.

yararlanıldığı ve bu unsurun sahibinin ününden caiz olmayan şekilde istifade edildiği ve parazit bir rekabet yöntemine başvurulduğu kabul edilerek bu fiilin haksız rekabet oluşturacağı kabul edilecektir⁴¹¹.

Yukarıda tanımlı fiillerin franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben franchise alan tarafından gerçekleştirilmesi durumunda da haksız rekabetin gerçekleştiği kabul edilerek franchise veren tarafından kanunda tanımlı hukuki yollara başvurulabilecektir.

Ticaret unvanı, tacirlerin ticari işletmesine ait işlemleri yaparken kullandığı isimdir⁴¹². İşletme adı ise işletme sahibini değil, bir işletmeyi tanıtmak ve benzerlerinden ayırt etmek için kullanılan isimdir. Güllüoğlu Baklavacısı gibi. Ticaret unvanını yalnız tacirler kullanabilirken ve ticaret unvanı kullanmak her tacir için zorunlu iken işletme adı esnaflar tarafından da kullanılabilir ve kullanımı zorunlu değildir. Hem ticaret unvanının hem de kullanılması halinde işletme adının ticaret siciline tescil ettirilmesi zorunludur⁴¹³. Gerek ticaret siciline tescil edilen gerek edilmeyen ticaret unvanları ve işletme adları ise haksız rekabet hükümleri gereğince korunmaktadır⁴¹⁴.

Türk hukukunda ticaret unvanlarının tescili aşamasında yalnızca tescilli ticaret unvanları açısından inceleme yapılmakta olup bu ibarenin başkasına ait marka, işletme adı, internet alan adı hakkını etkileyip etkilemediği değerlendirilmemektedir. Eğer daha önceki tarihli bir tescil yoksa bir franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben sözleşmesi sona eren bir franchise alanın kendi adına franchise sistemi unsurları ile çağrışım yaratacak bir ticaret unvanı tescil ettirmesi olasıdır. Bu durumda da haksız rekabet kuralları devreye girerek gerekli koruma sağlanmalıdır⁴¹⁵.

Aynı şekilde her tacirin seçmek ve kullanmakla yükümlü olduğu franchise verene ait tescilsiz ticaret unvanı ya da benzeri, yine franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben franchise alan tarafından kullanılırsa franchise veren haksız rekabet hükümlerine

⁴¹¹ Gürzumar, s.80; Nomer Ertan, s.189.

⁴¹² Arkan, s.279; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.397; Ali Bozer, Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2018, s.177; Ayhan/Çağlar, s.311; Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, b.20, Beta Yayınları, 2019 İstanbul, s.134.

⁴¹³ Arkan, s.279; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.397; Bozer/Göle, s.190,200; Ayhan/Çağlar, s.321; Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, s.138-141.

⁴¹⁴ Arkan, s.290, 292 vd.; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.437 vd.; Poroy/Yasaman, s.257; Bozer/Göle, s.195; Ayhan/Çağlar, s.323; Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, s.140-141.

⁴¹⁵ Mehmet Emin, Rauf Karasu, Abdullah Altıntaş, Hakan Koçak, **Ticaret Ünvanlarının Tescili Sırasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri-Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (77) (2), İstanbul 2019, s.804.

göre korunacaktır. Diğer yandan TTK m.50’de tescilli ticaret unvanlarını kullanma hakkının sadece sahibine ait olduğu ve tescil ve ilan edilen ticaret unvanlarını sadece sahibinin tüm Türkiye içinde kullanma hakkı olacağı belirtilmektedir. TTK m.52’de ise ticaret unvanına tecavüz halinde bu unvanın sahibinin başvurabileceği hukuki yollar düzenlenmiştir. TTK m. 52’ye göre ticaret unvanının ticari dürüstlüğe aykırı şekilde bir başkası tarafından kullanılması halinde hak sahibi bunun tespitini, yasaklanmasını, haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gerektiğinde ilgili malların imhasını ve zarar varsa kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat talep edebilir. Ticaret unvanı için getirilen bu geniş koruma ile ticaret unvanı korumasının, marka patent korumasına yaklaştırıldığı söylenebilir⁴¹⁶.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda⁴¹⁷; bir başka şirketin ticaret unvanından yapılan iltibas nedeniyle haksız rekabetin gerçekleştiği belirtilerek; haksız rekabet yaratan şirketin ticaret unvanının ilgili kısmının sicilden terkinde karar verilmiştir.

Franchise sözleşmesinin sona ermesi halinde, franchise alan tarafından en çok “karıştırılmaya yol açan önlemler alma (iltibas)” (ticari işletme ya da tanıtıcı işaretlerde iltibas) ya da “üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etme ve onlardan haksız yararlanma” şeklinde ihlallerin yapılacağı tabidir. İltibas, franchise alanın franchise verene ait emtia, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticari işletmesi ile benzerlik yaratarak

⁴¹⁶ Poroy/Yasaman, s.467 vd.; Arkan, s.291; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.429; Oruç Hami Şener, **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara Kasım 2016, s.543.

⁴¹⁷ Yargıtay 11. HD., 2012/9798 E., 2014/1297 K.; 21.1.2014 T., www.lexpera.com, ET:01.05.2019 “...Davacı vekili, davalı şirketin müvekkili şirketten sonra kurulduğu halde müvekkili şirketin unvanında bulunan "SOV" ibaresini kendi unvanında kullanarak iltibasa neden olduğunu, ayrıca davalılardan E.. A.. ve E. G.’un daha önceden müvekkili şirkette çalışırken ayrılarak davalı şirkette çalışmaya başladıklarını ve müvekkili şirketin müşteri portföyünü davalı şirkete aktardıklarını, bu durumun müvekkilinin maddi ve manevi zararına neden olduğunu, aynı zamanda davalıların eylemlerinin haksız rekabete neden olduğunu ileri sürerek, haksız rekabetin tespit ve men'i ile, davalı şirketin unvanında bulunan "SOV" ibaresinin silinmesini ve 25.000 YTL maddi, 50.000 YTL manevi tazminatın davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, "SOV" ibaresinin iltibasa neden olmadığını ve müvekkillerinin haksız rekabete bulunmadıklarını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda davalı tüzel kişilik ile davacı unvanlarının çekirdek unsurlarının benzediği, aynı iş kolunda ve aynı bölgede çalıştıkları, davalı şirketin unvanını kötüniyetli olarak aldığı, davacının maddi ve manevi zararının doğduğu, davalı unvanının terkinin gerektiği, davalı gerçek kişiler hakkında daha önce tesis edilen karar kesinleştiğinden haklarında karar verilmesine yer olmadığına, davalı şirket hakkındaki davanın kısmen kabulüne, unvanındaki 'S.O.V' ibaresini kullanmasının haksız rekabet oluşturduğunun tespitine, kullanımının men'ine, bu ibarenin ticaret sicilinden silinmesine, 8.082,49 TL maddi ve 10.000 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmiştir.”

karışıklığa ya da yanılmaya yol açması ve franchise verenin isminden, unvanından, markasından veya üretilen malın şeklinden, ambalajının renk ve kompozisyonundan yararlanarak bunun aynısının ya da benzerinin kullanılması suretiyle franchise verenin emeğinden yararlanılması şeklinde ortaya çıkar⁴¹⁸. Örneğin Yargıtay aynı hizmeti veren iki şirketten birinin tescilsiz markasının sonradan diğerinin ticaret unvanında kullanılmasını ve ticaret unvanının sonradan tescil ettirildiği de göz önüne alınarak karışıklık yaratacağı gerekçesiyle iltibasın bulunduğu yönünde karar vermiştir⁴¹⁹. Yine yabancı bir markanın türkçe yazılışı ile piyasaya mal çıkarılması halinde de iltibas yoluyla haksız rekabet meydana gelir. Markaların veya unvanların önüne ve sonuna ekler konularak kullanılması halinde (Özvaran gibi), Lacoste markasının timsah ambleminin, adidas markasının üç yapraklı yoncasının tekstil ürünlerinde kullanılması durumunda da iltibas yoluyla haksız rekabet olduğu kabul edilir. İltibas; sadece ad, unvan ve markalarda değil ambalajlarda da sözkonusu olabilir. Örneğin Yargıtay tarafından “Nestle Gofret” ile “Ödül Gofret”in ambalajlarının renk, ebat ve kompozisyon bakımından iltibas oluşturabileceği, bu malların hitap ettiği tüketici kitlesinin göz önüne alınması gerektiği yönünde karar verilmiştir. Yine Yargıtay tarafından markalar ve emtialar farklı olsa bile şişeler arasındaki benzerliğin iltibas oluşturduğu yönünde karar verilmiştir⁴²⁰. Bir başka kararında ise Yargıtay 1999’dan beri kullanılan “Danino” kaplarının herhangi bir teknik ve işlevsel zorunluluk bulunmamasına rağmen “Büyümix” ürününün kaplarına çok benzediğine, çocuklara hitap etmeleri ve raflarda diziliş şekliyle de karıştırılma ihtimalinin çok fazla olduğuna işaret ederek iltibasın bulunduğu karar vermiştir. Bir başka kararında da aynı şekilde G Antik tanıtıcı işareti ile üretilen altıgen şeklinde sütünlü bir sobanın başka bir markanın imal ve piyasaya arz ettiği tescilsiz tasarıma teknik zorunluluk bulunmaksızın çok fazla benzetilmesi eyleminin iltibas oluşturduğuna karar vermiştir⁴²¹. Farklı başka bir kararda ise; bir firmanın internette bir markayı anahtar kelime olarak kullanması ve arama motorunda kendi markasını öne çıkarması haksız ticari fayda sağlamak olarak yorumlanarak haksız rekabetin varlığına

⁴¹⁸ Poroy/Yasaman, s.347.

⁴¹⁹ Yargıtay HGK, 2007/11-965 E., 2007/961 K., 12.12.2007 T., www.kazanci.com, ET:18.04.2019.

⁴²⁰ Poroy/Yasaman, s.351.

⁴²¹ Yargıtay 11.HD, 2010/8285E., 2012/1924 K., 14.02.2012 T., www.kazanci.com, ET:19.06.2019

hükmedilmiştir⁴²². Yargıtayın ilerleyen tarihli kararlarında da temel prensibi değiştirmedigi ve farklı bir yoruma gitmediği görülmektedir⁴²³.

Yargıtayın 15.4.2013 tarihli bir başka kararında ise makinelerin teknik zorunluluk olduğu sürece birbirlerine benzemelerinin iltibas ortadan kaldırmayacağı hususu vurgulanmıştır⁴²⁴.

Herbir tacir; ticari işletmesini diğerlerinden ayırmak için ona farklı bir görünüm verir. Personelin kıyafet ve üniformaları, dekorasyon, kullanılan kağıtlar, broşürler, ad ve tabelaların yazılış şekilleri, tasarımlar, ürün ambalajları ile farklılık yaratılabilir. Franchise sözleşmesi sona ermiş olan eski bir franchise alanın kendi açtığı yeni bir ticari işletmeyi franchise verenin işletmesinin zincirine dahilmiş gibi göstermek istemesi, satış fişlerinde, antetli kağıtlarında, mağaza dekorasyonlarında ayniyet ya da benzerliğin bulunması “ticari işletme ile iltibas” a bir örnektir⁴²⁵.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda; davacının “trade dress” olarak nitelendirdiği ticari sunum şekillerinden doğan haklarının ihlal edildiğini ileri sürdüğü davada; eski franchise alan davalının açtığı restoranlarında aynı tarz görsel unsurları, tabelaları ve dekorasyonu kullandığı ileri sürülerek marka hakkına tecavüz ve haksız

⁴²² Poroy/Yasaman, s.352, Yargıtay 11. HD, 2015/12152 E., 2016/9489 K., 12.12.2016T., Sınai Mülkiyet Kanunu madde 29/1 “Aşağıda sayılan fiiller marka hakkına tecavüz sayılır; Marka sahibinin izni olmaksızın markayı 7. maddede belirtilen biçimde kullanmak...”
“7(3)(d) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması...”

⁴²³ Yargıtay tarafından verilen 12.04.2017 tarihli kararda; her ne kadar davalının tescilli marka ve tasarımları mevcutsa da; davalının meyveli yogurt ambalaj tasarımında “büyüdüm” markasını tescile uygun kullanmadığı, yazı biçimi ve renk kompozisyonu bakımından davacının tescilli markası ile iltibas yarattığı, bu durumun marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet yarattığı gerekçeleriyle davalı kullanımlarının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespitine, önlenmesine ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, tecavüz teşkil eden paket ve ambalaj ürünlerinin toplatılmasına, belirtilen ibarelerin silinmesine, mümkün olmadığı takdirde imhasına karar verilmiştir.(Yargıtay 11.HD, 2015/13564 E., 2017/2086K., 12.4.2017 T., www.lexpera.com, ET:21.06.2019).

⁴²⁴ Davacı; davalı tarafından üretilen makinelerin kendi arge çalışmaları ile ve uzun süren bir emek sonucu üretildiğini ve ilk kez kendisi tarafından piyasaya sürüldüğünü, buna rağmen bu makinelerin aynısının davalı tarafından iltibas yoluyla taklit edildiğini, bu nedenle davalı makinelerinin toplatılması ve yedimeine tevdi için tedbir kararı verilmesi ile haksız rekabetin engellenmesine karar verilmesini talep etmiştir. Bunun üzerine ilk derece mahkemesi, davaya konu makinelerin birebir aynı olduğu, benzerliğin teknik bir zorunluluktan kaynaklanmadığı, makinelerin farklı bir marka ile dağıtımının bu ürünlerin farklı olduğunu göstermeyeceği, alıcı gözünde ilk uyanan izlenim yanılmasının yeterli olacağı şeklindedir. Yargıtay ise makinelerin daha önce üretilen harci alem makineler olduğu iddiası ile benzerlik iddiaları yönünden teknik inceleme yapılması gerekirken bunun yapılmadığı gerekçesi ile ilk derece kararını bozmuştur. (Yargıtay 11. HD; 2012/7983 E.2013/7284 K., 15.4.2013 T., www.lexpera.com, ET:08.12.2018).

⁴²⁵ Arslantaş, s.50.

rekabet iddiasıyla açtığı davanın kabulü yönünde verilen ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır⁴²⁶.

Yine aynı şekilde imzalanan franchise sözleşmesi gereği davalının “The North Shield” ticari markasını kullanarak pub işlettiği, publarda kullanılan markanın vazgeçilmez dekorasyonu ile konseptinin bulunduğu, davalının bu dekorasyon ve konsepti kullanarak başka bir markayla aynı yerde pub işletmesi nedeniyle bu kullanımın durdurulması; haksız rekabetin menü ve manevi tazminat talebiyle açılan davada ilk derece mahkemesi davacıyı haklı bulmuş; Yargıtay ise kararın bu kısmını onanmıştır⁴²⁷. İlgili kararlar birlikte işletme biçimi, işletmenin iç mekan ve tasarımı, işletmede kullanılan tüm malzeme, menü fiyat politikası, ürün çeşitleri, işletme tarzının bir bütün olarak know-how oluşturacağı tespiti de yapılmıştır.

Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etme ve onlardan haksız yararlanma şeklinde gerçekleşen haksız rekabet ihlali ise franchise ilişkisinde franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda know-how’ın ya da know-how oluşturmeyen ticari sırların kullanımına son vermeyerek kullanılmaya devam edilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Know-how; franchise ilişkisinde büyük önem taşıyan başka bir sınai hakkı

⁴²⁶ Burçak Yıldız, **Mağazaların Dekorasyon Planlarının Marka olarak Korunması**, Sabih Arkan’a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.1419, dipnot 42.

⁴²⁷ “...Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, davacının haksız rekabetin menü talebinde de bulunduğu, sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren 1 yıllık süre geçtiğinden bu talebin konusunun kalmadığı, uyuşmazlığın taraflar arasındaki franchise sözleşmesinde kararlaştırılan rekabet etmeme yasağının ihlal edilip edilmediğinden kaynaklandığı, her ne kadar sözleşmenin 21.9.2009 tarihinde sona erdiği beyan edilmiş ise de davalı tarafın 2009 Ekim, Kasım ve Aralık aylarıyla ilgili ödemeler yaptığı, sözleşmenin bir süre için daha uygulandığı, 1.1.2010 tarihinden itibaren ödeme yapılmadığı, defter ve kayıtlara göre davacının 1.550.84 TL alacağının belirlendiği, 4054 Sayılı Kanun’un 4. maddesine uygun şekilde Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan ‘Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin 5/6. maddesi hükmüne göre, rekabet halindeki mal ve hizmetlerle ilgili olması, faaliyette bulunan tesis ile sınırlı bulunması ve know-how’u korumak için zorunlu bulunması şartıyla 1 yıla kadar rekabet etmeme yükümlülüğünün kararlaştırılabileceği, sözleşmenin 8. maddesinde davalıya know-how’un verildiğinin kararlaştırıldığı, 13. maddesinde ise davalının, kendisine devir edilen know-how’u herhangi bir şekilde kullanmayacağını ve kullanılmasına izin vermeyeceğini taahhüt ettiği, işletme biçimi, işletmenin iç mekan ve tasarımı, işletmede kullanılan tüm malzeme, menü fiyat politikası, ürün çeşitleri, işletme tarzı vs bir bütün olarak know-how’ı oluşturacağı, davalının faaliyetinin sözleşmenin 8 ve 13. maddelerine aykırılık teşkil ettiği, rekabet yasağının çalışma hürriyetiyle ilgisinin olmadığı, aynı işyerinde aynı konseptte aynı işyeri tasarımı kullanılarak ve davacının, davalıya verdiği know-how’a göre ticari faaliyetinin yürütülmesini içerdiği, davalı eyleminin rekabet etme yasağına aykırılık ve haksız rekabet teşkil ettiği, davalının açık kusuru olduğu, eylemin 6762 Sayılı T.T.K.nın 58 ve 818 Sayılı B.K.nın 49. maddeleri uyarınca manevi tazminatı da gerektirdiği, davalının rekabet yasağına aykırı davranışı sebebiyle elde ettiği gelirin belirlendiği, davacının ayrıca sözleşmeden kaynaklı alacağının olduğu gerekçesiyle 95.714.13 TL maddi tazminat, 1.550.84 TL bakiye sözleşme alacağı ile 2.500 TL manevi tazminatın tahsiline, 1 yıllık rekabet yasağının başlama süresi ve karar tarihi itibarıyla menü talebi konusuz kaldığından bu konuda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir...”

(Yargıtay 11.HD; 2012/10309 E., 2014/1890 K. 4.2.2014 T.,www.lexpera.com, ET:18.09.2018)

oluşturmaktadır. Know-how ve diğer ticari sırlar haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktadır. Nitekim haksız rekabetin tespiti ve men'i ve tazminat talebiyle açılan bir davada, davalı tarafından kullanılan internet sitesi iş modellerinin davacınıninkilerle benzediği gerekçesiyle davanın kabulü yönünde verilen ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından onanmıştır⁴²⁸.

Franchise alan, franchise verenin işini yürütmek üzere kendisine verdiği ve gizli know-how olarak değerlendirilebilecek reçete, çizim, grafik vb bilgiler ile müşteri listeleri, reklam malzemeleri, işletmenin donanımında kullanılan araçları sözleşme sonunda franchise verene iade etmelidir. Franchise alanın bu borcu vekilin aldığı şeyleri iade yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır⁴²⁹. Franchise alan bakımından franchising ilişkisinin sona ermesinden sonra belli bir telefon numarasının kullanımı, işi devam ettirebilmek adına, büyük önem taşıyabilir. Buna rağmen mahkemeler, franchise alana böyle bir izin vermemekte ve eğer sözleşmede açık hüküm varsa ve olaylar da haklı gösteriyorsa bu numarayı devir etme yükümlülüğü getirmektedirler⁴³⁰.

Nitekim Yargıtay başka bir kararında⁴³¹, bir şirkette hissedarken ayrılıp aynı konuda kendi şirketini kuran ancak hissedar bulunduğu eski şirketindeki telefon

⁴²⁸ "...davalı şahsın davacı ile gizlilik sözleşmesi imzalayarak franchise görüşmelerine başladığı, ancak 17.06.2010 tarihli e-mail ile bu görüşmelere devam etmeyeceğini bildirdiği, bu e-mailenden kısa bir süre önce de davalı Şirket'i kurmuş olduğu, davalının gerçek amacının franchise sözleşmesi yapmak değil bu şirketi bu bilgilerle kurmak olduğunun anlaşıldığı, davalının kullandığı internet sitesi iş modellerinin davacı şirketin internet sitesi ve iş modelleri ile benzediği, ...dışı bir operasyonun Türkiye'deki uzantısı imajı yaratıldığı, sitede yer alan ifadelerde kopyalama derecesinde benzerlik olduğu ve sitede kullanılan görsellerin de birbirine açıkça benzediği, misyon ve değerler konusunda benzer ifadelerin kullanıldığı, tahmini maliyetin hesaplanması konusunun benzer olduğu, yine davacının dizayn kitapçığında yer alan tasarımlar ile davalının şube uygulamaları arasında çok büyük benzerlikler bulunduğu, bu ekipmanların da davacı şirketi taklit ettiği, davacı şirketin internet sitesinin ve iş modellerinin davalılarca birebir benzerinin zorunlu olmamasına rağmen yapıldığını, davalıların eylemlerinin 6762 sayılı TTK'nın 56. ve 57/5-8 maddeleri gereğince haksız rekabet ettiği;...haksız rekabetin tespitine ve men'ine,...takdiren 200.000 TL'nin tespit talep tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte bu dosyanın davalısından alınarak davacı tarafa verilmesine, sair talebin reddine karar verilmiş" ve ilgili karar Yargıtay tarafından onanmıştır.(Yargıtay 11.HD; 2015/13143 E. ve 2017/2599 K., 3.5.2017 T., www.lexpera.com, ET:12.11.2018.

⁴²⁹ Kırcı, s.188.

⁴³⁰ Clay A.Tillack and Mark E.Ashton,s.9.

⁴³¹ "...Bu suretle davalı'nın davacı şirketçe kullanılan ancak kendi adına kayıtlı olması sebebiyle davacı şirket ortaklığından ayrılması sonrasında kişi işletmesinde bu telefon numarasının kullanılması ve ardından da davalı şirketçe kullanılarak müşteriler nezdinde karışıklığa mahal verilmesi haksız rekabet olarak değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte davalıtarafından alınan www.escenerji.com adlı internet sitesinde dava dilekçesine eklenen belgeyle birlikte davaya konu telefon numarasının kullanıldığı iddia edilmesine rağmen mahkemece bu hususta bir araştırma yapılmamış; gerekçede bu yönde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Davacı tarafça davalıların hileli eylemleriyle müşteri çevresinin azaltıldığı ve davalının bu yöndeki eylemlerinin de haksız rekabet yarattığı iddia edilmiştir. Dinlenen tanık beyanlarında da davacı tarafından kullanılan telefon numarasını arayan müşterilere davalılar ve çalışanları tarafından şirket adının değiştirildiği bildirildiği, müşterilerin davalılar tarafından yapılan

numarasını kullanmaya devam etmek suretiyle müşteriler gözünde karışıklığa yol açan kişi için, bu telefon numarasının daha öncesinde de bu kişiye ait olduğu hususunu göz önüne alarak haksız rekabet olmadığı yönünde karar veren ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

Sözleşmenin sona ermesinden sonraki tüm kullanımlar bir ihlal hali oluşturmaz. Örneğin, lisans alanın lisanslanmış ve tescil edilmiş bir markayı farklı mal ve hizmetlerde kullanması durumunda; bu kullanımın karmaşa yarattığı, markanın değerini düşürdüğü ya da zarar verdiği ispatlanmalıdır⁴³².

Franchise sözleşmesinin sona ermesi ya da feshi durumunda franchise alanın franchisingten kaynaklanan bazı hakları kullanmaya devam etmek istemesi ya da buna zorunlu olması durumu da ortaya çıkabilir. Franchise alan franchise sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi durumunda, geçiş dönemi boyunca bazı hakları kullanmaya gereksinim duyabilir. Franchise alana markaların lisans verilmesi durumunda, mevcut stokların eritilmesi, markayla bağlantılı sözleşmelerin ifası ya da markayı içeren promosyon malzemelerinin ya da diğer malzemelerin kullanılması durumunda olduğu gibi markayı kullanma hakkı olabilir. Tüm bu faktörler lisanslanmış markanın kullanımına derhal son verilmesini pratik olarak ya da ekonomik olarak imkansız kılacaktır⁴³³. Örneğin Yargıtay tarafından verilen bir kararda⁴³⁴ Yargıtay açıkça davalının

işlerin davacıya ait olduğunu sandıkları gibi davacının bu iddiasına dair ifadelerin yer aldığı da anlaşılmaktadır.

Tanıtma vasıtalarıyla iltibasa örnek verilebilecek diğer bir hal de alan adlarında meydana gelen iltibastır. Alan adlarında iltibas; başkalarının haklı olarak kullandığı ad, ünvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibas yaratmak üzere kullanılabileceği gibi kullanılan bir alan adının daha sonra başkası tarafından marka, ticaret ünvanı, işletme adı vb. olarak kullanılması suretiyle de oluşabilir. Alan adları da diğer tanıtma vasıtalarıyla iltibas oluşturulmasında olduğu gibi haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktadır.

Mahkeme kararının gerekçesinde tanık beyanları kısmen özetlenmekle birlikte tanık beyanları değerlendirilmemiştir. Bu suretle dava dilekçesinde ileri sürülen davalı eylemlerinin tamamı tartışılmamış olup, iddia edilen hususlarda tanık beyanlarının ve tüm delillerin değerlendirilmesi, taraf defter kayıtlarında yapılacak bilirkişi incelemesiyle müşteri çevresinin azaltıldığı iddiasının belirlenmesi, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporundaki tespitler de nazara alınarak varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve değerlendirmeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11.HD,2016/1231 E. ve 2017/713 K., 9.2.2017 T., www.lexpera.com, ET:23.05.2018

⁴³² Pearson, Parker, s.312.

⁴³³ Pearson, Parker, s.305.

⁴³⁴ Serhan Dinç, **Türk Ticaret Kanununa göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar**, b.2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.134 (Yargıtay 11. HD., E. 2014/911 K. 2014/19859 T. 16.12.2014)

“...Davacı vekili, müvekkilinin “Alfemo” ibareli tanınmış markasının bayilik sözleşmesi feshedilmesine rağmen davalılarca kullanmaya devam edildiğinin tespit edildiğini ileri sürerek, markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturan eylemlerin durdurulmasını, önlenmesini, 20.000 TL maddi, 15.000 TL manevi tazminatın davalılardan tahsilini ve hükmün ilanını talep ve dava etmiştir.

bayilik sözleşmesi sonrasında elinde kalan markalı orjinal ürünleri satmasının haksız rekabet teşkil etmeyeceğini belirterek hesaplanacak tazminatta da bu hususun dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.

bb. Hukuki Başvuru Yolları

Haksız rekabetin vukubulması halinde açılacak davalar TTK madde 56'da tanımlanmaktadır.

TTK md.56 gereğince haksız rekabetten zarar gören ya da zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya olan kimse haksız rekabetin tespiti, men'ini, haksız rekabet sonucu doğmuş olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış ve yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların ortadan kaldırılmasını, eğer gerekli ise rekabetin işlenmesinde kullanılan araç ve malların imhasını talep edebileceği gibi zararın oluşmuş

Davalı şirket temsilcisi ve davalı, yargılama sırasında davanın husumet ve esas yönünden reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davalının bayilik yetkisi sona erdirildiği halde, markasından yararlanmayı davacı şirketle organik bağlantısı varmışcasına sürdürdüğü, basiretli bir tacir gibi davranıp markayı taşıyan unsurları kaldırmak, üstlerin örtmek, bir şekilde kullanmamak çabasını göstermediği, davalılardan E. S.'nin marka sahibince levhaların sökülmesi için gönderilen işçiyi engellediği, davalının feshi rağmen markayı kullanmaya devam etmesinin marka tecavüzü ve haksız rekabet oluşturduğu, davalının "elindeki malları satma eylemi", markaya tecavüz olarak nitelenmese de söz konusu işareti markasal biçimde kullanmasının haklılığının bulunmadığı, davalının eylemi markaya tecavüz olmakla birlikte, elde ettiği gelirin tamamını yalnızca davacı markası sayesinde gerçekleşmiş olmayacağı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalılar vekili temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, davacıya ait markanın kullanımının 556 sayılı KHK'nın 12. maddesi bağlamında bir kullanım sayılamayacağını belirgin olmasına göre davalılar vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, davacının markasının davalılar tarafından haksız kullanımının önlenmesi, tecavüzün ve haksız rekabetin durdurulması ile maddi ve manevi tazminatın tahsili istemine ilişkin olup, davalı tarafın davacının tescilli markasını bayilik sözleşmesinin fesh edilmesine rağmen haksız bir biçimde kullanmaya devam ettiği dosya kapsamı ile sabittir. Esasen uyumsuzluk maddi tazminat ve buna bağlı olarak manevi tazminat miktarının ne olması gerektiği noktasında toplanmakta olup, mahkemece, davalı şirket defterleri üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda davalı şirketin elde etmesi muhtemel gelir üzerinden soyut bir şekilde yapılan hesaplama sonucunda belirlenen tutar esas alınmak suretiyle yazılı gerekçelerle istem gibi maddi tazminat miktarı hüküm altına alınmıştır.

Oysa, davacı tarafından fesh edilen bayilik sözleşmesi çerçevesinde davalı şirketin elinde kalan ve davacının orjinal markasını taşıyan ürünlerini pazarlamasının markaya tecavüz ve haksız rekabet teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur. Bu nedenle de, davacı markasını taşıyan orjinal ürünlerin satışı nedeniyle elde edeceği gelir dışında kalan ve mahkemenin hüküm fıkrasında tespit ve önlenilmesine karar verilen davalıların tecavüz oluşturan kullanımları nedeniyle davalı şirketin elde etmesi muhtemel gelirine, başka bir ifade ile bu şekildeki kullanımın davalıların orijinal ürünlerin satışından dolayı elde edeceği kârına ne oranda etki yapacağını bilirkişi incelemesi ile belirlenmesi suretiyle davacının maddi tazminat isteminin değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak da daha makul bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken bu yönden eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenlerle davalılar yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...”

olması durumunda maddi ve manevi tazminat talebinde de bulunabilir⁴³⁵. Eğer haksız rekabet nedeniyle maddi tazminat davası açan kimse maddi tazminat olarak karşı tarafın haksız rekabet nedeniyle elde ettiği kara hükmedilmesini talep ederse hakim bu miktara da karar vermekte serbesttir. Hakim bu kararı verirken haksız rekabet nedeniyle işletmenin kurulduğu günden itibaren elde ettiği kara ya da tahsil ettiği ücretlerin tamamına hükmedemeyeceği gibi pazarda rakip işletmelerin olduğu durumlarda da bu husus maddi tazminatta bir indirim nedeni olarak gözönüne alınmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir. Haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ve maddi tazminat talebiyle açılan bir davada; Yargıtay ilk derece mahkemesinin davalının haksız rekabete konu hizmetler nedeniyle elde edilen ciro üzerinden maddi tazminata karar veren ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Bozma kararında Yargıtay, hem davalının elde ettiği tüm ciro miktarı üzerinden maddi tazminata hükmedilmesini hem de pazarda aynı konuda hizmet veren diğer firmaların faaliyetlerini dikkate almayarak maddi tazminata karar vermesini bozma nedeni olarak belirtmiştir⁴³⁶. Ayrıca Davacı, maddi tazminat olarak meydana gelen zarar miktarını talep etmeyi seçerse aynı zamanda davalının haksız rekabet nedeniyle elde etmesi mümkün görünen menfaatine karar verilmesini talep edemez.

⁴³⁵ Arkan, s.362vd.; Kırca, s.130.

⁴³⁶ Yargıtay 11. HD, 2016/5604 E., 2017/451 K., 24.1.2017 T., www.lexpera.com, ET:12.07.2018

“.....Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında, davalının haksız rekabete konu hizmetler nedeniyle elde ettiği ciro belirlenmiş, davalının bu hizmetler nedeniyle elde ettiği net kar oranı hesaplanmamıştır. Mahkemece bilirkişi raporunda belirlenen miktarın tamamı davalının zararı olarak kabul edilmiştir. Ancak davalının haksız rekabete konu hizmetler nedeniyle tahsil ettiği ücretlerin tamamının davacı zararı olarak kabulü mümkün değildir.

Ayrıca davalı bölgede davaya konu hizmetleri verebilecek başka muayenehane ve polikliniklerin de bulunduğunu savunmuş, mahkemece davalının bu savunması üzerinde durulmamıştır. Haksız rekabet tarihi itibarıyla taraflar dışında aynı hizmetleri veren başka firma ya da firmaların bulunması halinde davalının eyleminin davacının pazar payını tamamen kapattığı kabul edilemeyeceğinden bu husus üzerinden davacının davalının eylemi nedeniyle uğradığı maddi zararın tespiti gerekirken bu husus üzerinde durulmadan karar verilmesi doğru olmamıştır.

Bu durumda mahkemece, öncelikle haksız rekabete konu hizmetler nedeniyle davalının elde ettiği net karın hesaplanması ve haksız rekabet tarihi itibarıyla taraflar dışında aynı hizmetleri veren başka firmaların olup olmadığı araştırılarak, davalının eylemi sebebiyle davacının uğradığı zararın tespit edilmesi, bu hususlar üzerinde durularak yapılacak inceleme sonucu davacının uğradığı zararın tespiti mümkün olmazsa bu durumda da Borçlar Kanunu'nun 42.maddesi uygun bir tazminatın belirlenerek hüküm altına alınması gerekirken, anılan hususlar üzerinde durulmadan yapılan hesaplama sonucuna göre haksız rekabete konu hizmetler sebebiyle davalının tahsil ettiği ücretlerin tamamının tazminat miktarı olarak esas alınması suretiyle karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu sebeple davalı yararına bozulması gerekmiştir”.

Hatta Yargıtay daha da ileriye giderek haksız rekabet nedeniyle talep edilen maddi tazminat talebiyle açılan bir davada⁴³⁷ davacı zarar miktarını ispat edememiş dahi olsa eğer haksız rekabet fiili gerçekleşmişse mahkemenin maddi zararın gerçekleşmiş olduğunu kabul etmesi ve duruma uygun bir maddi tazminata hükmetmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Haksız rekabetin tespiti davası açabilmek için hukuki ihtilaf konusunun tespit edilmesinde davacının korunmaya değer meşru bir menfaatinin bulunması gerekmektedir. Meşru menfaat değerlendirmesi yapılırken haksız rekabetin fiilen devam etmekte olması da gerekmemektedir. Bir fiil bir kere gerçekleşip sona erse dahi aynı şekilde haksız rekabetin tespiti talebinde bulunulması mümkündür⁴³⁸. Nitekim Yargıtay tarafından verilen bir kararda; her ne kadar davalı dava esnasında ticaret unvanını değiştirerek haksız rekabete son vermişse de ileride tekrar aynı şekilde kullanıma gidebileceği düşüncesiyle haksız rekabetin tespiti yönünde karar verilmesi uygun olur denilerek ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur⁴³⁹.

⁴³⁷ Yargıtay 11.HD, 2012/8810 E. ve 2014/743K., 14.1.2014 T., www.kazanci.com, ET.12.03.2019 “Dava, davalının TTK.’nın 547.maddesi hükmüncü rekabet yasağını ihlal ettiği iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminatın tahsili istemine ilişkin olup, yukarıda yazılı gerekçede de açıkça belirtildiği üzere davalının davacı aleyhine haksız rekabette bulunduğu sabittir. Uyuşmazlık, davacının maddi tazminat istemine ilişkin koşulların oluşup oluşmadığı noktasında toplanmakta olup, mahkemece, hem davacı şirketin hem de davalı şahıs işletmesinin zarar ettiğinden hareketle davacının TTK.’nın 58. maddesi kapsamında talep edebileceği bir maddi tazminatın bulunmadığı sonucuna varılarak davacının bu kalem istemi reddedilmiştir.

Oysa, mahkemece davalının davacı aleyhine haksız rekabette bulunduğu isabetle tespit edilmesi karşısında, davalıya ait işletmenin defterlerinin zarar göstermesinden bağımsız olarak kabulün aksine davacının herhalükarda maddi bir zarara uğradığının kabulü gerekir. Ne var ki, davacı zarar tutarını ispat edememiş olup, mahkemece, mülga BK’nun 42 nci maddesi (6098 sayılı Kanunun 50 nci maddesi) dikkate alınarak davacı yararına uygun bir miktar maddi tazminata hükmedilmesi gerekirken, bu kaleme istem ilişkin olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir...”

⁴³⁸ Çınar, s.152-153.

⁴³⁹ Yargıtay 11. HD,2005/13234 E., 2007/4732 K.,22.03.2007 T.,www.kazanci.com, ET:12.07.2018

“...Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan ve yerinde görülmeeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Ancak, davalının ticaret unvanındaki “H. ” ibaresinin davanın devamı sırasında “ Y. ” olarak değiştirilerek bu değişikliğin tescil ve ilan edilmesi nedeniyle anılan sözcüğün davalının ticaret unvanından silinmesi istemi konusuz kalmış ise de, davalı şirketin değiştirdiği ismi yeniden kullanarak haksız rekabete devam etme ihtimaline karşı davacının davalı tarafın hukuka aykırı eylemlerini önleyici bir ilamla yasaklatma- engelleme olanağı elde etmekte hukuki bir yararı bulunduğu dikkate alınarak haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi isteminin kabulü gerekirken, davacının tescilli marka ve ticaret unvanına yönelik haksız rekabeti önleme ve şikayet haklarını ortadan kaldıracak biçimde yazılı olduğu gibi hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bu yön bakımından davacı yararına bozulması gerekmiştir...”

Tespit davası genellikle zamanaşımını kesmek için açılan bir dava olup men, ref ve tazminat davaları için kesin delil niteliği teşkil etmektedir⁴⁴⁰. Haksız rekabetin men'i davası ise haksız rekabete neden olan ve halen devam eden fiillerin önlenmesi ya da fiilin tekrar etmesini engellemek için açılır. Bir eda davası niteliğindedir. Bu davada aldatıcı ya da yanıltıcı reklamlara son verilmesi, kötülemeye sebep olan fiillerin durdurulması, üretim ve iş sırlarının yayılmaması ya da bunlardan yararlanılmaması, iş şartlarına uyulması gibi taleplerde bulunulur⁴⁴¹. Eski hale iade davasında davacı haksız durumun eski hale getirilmesi, fiilin piyasada görülen tüm olumsuz tesirlerinin ortadan kaldırılması talebinde bulunur. Haksız rekabeti oluşturan tabela ve etiketlerin yeniden yazılması, yanlış ve yanıltıcı beyanların açıklama ile düzeltilmesi, imalat ve ticaret sırlarını içeren belge ve formüllerin iadesi, müşterilere gönderilen katalogların toplatılması, taklit markaları içeren malların piyasadan toplatılarak imha edilmesi gibi halleri kapsar⁴⁴².

Haksız rekabete ilişkin açılacak maddi ve manevi tazminat davalarında ise; bu fiillerin birer haksız fiil oluşturduğu göz önüne alınarak BK m.49-76 hükümleri uygulanmaktadır⁴⁴³. Ayrıca TTK m. 59 gereğince davayı kazanan tarafın talebiyle hükmün ilan edilmesine de karar verilebilir.

TTK m.57'de haksız rekabet fiilinin işlerini veya hizmetlerini gördüğü sırada çalışanlar ya da işçiler tarafından da işlenebileceği, bu durumda haksız rekabetin tepiti, men'i ve haksız rekabetin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin taleplerin çalıştıranlara karşı da ileri sürülebileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca yine aynı kanunun 62 maddesi uyarınca m.55'te tanımlı fiilleri kasten işleyenler ile maddede tanımlı diğer haller için iki yıla kadar hapis veya adli para cezası getirilmiştir.

Tüm yukarıda sayılanlara ek olarak franchise alanın sözleşmenin sona ermesinden sonra franchise verenin maddi veya gayrimaddi malları üzerindeki haklarını ihlal etmesi

⁴⁴⁰ Poroy/Yasaman, s.421; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.603; Çınar, s.154.

⁴⁴¹ Poroy/Yasaman, s.421; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.605 vd; Çınar, s.155.

⁴⁴² Poroy/Yasaman, s.421,22; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.606 vd; Çınar, s.158.

⁴⁴³ Poroy/Yasaman, s.422 vd.; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.607 vd.; Çınar, s.161.

durumunda; franchise veren dürüstlük kuralından kaynaklanan sözleşme sonrası yükümlülüğün ihlali nedeniyle BK m.112 ⁴⁴⁴hükmüne de başvurulabilir⁴⁴⁵.

B. FRANCHISE ALANIN FRANCHISE VERENE AİT TİCARİ SIRLARI, ÜRETİM VE İŞ SIRLARINI VE KNOW-HOW’I KULLANMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Ticari Sır Kavramı

a. Türk Hukukunda

Ticari sır kavramı; Türk Ticaret Kanunu’nda açıkça tanımlanmamıştır. Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabeti düzenleyen 55. maddesinde her kadar üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı kullanımından bahsedilse de; ilgili maddede “üretim ve iş sırları” ile kastedilenin ne olduğu açıkça ifade edilmemiştir. Doktrinde TTK madde 55’de tanımlanan “üretim ve iş sırları” kavramından kastedilen üçüncü kişilerce bilinmesinde sakınca olan ve şirketin rekabet gücünde bir azalmaya neden olabilecek her türlü bilgidir. Üretim sırları, daha çok o malın üretilmesi için gerekli teknik bilgileri ifade ederken iş sırları o işletme açısından önem taşıyan her türlü bilgiyi ifade etmektedir⁴⁴⁶. İş Kanunu madde 25/II’de yer alan işçi tarafından işverene ait iş sırlarının ortaya atılmasının iş sözleşmesinin haklı sebeple derhal feshi için bir gerekçe oluşturacağı hükmü nedeniyle sadece meslek sırrının değil, hizmet sözleşmesinden doğan sır saklama yükümlülüğünün de iş sırları kapsamına girdiğinin kabulü gerekmektedir⁴⁴⁷.

Ticari sır kavramı; üretim ve iş sırları ile know-how’ı içine alan bir kavramdır⁴⁴⁸. Ticari sır; o işletmeye rakipleri karşısında bir avantaj sağlayan, gizli tutulması o işletme için büyük önem taşıyan ve franchise alanın emek ve zaman harcamaksızın ulaşamayacağı bilgilerdir⁴⁴⁹. Çoğu zaman iş sırrı ve ticari sır kavramları ile know-how

⁴⁴⁴ Madde 112 “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”.

⁴⁴⁵ Gürzumar, s.180; Kırca, s.187; Tuzlu, s.85.

⁴⁴⁶ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.593; Nomer Ertan, s.298; Ögüz, s. 26; Safiye Nur Bağrıaçık, **Üretim ve İş Sırlarının Korunması**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.44.

⁴⁴⁷ Bağrıaçık, s.59. BK anlamında işçinin sır saklama yükümlülüğü hk. bkz. Nomer Ertan, s.299.

⁴⁴⁸ Gürzumar, s.163,164; Arkan, s.359,360; Ayata, s.107; Şimşek, s.208.

⁴⁴⁹ Gürzumar, s.163,164; Arkan, s.359,360; Ayata, s.107; Şimşek, s.208.

kavramının da iç içe geçtiği ve işletme sırrı (iş sırrı) kavramı ile teknik nitelikteki know-how; ticari sır kavramı ile ticari nitelikteki know-how'ın ifade edildiği görülmektedir⁴⁵⁰.

Eski TTK madde 57'de "imalat ve ticaret sırları" kavramına yer verilirken yeni kanunda bu kavramlar "üretim ve iş sırları" olarak değiştirilmiştir. Bu yeni kullanım İsviçre hukukundan gelmektedir⁴⁵¹. (Haksız Rekabete Karşı İsviçre Federal Kanunu madde 4/c). Eski kanundaki tanımı da göz önüne aldığımızda üretim sırrı; teknik konuları (makine, üretim teknikleri, imalat sırları, gizli teknik kurallar, üretim talimatları gibi) tanımlamak için kullanılırken iş sırrı; teknik olmayan hususlara ilişkin gizli bilgiler için kullanılmaktadır⁴⁵². Yargıtay tarafından verilen kararlarda ise ticari sırrın her bir somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁵³.

Ticari sır; henüz yasalaşmamış olmakla birlikte hukukumuzda ilk kez "Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı" nda tanımlanmaktadır. Tasarıya göre ticari sır; "Bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağırları, izne tabi olan veya olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri ifade etmektedir" şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁵⁴.

Rekabet Kurumu Başkanlığı tarafından çıkarılan 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına ilişkin Tebliğ'in 12.maddesine

⁴⁵⁰ Ögüz, s. 26.

⁴⁵¹ Nomer Ertan, s.297; Damla Kayasoylu, **Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Üretim ve İş Sırlarının Korunması**, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.3.

⁴⁵² Kayasoylu, s.3.

⁴⁵³ Yargıtay 11.HD, 2009/12093 E.,2010/640 K., 22.01.2010 T. www.lexpera.com, ET:18.09.2018, "ticari sırrın ne olduğunun değerlendirilmesinin uzman mahkemelerce yapılması da yadsınamaz bir gerçeklik olduğu gibi...";Yargıtay 22.HD, 2013/29244 E.,2015/4344 K., 10.02.2015 T.,www.lexpera.com, ET:18.09.2018 "...Ayrıca rekabet yaşayının belirlenmesinde ticari sırrın ne olduğu uzman mahkemelerce değerlendirilmesi gereken ve piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticari bir konudur..."

⁴⁵⁴ Aslı E. Gürbüz Usluel, **Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması**, Vedat Kitapçılık, 2009 İstanbul, s.28; Sulu, s.10.

göre ise ticari sır; teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belge olarak tanımlanmaktadır⁴⁵⁵.

Yargıtay ise ticari sırrı genel metod ve taslak gibi kolayca hatırlanamayacak, toplumun bilgisi dahilinde olmayan ve ilgili alanda rakip firmalarca bilinmeyen gizli bilgi olarak tanımlamaktadır⁴⁵⁶.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda⁴⁵⁷; davacılar, poliamid katkılı ısı bariyeri üretim işi ile iştigal ettiklerini ve Türkiye piyasasında bu sektörde öncü olduklarını, geçmiş dönemlerde kendileri ile iş ilişkisi bulunması nedeniyle üretim sırlarına, müşteri çevresine vakıf olan davalının diğer davalılarla işbirliği yaparak bir şirket kurduğunu ve davacının know-how bilgilerini, ticari sırlarını ve müşteri çevresine ilişkin bilgilerini kullandığını, davalının ithal ettiği makine ve kalıpların aynısını ithal ederek ısı bariyeri üretimi yapmaya başladığını ve kendi internet sitesinden davacının müşteri çevresine sattığını iddia ederek haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası ile birlikte maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Yargıtay tarafından onanan kararında ilk derece mahkemesi dava konusu ısı bariyerlerinin üretiminin malzeme, üretim reknolojisi ve mamul dizaynı yönünden gerekli tezgah ve donanımına sahip her firma tarafından kolayca yapılabileceği, ticari sır olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Bu kararla Yargıtay da ticari sırrın kolayca erişilebilir olmaması ve sahibine bir menfaat sağlamış olması gereğini bir kez daha vurgulamıştır.

Tüm bu tanımlardan yola çıkarak ticari sırrın 4 (dört) unsuru bulunduğu söylenebilir; bunlar,

1) Bilginin Ticari Nitelikte Olması

Tacirin ticari işletmesi ile ilgili olan tüm bilgiler; dolayısıyla TTK’unda düzenlenen ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ile ilgili olan bilgiler ticari niteliktedir⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ Sulu, s.11.

⁴⁵⁶ Sulu, s.11.

⁴⁵⁷ Yargıtay 11. HD 2018/2722 E., 2019/4166 K., 10.6.2019 T., www.lexpera.com, ET:18.01.2019.

⁴⁵⁸ Gürbüz, 48; Sulu, s.14.

2) Ticari Bilgiyi Gizli Tutma İradesi

Ticari sır sahibinin ticari bilgiyi gizli tutmak için aldığı tüm makul ve elverişli önlemler; ticari sır sahibinin ticari sırrı gizli tutma yönündeki iradesini göstermektedir⁴⁵⁹.

3) Sır Sahibinin Sırrın Gizli Kalmasında Menfaatinin Olması

Ticari sırrın gizli kalmasında ticari sır sahibinin makul bir menfaati bulunmalıdır. Bahsekonu menfaat; hukuka ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla ekonomik ya da manevi bir menfaat olabilir. Nitekim TTK madde 56'da da ekonomik menfaati zarar gören ya da böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimsenin haksız rekabet hükümleri gereğince dava açma hakkı olacağı ifade edilmektedir⁴⁶⁰.

4) Sırrın Ekonomik Değere Sahip Olması

Ticari sırrın gizli kalması halinde rakiplere karşı kurulabilecek ekonomik bir üstünlükten bahsedilmektedir⁴⁶¹.

b. Amerikan Hukuku ve Diğer Hukuklarda

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında ise Amerikan hukukunda yalnızca ticari sır (trade secret) kavramının kullanıldığı ve ticari sırrın korunmasına yönelik özel düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. ABD, ticari sır ve korunması hususunda öncülük eden ülkelerden birisidir⁴⁶². İngiliz hukukunun içtihatlarla şekillenmesi nedeniyle ticari sırlara ilişkin özel bir mevzuat bulunmamaktadır⁴⁶³. Alman hukukunda Haksız Rekabet Kanunu'nda iş ve işletme sırrı olarak bir düzenleme yapılmış; buna ek olarak Alman Medeni Kanununda kasten yapılan bir faaliyet neticesinde ortaya bir zarar çıkarsa bunun giderilmesi gerektiği hususu düzenlenmiştir. Bu durum, ticari sırların açıklanmasını da kapsamaktadır⁴⁶⁴. TTK'da yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemeler ise İsviçre UWG⁴⁶⁵'den alınmıştır⁴⁶⁶. İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'da da

⁴⁵⁹ Gürbüz, s.35; Sulu, s.15.

⁴⁶⁰ Gürbüz, s.10 vd; Sulu, s.17.

⁴⁶¹ Gürbüz, s.40; Sulu, s.18.

⁴⁶² Gürbüz, s.22; Bağrıaçık, s.210.

⁴⁶³ Gürbüz, 86; Bağrıaçık, s.210.

⁴⁶⁴ Gürbüz, s.87,88; Bağrıaçık, s.210.

⁴⁶⁵ 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun

⁴⁶⁶ Allois Troller, Çeviren Ergun Özsunay, Know-How Kavramı, Batider, C.VII,1973, s.402; Gürbüz, s.21; Nomer Ertan,s.86.

öncelikle haksız rekabetin tanımı yapılmış ve sonrasında haksız rekabet durumları örnekleme yoluyla sayılmıştır⁴⁶⁷. İsviçre hukukunda üretim ve iş sırlarının dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmasının haksız rekabete konu olabileceği açıkça ifade edilmiştir. Avrupa Birliği'nde 8 haziran 2016 tarihinde Avrupa Paramentosu ve Konseyi tarafından kabul edilen 2016/943 sayılı Direktif'te ise ticari sırrın düzenlenmesi ülkelerin iç hukuklarına bırakılmıştır⁴⁶⁸.

Amerikan kanunlarında ticari sırlarla ilgili iki önemli tanım bulunmaktadır. Bunlardan birisi ABD'de kırkbeş eyalet, Kolombiya bölgesi ve U.S Virgin adaları tarafından kabul edilmiş olan Yeknesak Ticari Sırlara ilişkin Kanunu'dur. (The Uniform Trade Secrets Act) Bu Kanun çerçeve niteliğinde bir kanun olup ticari sırra ilişkin düzenlemeleri federe devletlere bırakmaktadır. Bu kanuna göre; bir formül, model, derleme, program, cihaz, metod, teknik ya da proses içeren bilgi olarak tanımlanan ticari sırrın ekonomik değer taşıması ya da ekonomik değer taşıma potansiyeli olması, ifşası ya da kullanımı halinde ekonomik bir değer elde edecek kişilerce kolaylıkla elde edilememesi, gizli kalması için çaba gösterilmesi özelliklerini barındırması aranmaktadır. Diğer etkileyici bir standart ise Haksız Fillere ilişkin Düzenleme (Restatement of Torts) ile getirilmektedir. Bu düzenleme; ticari sırrı tanımlarken altı kritere değinmektedir. Bunlar;

- 1) Bilginin iş dışında bilinirliğinin derecesi
- 2) İşçiler ve işin içindeki diğer kişiler tarafından bilinirlik seviyesi
- 3) Bu bilginin gizliliğinin korunması için alınan önlemlerin derecesi
- 4) Bu bilginin iş ve rakipler için değeri
- 5) Bu bilginin oluşturulması için harcanan emek ve para
- 6) Bu bilginin başkaları tarafından kolay ya da zor olarak ulaşılması veya çoğaltılması⁴⁶⁹

Ticari sırlar; üretim ve iş sırları ile Alman hukukunda ifade edilen işletme sırlarını da kapsayan daha geniş bir kavram olup üretim ve iş sırları kavramı ise know-how kavramını da içine alan bir ifadedir. İşletme sırrı kavramı Türk hukukunda kullanılmamakla birlikte Alman Federal mahkemesi kararlarında iş ve işletme sırrı

⁴⁶⁷ Troller, s.402.

⁴⁶⁸ Bağrıaçık, s.210.

⁴⁶⁹ Tillack/Ashton, s.6; Gürbüz, s.22,23.

kavramlarının kullanıldığı görülmektedir⁴⁷⁰. Dolayısıyla ticari sırlardan bahsederken know-how kavramına da özel olarak değinmek gerekmektedir.

2. Know-How Kavramı

Know-how; bir patent ya da marka gibi kanunda özel olarak korunmamakla birlikte pazarda önemli bir değer taşıyan, sınai alanda özellikle ticari ve ekonomik faaliyetlerde kullanılan, genellikle gizli olmakla birlikte gizli olması zorunlu olmayan⁴⁷¹, teknik ve işletme ile ilgili bilgi ve tecrübelerdir⁴⁷².

Türk hukukunda özel olarak bir know-how düzenlemesi bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarına bakıldığında da know-how'a ilişkin bir tanıma rastlanmamaktadır. Bununla birlikte Türkiye'nin de taraf olduğu TRIPS⁴⁷³ anlaşmasında know-how'ı da içine alacak şekilde "açıklanmamış bilgi"nin korunmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Türkiye; Dünya Ticaret Örgütü tarafından kabul edilen TRIPS anlaşmasını 2000 yılında uygulamaya geçmiştir. TRIPS, fikri mülkiyet alanındaki en geniş çerçeve anlaşma olup uluslararası ticaretin önündeki engelleri kaldırmayı hedeflemektedir. Bunu yaparken fikri mülkiyetin korunması ihtiyacını da göz önüne alarak fikri mülkiyet korumasının uluslararası ticaret önünde engel oluşturmasını da önlemeyi amaçlamaktadır⁴⁷⁴. Ülkeler bu anlaşma çerçevesinde gerekli korumayı kendi hukuk sistemleri ve uygulamaları çerçevesinde getirebileceklerdir⁴⁷⁵.

Türkiye'nin de taraf olduğu TRIPS anlaşmasının 7. Bölümünde ifşa edilmemiş bilginin korunmasından bahsedilirken gerçek veya tüzel kişilerin yasal yollarla edindikleri bilgilerin dürüst rekabet kurallarına aykırı olarak kullanımını engelleme hakkı olduğu ifade edilmektedir ancak bunun için bahse konu bilginin;

- a) sır olduğu için ticari bir değer taşıyor olması
- b) gizli olması ve kişiler tarafından kolayca erişilebilir olmaması

⁴⁷⁰ Kayasoylu, s.6; Gürbüz, s.87.

⁴⁷¹ "Gizli olması zorunlu olmayan" ifadesi ile kastedilen mutlak bir gizlilik olup bu bilgiyi alan açısından bilinmemesi yeterlidir.

⁴⁷² Gürzumar, s.71 vd; Gürbüz, s.123; Deniz Ilgaz, **Know-How ve Ticari Sırlar (Teknoloji Transferi ve Fikri Haklarla ilgili Lisans Anlaşmaları)**, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.8, S.1-2, 2000, s.155.

⁴⁷³ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

⁴⁷⁴ TRIPS Giriş.

⁴⁷⁵ TRIPS madde 1 "Yükümlülüklerin Doğası ve Amacı"

c) Bilginin sahibi tarafından gizli tutulabilmesi için makul önlemlerin alınmış olması aranmaktadır.

Yine aynı anlaşmanın 8.bölümünde (m. 40) sözleşme imzalamak suretiyle verilen lisanslarda haksız rekabet oluşturan davranışların kontrolü düzenlenmekte, lisanslama koşullarında yer verilen dürüst rekabete aykırı koşulların hem rekabeti ortadan kaldıracabileceği hem de teknoloji transferini engelleyebileceği ya da gelişmelerin önüne geçebileceği belirtilerek üye ülkelerin iç hukuklarında yapacakları düzenlemelerle ilgili pazardaki rekabeti önleyen ya da ortadan kaldıran lisanslama uygulamalarına ya da hükümlerine karşı önlem alabilecekleri, ilgili sözleşmede yeralan hiçbir hükmün bu hakkı ortadan kaldıramayacağı düzenlenmektedir.

TRIPS bir çerçeve anlaşma olup Dünya Ticaret Örgütü'ne üye olan tüm ülkelerde fikri mülkiyet alanında üye ülke yasalarında yer alması gereken temel ilkeleri belirlemekte, ülkelere ise bu yükümlülükleri yerine getirmeleri için bir takvim sunulmaktadır⁴⁷⁶.

Know-how kavramı; sınai mülkiyet hakları kapsamında yer alan patent ve faydalı model kavramları ile çok yakın bir ilişki içindedir. Patent alınabilecek bir buluş ya da faydalı model korumasına tabi olacak bir tasarım; tescil edilme yolu seçilmediği ya da bu nitelikte görülmediği için know-how olarak nitelendirilir⁴⁷⁷. Nitekim sınai hakların sağladığı koruma süresinin sınırlı oluşu, süre sonunda korumanın sona ermesi, buluşun alenileşmesinin yarattığı sakıncalar nedeniyle sınai hak korumasına konu olabilecek bilgilerin know-how sözleşmesi konusu olarak değerlendirilmesi tercih edilebilmektedir⁴⁷⁸. Lisans sözleşmeleriyle know-how sözleşmelerinin farkı da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Lisans sözleşmesinin konusu sadece tescil edilmiş bir sınai hak olabilirken know-how sözleşmesinde böyle bir zorunluluk aranmamaktadır⁴⁷⁹.

Know-how'ın net bir tanımını yapmak çok zor olmakla birlikte zorunlu unsurları⁴⁸⁰ şunlardır;

a) Sınai alana ilişkin her türlü bilgi ve tecrübeyi içermesi

⁴⁷⁶ Gürbüz, s.90 vd.; Ilgaz, s.160.

⁴⁷⁷ Gürbüz, s.123; Ögüz, s. 14; Erbay, s.143,144.

⁴⁷⁸ Ögüz, s. 16; Tillack/Ashton, s.7.

⁴⁷⁹ Ögüz, s. 16; Erbay, s.142.

⁴⁸⁰ Sulu, s.29; Gürbüz, s.123. Doktrindeki diğer tanımlar için bkz. Gürzumar, s.81; Ögüz, s.5 vd.; Erbay, s.79.

Know-how kapsamında değerlendirilebilecek bilgilerin ister teknik isterse ticari olsunlar; sınai alana ilişkin olmaları ve bir teşebbüsle ilgili olmaları zorunludur.

b) Kural olarak gizli olması

Know-how'a konu olacak bilgilerin know-how alıcısı tarafından emek ve zaman harcanmaksızın veya masraf yapmaksızın ulaşılamayacak bilgi ve deneyimler olması ve bu bilgi ve deneyimlerin know-how alıcısının rakipler karşısındaki rekabet gücünü arttırması aranmaktadır. Doktrinde know-how lisansında lisans alanın korunmasının know-how üzerindeki hakka değil, know-how teşkil eden gizli bilgiye sahip olma durumuna bağlı olduğu ifade edilmektedir⁴⁸¹.

Bir Yargıtay kararına göre⁴⁸²; işletme biçimi, işletmenin iç mekan ve tasarımı, işletmede kullanılan tüm malzeme, menü fiyat politikası, ürün çeşitleri, işletme tarzı, vs bir bütün olarak know-how'ı oluşturacağı ve franchise alanın franchise veren tarafından devredilen know-how'ı sözleşmenin sona ermesinden sonra kullanmasının “haksız rekabet” oluşturacağı açıkça ifade edilmiştir.

Uzun bir zaman, para ve emek harcamak suretiyle franchise veren tarafından oluşturularak franchise alana sunulan ve “gizli” kalmasında franchise verenin menfaati bulunan, herkesin kolaylıkla ulaşamayacağı bilgiler; “gizli know-how” olarak adlandırılır. Gizli know-how'a örnek olarak bir mamülün terkibi, müşteri listesi, maliyet fiyatı, gizli anlaşmalar, şifre sistemi, haberleşme dosyası verilebilir⁴⁸³. Diğer yandan kamuya açıklanmamış olması koşuluyla sır niteliği taşımayan ancak herhangi bir alanda belli bir çaba ya da emek sonucu edinilmiş bilgi ve tecrübeler de know-how niteliği taşımaktadır⁴⁸⁴. Dürüstlük kuralı gereğince, sözleşmede açıkça yer almasa dahi, franchise alanın know-how kapsamında edindiği tüm bu bilgileri saklama ve kamuya açıklamama yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁸⁵.

c) Aktarılabilir olması

⁴⁸¹ Burak Ongan, **Sınai Haklara ilişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri**, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim dalı, Yüksek Lisans tezi, İstanbul 2006, s.26.

⁴⁸² Yargıtay 11. HD, 2012/10309E., 2014/1890 K., 4.2.2014 T., www.lexpera.com,ET:16.03.2019.

⁴⁸³ Gürzumar, s.81,82; Fatma Yavuz, s.114.

⁴⁸⁴ Gürzumar, s.81; Ilgaz, s.155; Gürbüz, s.123.

⁴⁸⁵ Gürzumar, s.99,100; Fatma Yavuz, s.113; Muaz Mücahit Yıldırım, **Know-How Sözleşmeleri**, YBHD, Y.3, S.2018/I, s.22.

Know-how'a konu bilgilerin söz ya da yazı vb. araçlar kullanılarak bir başkasına devredilebilir ya da aktarılabilir olması gerekmektedir⁴⁸⁶.

3. Franchising İlişkisi Yönünden

Ticari sır kavramı; ticari işletmeyle ilgili olan teknik ve teknik olmayan, pazarda ekonomik rekabet gücü sağlayan ve bağımsız ekonomik değeri olan tüm bilgi ve becerileri kapsamaktadır. İş sırrı, üretim sırrı ve know-how'ın ise ticari sırların unsurlarını bünyelerinde barındırdıkları; dolayısıyla ticari sırrın birer türü oldukları anlaşılmaktadır⁴⁸⁷.

Bir bilginin “gizli bilgi” olmasının yanında “ticari sır” olarak değerlendirilmesinin çeşitli avantajları bulunmaktadır. Öncelikle ticari sırrın açıklanmasının akabinde sır özelliğini kaybetmesi ya da gizli olan bir ticari sırrın, sözleşme sonrası rekabet etmeme anlaşmalarının uygulanabilir olmasına imkan vermesi gerekir. Diğer yandan bu özelliği nedeniyle sözleşme feshi ya da sona ermesi sonrasında bu bilgilerin kullanımını engellemek için mahkemeden tedbir kararı alınması daha kolay olmaktadır. Tipik bir franchising sisteminde pek çok gizli bilginin ticari sır olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu duruma franchise iş formatları, el kitapları, metodlar, iş planları, stratejik bilgiler, ürün bilgileri, tarifler, formüller, müşteri ve tedarikçi bilgileri, yeni ürün geliştirme planları, bilgisayar teknolojisi örnek verilebilir. Franchise verenler tarafından etkili mekanizmaların oluşturulmaması durumunda bu bilgilerin kaybedilme olasılığı oldukça yüksektir⁴⁸⁸. Ayrıca franchise alanın sır saklama yükümlülüğü sadece franchise verenin kendisine vermiş olduğu üretim, işletme ve pazarlama sistemine ilişkin bilgilerle sınırlı olmayıp franchise alan olarak faaliyet gösterdiği süre boyunca kendisinden öğrendiği tüm gizli bilgilerini de kapsamaktadır⁴⁸⁹.

Ek olarak bazı bilgiler ticari sır olmasalar dahi gizli tutulmaları gerekmektedir. Tedarikçi, müşteri ve franchise alanlara ilişkin iletişim bilgileri, kamuya açık bir database'den ulaşılmadıkları takdirde “Gizli Bilgi” sınıfına girmektedir. Diğer yandan iş metodları aslen patent korumasına konu olabilmektedir. Franchise verenin patent korumasına başvurmasının en önemli nedeni; patent koruması nedeniyle bir ihlal

⁴⁸⁶ Kırca, s.71; Erbay, s.91; Ögüz, s.32.

⁴⁸⁷ Gürzumar, s.163,164; Sulu, s.31; Şimşek, s.208; Ayata, s.107; Arkan, s.359,360

⁴⁸⁸ Tillack/Ashton, s..6

⁴⁸⁹ Gürzumar, s.164; Gürbüz, s.129.

karşısında tedbir kararını daha kolay alması ve olası bir ihlal durumunda tazminat taleplerinde daha güçlü olacak olmasıdır⁴⁹⁰. Ticari sır üzerindeki menfaat, diğer menfaatlere oranla daha eksik korunduğu için, ticari sır üzerindeki menfaat eksik münhasır hak olarak belirlenmektedir. Yine franchise verenin cephesinden bakıldığında, patent korumasıyla ilgili en kötü özellik patent korumasına başvurabilmek için tüm metodların tamamen açıklanmış olması ve başvurudan itibaren 20 yıl süre ile korunabilir olmasıdır. Diğer yandan ticari sırlar, süresiz olarak korumaya tabidirler⁴⁹¹.

Franchise alanın veya rakibin sistemle ilgili bir gelişme için patent başvurusunda bulunması ise diğer bir problem olarak ortaya çıkmaktadır. Böyle bir patent koruması sistemin gelişmesinin önünde önemli bir engeldir. Bu durumun ortadan kalkması için franchise alanla imzalanacak franchise sözleşmelerinde sözleşme sonunda gelişmelerin tümünü franchise verene devretme yükümlülüğü getirilmektedir⁴⁹².

Franchising sistemi, ticari markanın ve know-how'ın; özel tasarımlar ve taşınmazların hem iç hem de dış dekorları ile birleştiği bir sistem olarak tanımlanmaktadır⁴⁹³. Bir franchising ilişkisinde franchise alan, franchise verene ait markayı kullanarak franchise verenin sunduğu mal ve hizmetlerle aynı nitelikte mal üretme ya da hizmet sunma borcu altına girmektedir. Bunu yaparken franchise veren, franchise alana işletmesinin devamlılığını sağlayacak şekilde gerekli teknik, idari, mali, operasyonel bilgileri, üretime dair sırları ve diğer gizli bilgileri vererek franchise alanın kendi sistemine entegrasyonunu sağlamakta ve her yeni gelişmeyi de paylaşmaya devam ederek franchise alana destek vermeye devam etmektedir. Bu bilgileri aktarırken sürekli olarak eğitimler vermekte, paylaştığı el kitaplarıyla da operasyonel hususlarda franchise alanı desteklemektedir⁴⁹⁴. İşte franchise verenin franchise alanla paylaştığı tüm bu bilgiler; know-how kavramını da kapsamına alan ticari sırları oluşturmaktadır.

Rekabet Kurumu tarafından verilen çeşitli kararlarda da know-how aktarımına ilişkin çeşitli hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin Rekabet Kurumu tarafından verilen 20.06.2002 tarihli ve 02-39/432-182 sayılı kararda; “Franchise veren tarafından franchise

⁴⁹⁰ Tillack/Ashton, s.7; Gürzumar, s.39, dipnot 225; Gürbüz, s.72,73.

⁴⁹¹ Tillack/Ashton, s.7.

⁴⁹² Tillack/ Ashton, s.7.

⁴⁹³ Sema Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası Özel Hukuk, Doktora Tezi, Ankara 2008, s.48-49.

⁴⁹⁴ Gürzumar, s.101 vd., Kırca, s.133 vd.

alana know-how aktarılmalıdır. Ortak işletme adının kullanılmasının yanı sıra, franchise alana know-how aktarılması, franchise anlaşmalarını tek elden dağıtım ve tek elden satın alma anlaşmalarından ayıran unsurlardır. Know how'ın malların üretiminde, pazarlanmasında, organizasyon ve idare gibi işletmeye ilişkin faaliyetlerde kullanılmasına paralel olarak ticari, teknik, idari veya mali know-how şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutulduğu görülmektedir. Dağıtım ve hizmet franchise anlaşmaları, teknik değil, ticari know-how içermektedirler. Teknik know-how aktarımı söz konusu olduğunda yapılan sözleşme bir franchise anlaşması değil, bir know-how lisans anlaşmasıdır. Bu çerçevede incelenen sözleşmenin ürünlerin satış ve pazarlanmasına ilişkin bilgi ve tecrübelerden oluşan ticari bir know-how aktarımını içerip içermediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir” ifadeleri kullanılmıştır. Bu kararda açıkça franchise ilişkilerinde yoğun bir ticari know-how aktarımı olduğu vurgulanmaktadır. Franchise sözleşmelerinin yoğun bir know-how aktarımı içermesi, aynı zamanda da 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında franchise sözleşmelerinin sona ermesi ve know-how'ı korumak için zorunlu olması koşuluyla franchise alana 1 (bir) yıl süre rekabet etmeme yükümlülüğü yüklenebilmesine imkan vermektedir⁴⁹⁵.

Franchise sözleşmeleri sadece know-how aktarımının değil; ticari sırların devrinin öngörüldüğü hukuki işlemlerdir. Franchise sözleşmeleri ile birlikte franchise alan, franchise verenin sahip olduğu mal ve hizmetle ilgili ticari sırrı da kullanım hakkına sahip olur. Zira franchise veren; sisteme ilişkin markalar, know-how, diğer tanıtıcı işaretler, ticaret unvanı ve işletme adı gibi ticari sırları da sunma ve kullandırma yükümlülüğü altındadır. Franchise alan ise bu ticari sırları özenle saklamak ve üçüncü bir kişiye ifşa etmemek yükümlülüğü altındadır; aksi halde ticari sırrın ifşasının yaptırımlarına tabi olur. Diğer yandan franchise alanın bu yükümlülüğü sözleşme süresince olduğu kadar sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam etmektedir⁴⁹⁶.

Franchise alanın yetkili olduğu sırada kullandığı telefon numaralarını, sözleşmenin sona ermesinden sonra da aynı şekilde kullanması ve bu numaralar özellikle yapılan reklamlarda franchise verenin adıyla birlikte kullanılmışsa franchise verenin telafisi mümkün olmayan zararlara maruz kalmasına yol açabilecektir. Yine aynı şekilde

⁴⁹⁵ Ezel Kurtişoğlu, **Acentelik Sözleşmesi ve Acentelik Sözleşmesinin Benzer Sözleşme Türlerinden Farkları**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2005, s.160; Gürbüz, s.129.

⁴⁹⁶ Sulu, s.125.

bu durum; franchise verenin satış kaybına yol açabilecek ve gelecekte müşteri ilişkileri kurmasına ve bunu elinde tutmasına engel teşkil edecektir⁴⁹⁷. Nitekim Yargıtay tarafından verilen bir kararda, bir şirkette hissedarken ayrılıp aynı konuda kendi şirketini kuran ancak hissedar bulunduğu eski şirketindeki telefon numarasını kullanmaya devam etmek suretiyle müşteriler gözünde karışıklığa yol açan kişi için, bu telefon numarasının daha öncesinde de bu kişiye ait olduğu hususu göz önüne alarak haksız rekabet olmadığı yönünde karar veren ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına hükmedilmiştir⁴⁹⁸.

Türkiye’de ticari sır ve dolayısıyla know-how ve üretim ve iş sırlarının korumasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte hukuki koruma Borçlar Kanunu ve TTK’nun haksız rekabet hükümleri gereğince sağlanmaktadır. Bununla birlikte özellikle franchising ilişkilerinde Tarafların; imzaladıkları franchise sözleşmelerinde franchise alana, franchise verene ait ticari sır veya gizli bilgileri kullanmayacağı yönünde sınırlamalar getirdiği görülmektedir⁴⁹⁹.

Franchise sözleşmesinde franchise alanın franchise verene ait ticari sırlar ve gizli bilgileri kullanamayacağı yönünde bir sınırlama getirilmesi, franchise alanı franchise verenle rekabet eden bir iş kurup işletmesi hususunda önleyici bir tedbir olacaktır. Ayrıca bu tip bir hüküm franchise alanı franchise verenin rakipleri gözünde daha değersiz hale getirecektir. Franchise alanın daha sonra franchise verene ait ticari sırları ya da gizli bilgileri kullanması franchise verenin rakibi konumunda olan kişiyi de sorumluluk altına sokacaktır⁵⁰⁰.

Ticari sırlar; tarifler, müşteri listeleri, ürün tasarımları, matematik formüller, iş planları, Taraflarca bir çaba gösterilerek edinilmiş bulunan kamuya ait bilgileri kapsamaktadır⁵⁰¹.

Franchise sözleşmelerinin bir know-how aktarımı olduğu düşünüldüğünde know-how oluşturan bilgi ve deneyimler sözleşmenin sona ermesi ile birlikte franchise alanın bilgi dağarcığından çıkmayacaktır. Ancak mutlak ve objektif sır niteliğine haiz bir know-

⁴⁹⁷ Pearce/King/Tharrington, s.4.

⁴⁹⁸ Yargıtay 11. HD, 2016/1231 E., 2017/713 K., 9.2.2017 T.,www.lexpera.com, ET:16.02.2019.

⁴⁹⁹ Tillack, Ashton, s.7; Gürzumar, s.180; Kırca, s.187; Tuzlu, s.85.

⁵⁰⁰ Johnson, Greenstein, “**Achieving Victory Through Prearrangements, Supplemental Covenants Not To Compete**”, American Bar Association, Franchise Law Journal, Summer 2002, s.5, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

⁵⁰¹ Johnson/Greenstein, s.5; Arkan, s.359,360.

how varsa kullanmama yükümlülüğüne aykırılığın tespiti mümkünken subjektif ve nispi anlamda sır niteliğine sahip bir know-how varsa ve bu know-how üçüncü kişilerden elde edilmiş ya da franchise alan tarafından bizzat geliştirilmişse bu durumun ispatı çok güç olacaktır. Bu durumda doktrinde kullanmama yükümlülüğü getirmek yerine know-how konusu bilgi ve deneyimlerin değerini tazmin etme yükümlülüğünün bulunmasının düşünülməsi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁰².

Franchise sözleşmesinde taraflar sözleşmede bir sır saklama yükümlülüğü ya da rekabet etme yasağı kararlaştırabilirler. Rekabet yasağı için ise TTK madde 123'te acentenin rekabet yasağı sözleşmesine bağılı olarak bir tazminat talep etme hakkı bulunmakta ve pratikte hakime sözleşmede yer alan bu hükme müdahale etme hakkı tanınmaktadır. Sır tutma sözleşmelerinde ise böyle bir düzenleme yapılmadığı için bu yükümlülüğe uymamanın yaptırımı olarak cezai şart da öngörülebilmektedir⁵⁰³. Bununla birlikte uygulamada sır tutma sözleşmesinin ihlal edildiğini ispat etmek oldukça güç olup bunu ispat yükü zarar gören franchise verene ait olacaktır.

Franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben ortada bir sır saklama sözleşmesi ya da hükmü bulunmuyorsa ticari sırların akibetinin ne olacağı hususunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre ortada bir sır saklama sözleşmesi bulunmadığından sır saklama yükümlülüğü de sona erecektir. Diğer görüşe göre ise; böyle bir sözleşme ya da özel bir koruma hükmü bulunmamasına rağmen dürüstlük kuralı gereği sır saklama yükümlülüğü devam edecektir⁵⁰⁴. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise her ne kadar ortada bir sır saklama sözleşmesi bulunmasa da işletmenin menfaatlerini göz önüne alarak bu durumun haksız rekabet oluşturacağının kabulü uygun olacaktır.

Nitekim Türk hukukunda acentenin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmemiş olmakla birlikte franchise sözleşmesinin kendine özgü yapısı da göz önüne alındığında franchise alanın sır saklama yükümlülüğü TBK madde 506/2 çerçevesinde vekalet sözleşmesinde bulunan sadakat yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir. İlgili maddeye göre; “vekil üstlendiği iş ve hizmetleri vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür”. İlgili düzenleme gereğince

⁵⁰² Ongan, s.141.

⁵⁰³ Kayasoylu; s.47.

⁵⁰⁴ Tuzlu, s.89.

karşılıklı güven ve sadakat borcu gereği vekilin/ franchise alanın müvekkiline ait sırları saklama yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir.

Franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben franchise alan tarafından bu bilgilerin ifşası durumunda franchise veren, öncelikle franchise sözleşmesinde belirtilen sır saklama ya da rekabet etmemeye ilişkin hükümlerin uygulanmasını talep edecek; eğer bu hususta koruyucu bir hüküm bulunmuyorsa franchise alana karşı TTK'nunda düzenlenen haksız rekabet hükümleri gereğince gerekli hukuki yollara başvurabilecektir⁵⁰⁵.

Franchise sözleşmelerinin öncesinde Taraflar arasında çok yoğun görüşmeler yaşandığı ve sözleşme aktedebilmek için tarafların birbirlerine ticari sır sayılabilecek bilgileri verdiği aşıkardır. Bu yoğun görüşmelerin sonunda franchise sözleşmesi aktedebileceği gibi; bazı durumlarda Taraflar iş ilişkisine girmeme kararı da verebilirler. Bu durumda; yani sözleşme akteilmeksizin yapılan görüşmeler sonucu elde edilen ticari sırların akıbetinin ne olacağı sorunu gündeme gelmektedir.

Ticari sırların açıklanması taraflar arasında kurulmuş olan güven ilişkisine dayalı bir husus olup bu güven ilişkisinin boşa çıkarılmış olması durumunda culpa in contrahendo; yani sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırılık nedeniyle sorumluluk sözkonusu olacaktır⁵⁰⁶. Akit müzakerelerine giren kimseler arasında özen gösterme yükümlülüğüne riayet edilmediği ve karşı tarafa zarar verildiği hallerde bütün yükümlülük sorumluluk borç ilişkisine dönüşür ve dönüştüğü anda “culpa in contrahendo borç ilişkisi” olarak adlandırılır⁵⁰⁷. Güven sorumluluğu ve culpa in contrahendo farklı kavramlardır. Zira culpa in contrahendo sorumlulukta, özen yükümlülüğü borç ilişkisinin ihlali nedeniyle sorumluluk ilişkisine dönüşürken güven sorumluluğu borç ilişkisi başından beri bir sorumluluk olup haksız fiil zararının giderimini de kapsamına almaktadır⁵⁰⁸. Ciddi bir sözleşme ilişkisinin kurulması hedeflenerek ticari sırların paylaşılması durumunda; meydana gelen ticari sır ihlallerinin sözleşme ilişkisi ihlali şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁰⁹. Sözleşme sorumluluğu ya da sözleşme dışı sorumluluk şartları bulunmasa dahi, bir kimse dürüstlük ilkesine göre gidermesi gereken

⁵⁰⁵ Gürzumar, s.87; Gürbüz, s.98.

⁵⁰⁶ Bağrıaçık, s.77.

⁵⁰⁷ Hatemi/ Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, b.3, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.113.

⁵⁰⁸ Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.286.

⁵⁰⁹ Sulu, s.105.

gerçeğe aykırı bir hukuki görünüşe haklı olarak güvenmiş ve bu nedenle üçüncü kişi zarar görmüş ise hakkaniyet ilkesi çerçevesinde bu zararın tazmini yoluna gidilmelidir⁵¹⁰.

Franchise sistemi içinde yer alan ticari sırlar, üretim sırları, işletme ve pazarlama sistemine dahil sırlar ekonomik bir değer ifade eder. Bu nedenle franchise alanın sır saklama yükümlülüğü, sadakat borcunun bir görünümü olan yan borç şeklinde ortaya çıkmaktadır. Franchise alan, imzalanan sözleşmede bu yönde özel bir düzenleme bulunmasa dahi bu bilgileri gerek sözleşme süresince gerek sözleşmenin sona ermesini takiben üçüncü kişilere açıklamama yükümlülüğü altındadır. Eğer bu bilgiler gizli bilgi niteliği taşıyorsa sözleşmenin sona ermesinden sonra da franchise alanın bu bilgileri gizli tutma yükümlülüğü bulunmakla birlikte gizli bilgi niteliği taşımadığı durumlarda bu bilgilerin gizli tutulması ancak imzalanan sözleşmeye bu yönde konulacak bir hükümle mümkün olacaktır. Franchise alanın sır saklama yükümlülüğü franchise verenin bu sırrı açıklamasına, açıklanmasına izin vermesine, sır niteliği taşıyan bu bilgilerin kullanılmasında menfaati kalmamasına ve bilgilerin sır olmaktan çıkmasına kadar devam eder⁵¹¹. Diğer yandan Türk hukukunda sır saklama yükümlülüğünün sözleşmenin sona ermesinden sonra devam edip etmeyeceği hususunda bir görüş birliği söz konusu değildir⁵¹². Bununla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre franchise sözleşmesinin yapısı gereği üretim, işletme ve pazarlama sisteminin franchise alana kullandırılmasını içermesi, franchise verenin bir anlamda pazardaki imajının ve geleceğinin franchise alana teslim edilmiş olması ve bunun franchise alana bir davranış yükümlülüğü olarak “sadakat borcu” nu yüklemesinden yola çıkarak franchise alanın bu borcu kapsamında gerek sözleşme süresince gerek sonrasında sır saklama borcu olduğu kabul edilmelidir⁵¹³.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 54-63 hükümleri haksız rekabet hallerini düzenlerken 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile aynı zamanda yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 57 hükmü⁵¹⁴ de haksız rekabete ilişkin ayrı bir hükme

⁵¹⁰ Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.288.

⁵¹¹ Bağrıaçık, s.85. Sözleşme süresince sır saklama yükümlülüğü için bkz. Gürzumar, s.163; Kırca, s.160.

⁵¹² Kayasoylu, s.58.

⁵¹³ Arslan Ertürk, **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2007, s.64.

⁵¹⁴ TBK madde 57: “Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı halinde zararının giderilmesini isteyebilir.

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.”

yer vermektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda haksız rekabete ilişkin ayrı bir hükme yer verilmesinde, Yargıtay'ın tacir olmayanlar arasındaki uyuşmazlıkların Borçlar hukuku kuralları gereğince çözülmesi gerektiği yönündeki içtihadının⁵¹⁵ etkili olduğu anlaşılmaktadır⁵¹⁶.

4. Başvurulacak Hukuki Yollar

Üretim ve iş sırlarının ifşası halinde haksız rekabete ilişkin hukuki müeyyidelerden eylemin haksız olup olmadığının tespiti davası, haksız rekabet sonucu doğan durumun ortadan kaldırılması davası, haksız rekabet yanlış ve yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi davası, kusur söz konusu ise zarar ve ziyanın tazmini davası ile BK madde 49'daki koşullar varsa manevi tazminat davaları açılabilir⁵¹⁷. Tespit davaları; bir eda hükmü içermediklerinden genel olarak zamanaşımını kesmek ya da tazminat davalarında delil olarak kullanmak üzere açılmaktadırlar. Men davası ise bir çeşit eda davası olup örneğin ticari sır niteliği taşıyan bir pazarlama stratejisinin başka bir işletme tarafından kullanılması veya kullanılma tehlikesi bulunması durumunda açılacak bir davadır. Haksız rekabet sonucu ortaya çıkan durumun ortadan kaldırılması (eski hale iade davası) ise genel olarak ticari sırların haksız rekabet sonucu ifşası durumunda uygulama alanı bulamayan bir davadır. Örneğin müşteri listeleri bir ticari sır olarak kabul edilmekte ve bu bilgilerin ifşası haksız rekabet oluşturmaktadır. Ancak müşteri bilgileri açıklandıktan sonra bu bilgiler ticari sır niteliğini kaybedeceklerinden eski hale iade davası da uygulama alanı bulamayacaktır⁵¹⁸. Yine olası bir zarar ziyan davasında, zarar ve ziyan tespit edilemezse davacının talebi halinde, haksız rekabet sonucu davalının elde etme imkanı bulunan menfaatinin karşılığına da hükmedilebilir⁵¹⁹. Elde etmesi mümkün görünen menfaat hesabı; sadece zararın ispat edilmemesi durumunda değil ancak davalının haksız rekabet karşılığında büyük karlar elde etmesi durumunda da uygulanır⁵²⁰. Haksız rekabetin menine ve yanlış ve yanıltıcı

⁵¹⁵ 11.HD, 2889 E., K.2929 K.; 15.5.1989 T., www.kazancı.com, ET:16.02.2019.

⁵¹⁶ Çağlar Özel, Semih Sırrı Özdemir, **Türk Hukukunda Haksız Rekabete ilişkin Düzenlemeler**, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, s.196.

⁵¹⁷ Mustafa Can, **"Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Haksız Rekabet"**, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007, s.167; Nomer Ertan, s.396; Poroy/Yasaman, s.421; Arkan, s.362; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, s.603.

⁵¹⁸ Gürbüz, s.104,105,106; Nomer Ertan, s.398 vd.; Poroy/Yasaman, s.421,422; Arkan, s.363; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, s.603 vd.

⁵¹⁹ Poroy/Yasaman, s.422 vd.; Nomer Ertan, s.417; Arkan, s.364; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, s.608; Mustafa Can, s.167.

⁵²⁰ Gürbüz, s.107; Nomer Ertan, s.421,425; Poroy/Yasaman, s.422 vd.; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, s.609.

beyanların düzeltilmesine veya diğer önlemlerin alınmasına ilişkin ihtiyati tedbir talebinde bulunulması halinde ise iki hafta içinde asıl davanın açılması gerekmektedir⁵²¹. Haksız rekabet fiilinin hizmet ve işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmesi durumunda ilgili davalar istihdam edene karşı da açılabilecektir⁵²². Ancak bu durumda davanın çalıştıran aleyhine açılması zorunlu olmayıp haksız fiili gerçekleştiren kişi aleyhine de açılabilir⁵²³. Haksız rekabete ilişkin davalarda zamanaşımı süresi öğrenmeden itibaren 1 ve her halükarda bunların doğumundan itibaren 3 yıldır⁵²⁴.

Üretim ve iş sırlarının ihlali durumunda uygulanacak cezai sorumluluk ise TTK m. 62⁵²⁵, de ve Türk Ceza Kanunu m.239⁵²⁶da düzenlenmiş olup yaptırımını hapis ve adli para cezası olarak belirlenmiştir.

⁵²¹ Mustafa Can, s.172. TTK md.61’de özel düzenleme olmaması halinde HMK hükümlerine göre karar verilebileceği hk.bkz. Nomer Ertan, s.469. İki haftalık sürenin uygulanması hk.bkz. Muhammet Özkes, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, C.III, b.15, Oniki Levha, İstanbul 2017, s.2519.

⁵²² Nomer Ertan, s.438; Arkan, s.369; Ülgen/Helvaci/Kaya/Ertan, s.613; Mustafa Can, s.169.

⁵²³ Nomer Ertan, s.437; Arkan, s.368; Ülgen/Helvaci/Kaya/Ertan, s.613; Bağrıaçık, s.167.

⁵²⁴ Nomer Ertan, s.460; Poroy/Yasaman, s.417; Arkan, s.370; Ülgen/Helvaci/Kaya/Ertan, s.618.

⁵²⁵ TTK m.62 1) a) 55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler, b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler, c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştıranın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar, d) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56 ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

⁵²⁶ TCK m.239

(1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur.

(2) Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.

(3) Bu sırlar, Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikayet koşulu aranmaz.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

C. FRANCHISE ALANIN SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNDEN SONRA REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Genel Olarak

Yüzlerce yıldır, bir işin satımına ilişkin sözleşmelerde ya da hizmet sözleşmelerinde rekabet etmemeye ilişkin hükümler kabul edilmiştir. Bu hükümler gerek sözleşme süresince gerek sözleşmenin sona ermesini takip eden belirli bir süre boyunca, aynı konuda iş yapmayı yasaklamaktadır. Mahkemeler hatalı olarak franchise ilişkisindeki rekabet yasağını kimi zaman hizmet sözleşmelerindeki hükümlere kimi zamansa iş sözleşmelerinde yer alan rekabet etme yasağına benzetmişlerdir. Oysa ki franchise ilişkisine getirilen rekabet etme yasağı tamamen farklı özelliklere sahiptir. Bu özellikler kısaca;

1) Franchise sözleşmesi; bir sisteme ilişkin olduğundan bu sözleşme ile getirilen herhangi bir hüküm doğrudan franchise alanlar birliğine etki etmektedir.

2) Önemli markalar, ticari sırlar; çalışanlardan ziyade franchise alanlara emanet edilmektedir.

3) Çalışanlardan farklı olarak olası bir fesih halinde franchise alanlar tüm yatırımlarını kaybedebilmektedir.

4) Eski bir franchise alanın rekabet yasağına aykırı fiili, doğrudan mevcut franchise alanları etkilerken çalışanların sözleşme sonrasındaki rekabet yasağını delen bir davranışı bu şekilde bir etki yaratmamaktadır.

5) Franchise alanlar, franchise verenle uzun dönemli iş ilişkisine girmekte ve bu dönem süresince franchise verenler franchise alanın operasyonlarını kontrol edebilmektedir. Ancak bir iş sözleşmesinde işçi sahneden tamamen çekilmekte ve işveren tüm kontrolü eline almaktadır.

6) İş sözleşmesinin aksine, franchise alanlar iş ilişkisinin sona ermesi nedeniyle bir tazminata hak kazanmamaktadır⁵²⁷.

⁵²⁷ Robert W. Emerson, **Franchising Covenants Against Competition**, Iowa Law Review, July 1995, s.2, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

Franchise veren, gerek sözleşme süresi içinde gerek sözleşmenin sona ermesinden sonra bir franchise alanın rekabete aykırı davranışını önlemek için çeşitli yöntemlere başvurabilir. İmzalanmış sözleşmede markalar, ticari sırlar ve ticaret unvanları için daha sıkı bir koruma getirilebilir. Ayrıca yine sözleşmede yapılacak düzenlemelerle tedbir verilmesi ya da zarar tazmininin yolu açılabilir. İmzalanacak sözleşmede franchise alan ve franchise veren için bir takım yükümlülükler tanımlanabilir. Sözleşmede franchise alan için koruyucu tedbirler getirilebileceği gibi yine franchise veren için sözleşme sonunda franchise alanın ekipman ve envanterini amortisman payı düşülmüş bedelle satın alma yükümlülüğü getirilebilir. Diğer yandan franchise alanın rekabete aykırı davranışına engel olabilmek için franchise verene; franchise alanın telefon listelerine, müşteri listesine ve diğer işlemlerine ulaşma hakkı tanınabileceği gibi franchise sözleşmesinin sona ermesi üzerine franchise alanın telefon numarasına ya da franchise konusu taşınmaza ulaşımı engelleme hakkı, ilgili taşınmazı kira sözleşmesi ya da fesih yoluyla geri almak hakkı, franchise edilen yerle ilgili sabit kıymetler dahil tüm markaları, işaretleri, tasarımları, tüm elkitaplarını ve franchise verenin ticari sır ve yöntemlerini içeren tüm yazılı belgeyi iade almak, ya da yok etmek hakları tanınabilir⁵²⁸. Tüm bu hak ve yükümlülükler getirilse dahi yine de franchise alan sözleşmenin sona ermesini takiben rekabete aykırı davranışlarda bulunabilecektir. Bu nedenle franchise veren franchise sözleşmelerine rekabet yasağı koymayı tercih etmektedir.

Franchise sözleşmelerinin büyük bir çoğunluğu franchise alan için gerek sözleşme süresi boyunca gerek sözleşmenin sona ermesinden itibaren belirli bir süre ile rekabet yasağı getirmektedir. Rekabet yasağına ilişkin bu sözleşmeler, franchise verenin markalarını, ticari sırlarını, proseslerini ve diğer gizli iş bilgilerini korumak için en önemli araçtır. Rekabet yasağı ile franchise veren müşteri çevresini, marka bilinirliğini, pazar payını, markalarının ve hizmet markalarının bütünlüğünü uzun dönemli olarak koruyabilmekte ve franchise alanların franchise verenden almış oldukları eğitim ve iş metodlarıyla rekabet etmek suretiyle diğer franchise alanlara zarar vermesinin önüne geçebilmektedir⁵²⁹.

⁵²⁸ Emerson, Franchising Covenants, s.13.

⁵²⁹ Michael R. Gray and Jason M. Murray, **Covenants Not To Compete and Non Signatories: Enjoining Unfair Conspiracies**, American Bar Association Franchise Law Journal, Winter 2006, s.1, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

Genel olarak franchising ilişkisinde, sözleşme sonrasında rekabet etme yasağını haklı gösteren iş amaçları aşağıdaki şekilde özetlenmektedirler;

1) Franchise Verenin Ticari Sırlarını Ve Gizli Bilgilerini Korumak

Franchising sadece malların ve hizmetlerin dağıtımından ibaret olmayıp değerli bilginin de transferini gerektirir. Franchise alanlar, zaman ve para ve efor harcayarak başarılı olduğu ve çoğaltılabileceği kanıtlanan bir operasyonel sistem geliştirirler. Bu bilgi kamuya açık değildir. Pek çok franchise alan ise tek başına çalışabilecek deneyime ve uzmanlığa sahip olmadığından franchise alma yolunu seçmektedir. Diğer yandan franchise verenler; franchise alanın franchise verenin gizli bilgisini ve deneyimini edindikten sonra bu bilgi ve deneyimle yeni bir işe gireceğini bilseler, sahip oldukları bilgi ve deneyimi franchise alanla paylaşmak istemeyeceklerdir. Bu nedenle franchise veren, franchise sözleşmesinden bağımsız olarak ticari sırlarını, gizli bilgilerini ve sahip oldukları sistemleri güvenceye almalıdır. Sözleşme sonrası rekabet etmeme hükmü ile franchise verenin ticari menfaatleri korunmakta ve haksız rekabete karşı güvenceye alınmaktadır⁵³⁰.

2) Müşteri Çevresini Korumak

Sözleşme sonrası rekabet etme yasağını haklı gösteren ikinci ticari menfaat, sistemdeki müşteri çevresinin korunmasıdır. Franchise sözleşmesi sona erdiğinde franchise veren, franchise verilen taşınmazdan elde edilen müşteri çevresini de korumak istemektedir. Eğer eski franchise alan, rakip bir markayla faaliyetine devam ederse, bu durum elde edilmiş müşteri çevresini de ortadan kaldıracaktır. Yine aynı şekilde franchise alan, franchise sisteminin görünen yüzü olduğundan, eski franchise alan benzer hizmet ve ürünleri farklı bir marka ile vermeye başladığında, müşterilerin kafasında franchise alanın eski işine devam ettiği intibayı oluşabilir⁵³¹.

3) Yeniden Franchise Vermek

Franchise verenin müşteri çevresini koruma isteği; belirli bölgelerde yeniden franchise verme isteğiyle yakından ilişkilidir. Franchise verenin, oluşturulan müşteri çevresinden pazarda faaliyet gösteren yeni bir franchise alan kanalıyla yararlanmak

⁵³⁰ Jess A. Dance and William W. Sentell, **Turning An (Occasional Blind Eye: Selective Enforcement of Franchisee Post Term Non-Compete Covenants)**, American Bar Association Franchise Law Journal, Fall 2017, s.3,4, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

⁵³¹ Dance/Sentell, s.3,4.

istememesi, franchise verenin hakkıdır. Eski franchise alanın franchise verenle rekabete girdiği durumlarda; aday bir franchise alanın mevcut pazara girmek istememesi ve eski franchise alanla rekabet etmek istememesi çok olasıdır⁵³².

4) Sisteme Mesaj Vermek Ve Franchise Alanların Sistemden Kopmasının Önüne Geçebilmek

Franchise alanlar, genellikle sistemdeki diğer franchise alanları yakından takip etmektedir. Eski bir franchise alana sözleşme sonrası rekabet yasağını uygulamamak ve sözleşmede yer alan yükümlülüğünü ihlale meydan vermek sisteme franchise verenin bu yasağı uygulama imkanı olmadığı şeklinde ters bir mesaj verebilir ve diğer franchise alanları sistemi terkedip rekabet yaratan bir işi yapmaya sevk edebilir. Sözleşme sonrası rekabet etme yasağı ise sistemden ayrılmalara önlediği gibi sistemin bütünlüğünü korumaya da hizmet eder⁵³³.

Amerikan hukukunda franchise sözleşmesinin sona ermesinden sonra getirilen rekabet yasağı; iş sözleşmelerinde yer alan rekabet yasakları ile aynı çerçevede değerlendirilmektedir. Farklı mahkemeler ve yargı sistemleri tarafından getirilen farklı testler bulunmasına rağmen mahkemelerin çoğu, rekabet yasağının aşağıdaki koşullarda geçerli olacağını varsaymaktadır; bunlar, 1) Geçerli bir sözleşmenin eki olması 2) Değer taşıyan gizli veya ticari bilgiye ilişkin olması 3) Franchise verenin çıkarlarını koruyabilecek bir süre için ve bölge ile sınırlı olarak getirilmesi 4) Kamu düzenine aykırı olmamasıdır⁵³⁴.

Eski bir franchise alanın ticaret yapmasını engelleyici hükümler içeren anlaşmalar; her iki tarafın ve kamunun yararına olmadığı müddetçe, hukuka aykırı bulunabilir. Bu tür sınırlamalar, franchise verenin ve kamunun hukuki menfaatlerini korumak için gerekli olan ölçüyü aşmaz⁵³⁵.

⁵³² Dance, Sentell, s.3,4.

⁵³³ Dance, Sentell, s.3,4, s.3,4.

⁵³⁴ Ted P. Pearce and Leigh Reynolds King and J. Cary Tharrington, **The Enforcement of Post Term Remedies in the Franchise Contract**, Oklahoma City University Law Review, Franchising Law Symposium Article, Spring Summer 1999, s.5 Robert W. Emerson, **Franchising Covenants**, s.2. www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

⁵³⁵ Colin Pearson and Nigel Parker, **Post Termination Use of Licensed Intellectual Property by Licensees**, Journal of Intellectual property Law&Practice, C.3, S.5, 2008, s.312. www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

Sözleşme sonrası getirilen rekabet yasağının makul olmasından kasıt temel olarak sözleşme aktetme özgürlüğüne ve bireyin çalışma özgürlüğüne zarar vermiyor olmasıdır. Zaman açısından makul olması kriteri, Amerikan hukukunda çeşitli mahkemeler tarafından değerlendirilmiş ve bu sürenin 6 ay-3 yıl olmasının makul olduğu ancak her sözleşmeye ve duruma göre özel değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Farklı kaynaklarda ise makul sürenin 6 aydan başlayıp 5 yıla kadar çıkabileceği değerlendirilmiştir⁵³⁶. Amerikan hukuk sisteminde mahkemeler, franchise verenin sözleşme sonrasında rekabet nedeniyle zarara uğrayabileceği sürenin her olay bazında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiş olup ayrıca uzun olan süreleri ise kısaltma yoluna gitmişlerdir. Yer açısından makul olma kriteri ise franchise verilen işin yapıldığı yer ya da 75 metre yarıçapı içindeki yerlerdir. Ancak farklı kaynaklarda bu uzaklığın 100 metreye kadar çıkmasının kabul edildiği belirtilmektedir⁵³⁷. Ayrıca mahkemeler franchise verenin genişleme bölgesi içindeki yerler için de rekabet yasağı getirilebileceği yönünde kararlar vermişlerdir. Konu açısından makul olma ise; mahkemeler tarafından yapılan işle aynı, benzer ya da franchising sistemiyle rekabet halindeki işlerle ilgili olarak bu yasağın getirilebileceği şeklinde tanımlanmıştır⁵³⁸. Amerikan mahkemesi bir davada rekabet yasağının geçerli olması için üç aşamalı bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulayarak rekabet yasağının franchise verenin yasal çıkarlarını koruması gerektiğini, franchise alana kabul edilemez bir yük getirmemesi gerektiğini ve kamu yararına zarar vermemesi gerektiğini vurgulamıştır⁵³⁹.

Rekabet yasağı ile ilgili bahse konu kriterler değerlendirilirken franchise sözleşmelerinin iki taraflı sözleşmeler olduğu hususu da göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Karşılıklı ilişki çerçevesinde franchise verenin bir ihlalde bulunup bulunmadığı, franchise alana yeterli desteği verip vermediği hususları göz önüne alınmalı ve eğer vermediyse rekabet yasağı uygulanmamalıdır. Franchise verenin ilgili taşınmazı seçmesi ya da sonrasında elde tutması hususunda sözleşmede belirleyici

⁵³⁶ Dance, Sentell, s.2.

⁵³⁷ Dance, Sentell, s.2.

⁵³⁸ Robert W. Emerson, **Franchising Covenants**, s.3,4

⁵³⁹ Amy Cheng, Gary R. Batenhorst, C. Griffith Towle, **Franchising (Distribution) Currents**, Franchise Law Journal, C.33, S.3, 2014, s.252 (Jackson Hewitt Inc. v. Dupree-Roberts, Bus., 7.8.2013 T.).www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

hükümler varsa mahkemeler rekabet yasağının geçerli olmadığı ya da yumuşatılması gerektiği yönünde kararlar vermelidir⁵⁴⁰.

2. Türk Hukuku ve Yargıtay Uygulamaları

Türk hukukunda, diğer sözleşmeler için getirilen rekabet yasağı hükümlerinin kıyasen franchise sözleşmeleri için de uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁴¹. 6102 sayılı TTK yürürlüğe girmeden önce BK m. 26⁵⁴² ve 27⁵⁴³'de yer alan genel hükümlerle birlikte rekabet yasağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından BK'nun hizmet sözleşmelerine ilişkin rekabet yasağını düzenleyen hükümlerinin franchise sözleşmelerine de uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi⁵⁴⁴. Franchise sözleşmeleri için getirilen rekabet yasağı ile ilgili olarak BK hükümleri gereğince yapılan değerlendirilmeler sırasında Yargıtay tarafından verilmiş⁵⁴⁵ ve doktrinde büyük

⁵⁴⁰ Emerson, **Franchising Covenants**, s.14-15.

⁵⁴¹ Gürzumar, s.175; Kırca, s.191; Tuzlu, 97-98; Arslan, s.299; Şimşek, s.275.

⁵⁴² "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilirler".

⁵⁴³ "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür".

⁵⁴⁴ Gürzumar, s.176; Kırca, s.191-192; Kapancı, s.1044; Şimşek, s.276.

⁵⁴⁵ Yargıtay 11.HD, 2011/13747 E. ve 2012/356 K., 19.01.2012T. , www.lexpera.com, ET:28.07.2020, "...Dava, franchising sözleşmesine aykırılık iddiasına dayalı haksız rekabetin tespit ve önlenmesi istemine ilişkindir.

Somut olayda, taraflar arasında imzalanan 13.11.2007 tarihli sözleşmenin 5.5. maddesinde, alt imtiyaz sahibinin bu anlaşmanın sona ermesini veya feshedilmesini takip eden bir yıllık süre boyunca imtiyaz bölgesinde, ne kendisinin ne de ilgili olduğu bir şirketin bu anlaşma ile makul olarak tasarlanmış bulunan iş ile aynı veya benzer olan işlerde, özelde de gıda zinciri ile veya gıda toptan veya perakende satışı yapan Dia ürünlerinin benzerlerini veya aynısını satan rakip bir işletme ile iş yapmaktan ve genelde de Dia işletmeleri ile rekabet yaratacak doğrudan veya dolaylı faaliyetlerde bulunmaktan kaçınmayı taahhüt ettiği düzenlenmiş olup, davacı tarafından davalının sözleşmenin feshinden sonra anılan maddede yasaklanan işleri yapmaya devam ettiği ileri sürülerek işbu dava açılmış olup, mahkemece yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Oysa, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48 ve devamı maddelerinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu bildirilmiş, BK'nun 19. maddesinin ilk fıkrasında, bir akdin mevzuunun kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunacağı belirtildikten sonra, 2. fıkrasında bu serbestinin sınırları gösterilmiş, 20. maddesinde ise bir akdin mevzuunun gayri mümkün veya gayri muhtemel ahlaka (adaba) mugayir olması halinde o akdin batıl olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu belirlemekte özgür iseler de bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. Anayasa'nın ve BK'nun anılan hükümleri sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizmiştir.

Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönülecek olursa, taraflar arasındaki sözleşmenin rekabet yasağını düzenleyen 5.5. maddesi hükmü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınan çalışma hürriyeti ilkesine aykırı olması ve tarafların aralarında imzalayacakları bir sözleşme hükmü ile bu özgürlüğü ihlal anlamına gelecek her hangi bir düzenleme yapmalarının mümkün bulunmaması nedeniyle geçersizdir.

Bu durum karşısında mahkemece, dava konusu 13.11.2007 sözleşmenin 5.5. maddesi hükmünün, yukarıda anılan yasal düzenleme ve ilkelere aykırı olduğundan geçersiz bulunduğu kabul edilerek, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, yukarıda açıklanan şekilde incelenip değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir.

eleştirilerle karşılaşmış kararlardan sonra Yargıtay⁵⁴⁶ da içtihadını değiştirerek franchise sözleşmelerindeki rekabet yasağının Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti hükümlerine uygun olması koşuluyla geçerli olacağına hükmetmiştir. Yargıtay tarafından verilen daha ileriki tarihli kararlarda da rekabet yasağının çalışma özgürlüğünü kısıtlamadığı ve bu hükmün geçerli olduğu bir kez daha vurgulanmıştır.⁵⁴⁷

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi bir sene arayla verdiği iki kararında⁵⁴⁸ sözleşmede belirlenen ve sözleşme sonrası karşı tarafa getirilen rekabet etmeme koşulunu, önce çalışma hürriyeti ilkesine aykırı olmasından, sonra ise kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup karşı tarafın ekonomik özgürlüğünü sınırladığından bahisle geçersiz saymış ancak daha sonra verdiği kararlarda⁵⁴⁹ rekabet yasağının know-how'ı korumak için zorunlu

⁵⁴⁶ Yargıtay 11.HD, 2012/10309 E.2014/1890 K., 04.02.2014,www.lexpera.com, ET:03.05.2018.

⁵⁴⁷ Yargıtay 11.HD, 2015/6017 E., 2016/1035 K., 4.2.2016 T., www.lexpera.com, E.T:8.7.2018 “...Taraflar arasında imzalanan acentelik sözleşmesinin 36. maddesinde, davalı acentenin, acentelik ilişkisinin bitimini izleyen iki yıl içinde, davalı müvekkili şirket ile aynı iş kolunda, bu ilişki nedeniyle elde ettiği avantajı kullanarak, üçüncü kişilerle bir bağ kuramayacağı, bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde (50.000) USD cezai şartı davalıya ödeyeceği düzenlenmiştir. Davalı acentenin sözleşmeyi haksız bir şekilde feshettiği, sözleşmenin feshinden altı ay geçtikten sonra, kendisine bırakılan bölgede, davalı ile aynı iş kolunda faaliyet gösteren bir başka şirketin acenteliğini üstlendiği, böylelikle acentelik sözleşmesinin anılan hükmüne aykırı davrandığı, dosya kapsamı ile sabittir. Tarafların tacir olduğu da uyuşmazlık konusu bulunmadığı gibi, acentenin faaliyetlerini, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonrası için sınırlandıran anlaşmanın, iki yıllık süre için yapılması, yalnızca acenteye bırakılmış bölgeye veya müşteri çevresine ve aracılık ettiği sözleşmenin taalluk ettiği konuya ilişkin olması nedeniyle, 6102 sayılı TTK'nın 123. maddesine uygun bulunduğu da açıktır. Zira, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 14. maddesinde, anılan hükmün tüm acentelik sözleşmeleri için uygulanacağı düzenlenmiştir. Yine tacirler arasında imzalanan bu rekabet yasağı hükmünün içeriğinin, 818 sayılı BK.'nın 19/1. (6098 sayılı TBK.'nın 26.) maddesinde belirlenen sözleşme özgürlüğü sınırları içinde kaldığı ve 818 sayılı BK'nın 19/2, 20. (6098 sayılı TBK'nın 27.) maddelerinde düzenlenen Kanun'un emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmadığı gibi, T.C. Anayasası'nın 48. maddesinde teminat altına alınan çalışma özgürlüğünü kısıtlayan bir yanının da bulunmadığı, bu yüzden de anılan hükmün geçerli olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca taraflar arasında işçi işveren ilişkisi olmadığından, 818 sayılı BK'nın 348 vd. (6098 sayılı TBK'nın 444 vd.) maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı hükümlerinin de, somut uyuşmazlıkta uygulanma yeri bulunmamaktadır.”

⁵⁴⁸ Yargıtay 11.HD, 2011/13747 E. ve 2012/356 K., 19.01.2012T.; Yargıtay 11.HD, 2012/17736 E. ve 2013/9814 K.,13.05.2013 T.,www.lexpera.com, ET: 17.09.2018.

⁵⁴⁹ Yargıtay 11.HD 2012/10309 E. ve 2014/1890 K., 04.02.2014 “...Uyuşmazlığın Taraflar arasındaki franchise sözleşmesinde kararlaştırılan rekabet etmeme yasağının ihlal edilip edilmediğinden kaynaklandığı.....4054 sayılı Kanun'un 4.maddesine uygun şekilde Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan “Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 5/6 maddesi hükmüne göre, rekabet halindeki mal ve hizmetlerle ilgili olması, faaliyette bulunan tesis ile sınırlı bulunması ve know-how'I korumak için zorunlu bulunması şartıyla 1 yıla kadar rekabet etmeme yükümlülüğünün kararlaştırılabileceği, sözleşmenin 8.maddesinde davalıya know-how'ın verildiğinin kararlaştırıldığı, 13.maddesinde ise davalının, kendisine devir edilen know-how'ı herhangi bir şekilde kullanmayacağını veya kullanılmasına izin vermeyeceğini taahhüt ettiği, işletme biçimi, işletmenin iç mekan ve tasarımı, işletmede kullanılan tüm malzeme, menu fiyat politikası, ürün çeşitleri, işletme tarzı vs bir bütün olarak know-how'u oluşturacağı, davalının faaliyetinin sözleşmenin 8. ve 13.maddelerine aykırılık teşkil ettiği, rekabet yasağının çalışma hürriyetiyle ilgisinin olmadığı, aynı işyerinde aynı konseptte aynı işyeri tasarımı kullanılarak ve davacının, davalıya verdiği know-how'a göre ticari faaliyetinin yürütülmesini içerdiği, davalı eyleminin rekabet etme yasağına aykırılık ve haksız rekabet teşkil ettiği, davalının açık kusuru olduğu, eylemin TTK'nın 58 ve BK'nın 49.maddeleri uyarınca manevi tazminatı da gerektirdiği, davalının rekabet yasağına aykırı davranışı

olması halinde 1 yıla kadar rekabet etmeme koşulu getirilebileceğini belirterek rekabet yasağının çalışma hürriyetiyle ilgisi olmadığı yönünde verilen ilk derece mahkemesi kararının bu bölümünü onayarak içtihadını değiştirmiştir. Nitekim Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin daha önceki tarihli iki kararı Koyuncuoğlu tarafından eleştirilerek rekabet yasaklarının olmadığı bir serbest rekabet düzenini hedefleyen Rekabet Kanunu'nda dahi belirli şartlarla ve belirli sözleşme tiplerine ilişkin olarak rekabet yasağı getirilebilme imkanı tanınmışken rekabet yasaklarını özel hukukta kelepçeleme nitelemesiyle geçersiz saymanın doğru olmayacağı zira çalışma özgürlüğü elinden alındığı varsayılan teşebbüsün de rekabet düzeninin asli bir parçası olduğu ve böyle bir nitelendirmenin AB mevzuatına uyum sürecini de olumsuz etkileyeceği ve Anayasaya aykırı bulunması durumunda pekçok dağıtım sözleşmesine ilişkin olarak da hukuki belirsizliği arttıracığı belirtilmiştir⁵⁵⁰. YENİOCAK da aynı şekilde acentelik sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi hükümlerinin franchise sözleşmelerine de uygulanması gerektiğini, rekabet yasağının Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmenin aslında rekabet yasağını geçerli olarak kabul eden TTK ve BK'nun da Anayasa'ya aykırı olduğu anlamına geleceği, kelepçeleme sözleşmesi ile kastedilenin genel işlem şartları olmasına rağmen Yargıtay tarafından bu yönden bir inceleme yapılmadığı gerekçeleriyle Yargıtay kararlarını eleştirmiştir⁵⁵¹. CAN da Yargıtayın ilgili kararını eleştirerek TTK ve TBK'nunda rekabet yasağını engelleyen bir hüküm bulunmadığını; TBK m.444 ve TTK m.123'te rekabet yasağı anlaşmalarına cevaz verildiğini, bu hükümler olmasaydı dahi sözleşme özgürlüğü çerçevesinde rekabet yasağı hükümleri konulabileceğini belirterek Yargıtayın rekabet yasağının AY'ya aykırı olduğu yönünde vermiş olduğu kararı eleştirmiştir⁵⁵².

Eleştiri konusu olması gereken diğer bir husus ise Yargıtay'ın rekabet yasağının geçerli olduğu yönünde yapmış olduğu içtihat değişikliğine rağmen yargı sisteminin yavaş işlemesi nedeniyle hızlı aksiyon alınamaması ve rekabet yasağı nedeniyle faaliyetin men'i taleplerinin daha Yargıtay aşamasına dahi gelinmeden, dava süresinde konusuz

nedeniyle elde ettiği gelirin belirlendiği, davacının ayrıca sözleşmeden kaynaklı alacağının olduğu gerekçesiyle 95.714.13 TL maddi tazminat, 1.550.84 TL bakiye sözleşme alacağı ile 2500 TL manevi tazminatın tahsiline, 1 yıllık rekabet yasağının başlama süresi ve karar tarihi itibarıyla men talebi konusuz kaldığından bu konuda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.” www.lexpera.com, ET:18.01.2019.

⁵⁵⁰ Hikmet Koyuncuoğlu, **Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Düzenlemeleri**, TBB Dergisi, 2014(111), s.455.

⁵⁵¹ Yeniocak, s.136.

⁵⁵² Ozan Can, Franchise Sözleşmesi ile Kararlaştırılan Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Bağlamında Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014/I, s.66.

kalmış olmasıdır. Nitekim Yargıtay tarafından verilen kararda bu husus net olarak görünmektedir⁵⁵³.

3. Rekabet Yasağının Sözleşme ile Kararlaştırılmamış Olması Durumu

Türk hukukunda kural olarak aksi franchise sözleşmesi ile yazılı olarak kararlaştırılmadığı sürece, sözleşmenin sona ermesi ya da feshi sonrasında franchise alan için bağlayıcı bir rekabet yasağı sözkonusu değildir⁵⁵⁴. Kural bu olmakla birlikte franchise sözleşmeleri için fesih ya da sona erme sonrasında rekabet yasağı hususunu ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Franchise sözleşmeleri sona erdiğinde ya da fesholunduğunda genel olarak iki seçenek gündeme gelmektedir;

a) Franchise veren tarafından işletmenin devralınması

b) Franchise veren tarafından sadece bir takım malvarlıklarının satın alınarak franchise alan işletmesinin son bulması

Birinci seçeneğin gündeme gelmesi, yani franchise alanın ticari işletmesinin franchise veren tarafından devralınması ve sözleşmede rekabet yasağı hükmünün

⁵⁵³ Yargıtay 11.HD; 2012/10309 E., 2014/1890 K., 4.2.2014T., www.lexpera.com, ET:18.06.2019 “...Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, davacının haksız rekabetin men'i talebinde de bulunduğu, sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren 1 yıllık süre geçtiğinden bu talebin konusunun kalmadığı, uyuşmazlığın taraflar arasındaki franchise sözleşmesinde kararlaştırılan rekabet etmeme yasağının ihlal edilip edilmediğinden kaynaklandığı, her ne kadar sözleşmenin 21.09.2009 tarihinde sona erdiği beyan edilmiş ise de davalı tarafın 2009 Ekim, Kasım ve Aralık aylarıyla ilgili ödemeler yaptığı, sözleşmenin bir süre için daha uygulandığı, 01.01.2010 tarihinden itibaren ödeme yapılmadığı, defter ve kayıtlara göre davacının 1.550.84 TL alacağının belirlendiği, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine uygun şekilde Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan 'Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 5/6. maddesi hükmüne göre, rekabet halindeki mal ve hizmetlerle ilgili olması, faaliyette bulunan tesis ile sınırlı bulunması ve know-how'u korumak için zorunlu bulunması şartıyla 1 yıla kadar rekabet etmeme yükümlülüğünün kararlaştırılabileceği, sözleşmenin 8. maddesinde davalıya know-how'un verildiğinin kararlaştırıldığı, 13. maddesinde ise davalının, kendisine devir edilen know-how'u herhangi bir şekilde kullanmayacağını ve kullanılmasına izin vermeyeceğini taahhüt ettiği, işletme biçimi, işletmenin iç mekan ve tasarımı, işletmede kullanılan tüm malzeme, menü fiyat politikası, ürün çeşitleri, işletme tarzı vs bir bütün olarak know-how'u oluşturacağı, davalının faaliyetinin sözleşmenin 8 ve 13. maddelerine aykırılık teşkil ettiği, rekabet yasağının çalışma hürriyetiyle ilgisinin olmadığı, aynı işyerinde aynı konseptte aynı işyeri tasarımı kullanılarak ve davacının, davalıya verdiği know-how'a göre ticari faaliyetinin yürütülmesini içerdiği, davalı eyleminin rekabet etme yasağına aykırılık ve haksız rekabet teşkil ettiği, davalının açık kusuru olduğu, eylemin TTK'nın 58 ve BK'nın 49. maddeleri uyarınca manevi tazminatı da gerektirdiği, davalının rekabet yasağına aykırı davranışı nedeniyle elde ettiği gelirin belirlendiği, davacının ayrıca sözleşmeden kaynaklı alacağının olduğu gerekçesiyle 95.714.13 TL maddi tazminat, 1.550.84 TL bakiye sözleşme alacağı ile 2.500 TL manevi tazminatın tahsiline, 1 yıllık rekabet yasağının başlama süresi ve karar tarihi itibarıyla men talebi konusuz kaldığından bu konuda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.....”⁵⁵³ Temyiz edilmesi üzerine Yargıtaya gelen bu karar yukarıda belirtilen hususlar dışında rekabete aykırılık tazminatı belirlenirken bu esnada KDV de dahil edilmiş olması nedeniyle bozulmuş ancak yukarıda belirtilen hususlar açısından karar onanmıştır.”

⁵⁵⁴ Kırca, s.190; Poroy/Yasaman, s.270; Can, s.43; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.736; Tuzlu, s.97.

bulunmaması durumunda, kural olarak MK 2’de yer alan dürüstlük kuralı gereği franchise alanın rekabet yasağına tabi olacağı kabul edilmelidir⁵⁵⁵. Zira TTK md.11 gereğince ticari işletmenin en önemli unsurlarından biri müşteri çevresi olup ticari işletmenin gayrimaddi malvarlığını oluşturmaktadır⁵⁵⁶. Diğer yandan ticari işletme değeri belirlenirken franchise veren tarafından ödenecek ücretin çok önemli bir kısmını da müşteri çevresi oluşturmaktadır⁵⁵⁷. Gayrimaddi bir malvarlığı olan müşteri çevresinin fiilen ve hukuken devri mümkün olamayacağından ancak işletme değeri devredilecektir⁵⁵⁸. Biz de işletme değerinin belirlenmiş, ödenmiş ve devrin gerçekleşmiş olması nedeniyle franchise alanın ticari işletme devrinden sonra franchise verenle rekabet edemeyeceğinin kabul edilmesinin adil olduğunu düşünmekteyiz⁵⁵⁹.

İkinci seçenek gündeme geldiğinde, franchise sözleşmesinde sözleşmenin sona ermesini takiben rekabet yasağına ilişkin bir hüküm olmaması durumunda, rekabet yasağının uygulanmayacağı söylenebilir. Diğer yandan rekabet yasağı sözkonusu olmasa dahi, franchise veren açısından gündeme gelecek olan zarar için de konuyu ikiye ayırarak irdelemek doğru olacaktır.

a) Franchise alan, bahse konu müşteri çevresinin oluşması için çaba göstermemiş, yatırım yapmamış ve faaliyetini de franchise verene ait bir taşınmazda ve kira bedeli ödemeksizin ya da rayicin altında bir kira bedeli ödemek suretiyle sürdürmüş olabilir. Böyle bir durumda, franchise alanın kendisiyle rekabet etmesi ve franchise verenin müşteri çevresini ve ticari sırlarını kullanacak olması nedeniyle franchise verenin bir zarara uğrayacağı açıktır. Franchise veren, bu zararını haksız rekabet hükümleri gereğince franchise alandan talep edebilecektir.

b) Eğer franchise alan müşteri çevresinin oluşmasında bilfiil etkili olmuş, franchise edilen taşınmazı kendisi seçmiş ve bu taşınmazda kira hakkına dayanarak faaliyet göstermiş ve maliyetine katlanmış, franchise edilen markadan ziyade kendisi ön plana çıkmışsa franchise sözleşmesinin sona ermesinden sonra bu franchise alan için

⁵⁵⁵ Arkan, s.44,45; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.190; Ahmet Emre Kaplan, **Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı**, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, İstanbul, s.12.

⁵⁵⁶ Karayalçın, s.174; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.171; Poroy/Yasaman, s.40.

⁵⁵⁷ Poroy/Yasaman, s.40; Arkan, s.32; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.171.

⁵⁵⁸ Karayalçın, s.175; Betül Evirgen, Ticari İşletmelerin Devri, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015, Ankara, s.46.

⁵⁵⁹ Ticari işletmenin devri durumunda rekabet yasağının geçerli olmayacağı hakkındaki tartışmalar için bkz. Koray Demir, **Yeni Dönem: Ticari İşletmenin Devrinde Eski ve Yeni Sorunlar**, İÜHFM, C.LXXI, S.2, 2003, s.103-120.

rekabet yasağı ortadan kalktığı gibi franchise veren için bir zararın da sözkonusu olmayacağı açıktır. Nitekim tam tersine böyle bir durumda franchise alanın diğer koşulların da bulunması halinde, denkleştirme bedeli ödemesine hak kazanacağı düşünülmelidir⁵⁶⁰.

Diğer bir seçenek de franchise sözleşmesinin sona ermesi sonrasında franchise alan ve franchise veren arasındaki ilişkinin farklı bir şekilde ancak bağımlı tacir yardımcısı ilişkisi şekline bürünerek devam ediyor olmasıdır. Bu durumda da BK md 553 gereğince ticari temsilci, ticari vekil ya da diğer bağılı tacir yardımcılarını için getirilen kanuni rekabet yasağı gereği rekabet yasağı, bu ilişki süresi boyunca devam ediyor olacaktır⁵⁶¹.

4. Acentelik Sözleşmesine Getirilen Rekabet Yasağı Hükümünün Kıyasen Franchise Sözleşmelerine Uygulanması

6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girmesinden sonra ise acentelik sözleşmesine ilişkin rekabet yasağı m.123'te açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme denkleştirme talebini düzenleyen m.125 gibi doğrudan uygulanmaya imkan vermemekle birlikte acentelik sözleşmeleri genel olarak franchise sözleşmeleri ile temel olarak benzeştikten sonra eğer sözleşmede rekabet şartı kararlaştırılmış ancak uygulanacak hükümler hususunda sessiz kalınmışsa bu madde hükümleri franchise sözleşmeleri için de kıyasen uygulanabilecektir⁵⁶². Nitekim TTK m. 123'ün düzenleniş amacının zayıf durumda olan acenteyi korumak olduğu kadar menfaatler dengesini de temin etmek olduğu görülmektedir. Aynı amacın franchise ilişkisinde de mevcut olduğu şüphesizdir. Bu nedenle ilgili madde kıyasen franchise sözleşmelerinde de uygulanmalı ancak franchise ilişkisinin somut koşulları dikkatle analiz edilerek bir sonuca varılmalıdır⁵⁶³. TTK m.123;

⁵⁶⁰ Benjamin A.Levin, Richar S.Morrison, “Who Owns Goodwill At the Franchised Location”, American Bar Association, Franchise Law Journal, Winter 1999, s.6, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018; Özge Ayan, s.202, “Amerikan hukukunda, Washington’da yürürlükte olan Franchise Yatırımlarının Korunması Hakkında Kanun’a göre franchise sözleşmelerinin yenilememe suretiyle sona ermesi durumunda ihtar koşuluna da uyulması koşuluyla, sözleşme sonrası rekabet yasağı kararlaştırılmaması halinde franchise alan açısından denkleştirme talep hakkının ortadan kalkacağı düzenlenmişken Türk hukukunda ise sözleşmenin sona ermesi sonrasında rekabet yasağı getirilmemesi denkleştirme bedeli hesaplamasında bir indirim nedeni olarak alınmaktadır”.

⁵⁶¹ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.736, Kırca, s.158, Kaplan, s.115.

⁵⁶² Şimşek, s.276, Tuzlu, s.98, Kaya, s.299-300, 6102 sayılı Kanun öncesi görüşler için bkz. Gürzumar, s.176; Kırca, s.193.

⁵⁶³ Yeniocak, **Franchise Sözleşmeleri**, s.133; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.736,737. Karşı görüş için bkz. Poroy/Yasaman, s.268.

Alman Ticaret Kanunu m.90/a'dan alınan ve sözleşmenin sona ermesinden sonra getirilen rekabet yasağına ilişkin akdi bir düzenlemedir⁵⁶⁴. Zira sözleşmenin sona ermesinden sonra tarafların serbestçe mesleğini yerine getirmesi ve sona eren ilişkinin içine girdiği alan da dahil, istediği alanda sürdürmesi amaçlanmaktadır. Bununla birlikte franchise sözleşmelerinde know-how'ın ve ticari sırların korunması gerekliliği ve yukarıda sayılan diğer ihtiyaçlar nedeniyle franchise alana rekabet yasağı getirilmesi zorunlu olabilir. Doktrinde franchise sözleşmelerinde rekabet yasağının franchise alanın franchise verenin müşterilerini tanıması ve onlara ait iş sırlarını bilmesi nedeniyle getirildiği belirtilmektedir⁵⁶⁵. Tarafların sözleşmenin sona erdiği durumlarda rekabet yasağı getirmediği hallerde bu yasak kanuni bir yükümlülük olarak uygulanmayacaktır. Rekabet yasağının akdi bir yükümlülük olarak öngörülmüş olması nedeniyle taraflar, ancak ayrı bir sözleşme şeklinde ya da franchise sözleşmesinin içinde rekabet yasağını kararlaştırabilirler. Yine acentelik sözleşmesinde rekabet yasağını düzenleyen ve kıyasen franchise sözleşmesine de uygulanacak olan ilgili hükme göre; bu anlaşmanın mutlaka yazılı şekilde yapılması ve anlaşma hükümlerini içeren yazılı bir belgenin franchise alana verilmesi zorunludur. Anlaşma hükümlerini içeren yazılı belgenin şekli konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle bu belge ayrı bir belge şeklinde olabileceği gibi sözleşmenin ikinci bir nüshası ya da tasdikli bir sureti de olabilir⁵⁶⁶. Bu belgenin makul bir süre içinde verilmediği durumda franchise alan rekabet yasağı sözleşmesinin hüküm kazanmadığı definde bulunabilir⁵⁶⁷. Böyle bir belge verilmesinin nedeni; acenteyi/ franchise alanı güvenceye almak ve Müvekkil/ franchise verenin anlaşmayı yürürlüğe koymak konusundaki keyfi davranışlarını önlemektir⁵⁶⁸. Rekabet yasağı anlaşmasının yer, konu ve zaman bakımından sınırlandırılması ve mutlaka yazılı şekilde yapılması gerekliliğinin⁵⁶⁹ nedeni daha güçsüz durumda olan acentenin korunmak istenmesi ile bu anlaşma şartlarını daha iyi anlaması ve kavraması içindir. Nitekim aynı durum bir franchising ilişkisinde daha zayıf durumda olan franchise alan için de aynen

⁵⁶⁴ Gerekçe “Tasarının bu maddesi yeni olup; Alman TK'nun 90a paragrafından alınmıştır. Hüküm, sözleşmeden sonra sözleşmeye bağlı olarak uygulanacak faaliyet sınırlamasını düzenlemektedir”.

⁵⁶⁵ Gürzumar, s.175; Kırca, s.191; Şimşek, s.274, Tuzlu, s.97.

⁵⁶⁶ Arslan Kaya, **Ticaret Kanunu Şerhi**, s.123; Kayıhan, s.115,116.

⁵⁶⁷ Bkz. gerekçe; Kayıhan, s.115,116.

⁵⁶⁸ Ozan Can, **6102 sayılı Kanuna Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.81; Kayıhan, s.116; Albayrak, s.63.

⁵⁶⁹ Karşı görüş için bkz. Gürzumar s.176.

geçerlidir⁵⁷⁰. Aksi halde anlaşma kanunda öngörülen şekle uygun yapılmadığından kesin hükümsüz sayılacaktır⁵⁷¹.

Sözleşmenin yazılı bir şekilde yapılmasını geçerlik şartı olarak öngördükten sonra ayrıca rekabet yasağı anlaşması hükümlerini içeren ve müvekkil tarafından imzalanmış bir belgenin karşı tarafa verilme zorunluluğu Türk hukukunda eleştirilmektedir. Bu zorunluluğun nedeni acentelik sözleşmesinin tek nüsha olarak imzalanması halinde acenteye bekleme ücreti talebi hususunda bir delil sağlamaktır. Oysa ki iki nüsha olarak imzalanan ve bir nüshası acenteye verilen sözleşmeler için bir istisna öngörülmediği gibi; bu belgenin hangi süre içinde acenteye verileceği ve bu hükme uyulmamasının hukuki sonuçları da belirli değildir⁵⁷².

Kanun koyucu; acente için getirilecek rekabet yasağının dar olarak yorumlanmasını amaçlamış ve bu yasağın ancak acenteye bırakılmış bölgeye, müşteri çevresine ve aracılık ettiği konulara ilişkin olabileceğini belirtmiştir. Nitekim bu hüküm aynı şekilde franchise sözleşmesi için de geçerli olacaktır. Bir franchise sözleşmesine konulan rekabet yasağının çerçevesi dar olarak yorumlanmalı ve getirilecek yasak franchise sözleşmesi kapsamında hitap edilen müşteri çevresini, bölgeyi ve franchise sözleşmesinin konusunu esas almalıdır. Örneğin bir fast food işletmecisi için getirilen bir rekabet yasağı ileride bu işletmecinin bir kahve zinciri açmasına mani olmamalıdır. Diğer yandan getirilen rekabet yasağının dolaylı olarak ihlal edilmesine de izin verilmemelidir. Örneğin eski bir franchise alan; rakip işletmenin bağlı ya da bağımsız tacir yardımcısı olmamalı, işçi olarak bu şirket için çalışmamalı, yönetim kurulunda görev almamalı, bu şirkete ortak olmamalıdır. Kanunun dolanılması anlamına gelecek bu durumlar da aynı şekilde rekabet yasağına aykırılık oluşturacaktır⁵⁷³. Rekabet yasağının kanunda belirlenenden daha geniş olarak getirildiği durumlarda bu yasak sınırı aştığı ölçüde TK m.123/4'te yer alan “bu maddeye aykırı şartlar, acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersizdir” hükmü nedeniyle butlanla malüldür.

⁵⁷⁰ Kırca, s.193; Şimşek, s. 280; Tuzlu, s.102. Yazılılık şartının istisnası için bkz. Gürzumar, s.176.

⁵⁷¹ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.313; Mustafa İsmail Kaya, **Acentelik Hukuku**, Adalet yayınevi, Ankara, 2014, s.408.

⁵⁷² Abuzer Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2016, s.116.

⁵⁷³ Mustafa İsmail Kaya, s.403-404.

TTK m.123 gerekçesinden⁵⁷⁴ hareketle rekabet yasağı anlaşmalarının ancak sözleşme süresi içinde aktebileceği; sözleşme akdi sırasında ya da öncesinde yapılan anlaşmaların ilgili madde hükmüne aykırı olacağı söylenebilir⁵⁷⁵. Öğretide sözleşme süresi içinde ya da sözleşmelerle birlikte yapılan rekabet yasağı anlaşmalarının geçerli olduğu yönünde görüşler de vardır. Bir franchising ilişkisinde rekabet yasağının imzalanan franchise sözleşmesiyle birlikte getirildiği düşünüldüğünde bizim görüşümüz de franchise sözleşmesiyle birlikte imzalanan rekabet yasağının geçerli olması gerektiği yönündedir. Aksinin kabulü; sözleşmeyle getirilen şartları başından itibaren yok saymak olur ki böyle bir kabul halinde tüm sözleşme hükümlerinin ilk başından geçersiz olacağı sonucuna ulaşılır. Bu durumda Taraflar arasında bir sözleşme imzalanmasının dahi anlamsız olacağı söylenebilecektir. Acentelik sözleşmelerinin sona ermesinden sonra yapılan rekabet yasağı anlaşmaları ise amaca uygun düşmeyeceğinden TTK m.123'e tabi olmayacak ancak çalışma özgürlüğünü kısıtlayan emredici diğer hükümlere MK m.23 veya BK m.27 gibi aykırı olup olmadıkları denetlenecektir⁵⁷⁶.

5. Bekleme Ücreti

TTK m.123'te "Müvekkilin, rekabet sınırlaması dolayısıyla acenteye uygun bir tazminat ödemesi şarttır" denilmektedir. Burada kastedilen gerçek anlamda bir tazminat olmayıp bekleme süresi için getirilen bir çeşit ücrettir. Nitekim doktrinde bazı yazarlara göre bekleme ücreti ile karşı edim kastedildiğinden "tazminat" kelimesi yerine "bekleme ücreti" teriminin kullanılması daha yerinde olacaktır⁵⁷⁷. Bekleme ücreti, rekabet yasağının bir sonucudur. Dolayısıyla; bir franchise sözleşmesinde franchise alan lehine bir bekleme ücreti ödeneceği belirtilmese dahi ilgili hüküm nedeniyle franchise alan, bu ücreti talep edebilecektir. Bu tazminat belirlenirken franchise alanın rekabet etmeme yasağı nedeniyle mahrum kaldığı kazançla birlikte kaçırdığı fırsatlar göz önüne alınmalıdır. Doktrinde bu bedelin hesaplanması esnasında brüt gelirin esas alınacağı,

⁵⁷⁴ Bkz gerekçe "...Sözleşmenin zamanı önem taşır. Alman öğretisinde ve mahkeme kararlarında rekabet sınırlaması sözleşmesinin acentelik sözleşmesinin sona ermesinden önce yapılması halinde koruyucu olacağı; acente sözleşmesinden önce yapılan sözleşmenin, acente sözleşmesi yönünden baskı yaratabileceği; sözleşmenin sona ermesinden sonra yapılabilecek böyle bir sınırlama anlaşmasının da amaca uygun düşmeyebileceği görüşü ileri sürülür. Ayrıca sözleşmenin sona ermesinden sonra yapılan sözleşmelerde ikinci fıkra uygulanamaz. Çünkü müvekkil ilişkinin tasfiyesini ve acentenin bazı alacaklarını böyle bir sözleşmenin yapılmasına bağlayabilir".

⁵⁷⁵ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.312.

⁵⁷⁶ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.313.

⁵⁷⁷ Can, **Rekabet Yasağı Anlaşması**, s.99.

yasakla ilgili olmayan kazançlar, örneğin sigorta parası, sosyal güvenlik gelirleri, hatta denkleştirme bedelinin tazminattan indirilemeyeceği ifade edilmektedir⁵⁷⁸. Biz bu görüşe; bekleme ücretinin rekabet yasağına uyma nedeniyle uğranılacak kaybın uygun bir bedelle telafisi olması gerektiğinden yola çıkarak, bu şekilde yapılacak bir hesaplamanın adaletsiz bir sonuca götüreceğini düşündüğümüzden ve böyle bir hesaplama ile ulaşılabilecek bu bedelin amacını aşacağına inandığımızdan katılmıyoruz.

TTK m.123 hükmü gereğince müvekkil/franchise veren; her zaman için tek taraflı beyanı ile rekabet yasağı anlaşmasından dönme hakkına sahiptir ancak bu durumda bekleme ücreti ödeme yükümlülüğü bu beyanın karşı tarafa ulaşmasından itibaren 6 (altı) ay sonra ortadan kalkacaktır. Bu imkan kanunda sadece müvekkil/franchise veren için getirilmiştir. Ayrıca taraflardan birinin diğer tarafın kusuru nedeniyle haklı sebeple sözleşmeyi feshetmesi durumunda; fesheden taraf fesihten itibaren 1 ay içinde rekabet sözleşmesiyle bağlı olmadığını diğer tarafa yazılı olarak bildirerek rekabet yasağı anlaşması ile bağlı olmaktan kurtulabilir. 1(bir) aylık süre hak düşürücü süredir. İlgili hükme göre sözleşmenin feshi tek başına yeterli olmayıp ayrıca rekabet yasağı sözleşmesi ile bağlı olunmayacağı da karşı tarafa bildirilmelidir.

Bu madde sözleşmeyi haklı olarak fesheden franchise alan için istenmeyen sonuçlar doğurabilir; şöyle ki; 1 (bir) ay içinde bu bildirim yükümlülüğünü atlayan franchise alan aynı işkolunda farklı bir marka ile ilerlerse ne olacak, sözleşmede belirtilen bu yasak ile bağlı mı kalacaktır? Bunun cevabı evet olursa franchise alana fesih nedeniyle uğradığı zarar ve ziyana ek olarak bir de rekabet yasağına aykırılık nedeniyle ayrıca bir tazminat yükü yüklenmiş olacaktır ki bu durum kesinlikle adil bir sonuç değildir. Yukarıda saydığımız nedenlerle kanunda bu hüküm nedeniyle bir eksiklik bulunduğu ve adil olmayan sonuçlara yol açabileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle her ne kadar doktrinde farklı görüşler bulunsada biz bu bedelde franchise verenin indirim talep edebilmesi gerektiğini ve özellikle de bu hesaplama yapılırken denkleştirme ödemesi gibi yasakla ilgisi olmayan kalemlerin bu miktardan indirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

TTK madde 123 bekleme ücretinin sadece “uygun” olması gerektiği yönünde bir düzenleme yapmış olup somut bir hesaplama yöntemi belirlememiştir. Yargıtay kararlarında da bu hususa ilişkin bir örnek ya da prensip kararı mevcut değildir. CAN’a

⁵⁷⁸ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.313.

göre müvekkilin karşı edimi olarak belirlenmiş tazminat için “belirli” veya “belirlenebilir” ifadelerinin kullanılması daha uygun olurdu. Tarafların uygun bir bekleme ücreti miktarında anlaşamamaları durumunda franchise alan bu hakkını dava yoluyla ileri sürerek MK m. 4 gereğince hakim tarafından takdirini talep edebilecektir.⁵⁷⁹ Bu durumda bu bedel belirsiz alacak davası şeklinde de ileri sürülebilir⁵⁸⁰.

Bekleme ücretinin hesaplanmasında acenteye/ franchise alana yapılan ödemeler belirleyici bir kıstas olmakla birlikte ücretin bu miktarın üzerinde belirlenip belirlenemeyeceği hususu tartışmalıdır. Alman öğretisine göre acentenin/ franchise alanın sözleşme ile elde ettiği kazancın üzerine çıkılamaz. CAN ise acentenin rakiple çalışırken daha fazla kazanç elde edebileceğini ileri sürerek acentenin kazancını azami sınır olarak belirlemek doğru değildir demektedir. GÖKSOY’a göre ise acentenin rekabet yasağı süresinde sözleşmenin yürürlükte olduğu zamana kıyasla daha iyi duruma geldiğinin kabul edilmesi hakkaniyet açısından kabul edilebilir bir durum değildir. Bekleme ücreti belirlenirken sözleşmenin sona erdiği rekabet yasağı anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarih esas alınmalıdır⁵⁸¹.

Eğer sözleşmede bekleme ücreti hususunda bir belirleme yapılmışsa bu ücret geçerli olmakla birlikte TTK m.123/I’e göre hesaplanan miktarın daha yüksek olması durumunda, franchise alanın daha yüksek olan bu miktarı talep etmesi mümkündür. Diğer yandan eğer sözleşmede belirlenen miktar TTK m.123/I’e göre belirlenen miktardan daha düşük olursa bu miktarda bir indirim yapılması ise sözkonusu olmayacaktır⁵⁸².

Kural olarak acentelik/franchise sözleşmesiyle getirilen bir rekabet yasağı sadece sözleşme taraflarını bağlar ve acente/franchise alanın üstlendiği yapmama borcu üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez ancak acente/franchise alan yapmama borcunu üçüncü kişiler eliyle (dolaylı olarak) da yapmama borcunu üstlenir. Dolayısıyla alt acentenin/alt franchise alanın rekabet yasağına aykırı davranması halinde acente/franchise alan bunu önleme konusunda gereken tüm önlemleri alma; aksi halde doğacak tüm zararları

⁵⁷⁹ Ozan Can, Rekabet Yasağı Anlaşması, s.102.

⁵⁸⁰ Özlem Akıncı Albayrak, “Acentelik ve Tekel Yetkisi Veren Diğer Sözleşmelerde Rekabet Yasağı”, Çukurova Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı; Yüksek Lisans Tezi, Adana 2016, s.7.

⁵⁸¹ Albayrak, s.76.

⁵⁸² Yaşar Can Göksoy, 6102 sayılı Yeni Ticaret Kanunu’na Göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Özel Sayı 2010, 2012, İzmir, s.919.

karşılama borcu altına girer⁵⁸³. Nitekim bu konu Amerikan hukukunda çok daha detaylı bir şekilde inceleme konusu olmuş ve yargı makamları tarafından franchise alanın üçüncü kişiler eliyle de bu yasağa aykırı davranamayacağı yönünde kararlar verilmiştir⁵⁸⁴.

Getirilen rekabet yasaları franchise sözleşmesini imzalayan franchise alan için kabul edilmesine rağmen yapılan rekabet, sadece bu sözleşmeyi imzalayanlarla sınırlı kalmamaktadır. Pek çok olayda çalışan, müdür, eş, çocuk, ebeveyn, kardeş ya da başka bir aile bireyi sözleşme sona erdiğinde franchise konusu işle rekabet eden bir işe girişebilmektedir. Bir franchise sözleşmesi sona erdiğinde aynı taşınmazda aynı konuda bir iş yapılmaktadır. Araştırma sonucu franchise veren, bu işin eski franchise alanın eşi, oğlu, kızı, babası, annesi, kardeşi, kuzeni, iş ortağı ya da bağlantılı başka bir gerçek ya da tüzel kişi tarafından yapıldığını öğrenmektedir. Genellikle de eski franchise alanla bu yeni kişi arasında imzalanmış yazılı bir belge bulunmamaktadır. Çoğu durumda yeni işletmeci, aynı taşınmazı, aynı ekipmanı kullanmakta ve aynı müşteri çevresine hitap etmektedir. Bu durumla bağlantılı olarak, franchise veren, franchise sözleşmesini imzalamamış olan bu kişilere de rekabet yasağının uygulanıp uygulanamayacağını sorgulamaktadır⁵⁸⁵. Türk hukukuna göre franchise sözleşmesinde düzenlenen ve tüm şirket ve şirket ortakları için tüm Türkiye’yi ya da bir şehrin ya da ilçenin tamamını kapsayan bir rekabet yasağı ya da sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönem bakımından “üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî akrabaları kapsayacak şekilde getirilen rekabet yasağı, rekabet hukuku açısından hukuka aykırı bulunmaktadır⁵⁸⁶. Nitekim Rekabet Kurumu tarafından verilen 08.05.2014 tarihli ve 14-17/323-141 sayılı karara göre; “Sözleşmede yer alan 4054 sayılı sayılı Kanun’un 4.maddesine temel aykırılıkların giderilmesi için;

-Rekabet etmeme yükümlülüğünün;

a) sözleşmeyi imzalayan, şirket ortakları ve bunların 2. dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlarını kapsayacak şekilde düzenlenmesi,

b) Coğrafi sınırının ise faaliyetin gösterildiği alan/işyeri ile sınırlı olacak şekilde düzenlenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.”

⁵⁸³ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.321-322.

⁵⁸⁴ Gray, Murray, s.1.

⁵⁸⁵ Gray, Murray, s.1.

⁵⁸⁶ Yeniocak, s.131.

Nitekim bu konu Amerikan hukukunda çok daha detaylı bir şekilde inceleme konusu olmuş ve yargı makamları tarafından franchise alanın üçüncü kişiler eliyle de bu yasağa aykırı davranamayacağı yönünde kararlar verilmiştir. Gold Messenger Inc.v. McGuay davasında, faaliyet konusu reklam afişi basmak olan franchise veren, Gold Messenger, eski franchise alanının ortağı olan firmaya franchise sözleşmesinin sona ermesinden sonra franchise konusu ile rekabet teşkil eden işi yapması nedeniyle dava açar. Açtığı davada, davalıyla franchise sözleşmesi imzalamadığını ancak eski franchise alanla iki yıllık bir iş ilişkisi olduğunu ve bu sürede davalının eski franchise alanının ortağı olması nedeniyle birlikte eğitim aldığını ve her ikisinin birden ticari sırlarına eriştiğini iddia etmiştir. Davalı ise franchise verenle doğrudan franchise sözleşmesi imzalamadığından rekabet yasağının kendisi için uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Mahkeme ise her kadar davalı franchise sözleşmesinin tarafı olmasa ve imza atmasa da aralarındaki özel ve farklı iş ilişkisi nedeniyle rekabet yasağı ile bağlı olacağı yönünde karar vermiştir⁵⁸⁷.

6. Diğer Hususlar

a. Rekabet Yasağına Aykırılık Nedeniyle Belirlenen Cezai Şartların Genel İşlem Şartları Yönünden İncelenmesi

Franchise sözleşmesi bir formüler sözleşme olup genel işlem şartları içermektedir. Nitekim bir franchise zincirinde kullanılan sözleşmelerin içeriğini belirleyecek olan tarafın sistemi kuracak ve geliştirecek taraf olan franchise veren olması doğaldır. Genel işlem şartları TMK madde 2 gereğince karşı tarafı iyiniyet ve dürüstlük ilkesine aykırı olarak aşırı bir şekilde zarara uğratmamalıdır. Franchise veren, franchise alanın okumadığı hükümlere dikkatini çekmeli ve okumasını sağlamalıdır. Açık olmayan hükümlerin franchise veren aleyhine yorumlanacağı kabul edilmelidir. Franchise veren, franchise alan aleyhine alıılmamış şartlar getiremez. Franchise veren ve franchise alan arasında kararlaştırılmış bireysel hükümler genel işlem şartları karşısında öncelik taşır.⁵⁸⁸ Diğer yandan genel işlem şartlarının gücünün karşısında zayıfı korumayı amaçladığı düşünüldüğünde franchise alanın, gerçekten bu ilkelerin uygulanmasını gerektirecek derece korunması gerekip gerekmeyeceği de ayrıca araştırılmalıdır. Zira franchise alanın

⁵⁸⁷ Gray/Murray, s.3.

⁵⁸⁸ Gürzumar, s.29; Kırca, s.36.

büyük bir işletme veya holding olduğu bir durumda genel işlem şartları uygulanmamalı; küçük işletmeler için bu şartların uygulanacağı kabul edilmelidir.⁵⁸⁹ Diğer yandan her iki tarafın tacir olduğu bir franchise ilişkisinde genel işlem şartlarının uygulanıp uygulanmayacağı sorusu da gündeme gelmektedir. Yargıtay kararlarına bakıldığında tacirler arasında imzalanmış sözleşmelerde de genel işlem şartlarının incelenmesi gerekeceği yönünde kararlar verilmiştir.⁵⁹⁰ Diğer yandan yine Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere genel işlem şartlarının uygulanması esnasında bu şartların uygulanmasının sıkı koşullara bağlı olduğu hususu da dikkate alınmalıdır.⁵⁹¹

Rekabet yasağına aykırılık sonucu franchise sözleşmelerinde düzenlenen cezai şartların BK madde 20 vd'da düzenlenen genel işlem şartlarına aykırı sayılıp sayılmayacağı hususu da bir franchise ilişkisinde büyük önem taşımaktadır. Yargıtay tarafından verilen bir kararda; rekabet yasağı sonucu getirilen cezai şartın veya tazminatın tek taraflı olarak belirlenemeyeceği, dürüstlük kurallarına uygun olması gerektiği ve karşı tarafın rekabet etmediği süre için belirlenecek bir bekleme tazminatı bulunması ve rekabet yasağına aykırılık halinde ödenecek olan cezai şart ya da tazminat içeren maddenin tartışılıp kabul edildiğinin ispatlanması koşuluyla geçerli olacağı açıkça ifade edilmiştir.⁵⁹²

⁵⁸⁹ Gürzumar, s.30.

⁵⁹⁰ Yargıtay 11. HD, 2016/7261E., 2017/4262 K., 12.09.2017T., www.lexpera.com, ET:07/10/2020.

⁵⁹¹ Yargıtay 19. HD, 2016/19089 E., 2017/4156 K., 24.05.2017T., www.lexpera.com, ET:07/10/2020.

⁵⁹² Yargıtay 9.HD, 2008/24493 E., 2010/10480 K., 15.4.2010 T., www.kazanci.com, ET: 07.11.2019.

“Nitekim ilk derece mahkemesi tarafından “..... protokolün 1. maddesinde aday açısından sözleşmenin imzalanması garanti edilmeyip şirketin tek taraflı fesih hakkının düzenlendiği, protokol hükümlerinin ihlali halinde sadece şirket lehine cezai şart öngörülüp şirketin protokol hükümlerine aykırı davranması halinde aday lehine cezai şarta yer verilmediği, protokolde öngörülen süre içinde sözleşmenin imzalanmaması halinde protokolü fesih hakkının yine sadece şirkete tanındığı, cezai şart hükmünün franchise veren tarafından önceden, tartışılmadan, tek taraflı olarak matbu şekilde hazırlandığı, protokolün ağırlıklı şekilde ve neredeyse tamamen franchise verenin menfaatlerini garanti altına aldığı, cezai şart hükmünün pazarlıkta hakim konumunda bulunan franchise verenin benzer sözleşmelerde kullanılmak üzere önceden hazırladığı matbu sözleşme içinde yer aldığı, bu şekilde belirlenen tek yanlı cezai şartın salt franchise verenin haklarını koruduğu, franchise adayının menfaatine açıkça aykırı olduğu, bu yönüyle dürüstlük kurallarıyla bağdaşmadığı, anılan hükmün taraflarca eşit koşullarda-serbestçe görüşülüp konuşularak belirlenmeden sözleşme kapsamına girdiği, TBK’nın 21. maddesi gereğince yazılmamış sayılması gerektiği kanaatiyle asıl davanın kabulüne, birleşen davanın reddine” karar verilmiş; karar, davalı-birleşen davada davacı tarafından temyiz edilmiş ancak ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından onanmıştır”. Genel İşlem Şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. Muzaffer Şeker, Yazılmamış Sayılma, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

b. Devralınan İşletmenin İşçileri Yönünden Rekabet Yasağı

Diğer bir konu ise ticari işletmenin franchise veren tarafından devralınması durumunda çalışanların rekabet yasağı ile bağlı kalmaya devam edip etmeyecekleri hususudur. Yargıtay bir kararında⁵⁹³; “işçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri halinde de kural olarak geçerliğini sürdürür. Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde ise rekabet yasağı sona erer” denilmektedir. Dolayısıyla franchise verenin ticari işletmenin tümünü devralması ve bu taşınmazda ve bu ticari işletme ile aynı faaliyeti devam ettirmesi durumunda işçilere getirilen rekabet yasağı aynı şekilde geçerli olmaya devam edecektir.

c. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlali

Bir franchise sözleşmesine eklenen rekabet etme yasağının ihlali durumunda franchise veren, franchise alana karşı sözleşmeye aykırılık nedeniyle tedbir talebiyle yargı yoluna başvurabilir. Ayrıca franchise veren, zarara uğraması durumunda tazminat talebinde bulunabileceği gibi; sözleşmede farklı bir yaptırım belirlenmesi durumunda (cezai şart vb.) bu yönde hüküm kurulmasını da talep edebilir.

Franchise verenin rekabet yasağı anlaşmasını ihlali ise bekleme ücretini ödememek şeklinde gerçekleşir. Franchise alan, aynen ifayı talep edebileceği gibi aynen ifadan vazgeçerek rekabet yasağı sözleşmesini feshedebilir ve tazminat talep ederek müspet zararını (rekabet yasağı anlaşmasına uymasından dolayı kaçırmış olduğu daha iyi iş fırsatlarını nazara alarak) talep edebilir⁵⁹⁴.

Franchise veren ya da franchise alanın rekabet yasağını ihlali halinde; yani franchise verenin bekleme ücreti ödeme borcuna, franchise alanın ise rekabet yasağına aykırı davranması halinde borca aykırılık sözkonusu olur ve sözleşmeler hukukunun genel ilkeleri uygulanır⁵⁹⁵. Rekabet yasağını ihlal eden franchise alan bekleme ücreti talep hakkını kaybedebileceği gibi, aynen ifa, ödemezlik def'i, tazminat ve sözleşmede belirtilmesi durumuna cezai şart talepleriyle karşı karşıya kalabilir⁵⁹⁶.

⁵⁹³ Yargıtay 9. HD, 2008/24493 E., 2010/10480 K., 15.4.2010 T., www.kazancı.com, ET: 07.11.2019.

⁵⁹⁴ Sadullah Evliyaoğlu, **Acentenin Rekabet Yasağı Anlaşması**, Seçkin Yayıncılık, 2017 Ankara, s.129; Can, **Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, s.144,145.

⁵⁹⁵ Evliyaoğlu, s.119; Can, Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, s.133,134.

⁵⁹⁶ Evliyaoğlu, s.120 vd.; Can, Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, s.134 vd.

7. 4054 Sayılı Rekabet Kanunu Yönünden

Diğer yandan bir franchise sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydının TTK madde 123 ve BK madde 27-28 hükümlerine ek olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine ve Rekabet Kurumu tarafından çıkartılan tebliğlere de uygun olması gerekmektedir. Rekabetin Korunması hakkında Kanun'un temel amacı serbest rekabeti kurmak ve korumaktadır. Nitekim ilgili Kanunun 1. maddesinde kanunun amacı tanımlanırken “bu kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları, piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetimleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır” denilmektedir⁵⁹⁷. Franchise veren ve franchise alan Rekabetin Korunması hakkında Kanun kapsamında birer teşebbüstür. İlgili Kanun kapsamında bir anlaşmanın yasaklanabilmesi için rekabeti sınırlama amacı taşıması ya da bu etkiyi doğurması ya da bu etkiyi doğurabilecek güce sahip olması gerekir. Dolayısıyla da teşebbüsler arası bir anlaşma niteliği taşıyan franchise sözleşmesinin rekabet yasağını düzenleyen hükmünün ya da taraflar arasındaki rekabet yasağı anlaşmasının ilgili Kanun m. 4'e aykırı olmaması gerekir⁵⁹⁸.

Rekabet Kanunu anlamında rekabeti sınırlamaya yönelik anlaşmalar ikiye ayrılmaktadır. Bunlar üretim zincirinin aynı seviyesindeki teşebbüsler arasında yapılan yatay anlaşmalar ile üretim zincirinin farklı seviyelerinde bulunan işletmeler arasında yapılan dikey anlaşmalardır. Yatay anlaşmalar genelde rakipler arasında yapılan anlaşmalardır. Dikey anlaşmalar ise rakip olmayan işletmeler arasında yapılan; örneğin bir bayi ile tedarikçisi arasında yapılan anlaşma gibi, anlaşmalardır⁵⁹⁹. Franchise sözleşmelerinde de franchise verenin franchise alanın rakibi olmadığı ve üretim ve dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde oldukları düşünüldüğünde bu anlaşmalar dikey anlaşmalar olarak adlandırılmaktadır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.4 rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını yasaklarken; m.5⁶⁰⁰ bazı durumlarda bu anlaşmalara cevaz verilebileceğine

⁵⁹⁷ İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku Dersleri**, b.6, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s.19.

⁵⁹⁸ Evliyaoğlu, s.101; Can, **Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, s.118,119. Dikey anlaşmaların da RKHK m.4 kapsamında değerlendirilebileceği hk. bkz. Güçer, s.205.

⁵⁹⁹ Evliyaoğlu, s.102; Can, **Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, s.120.

⁶⁰⁰ RKHK madde 5'e göre; “Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının 4'üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

ilişkindir. Rekabeti sınırlayıcı olmasına rağmen olumlu özellikleri nedeniyle grup muafiyeti kapsamına giren ya da bireysel muafiyet alan anlaşmalar m.4 hükmünden istisna tutulabilmektedir. Bir anlaşmanın muafiyetten yararlanmasının olumlu koşulları “anlaşmanın faydalı olması” ve “tüketicinin bundan yarar sağlaması” olarak tanımlanırken; olumsuz koşulları “ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması” ve “rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmamasıdır”.⁶⁰¹ Franchise anlaşmaları daha önce Franchise Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti kapsamında değerlendirilirken 14.07.2002 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2002/2 Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile birlikte Franchise Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği yürürlükten kaldırılmış ve bu anlaşmalar bu tarihten sonra Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında değerlendirilmiştir.

Rekabet Kurulu tarafından dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti koşullarını belirlemek üzere Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No:2002/2) ve Dikey Anlaşmalara ilişkin Kılavuz çıkarılmıştır. İlgili Tebliğ’e göre kural olarak bir rekabet yasağı anlaşması bulunması halinde grup muafiyetinden yararlanılamaz. Bununla birlikte ilgili Tebliğ’in 5/b hükmüne göre; “Yasaklamanın, anlaşma konusu mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how’ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, alıcıya anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir. Kamuya mal olmamış know-how’ın kullanılması ve açıklanmasına ilişkin süresiz yasaklama hakkı saklıdır.”

Nitekim Anadolu Restoran İşletmeleri Ltd.Şti. (“McDonald’s”) tarafından alt işletmecilerle imzalanan franchise sözleşmelerine ilişkin olarak menfi tespit talebiyle yapılan başvuruyu takiben Rekabet Kurulu tarafından verilen 11.07.2013 tarihli ve 13-44/560-254 K. sayılı kararda⁶⁰²; açıkça McDonald’s’ın alt işletmecileriyle imzalamış

-
- Malların üretim ve dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
 - Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
 - İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
 - Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlandırılmaması.

⁶⁰¹ Evliyaoğlu, s.104; Can, **Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, s.120,123.

⁶⁰² www.rekabet.gov.tr, Yayınlanma Tarihi:13.09.2013

“(11) Bildirime konu Sözleşme, McDonald’s tarafından franchise alana McDonald’s restoranının işletilmesi için gerekli belirli bir yerin ve McDonald’s ticari ve hizmet markalarının, know-how, ticari sırlarının ve diğer sınai mülkiyet haklarının verilmesine ilişkin olması nedeniyle, Tebliğ’in 2. maddesi anlamında dikey anlaşma niteliğindedir.

(13) Diğer yandan Sözleşme’nin rekabet etmeme yükümlülüğünü düzenleyen hükümleri Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinin dışında kalmaktadır. Grup muafiyetinin dışında kalan bu hükümlere aşağıda yer verilmiştir.

(14) Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz (Kılavuz)’un 183. paragrafının (ii) bendinde “franchise alanın satın aldığı mal ve hizmetlerle ilgili olarak rekabet etmeme yükümlülüğü, bu yükümlülüğün franchise ağının ortak kimliğini ve prestijini korumak bakımından gerekli olduğu hallerde Kanun’un 4. maddesinin kapsamı dışındadır. Böyle bir durumda, rekabet etmeme şartının süresi de, franchise anlaşmasının süresini aşmadığı takdirde 4. madde kapsamında bir sorun yaratmayacaktır” denilmektedir. Kılavuza göre franchise veren tarafından, sahip olduğu franchise ağının kimliğini ve prestijini korumak adına franchise alana getirilen ve sözleşme süresi ile sınırlı rekabet etmeme yükümlülüğü 4. madde kapsamına girmeyecektir.

(15) Bu bağlamda, mevcut durum ele alındığında Sözleşme’de tanınan ve franchise alana getirilen sözleşme süresi olan 10 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün 4. madde kapsamında yer almadığı kanaatine varılmıştır. Diğer yandan, Sözleşme’de franchise alana Sözleşme’nin bitiminden itibaren 12 aylık rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu hususta; 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5. maddesinin (b) bendi uyarınca, genel olarak anlaşmanın bitiminden sonraki dönem için franchise alana rekabet etmeme yükümlülüğü getirmek mümkün olmamakla birlikte, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal veya hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve franchise veren tarafından franchise alana devredilen know-how’ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, franchise alana, anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmektedir. Sözleşme bu koşullar açısından değerlendirildiğinde öncelikle söz konusu rekabet yasağının anlaşma konusu mal ve hizmetlerle rekabet halinde olan mal ve hizmetlerle sınırlı olduğu görülmektedir. Üstelik sistemin kendisinin yoğun bir know-how aktarımı içerdiği dikkate alındığında bir yıl süreyle getirilen rekabet yasağının makul olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak söz konusu rekabet yasağı alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olmalıdır. Bu hüküm ise mevcut haliyle Tebliğ’in ilgili maddesi ile uyumlu değildir.

(16) Söz konusu yasağa ilişkin hükmün 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu olmaması nedeniyle, bu hükmün bireysel muafiyet kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır.

G.2.3 Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

(17) 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde belirtilen iki olumlu, iki olumsuz koşulun birlikte karşılanması halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verilebilmektedir.

(18) Yapılan bildirim bu bağlamda incelendiğinde, uygulanan sisteme dahil işletme sayısının önümüzdeki 3 yılda (...) adet artmasının beklendiği görülmektedir. Dolayısıyla, sisteme girecek yeni restoranlar ile markalar arası rekabetin artacağı, bu artan rekabetten tüketicilerin de olumlu etkileneceği açıktır. Ayrıca aktarılan know-how ile de fast food hizmetinin sunulmasında etkinlik yaratılacaktır. Bu bağlamda, incelemeye konu olan ana lisans anlaşması Kanun’un 5. maddesinin her iki olumlu koşulunu da sağlamaktadır.

(19) Kanun’un 5. maddesindeki ilk olumsuz koşul, (c) bendindeki ilgili piyasanın önemli bölümünde rekabetin ortadan kalkmamasıdır. Bildirim formunda yer alan bilgiler, McDonald’s’ın ilgili ürün pazarındaki payının 2012 yılı itibarıyla (...) olduğunu göstermektedir. Aynı dönemde pazarın lideri konumundaki Burger King’in pazar payı ise (...) olarak bildirilmiştir. Bu teşebbüsleri sırasıyla (...), (...) ve (...) ile Dominos Pizza, KFC&Pizza Hut ve Simit Sarayı unvanlı teşebbüsler izlemektedir. Bu itibarla, fast-food restoran pazarının rekabetçi bir yapıda olduğu açıktır.

(20) 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (d) bendindeki son şart, (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için, yani üretimin, dağıtımın gelişmesi ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması için zorunlu olandan fazla oranda rekabetin sınırlandırılmasıdır. Sözleşme ile franchise alanlara sözleşme bitiminden sonra da bir yıl rekabet yasağı getirilmektedir. Bu rekabet yasağı uygulamasının McDonald’s restoran sisteminin korunması ve geliştirilmesi için önemli olduğu açıktır. Diğer taraftan fast-food pazarında oldukça yoğun rekabetin olması, rakip firmaların tüketicilere ulaşmak için franchise alan teşebbüslerin restoranlarına ihtiyaç duymamaları, bu pazarın söz konusu rekabet yasakları nedeniyle rakiplere kapanması riskinin yüksek olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla, Sözleşme’nin bitiminden sonraki bir yıllık rekabet yasağı gereğinden fazla bir rekabet sınırlaması yaratmayacaktır”.

olduğu franchise sözleşmelerinde sözleşme süresi için konulan rekabet yasağının rekabet hukuku ve kanunu kapsamında bir değerlendirme gerektirmediği ve bu kapsam dışında olduğu; sözleşme sonrası için getirilen rekabet yasağının ise sözleşmeyi dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti kapsamında çıkartmakla birlikte bu hükmün rekabeti arttırması, tüketici lehine olması, piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırmaması ve rekabeti gereğinden fazla sınırlamaması nedenleriyle ilgili hükme bireysel muafiyet verileceği belirtilmiştir.

Acentelik sözleşmesini düzenleyen madde 123 hükmüne göre rekabet yasağı sözleşmeleri en çok 2 (iki) sene için aktedilebilir. Rekabet yasağı getirilebilmesi için bu yasağın mutlaka sözleşme sona ermeden önce getirilmesi şartı aranmaktadır. Diğer yandan belirlenen 2 (iki) senelik süre kesin ve azami süre olup faaliyetin durdurulması, hastalık vb. nedenlerle uzatılması mümkün değildir. 2 yılı aşan anlaşmalar ise aştığı oranda geçersizdir⁶⁰³. TTK madde 123 hükmü Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında yer alan ve rekabet yasağı anlaşmalarının en çok 1(bir) yıl süre ile yapılabileceğine ilişkin hükümle çelişmektedir. Bizim görüşümüz franchise sözleşmelerinin özel niteliği ve dikey anlaşmalar kapsamında denetime tabi olmaları gereği; franchise sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağı anlaşmaları için özellikle 1 (bir) yıllık sürenin dikkate alınması gerektiği yönündedir⁶⁰⁴.

D. FRANCHISE ALANIN FRANCHISE SÖZLEŞMESİ DOLAYISIYLA ALMIŞ OLDUĞU KİŞİSEL VERİLERİ İADE VEYA İMHA YÜKÜMLÜĞÜ

Anayasamızda 2010 yılında 5982 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle birlikte özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesine; “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde ve kişinin açık rızasıyla işlenebilir.

⁶⁰³ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.892.

⁶⁰⁴ Karşı görüş için bkz., Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, b.6, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s.896 “TTK’daki bu düzenlemenin özel bir hüküm kabul edilmesi ve TK 123’teki koşullara uygun olması şartıyla örneğin 2 yıllık bir rekabet yasağı anlaşmasının da RHKH uygulamasından istisna tutulması ve grup muafiyetinden yararlanması gerekir”.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir” hükmü eklenerek, kişilerin kişisel verilerinin korunması hakkının kapsamı belirlenmiştir⁶⁰⁵.

Ayrıca Anayasamızda yapılan değişikliğe ek olarak Avrupa Konseyi tarafından, tüm üye ülkelerde kişisel verilerin aynı standartlarda korunması ve sınır ötesi veri akışı ilkelerinin belirlenmesi amacıyla hazırlanan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması karşısında Bireylerin Korunmasına ilişkin 108 sayılı Sözleşme 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılmış ve ülkemiz tarafından da imzalanmıştır. Bu sözleşme; Resmi Gazete’de⁶⁰⁶ yayımlanarak iç hukukumuzda dahil edilmiştir. 108 Sayılı Sözleşmenin 4. maddesi çerçevesinde, iç hukukta kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenleme yapılması gerekli hale gelmiştir. Tüm bu gelişmeler üzerine 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Resmi Gazete’de⁶⁰⁷ yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili Kanunda kişisel verilerin işleme şartları, kişisel verilerin işlenmesinde temel hak ve özgürlüklerin korunması ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esaslar düzenlenmektedir⁶⁰⁸.

İlgili Kanun’da kişisel veriler; kimliği belli ya da belirlenebilir nitelikteki gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir. Bir verinin herhangi bir gerçek kişi ile ilişkilendiriliyor olması o verinin kişisel veri olarak tanımlanması için yeterlidir. Nitekim kanunda sınırlı olarak sayılmadığından; kişinin adı, soyadı, doğum tarihi, doğum yeri, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, e posta adresi, hobileri, tercihler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan ya da dolaylı olarak tanımlayan bilgiler kişisel veridir⁶⁰⁹.

Kanun’da ayrıca “özel nitelikli kişisel veri” tanımı yapılmıştır. Bu veriler; açıklanması halinde kişiyi mağdur edebilecek ya da ayrımcılığa maruz bırakabilecek olan verilerdir. Örneğin sağlık verisi, biyometrik veriler, sendika ya da dernek üyeliği, din, mezhep gibi veriler sayılabilir.

⁶⁰⁵ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular; s.12, www.kvkk.gov.tr, ET:12.02.2019.

⁶⁰⁶ R.G 17 Mart 2016, S. 29656.

⁶⁰⁷ RG 7 Nisan 2016, S. 29677.

⁶⁰⁸ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular; s.13, www.kvkk.gov.tr, ET:12.02.2019.

⁶⁰⁹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular;_s.21, www.kvkk.gov.tr; ET:12.02.2019. Ticari sır ve kişisel veri farkı için bkz. Gürbüz, s.48.

Özel nitelikli kişisel verilerin ya da kanunda tanımlı istisnalara girmeyen kişisel verilerin işlenmesi için ayrıca açık rıza aranmaktadır. İlgili Kanun'da kişisel verilerin işlenmesi belirli ilkelere tabi tutulmuştur. Tüm veri işleme faaliyetleri bu ilkelere uygun olarak gerçekleştirilmelidir; bunlar;

a) Kişisel Veri İşleme Faaliyetinin Hukuka ve Dürüstlük Kurallarına Uygun Olarak Yapılması,

Dürüstlük, veri sahibinin haberi olmadan hiçbir şekilde kişisel verisinin toplanamaması ve işlenememesi, veri işleme amacının aşılmasıdır.

b) Doğru ve Güncel Olması

Veri işleyen kişisel verileri işlerken işleyeceği verilerin güncel olması hususunda ilgili tüm kanallarını açık tutması ve gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirmesi anlamına gelmektedir.

c) Kişisel Verilerin Belirli, Açık ve Meşru Amaçlarla İşlenmesi

Kişisel veri işleme amaçlarının açıklandığı hukuki işlem ve metinlerde (açık rıza, aydınlatma, veri sorumlusu siciline başvuru, ilgili kişi başvurularını yanıtlama) belirlilik ve açıklık anlamına gelmektedir.

Ayrıca bu ilke kişisel veri işleme faaliyeti gerçekleştirilirken kişisel veri işleme amaçlarının mümkün olan en detaylı şekilde belirtilmesini de kapsamaktadır.

d) Veri İşleme Faaliyetinin İşlendikleri Amaçla Bağlantılı, Sınırlı Ve Ölçülü Olması

Kişisel verilerin belirli ve mevcut amaçlarla, ilgili amacın gerektirdiği ölçüde toplanması, amacın gerektirdiği yerlerde kullanılması ve bu amaç için gerekli olan süre tutulması anlamına gelmektedir.

e) İlgili Mevzuatta Öngörülen Ve İşlendikleri Amaç İçin Gerekli Olan Süre Kadar Muhafaza Edilmesi

İşlenen kişisel verilerin mevzuatta öngörülen süre ile sınırlı olarak muhafaza edilmesi, eğer böyle bir süre yoksa işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesidir⁶¹⁰.

Ayrıca 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 16. maddesinin ikinci fıkrasına göre;

“Kişisel veri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir.” İlgili hükümden yola çıkarak Kişisel Verileri Koruma Kurulu; 19/07/2018 tarihli ve 2018/88 sayılı Kurul kararıyla 2019 yılı için yıllık çalışan sayısı 50’den çok veya yıllık mali bilanço toplamı 25 milyondan çok olan gerçek ve tüzel kişi veri sorumluları için Veri Sorumluları Sicili’ne kayıt yükümlülüğü getirmiştir⁶¹¹. Yine ilgili kanunda bu kanuna aykırılık halinde uygulanmak üzere idari para cezaları ile birlikte cezai müeyyideler tanımlanmıştır.

Bir franchise ilişkisi düşünüldüğünde; franchise alanın ve franchise verenin çeşitli vesilelerle (mal teslim etmek, hizmet vermek, reklam yapmak, doğrudan pazarlama yapmak vb.) kişisel veri işlediği görülmektedir. Veri işleme tamamen ya da kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla yapılabildiğinden franchise alanın sistematik olarak kaydettiği müşteri isimleri (örneğin restoran franchiselarında doğumgünü partisi düzenleyen müşterilerin listesi gibi) bir çeşit veri işleme faaliyetidir. Dolayısıyla hem franchise alan hem de franchise veren; veri sorumlusu olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda kişisel verileri işleyen franchise alan; veri işleme amacı ortadan kalkar kalkmaz bu verileri yok etmeli ya da franchise alan bu kişisel verileri; eğer franchise verenin adı ve markasıyla daha fazla bir süre elinde tutmak için açık izin almışsa franchise sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte franchise verene iade etmelidir. Franchise alanın oluşturmuş olduğu müşteri listelerini franchise verene iade etmek zorunda olmasının bir nedeninin de Kişisel

⁶¹⁰; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular; s.41-49, www.kvkk.gov.tr, ET:11.12. 2019.

⁶¹¹ Kurul kararları, www.kvkk.gov.tr; ET:11.12.2019.

Verilerin Korunması Kanunu olduğunu düşünmekteyiz. Diğer yandan eğer franchise alan, bu bilgileri işlemek ve saklamak için müşteriden açık rızayı franchise veren ve onun markası adına almadıysa bu durumda franchise sözleşmesi sona erer ermez bu bilgileri imha etmekle yükümlüdür.

İlgili Kanun kapsamında veri işleyen; veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak, onun adına veri işleyen gerçek veya tüzel kişilerdir⁶¹². Franchise alan da bir veri sorumlusu olmakla birlikte kimi durumlarda veri işleyen de olabilir. Bu durumda franchise veren (veri sorumlusu) ile birlikte ortak hukuki sorumluluk taşıyacağından eğer ilgili kanunu ihlal etmiş olması nedeniyle bir para cezasına çarptırılır ancak bu esnada franchise sözleşmesi feshedilmiş olursa franchise alan, franchise vereni tazmin etmelidir.

Diğer bir sorun da VERBİS'e kayıt olma yükümlülüğü olan franchise alanların sözleşmenin sona ermesini takiben VERBİS'teki kaydının ne olacağı hususudur. Bu durumda doğru olan franchise alanın franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben bu kaydı sildirmesidir. Kimi zaman franchise alanın franchise verenin talimatıyla veri işleyebileceği de düşünüldüğünde sorumluluğun ortak olacak olması nedeniyle franchise alanın VERBİS kaydını sildirmesi aynı zamanda franchise verene karşı bir hukuki yükümlülük olarak da ortaya çıkmaktadır.

Çoğu zaman kişisel veri ve ticari sır kavraları iç içe geçmiş olup bu iki kavram birbirine çok yakın iki kavramdır. Kişisel veriler bir işletmeye ait imalat, iş ve işletme sırları gibi ticari sırları kapsamına almaz. Kişisel veri kavramı sır olsun ya da olmasın, gerçek kişilere ait her türlü bilgiyi ifade eder⁶¹³. Bir franchise ilişkisinde işin görülmesi esnasında öğrenilen bazı bilgiler (müşteri bilgileri vb.) ya da gerçek kişi franchise alana ait gizli bilgiler de (malvarlığı, ad, soyad, kimlik bilgisi, sabıka kaydı) kişisel veri kapsamında yer almakla birlikte aynı zamanda "ticari sır" niteliği de taşımaktadır. Bu veriler kişisel verilere ilişkin korumadan faydalanacağı gibi aynı zamanda ticari sır korumasından da yararlanacaktır.

⁶¹² Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular; s.33, www.kvkk.gov.tr; ET:10.12.2019.

⁶¹³ Gürbüz, s.48.

II.FRANCHISE ALANIN HAKLARI

A. FRANCHISE ALANIN DENKLEŞTİRME BEDELİ TALEP HAKKI

Denkleştirme bedeli; franchising ilişkisinin sona ermesi sonucu franchise alanın, franchise verene kazandırdığı müşteri çevresini kaybetmesi nedeniyle doğan zararının, franchise verenin bu müşteri çevresinden yararlanması sonucu elde edeceği kazanç ile denkleştirilmesi suretiyle hesaplanarak franchise alana yapılması gereken bir ödemedir⁶¹⁴. Denkleştirme bedeli için Türk hukukunda “portföy akçesi”, “müşteri tazminatı”, “portföy tazminatı” ve “denkleştirme istemi” gibi farklı isimler kullanılmaktadır⁶¹⁵. 6102 sayılı Kanun madde 122’nin TBMM’nde görüşülmesi esnasında “...hükümdeki “tazminat istenebilir” ifadesi zararı çağrıştırdığından bu da 122’nci maddenin kabul ettiği hakkaniyet sistemine uymadığından anılan kelime yerine maddenin kenar başlığına ve talebin niteliğine uyan “denkleştirme” terimi kullanılmıştır” ifadeleri geçmiştir. Her ne kadar meclis görüşmeleri sırasında bu tartışma yaşansa da maddenin ifadesinde “tazminat” kelimesi aynen bırakılmıştır⁶¹⁶.

Oysa ki İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da belirtildiği gibi denkleştirme bedeli bir zararın karşılanması için yapılması gereken bir tazminat ödemesi olmayıp bir karşı edimdir; bu nedenle de denkleştirme bedeli için kullanılan “tazminat” ifadesi İsviçre Federal Mahkemesi tarafından eleştirilmiştir⁶¹⁷. Oysa ki tazminat talebi için zorunlu bir unsur olan “zarar” ve “kusur” denkleştirme bedeli için zorunlu bir unsur değildir⁶¹⁸. Bununla birlikte denkleştirme bedelinin sözleşmenin sona ermesi halinde talep edilebilen sözleşme sonu tazminatlara ek olarak talep edilebilmesi mümkündür. Denkleştirme bedelinin sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir bedel olup olmadığı da Türk hukukunda tartışılmıştır. Ancak sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte müvekkilin

⁶¹⁴ H. Ercüment Erdem, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi, Türk Ticaret Kanunu ile ilgili Makaleler (2009-2016)**, Oniki Levha Yayınları, 2017 İstanbul, s.7; Kayıhan, s.185; Ayhan/Çağlar, s.558; Arkan, s.241; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.878; Poroy/Yasaman, s.260, dipnot,49.

⁶¹⁵ Zehra Badak Aybar, “**6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Denkleştirme İstemi**”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı:24 Güz 2013/2, s.169; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.878; Poroy/Yasaman, s.260, dipnot,49; Ayan Özge, s.92; Şimşek, s.296; Kayıhan, s.184.

⁶¹⁶ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.240. Tasarı eleştirisi için bkz. Ayan Özge, s.134.

⁶¹⁷ Erdem, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi**, s.8. Denkleştirme bedelinin bir tazminat olmadığı hakkında bkz. Ayan Özge, s.98,122; Şimşek, s.296; Arkan, s.242; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.878.

⁶¹⁸ Arkan, s.245, Arslan Kaya, **Ticaret Kanunu Şerhi**, s.240; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.879; Ayan Özge, s.103,122.

zenginleşmesinin geçerli bir nedene dayanmaması ve taraflar arasındaki zenginleşme ve fakirleşme arasında uygun illiyet bağı olması ve arada geçerli bir sözleşme bulunmaması gerektiği açıktır. Oysa ki denkleştirme bedeli, taraflar arasında geçerli bir sözleşmeye dayandığından, sebepsiz zenginleşmeye dayandığının kabul edilmesi mümkün değildir⁶¹⁹.

TTK madde 122’de düzenlenen denkleştirme bedeli; Avrupa Birliği’ne uyum sürecinde ve gerekçesinde de ifade edildiği üzere Serbest Çalışan Ticaret Acenteleri Hakkında Avrupa Topluluğu Yönergesi⁶²⁰’nin hukukumuzda aktarılmasıyla oluşmuştur. İlgili Yönerge ise temel olarak Alman Ticaret Kanunu 89(b) ile İsviçre Borçlar Kanunu 418 (u) maddelerine dayanmaktadır. Genel olarak ilgili madde Alman ve İsviçre hukukundaki düzenlemelerle benzeşmekle birlikte Alman hukukunda denkleştirmenin doğmayacağı haller belirtilirken⁶²¹ Türk hukukunda bu belirlemeye yer verilmemiştir. İsviçre hukukunda ise; denkleştirme talebinde acentenin kaybı aranmamış, hakkaniyet ve müvekkilin menfaati kriterleri yeterli sayılmıştır. Diğer yandan yine İsviçre hukukunda denkleştirme talebinin üst sınırı belirlenirken acentenin son beş yıldaki yıllık ortalama net kazancını geçemeyeceği düzenlenmiştir. TTK’da ise denkleştirme isteminin üst sınırı belirlenirken yıllık komisyon ve diğer ödemeler esas alınacaktır. Bu durum özellikle denkleştirme bedelinin hesabı yapılırken büyük bir farklılık yaratmaktadır. Yıllık komisyon ve diğer ödemeler çoğu zaman net kazancın çok üstüne çıkabilmektedir. Ayrıca Türk hukukunda İsviçre hukukundan farklı olarak müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan acentenin sözleşmeyi feshetmesi hali de denkleştirme talep edilemez haller arasında sayılmıştır. Yine İsviçre Borçlar hukukunda denkleştirme talep süresine ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir⁶²². AB Yönergesinde ise temel olarak üye devletlerin tazminat ya da denkleştirme sisteminden birini seçmekte özgür

⁶¹⁹ Şenol, s.249-250; Ayan Özge, s.99.

⁶²⁰ Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC).

⁶²¹ i) acente sözleşmeyi müvekkilin feshi haklı kılacak davranışı olmamasına veya yaşlılık, hastalık gibi sebepler bulunmamasına rağmen feshetmişse

ii) sözleşme acentenin kusurlu davranışı nedeniyle müvekkil tarafından feshedilmişse

iii) üçüncü kişinin acentenin yerini alarak acente ve müvekkil arasındaki sözleşmeye katılmışsa

⁶²² Barış Cihan Cantürk, **Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi**, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.50-54; Ayan Özge, s.141 vd.

olduğu ancak denkleştirme sisteminin seçilmesinin aşan zararların tazminine bir engel oluşturmayacağı düzenlenmiştir⁶²³.

6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girmesinden önce yürürlükteki kanun ve yönetmeliklerde denkleştirme bedelini düzenleyen bir hükme rastlanmamaktaydı. Bununla birlikte Yargıtay 1996 yılında vermiş olduğu kararlarda denkleştirme bedeli kavramı açısından hukuki bir temel ve gerekçe yaratarak geçerli bir içtihat oluşturmuştur⁶²⁴. Yargıtay tarafından 1996 yılında verilen ilk iki kararda denkleştirme bedeli hususunda kanunda bir boşluk olduğu ve doldurulması gerektiği belirtilirken 25.12.1996 tarihli kararda; sözleşmenin feshinde kusuru olmayan acentenin imzalamış olduğu uzun dönemli acentelik sözleşmesinin feshi nedeniyle denkleştirme bedeli isteyebileceği ve bu hususta Yargıtay'da görüş birliği bulunduğu açıkça belirtilmiştir⁶²⁵. Yargıtay tarafından 04.05.2000 tarihinde verilen kararda⁶²⁶ ise; tek satıcının denkleştirme bedeli talep hakkı açısından inceleme yapılmış ve yapılan değerlendirme sonucunda tek satıcılık sözleşmesinin ilgili sözleşmedeki sürelerle uyularak feshedildiği ifade edildikten sonra tek satıcının haksız fesih nedeniyle bir tazminat talebinde bulunamayacağı ancak denkleştirme bedeli talep edebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Bahsekonu karar; sözleşmenin feshi durumunda tek satıcının denkleştirme bedeli talep hakkı bulunduğunu vurgulaması açısından ilkesel nitelikte bir karardır⁶²⁷.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 418u maddesinde; acentenin müvekkiline sağladığı müşteri artışına ve sözleşmenin feshi sonrasında müvekkiline sağlayacağı faydaya denk gelmek üzere müvekkilinden bir tazminat talep etme hakkı olduğu açıkça belirtilmiş ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin 22.05.2008 tarihli kararına kadar bu hüküm kıyas

⁶²³ Cantürk, s.57.

⁶²⁴ Yargıtay 11.HD, 1996/2084 E., 1996/4544 K., 20.06.1996 T, Yargıtay 11.HD, 1996/2189 E. 1996/3335 K., 10.05.1996 T.; Yargıtay 11.HD, 1996/2189 E., 1996/3335 K., 25.12.1996 T., www.kazanci.com, E.T:5.2.2019; Erdem, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi**, s.9 vd.

⁶²⁵ Erdem, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi**, s.11.

“...Dairemizin 20.4.1996 tarih, 1996/2084-4544 sayılı kararı ile acentelik sözleşmesinin...feshinde kusurlu bulunmayan acentenin acentelik döneminde aktettiği uzun vadeli all risk sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan prim komisyonu alacağı üzerinde portföy tazminatına hak kazandığı...olaya kıyasen uygulanması mümkün bulunan TTK m.134/II maddesi uyarınca hakkaniyete uygun bir portföy tazminatına uzman bilirkişiler aracılığıyla saptanarak hükmedilmesi gerekçesi ile bozulmuştur. Dairece (re'sen inceleme) sebebine dayalı karar düzeltme itirazının tartışılıp değerlendirilmesinde...acentenin portföy tazminatı adı altında tazminat talep edebileceği hakkında ilke açısından aykırı bir düşünce ileri sürülmüş değildir. Diğer ifade ile bu ilke açısından Daire'de görüş birliği mevcuttur...”

⁶²⁶ Yargıtay 19.HD, 1999/7724 E., 2000/3470 K., 04.05.2000 T., www.kazanci.com, ET:5.2.2019.

⁶²⁷ Erdem, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi**, s.12; Ayata, s.125; Ayan Özge, s.110.

yoluyla tek satıcılık sözleşmelerine uygulanmamıştır⁶²⁸. İsviçre Federal Mahkemesi, 22.05.2008 tarihinde verdiği kararıyla İsviçre Borçlar Kanunu’nun acentelik sözleşmeleri için öngörülen 418u maddesinin tek satıcılık sözleşmelerine de kıyasen uygulanmasına karar vererek daha önceki tarihli içtihadını değiştirmiş ve bu maddenin tek satıcılık sözleşmelerine ve benzeri sözleşmelere de uygulanmasının önünü açmıştır⁶²⁹.

Her ne kadar “denkleştirme istemi” kanunumuza açık olarak 6102 sayılı TTK ile girmiş olsa da TTK’nun yürürlüğe girmesinden önce de Türk Hukukunda gerek öğretide gerek Yargıtay kararlarında denkleştirme bedeli kabul edilmekte ve denkleştirme bedelinin benzer sözleşmelere de uygulanacağına dair kararlar verilmekteydi. Öğretinin temel dayanağını acentenin sözleşmeyi haklı bir sebep olmaksızın ve üç aylık fesih süresine uymadan feshetmesi halinde; diğer tarafın tamamlanmamış işler yüzünden uğradığı zararı tazmin etmesi gerekliliğini düzenleyen TTK madde 134/I ile sözleşmenin müvekkil ya da acentenin iflası, ölümü ya da kısıtlanması nedeniyle sona ermesi durumunda acenteye uygun bir tazminat ödenmesini düzenleyen TTK madde 134/II oluşturmaktaydı.⁶³⁰ Nitekim Yargıtay kararlarına da bakıldığında da kimi kararlarda MK madde 1 uyarınca kanun boşluğunu doldurmak suretiyle, bazı kararlarda ise eski Ticaret Kanunu madde 134’ü esas alarak denkleştirme istemine ilişkin kararlar verildiği görülmektedir⁶³¹.

6102 sayılı TTK’nda denkleştirme bedelinin açık bir şekilde düzenlenmesinden önce görülen davalarda da 6762 sayılı TTK’nunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen taraflar arasındaki ilişkinin devam ettiği süre ve ilişkinin ileriye dönük menfaat sağlayıp sağlamayacağı hususları nazara alınmak suretiyle hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir⁶³².

⁶²⁸ Pınar Altınok Ormancı, **Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı, İsviçre Federal Mahkemesinin 22 mayıs 2008 Tarihli Kararı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.3, 2009 Ankara, s.453; Şimşek, s.297.

⁶²⁹ Ormancı, **Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı**, s.453. Franchise sözleşmelerinde franchise alanın denkleştirme talep hakkına ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz. Ayan Özge, s.117; Şimşek, s.297; Gökyayla, s.243, dipnot 1140.

⁶³⁰ Karayalçın, s.534; Kırca, s.198; Cantürk, s.63; Ayan Özge, s.123 vd., 132.dipnot 117; Yeniocak, s.139. TTK md.134/I uygulaması için bkz. Ünal Tekinalp, **Türk Hukukunda Acentenin Portföy Akçası Talebi**, Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1998, s.14.

⁶³¹ Gürzumar, s.178; Cantürk, s.66; Ayan Özge, s.123 vd.; Tuzlu, s.92; Ayata, s.126.

⁶³² Yargıtay 11. HD, 2015/462 E., 2015/10260 K., 09.10.2015 T., www.lexpera.com, ET:21.02.2019. ““.....Ayrıca davacı, portföy tazminatı talebinde bulunmuştur. Taraflar arasındaki sözleşmede ve sözleşmenin kurulup devam ettiği dönemde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK’da buna dair bir hüküm bulunmamakla birlikte öğretide ve Yargıtay uygulamasında taraflar arasındaki ilişkinin devam ettiği süre

Yargıtay 11.HD'nin 2015/6981 E. ve 2015/12815 K. sayılı ve 1.12.2015 tarihli kararında ise ; franchising ilişkisinde koşulların bulunması durumunda denkleştirme bedeline hükmedilmesi gerektiği açıkça vurgulanmış ve bu hususa temyiz mahkemesi tarafından da değinilmediğinden bahsekonu hukuki durum kesinlik kazanmıştır⁶³³.

6102 sayılı TTK madde 122/5 ile birlikte denkleştirme bedeli kanunumuzda açık bir şekilde tanımlanmıştır. Her ne kadar bu hüküm acentelik sözleşmeleri için getirilmiş olsa da maddenin sonuna eklenen “bu hüküm aykırı düşmedikçe tek satıcılık ile benzeri diğer sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde de uygulanır” ifadesi ile denkleştirme bedelinin tek satıcılık sözleşmesi ile birlikte tekel hakkı veren franchise sözleşmeleri ve marka lisans sözleşmelerine de uygulanacağı netlik kazanmıştır⁶³⁴.

İsviçre ve Alman hukuklarından ve AB hukukundan farklı olarak TTK'nunda acentenin denkleştirme talebine ilişkin hükmün, hakkaniyete aykırı düşmedikçe tek satıcılık ve benzeri diğer sürekli sözleşmelerin sona ermesi hallerinde de kıyasen değil; doğrudan uygulanacağı belirtilmektedir⁶³⁵. Oysa ki her üç hukukta da bu nitelikte bir düzenleme bulunmayıp denkleştirme talebinin uygunluğu ve şartları mahkeme kararları

ve ilişkinin ileriye dönük menfaat sağlayıp sağlamayacağı hususları nazara alınmak suretiyle hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Yargılama sürecinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 122. m.'de “denkleştirme istemi” başlığı altında bir düzenleme yapılmıştır. Mahkemece, hükmü esas alınan bilirkişi raporunda anılan hususlardan ve 6102 sayılı TTK'nın 122. maddesi hükmünden bahsedilerek çalışılan dönemin ortalaması bulunup 12 ile çarpılmak suretiyle 138.760,44 TL portföy tazminatı hesaplanmıştır. Portföy tazminatı hesaplanırken sözleşmenin devam ettiği sürenin nazara alınmasında bir usulsüzlük bulunmamakla birlikte bu rakamın neden 12 ile çarpılarak sonuç rakama ulaşılmadığının sebebi anlaşılamamıştır. Bu itibarla mahkemece, portföy tazminatına hükmedilirken bilirkişilere yaptırılacak inceleme sonucu davacının davalı tarafın müşteri portföyüne kattığı müşterilerle davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra da ticari ilişkisini devam ettirip ettirmediği, ettirdi ise hangi firmalarla, hangi süre ve oranda devam ettirdiği tespit ettirilerek, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulup devam ettiği süre, ilişkinin ileriye dönük menfaat sağlayıp sağlamadığı hususları nazara alınmak suretiyle hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmek gerekirken anılan ilkelere uygun düşmeyen hesap tarzına göre belirlenen portföy tazminatına hükmedilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir”.

⁶³³Yargıtay 11.HD'nin 2015/6981 E. ve 2015/12815 K. sayılı ve 1.12.2015 tarihli kararında davacı, franchise bayisi olduğunu ancak sözleşmenin haksız olarak yenilenmemesi nedeniyle sona erdiğini, ilgili mağazaların davalı tarafından işletilmeye devam edilmesi nedeniyle davacının özenli faaliyeti nedeniyle elde ettiği müşteri çevresinden yararlanmaya devam ettiğini ve bu nedenle kendisine davalıya kazandırılan müşteri çevresi nedeniyle hakkaniyet gereği uygun bir denkleştirme bedelinin ödenmesi gerektiğini belirterek denkleştirme istemi talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi sözleşmenin süresinden önce feshedilmiş olması nedeniyle davacının denkleştirme bedeline hak kazandığına hükmederek davacıya 2006-2007 yıllarına ait net karına denk gelmek üzere 158.358, 30 TL denkleştirme bedeli ödenmesine karar vermiştir. İlgili karar; davalı tarafından temyiz edilmiş; temyiz mahkemesi tarafından ilişkinin niteliğini belirleyen iki çelişkili bilirkişi raporu olduğu ve bu hususun netleştirilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur. www.lexpera.com , ET:05/07/2019.

⁶³⁴ Ormancı, **Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı**, s.478; Gürzumar, s.177vd.; Poroy/Yasaman, s.266.

⁶³⁵ Rauf Karasu, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Acentenin Denkleştirme Talebi, AÜHFD, Ankara 2008, s.311.

ile uygunluk kazanmıştır⁶³⁶. Türk hukukunda “doğrudan uygulanabilir” ifadesinden yola çıkarak tekel hakkı vermeyen sözleşmelerde bu hükmün kıyasen uygulanması gerektiğini ileri süren görüşler bulunmaktadır⁶³⁷. Kıyas, kanunda düzenlenen bir hükmün hukuki anlamda eş ve fakat hakkında bir düzenleme bulunmayan başka bir kuruma uygulanması anlamına gelmektedir. Hükmün kıyas yoluyla uygulanmasında, atıf yapılan düzenlemenin ne ölçüde ve nasıl uygulanacağını hakim takdir etmektedir⁶³⁸. Öğretide de TTK 122/5’te yer alan hakkaniyet kriterinin, kıyasen uygulanması gerektiğini işaret eden görüşler bulunmaktadır⁶³⁹. Biz bu görüşün zorlama bir görüş olacağını ve kanun koyucunun bu husustaki iradesinin tekel hakkı vermeyen acentelik sözleşmesi benzeri sözleşmeleri kapsam dışı bırakmak olduğunu düşünmekteyiz. Bizim görüşümüz eğer tekel şartı oluşmuşsa ve koşulları varsa franchise sözleşmesinin feshi ya da sona ermesi durumunda franchise alanın denkleştirme bedeli talep edebileceği yönündedir. Diğer yandan tekel belirlemesi yapılırken belirli bir ülke, bölge, semt dahi bu belirleme esnasında dikkate alınmalıdır. TTK tasarısı incelendiğinde “tekel hakkı veren” ifadesinin kanun metninde olmadığı, sonradan eklendiği görülmektedir. Oysa bizim de katıldığımız görüşe göre bu değişiklik yerinde olmamıştır. Kanun metninde denkleştirme tazminatının acenteliğe benzer sürekli ilişki tesis eden sözleşmelerde uygulanacağını belirtilmesi yeterli olup tıpkı acentelikte olduğu gibi tekel kuralının olmadığı farklı sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde de uygulanması doğru olacaktır. Acentelikte dahi tekel hakkı tarafların anlaşması ile kaldırılabilirdiğinden bu durumda tekel hakkının kaldırıldığı bir acentelik sözleşmesinde acentelik sözleşmesi sona erdiğinde denkleştirme talebinde bulunulamaması gündeme gelecektir⁶⁴⁰. Öte yandan tekel hakkının dağıtım sözleşmelerinin esaslı unsurunu oluşturmadığı ve tekel hakkına haiz olmayan franchise alanın riskinin acenteden daha az olmadığı da düşünüldüğünde franchise alana acenteden daha az bir koruma sağlanması da hakkaniyete uygun düşmemektedir⁶⁴¹. Nitekim bir

⁶³⁶ Hikmet Koyuncuoğlu, **Franchise Alanın Denkleştirme İsteminin Türk Ticaret Kanunu Madde 122 Hükmü Karşısında Değerlendirilmesi**, LHD-C:14, S.164, 2016, s.4301.

⁶³⁷ Nilüfer Köker, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları**, Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2015 İstanbul, s.80; Badak Aybar, s.196.

⁶³⁸ Fülurya Yusufoglu, **Denkleştirme Talebinin Kıyasen Uygulanması İçin Gereken Kıyas Şartları Işığında Tekel Hakkı Vermeyen Sürekli Sözleşme İlişkilerine Uygulanması Sorunu**, BÜHFD, C.11, S.137-138, Ocak-Şubat 2016, s.175.

⁶³⁹ Yusufoglu, s.169.

⁶⁴⁰ Emre Kalender, **Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m.122’nin Marka Lisansı Alana Uygulanıp Uygulanmayacağı**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S.1, 2017, s.108.

⁶⁴¹ Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s.232.

franchising ilişkisinin sona ermesi durumunda sözleşmenin niteliği gereği müşteri devri gerçekleşmiş olacağından, ciddi bir emek ve yatırım yaparak yeni müşteriler kazanan ve franchise verenin markasının bilinirliğini arttıran franchise alana, sırf tekel olmadığı için denkleştirme bedeli talep hakkının tanınmaması adil olmayan sonuçlara yol açabilecektir.

İsviçre Borçlar Kanunu 418(u) maddesinde denkleştirme bedeline hükmedilebilmesi için gereken şartlar tanımlanmaktadır⁶⁴². Avrupa Birliği 86/653/EEC sayılı direktifin 17. maddesinde ise; üye devletlerin acentelik sözleşmelerinin sona ermesi durumunda acentelerin zararlarının karşılanması için gerekli önlemleri alacakları belirtildikten sonra acentelerin denkleştirme bedeline hak kazanma koşulları açıklanmıştır⁶⁴³. Ayrıca yine aynı Direktif'e göre; bu tazminatın ödenmesi acentenin diğer zararlarını talep etmesine engel teşkil etmez.

TTK madde 122'de denkleştirme bedelinin talep edilebilmesi için birtakım şartlar getirilmiştir. Bu koşulların gerek Avrupa Birliği Direktifi ile gerek İsviçre ve Alman Borçlar Kanunu ile paralel olduğu görülmektedir⁶⁴⁴.

⁶⁴² i) Acentenin faaliyetleri sonucu müşteri portföyünde hissedilebilir bir artış olması (bu oran %15 olarak değerlendirilmektedir)

ii) Müvekkil ve haleflerinin sözleşme sona erdikten sonra bile müşterileri ile olan bu iş ilişkilerinden fayda sağlamaya devam etmeleri

iii) Tazminata hükmedilmesinin hakkaniyete aykırı olmaması (örneğin acentenin aldığı ücretin aynı alanda faaliyet gösteren acentelerin aldığı mutad ücrete göre yüksek olması ya da acentenin promosyon primleri alması halinde tazminata hükmedilmesi hakkaniyete aykırı olarak değerlendirilebilecektir.)

iv) Sözleşmesinin feshinde acentenin hiçbir kusuru olmaması (fesih nedeni acentenin kişiliğine dayanmakla birlikte onun iradesinden bağımsız ise ve acentenin yaşı, hastalığı, ölümü nedeniyle sözleşme feshediliyorsa müşteri tazminatı ödenmesi gerekecektir.

⁶⁴³ a) Acentelerin yeni müşteriler edinmek suretiyle iş hacmini arttırması ve müvekkilin bundan ciddi faydalar elde etmeye devam etmesi,

b) Bu ödemenin tüm koşullar dikkate alındığında bu müşterilerle iş yapamaması nedeniyle mahrum kaldığı komisyona eşit olması

c) ödenecek portföy tazminatının acentenin 5 yıl boyunca elde ettiği ücretten fazla olmaması ancak eğer sözleşme süresi daha kısa ise bu süre göz önüne alınarak hesaplanması.

⁶⁴⁴ TTK madde 122'de denkleştirme bedeli için öngörülen koşullar;

a) Sözleşmenin sona ermiş olması ve acentenin sözleşmenin sona ermesine kusuru ile sebebiyet vermemiş olması

b) Acentenin yeni müşterilerden sözleşme sona erdikten sonra da menfaat elde etmeye devam etmesi

c) Acentenin işletmeye kazandırdığı yeni müşterilerle yapılmış veya kısa süre içinde yapılacak işler dolayısıyla sözleşme devam etseydi elde edeceği ücret isteme hakkını kaybetmesi

d) Denkleştirme ödemesinin hakkaniyete uygun olması

d) Sözleşmenin sona ermesini takiben 1 yıl içinde acentenin talepte bulunmuş olması olarak sıralanmıştır.

1. Franchise Alan Yönünden Denkleştirme Bedeli İçin Gerekli Koşullar

a. Sözleşmenin Sona Ermiş Olması

Franchise alanın denkleştirme bedeli talebinde bulunabilmesi için önkoşullardan en önemlisi franchise sözleşmesinin sona ermiş olmasıdır⁶⁴⁵. Denkleştirme bedelinin ilgili franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben franchise alan tarafından maruz kalınacak olan kayıpla franchise verenin elde edeceği kazanç arasında bir tür denkleştirme ve hakkaniyet ödemesi olduğu düşünüldüğünde; sözleşmenin sona ermiş olmasının da önemli bir önkoşul olarak ortaya çıkacağı aşıkardır. Franchise sözleşmesi çeşitli nedenlerle sona ermiş olabilir. Sona erme nedenleri her bir olay özelinde ayrıca değerlendirilmelidir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre eğer sözleşmede özel bir düzenleme bulunmuyorsa TTK'nun acentelik sözleşmesine ilişkin hükümleri franchise sözleşmelerine kıyasen uygulanmalıdır⁶⁴⁶.

TTK madde 121 acentelik sözleşmesinin sona erme nedenlerini düzenlemektedir⁶⁴⁷. İlgili madde aşağıdaki şekildedir;

aa. Sözleşmenin Sürenin Dolması ya da Tarafların Karşılıklı Mutabakatı İle Sona Ermesi

Franchise sözleşmeleri genel olarak belirli sürelerle aktedilen sözleşmelerdir. Belirtilen süre sonunda sözleşme tarafların anlaşamaması nedeniyle sona erebileceği gibi taraflarca anlaşılması suretiyle yeni bir sözleşme imzalanabilir ya da sözleşme

⁶⁴⁵ Arkan, s.242, Cantürk, s.85; Ayan Özge, s.147 vd.; Şimşek, s.300.

⁶⁴⁶ Gürzumar, s.174; Kırca, s.181,186; Cantürk, s.85.

⁶⁴⁷ TTK m.121 “(1) Belirsiz bir süre için yapılmış olan acentelik sözleşmesini, taraflardan her biri üç ay önceden ihbarda bulunmak şartıyla feshedebilir. Sözleşme belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir.

(2) Belirli süre için yapılan bir acentelik sözleşmesinin, süre dolduktan sonra uygulanmaya devam edilmesi hâlinde, sözleşme belirsiz süreli hâle gelir.

(3) Müvekkilin veya acentenin iflası, ölümü veya kısıtlanması hâlinde, Türk Borçlar Kanununun 513 üncü maddesi hükmü uygulanır.

(4) Haklı bir sebep olmadan veya üç aylık ihbar süresine uymaksızın sözleşmeyi fesheden taraf, başlanmış işlerin tamamlanmaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.

(5) Müvekkilin veya acentenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya iflası sebebiyle acentelik sözleşmesi sona ererse, işlerin tamamlanması hâlinde acenteye verilmesi gereken ücret miktarına oranlanarak belirlenecek uygun bir tazminat acenteye ya da bu maddede yazılı hâllere göre onun yerine geçenlere verilir”.

ifa edilmeye devam edilmek suretiyle belirsiz bir süre ile uzatılabilir. Sözleşmenin ister taraflarca mutabakata varılması suretiyle isterse mutabakat sağlanamaması nedeniyle süre sonunda sona ermesi durumunda; diğer şartlar varsa franchise alanın denkleştirme talebinde bulunabileceği öğretide mutabakatla kabul edilmektedir⁶⁴⁸.

Denkleştirme bedelinin bir tazminat olmamasının en önemli göstergesi, denkleştirme bedelinin sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi hallerinde de talep edilebiliyor olmasıdır. Denkleştirme bedeli için franchise alan ya da franchise verenin kusuru pek çok koşulda aranmamaktadır. Hakkaniyet kriteri de denkleştirme bedelinin sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi durumunda da talep edilebilir olmasında, önemli bir rol oynamaktadır⁶⁴⁹.

Bununla birlikte franchise ilişkisinin sürekli bir ilişki olduğu düşünüldüğünde süre sonunda uzatılmama nedenlerine de bakılması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira devam eden süre boyunca yapılan değerlendirme süreçlerinde franchise alanın süreklilik arzeden bir kusuru franchise verenin bu sonuca ulaşmasına neden olabilmektedir. Bu durumda sözleşmenin franchise alanın kusuru nedeniyle sona erdiği şeklinde bir değerlendirme yapılmasının ve denkleştirme talebinin reddedilmesinin daha doğru olacağı düşüncesindeyiz.

Franchise sözleşmesi tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmeleri halinde de sona ermektedir. (İkale yoluyla sözleşmenin sona ermesi) Bu durumda denkleştirme bedeli ödenip ödenmeyeceğine ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Baskın görüşe göre sözleşmenin tarafların anlaşması suretiyle sona ermesi halinde, diğer koşullar da mevcutsa denkleştirme talebinde bulunulabileceği belirtilirken⁶⁵⁰ başka bir görüşe göre ise denkleştirme talebinde bulunulabilmesi için ikale anlaşmasında bu hususun açıkça saklı tutulmuş olması aranmaktadır⁶⁵¹. Biz baskın görüşe katılmakta ve eğer denkleştirme bedeli talep edilmeyeceği özellikle ikale sözleşmesinde belirtilmemişse denkleştirme bedeli talep edilebileceğini düşünmekteyiz.

⁶⁴⁸ Gürzumar, s.177; Kırca, s.198,199; Kayıhan, s.186; Şimşek, s.299.

⁶⁴⁹ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.247; Şimşek, s.301; Ayan Özge, s.148; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.879.

⁶⁵⁰ Erhan Kanişlı, **Türk Ticaret Kanununa Göre Acentenin Denkleştirme Talebi**, LHD, C.12, S.138, Haziran 2014, s.132; Demir Koray, **Tek Satıcının Denkleştirme Talebi**, Prof.Sabih Arkan'a Armağan, Oniki Levha, İstanbul 2019, s.409.

⁶⁵¹ Ayan Özge, s.153,154.

bb.Sözleşmenin Ölüm, Yaşlılık, Hastalık veya İflas Gibi Nedenlerle Kendiliğinden Sona Ermesi

TTK madde 121’de belirtilen BK 543.maddesi atfı gereğince sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça franchise verenin ya da franchise alanın ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile franchise sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır.

Franchise sözleşmesinin franchise alanın ölümü, kısıtlılığı, ehliyet kaybı gibi nedenlerle sona ermesi durumunda; franchise alan kural olarak denkleştirme talep hakkını yitirmemektedir.⁶⁵² Bunun bir istisnası işletme lisansı verilmesi durumudur. İşletme lisansında lisans kişiye değil, doğrudan işletmeye verildiğinden lisans alanın ölümü halinde lisans, halefe intikal eder. Bu durumda sözleşme kendiliğinden sona ermeyeceğinden denkleştirme talep hakkı da doğmayacaktır.⁶⁵³ Nitekim mehz Alman Ticaret Kanununda da sözleşmenin acentenin yaşlılığı, hastalığı dolayısıyla feshi halinde acentenin denkleştirmeye hak kazanacağı açıkça düzenlenmiştir.⁶⁵⁴ Bununla birlikte franchise alanın iflası durumunda franchise alanın kusuru olup olmadığına bakılması ve eğer kusuru varsa denkleştirmeye hak kazanamaması gerekmektedir⁶⁵⁵.

Diğer yandan franchise verenin ölümü, kısıtlılığı, ehliyet kaybı ve iflası durumu; franchise alanın denkleştirme talep hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Franchise verenin ölümü halinde franchise alan, denkleştirme bedelini franchise verenin mirasçılardan talep edebilecektir. Kaldı ki franchising ilişkisinin franchise alanın kişiliğinin ön planda olduğu bir sözleşme olduğu düşünüldüğünde bu sonuca varılması tabidir.

Hatta bir Alman mahkemesi kararına göre; acentelik sözleşmesinde Müvekkilin haklı fesih hakkı doğduktan sonra acentenin ölmesi durumunda dahi acentenin denkleştirme talep hakkı olacağı ancak Müvekkilin haklı fesih hakkının doğmuş olması durumunun denkleştirme bedelinde indirim yol açabileceği

⁶⁵² Ayan Özge, s.157; Karasu s.306; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.880; Şimşek, s.301.

⁶⁵³ Kalender, s.97.

⁶⁵⁴ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.250; Şimşek, s.301.

⁶⁵⁵ Karasu, s.290; Ayan Özge, s.153.

belirtilmiştir⁶⁵⁶. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Müvekkilin fesih hakkı için ilk hukuki sebep doğduğunda artık acente ya da franchise alan için denkleştirme talep hakkının ortadan kalkacağı kabul edilmelidir. Aksinin kabulü; müvekkil lehine doğan haklı fesih sebebini bertaraf etmiş olmaya yol açar ki; bu da hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmaz.

cc. Sözleşmenin Olağan Fesih Yoluyla Sona Ermesi

Sözleşmenin olağan fesih yolu ile sona ermesi; sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeyi belirli bir süre öncesinden ihtar etmek kaydıyla ve herhangi bir sebep gerekmez, ileriye etkili olarak sona erdirmek anlamına gelmektedir⁶⁵⁷. TTK madde 121’de acente için olağan fesih süresi üç ay olarak belirlenmiştir. Çok büyük yatırımların yapıldığı ve bu yatırımların geri dönüş sürelerinin uzun olduğu, karşılıklı güvene dayalı, sürümü arttırmak için franchise verenin organizasyonuna dahil olma gerekliliği bulunduğundan çok fazla emek harcanmasının gerekli olduğu franchise sözleşmeleri düşünüldüğünde acentelik sözleşmeleri için getirilen 3 (üç) aylık fesih süresinin çok kısa olduğu aşıkardır. Nitekim öğretide de adi şirket sözleşmesi için getirilen altı aylık fesih süresinin franchise sözleşmelerine de uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁶⁵⁸. Hatta ICC tarafından hazırlanan örnek franchise sözleşmelerinde bu sürenin 9 (dokuz) ay olarak belirlenmesi tavsiye edilmektedir⁶⁵⁹. Diğer yandan bir franchise sözleşmesinin olağan yolla feshi durumunda ihtar süresi boyunca sözleşme ayaktadır. Bu süre zarfında franchise alan müşteri portföyünden yararlanmaya devam edecektir. Olağan fesih halinde franchise alanın denkleştirme bedeli talep hakkı fesih süresinin sonunda; yani franchise sözleşmesi tamamen sona erdiğinde doğacaktır⁶⁶⁰.

dd. Sözleşmenin Olağanüstü Fesih Yoluyla Sona Ermesi

Sözleşmenin olağanüstü feshi, sürekli borç ilişkisinde sözleşmeyi ileri dönük olarak sona erdiren ve fesheden Taraf için sözleşmenin devamının kendisinden

⁶⁵⁶ Karasu, s.301-307; Ayan Özge, s.161.

⁶⁵⁷ Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa göre Sözleşmeden doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s.111; Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı**, s.90. Detaylı bilgi için bkz.s.46 vd.

⁶⁵⁸ Gürzumar, s.171; Kırca, s.177,178; Şimşek, s.232.

⁶⁵⁹ ICC Model International Franchising Contract, Paris ICC, 2011, s.38, m.25.1B.

⁶⁶⁰ Cantürk, s.91; Ayan Özge, s.154; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.875.

beklenmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olduğu bir fesih türüdür⁶⁶¹. Nitekim TTK m.121’de yer alan **“Sözleşme belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir”** ifadesi ile bu fesih türünden bahsedilmiştir. TTK md 122/3’te ise denkleştirme talebinde bulunabilmek için feshin haklı olması gerektiğine işaret edilmiştir. Sonuç olarak gerek franchise alan gerek franchise veren tarafından franchise sözleşmesinin olağanüstü fesih yolu ile sona erdirilmesi durumunda bu feshin haklı olması denkleştirme talep edilebilmesi için bir önkoşul olarak aranmaktadır. Diğer yandan franchise sözleşmesinin ihtar süresine uymaksızın feshedilmesi durumunda ise sözleşmenin feshedildiği kabul edilmeli ve eğer şartlar da mevcutsa denkleştirme ödemesi talebinde bulunulabilmelidir⁶⁶².

aaa. Franchise Sözleşmesinin Franchise Alan Tarafından Feshi

Sözleşmeyi franchise alanın feshetmesi durumunda bu feshin franchise verenin feshi haklı gösterecek davranışları nedeniyle olması koşulu aranmaktadır. Franchise verenin feshi haklı gösterecek eyleminden kasıt franchise verenin mutlaka kusurlu olması ya da davranışının hukuka aykırı olması değil; makul bir kişi tarafından fesih nedeni olarak görülüp görülmeyeceği hususudur⁶⁶³. Buna örnek olarak master franchise sözleşmelerinde franchise verenin aynı bölge içinde başka bir kişiye daha franchise vermesi ya da franchise alanın ticari faaliyetini engelleyecek şekilde tedarikçileri etkilemesi örnek gösterilebilir. TTK madde 122 doğrultusunda franchise alanın sözleşmeyi nedensiz olarak feshetmesi halinde franchise alan, denkleştirme bedeli talep hakkını yitirecektir.

bbb. Franchise Sözleşmesinin Franchise Veren Tarafından Feshi

Franchise sözleşmesinin franchise veren tarafından haksız olarak feshedilmesi durumunda franchise alan denkleştirme talebinde bulunabilecektir. Franchising ilişkisinin uzun dönemli sonuçlar doğuracak olması nedeniyle yazılı bir sözleşmeden çok daha fazlası olduğu ortadadır. İlk sözleşme sonrasında yapılan tamamlayıcı

⁶⁶¹ Poroy/Yasaman, s.258; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.874; Arkan, s.239; Kayıhan, s.244.

⁶⁶² Hümeysra Yılmaz, **Acentenin Denkleştirme İstemi**, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s.66; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.248; Koray Demir, **Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Acente**, I. Türkiye-Azerbaycan Hukuk Sempozyumu, 01-02 Temmuz 2011 (Editör: Yener Ünver), Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2011, İstanbul, s.81.

⁶⁶³ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.249; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.874; Arkan, s.239.

nitelikte sayısız sözleşme bulunmaktadır. Franchise sözleşmesi hükümleri genellikle franchise verene geniş bir takdir hakkı vermektedir. Bu takdir hakkı, diğer yandan franchise verenin sorumsuz davranışlarına da yol açabilecektir⁶⁶⁴.

Franchise alanların franchise sözleşmesi hükümlerini tartışamaması, işlerini olumsuz etkilemektedir. Franchise alanlar, bu işleri kurabilmek için büyük yatırımlar yapmaktayken çoğu zaman franchise verenler tek taraflı olarak sözleşmeye son verme hakkını elinde bulundurmaktadır. Pek çok durumda, franchise verenler geniş bir takdir hakkına sahipken kötüye kullanımlar engellenmelidir⁶⁶⁵.

Eğer franchise verenin feshi franchise alanın ya da çalışanlarının kusuru nedeniyle yapılmışsa franchise alanın denkleştirme talebinde bulunup bulunamayacağı tartışılmaktadır⁶⁶⁶. Bizim de katıldığımız görüşe göre sırf franchise alanın kendisinin değil çalışanlarının kusurlu olduğunu ileri sürerek franchise alanın denkleştirme talep hakkının bulunmadığını söylemek adil sonuçlara yol açmayacaktır. Zira franchise alanın çalışanlarının olumsuz tüm hareketleri doğrudan sisteme etki etmektedir. Böyle bir durumda franchise alanın bu durumu nasıl idare ettiği ve nasıl bir önlem aldığı değerlendirilmeli ve ortaya çıkacak sonuca göre bir karar verilmelidir.

Alman mahkemelerinde acentenin hakareti ya da rekabet yasağına aykırılık müvekkil için haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir⁶⁶⁷. Bu nedenlerin aynı şekilde franchising ilişkisinde de haklı fesih nedeni oluşturacağını düşünmekteyiz. Yine franchise ilişkisinin yapısı gereği franchise alanın yapmakta olduğu sürekli ödemeleri yapmaması ya da devamlı surette aksatması, sisteme zarar verecek şekilde kalite standartlarını ihlal etmesi franchise veren açısından haklı fesih sebepleri oluşturmaktadır. Bununla birlikte haklı fesih sebebi doğduktan sonra bu duruma uzun

⁶⁶⁴ Gürzumar, s.28; Kırca, s.22; Robert W. Emerson, Franchise Contract Clauses and Franchisor's Duty of Care Toward Its Franchisees, North Carolina Law Review, April 1994, s.17, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

⁶⁶⁵ Gürzumar, s.171; Kırca, s.178 vd.; Emerson, Franchise Contract Clauses and Franchisor's Duty of Care Toward Its Franchisees, s.17.

⁶⁶⁶ Karasu, s.306; Badak Aybar, s.179.

⁶⁶⁷ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.250; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.879,880; Ayan Özge, s.51.

süre sessiz kalmak; sonrasında ise aynı nedeni ileri sürerek sözleşmeyi feshetmek Yargıtay tarafından haklı fesih sebebi olarak kabul edilmemektedir⁶⁶⁸.

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen bir kararda acentelik sözleşmesinin deneme süresi içinde feshedilmesi durumunda dahi acentenin denkleştirme talebinde bulunabileceği zira denkleştirme bedeli ödenmesinin amacının feshi cezalandırmak değil, acentenin geçmiş hizmetlerinden müvekkilin sözleşmenin sona ermesinden sonra da yararlanması nedeniyle bir denkleştirme yapmak olduğu ifade edilmiştir⁶⁶⁹. Aynı bakış açısının franchise sözleşmeleri için de geçerli olduğunu düşünmekteyiz.

ee. Sözleşmenin Devri/ Sözleşmeye Üçüncü Kişinin Katılması

Franchise sözleşmesinin franchise veren ya da üçüncü bir kişi tarafından sağlanan menfaat karşılığı üçüncü kişiye devri durumunda franchise alan hakkaniyet gereği denkleştirme talebinde bulunamamalıdır. Bu hüküm açık bir şekilde TTK'na alınmamakla birlikte mehaz Alman Ticaret Kanununda açık bir şekilde yer almaktadır⁶⁷⁰.

Türk hukukunda acentelik sözleşmesinin herhangi bir menfaat olmaksızın üçüncü kişiye devredilmesi halinde acentenin denkleştirme bedeli talep etmesi gerektiğine ilişkin görüşler mevcuttur⁶⁷¹. Bu görüşün franchise sözleşmelerinde de aynen kabul edilebileceği düşüncesindeyiz.

Almanya'da yaygın uygulama, acentelik sözleşmesi sona eren acentenin denkleştirme bedelinin acentelik sözleşmesini devralan yeni acente tarafından karşılanması gerektiği yönündedir. Kimi durumlarda ise bu bedel, Müvekkil tarafından yeni acentenin alması gereken komisyon ücretlerinden veya diğer ücretlerden kesilerek

⁶⁶⁸ Yargıtay 11.HD, 2015/4102 E., 2015/12210 K. ,18.11.2015,www.lexpera.com, ET:17.08.2018.

Davacı, taraflar arasında 20.08.2009 tarihinde belirsiz süreli bir acentelik sözleşmesi düzenlendiğini, bu sözleşmenin 02.02.2012 tarihinde davalı sigorta şirketi tarafından herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin ve sözleşmede belirtilen ihbar süresine uyulmaksızın feshedildiğini, fesih işlemi sonucunda müvekkilinin ciddi bir ticari itibar ve portföy kaybına uğradığını ileri sürerek, yoksun kalınan kar ve denkleştirme işlemi talebinde bulunmuştur. Davalı ise davacının müvekkilinin iznini almadan bir başka sigorta şirketinin acenteliğini yaptığını ileri sürmüştü ancak ilk derece mahkemesi davacının 07/03/2005 tarihinden itibaren, 08/02/2010 tarihinden itibaren, 25/09/2009 tarihinden itibaren de'nin acenteliğini yaptığı, davalı ile akdetmiş olduğu sigorta acenteliği sözleşmesinden önce de başka sigorta şirketlerinin acentesi olduğu, davalının bu duruma uzun müddet ses çıkarmadığı, zımni olarak kabul ettiği, bu nedenle fesih bildirimi haksız olduğundan davacının portföy tazminatı talebinde bulunabileceğine hükmetmiş; Yargıtay ise ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

⁶⁶⁹ Cantürk, s.101.

⁶⁷⁰ Ayan Özge, s.162; Karasu, s.308.

⁶⁷¹ Bkz.Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.236; Karasu, s.308.

eski acenteye ödenmektedir. Bu durumda yeni acentenin eski acentenin müşterilerini satın aldığı kabul edilmekte ve ileride yeni acente için ödenecek olan denkleştirme bedeli hesabında bu müşteriler de dikkate alınmaktadır⁶⁷².

Denkleştirme bedeli bir tazminat olmamakla birlikte; TTK m. 121 hükmünden de açıkça anlaşılabileceği gibi acenteye başlanmış ancak tamamlanmış işler nedeniyle bir alacak hakkı tanınmaktadır. Bu hakkın aynı şekilde franchise alana da tanınması gerekmektedir; zira aynı acente gibi franchise alan da sözleşmenin sona ermesinden önce birtakım iş bağlantıları kurmuş ancak bu bağlantıların sözleşme aşamasına gelmesini sağlayamamış olabilir. Bu durumlarda denkleştirme bedeli yanında bu işler nedeniyle de bir tazminat alması gerektiğini düşünmekteyiz. Denkleştirme bedeli hesaplaması yapılırken bu iş bağlantısı sözleşme olarak sonuçlansaydı franchise alanın elde edeceği ücret göz önüne alınmalı ancak sözleşmenin erken feshi nedeniyle maruz kalmaktan kurtulunan masraflar düşülmelidir. Ayrıca fesih franchise verene hasredilecek bir nedenden kaynaklanıyorsa franchise alan bu durumda genel hükümlere göre fiili zararını ve yoksun kaldığı karını BK genel hükümlere göre talep edebilmelidir⁶⁷³.

b. Franchise Veren Yeni Müşterilerden Sözleşme Sona Erdikten Sonra da Menfaat Elde Etmeye Devam Etmesi

Franchise alanın ilk defa bağlantı kurduğu ya da franchise veren ile ilişkisi kopmuş olan müşterilerin tekrar kazanılması suretiyle elde edilen müşteriler veya ticari ilişkilerin geliştirildiği müşteriler⁶⁷⁴ “yeni müşteri” olarak değerlendirilmektedir⁶⁷⁵. Daha fazla ürün satılması ya da farklı bir ürünün satılması halinde bu müşteriler de “yeni müşteri” kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁷⁶. Bununla birlikte franchise veren tarafından franchise alana bizzat ya da önceki franchise alan tarafından devralındıktan sonra devredilen ya da franchise alan üzerinden irtibat kurulması istenilen müşteriler

⁶⁷² İrfan Akın, Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler, AÜHFD, 62(3)2013:613-641, s.635.

⁶⁷³ Ülgen/Helvaci/Kaya/Ertan, s.917; Karasu, s.877. (Bkz. acentelik sözleşmesinde tazminat).

⁶⁷⁴ Ayan Özge, s.168, dipnot 235, “Mehaz Alman TK madde 89/b’de “Eğer acente çabasıyla bir müşteriyle iş bağlantısını genişletmişse ve bu genişletme yeni müşteri temini anlamında iktisadi bir değer taşıyorsa, yeni müşteri kazandırılmış sayılır” ifadesi yer almaktadır”.

⁶⁷⁵ Ayan Özge, s.168-170, “sözleşmenin ilk yıllarında önemli bir müşteri çevresi geliştirilmiş olmasına rağmen sözleşmenin sonuna gelindiğinde bu müşteri çevresi kaybedilmişse devredilen önemli bir müşteri çevresinden bahsedilmesi mümkün değildir”; Ünal Ertabak, Tek Satıcılık ve Benzeri Sözleşmeler ile İlgili Bilirkişi Raporları, Legal Yayıncılık, 2013, İstanbul, s.97; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.880.

⁶⁷⁶ Karasu. s.293; Ayan, Özge, s.169.

“yeni müşteri” kapsamında değerlendirilmemektedir⁶⁷⁷. Franchise veren ya da 3. kişinin franchise alana tanınan tekel bölgesinde iş yapması halinde de franchise alan bu yapılan işlemler nedeniyle hak talebinde bulunabilir ancak bu kişiler yeni müşteri kapsamında değerlendirilmez. Bu kişilerin yeni müşteri olarak değerlendirilebilmesi için franchise alanın bunlarla iş ilişkisini geliştirmesi gereklidir⁶⁷⁸.

Doktrinde iki tür müşteri portföyü olduğu ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki bizzat tacire bağlı olan ve onun yarattığı güven üzerine kurulan müşteri portföyü; diğeri ise marka etrafında toplanan reel (gerçek) müşteri portföyüdür. Gerçek müşteri portföyü hipotezinde müşteriler, ürünü satan kişiye ürünün markasından daha az önem vermekte ve olası bir fesih durumunda tacirden ziyade markaya bağlı kalmaktadırlar⁶⁷⁹. Birinci durum için denkleştirme bedelinin ödenmesi gerektiği hususunda tartışma bulunmamakla birlikte ikinci durumda markanın çekim gücü nedeniyle müşterilerin elde edildiği ve bu nedenle tacirin denkleştirme bedeline hak kazanıp kazanmayacağı hususunda tartışmalar bulunmaktadır.

Genel olarak franchise veren, tanınmış bir markanın kullanım hakkını franchise alana vermek suretiyle franchise alanla bir sözleşme aktetmektedir. Yeni müşterilerin edinilmesinde tanınmış olan markanın önemi çok büyük olmakla birlikte bu markaya yönelen müşteriler de yeni müşteri olarak kabul edilir ve franchise alan bu müşteriler nedeniyle denkleştirme bedeli talep edebilir. Marka ne kadar tanınmış olursa olsun bu markanın da yeni müşterilerle buluşması ve bu müşterilerin elde tutulması franchise alanın gayreti ile olacaktır⁶⁸⁰. Markanın çekim gücü, ancak denkleştirme bedeli ödemesinde bir hakkaniyet indirimine neden olabilir⁶⁸¹. Öğretide TTK madde 122’de bulunan bu hükmün franchise sözleşmelerine doğrudan uygulanmaması gerektiği, franchise alana aktarılan ticari sırrın (know-how) yoğunluğunun somut olaya özgü olarak

⁶⁷⁷ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.252; Ayan Özge, s.169; Arkan, s.242.

⁶⁷⁸ Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, s.882; Ayan Özge, s.173.

⁶⁷⁹ Ormancı, Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesinin, s.465.

⁶⁸⁰ TTK m.122 gerekçesi “...Ürünün bilinen hatta tanınan bir marka olması acentenin gayretlerinin göz ardı edilmesini, “yeni” müşterilerin işletmeye gelmelerinin (yönelmelerinin) markaya bağlanmasını haklı gösteremez ve “hakkaniyet” unsurunda olumsuz sonuca varmanın gerekçesi olamaz. Rekabet piyasası günümüzde zaten markalar piyasasıdır. Güçlü, hatta tanınmış bir markanın da yeni müşterilerle buluşması için gayrete ihtiyaç vardır. Buluşma sağlanmışsa bunu sadece markaya bağlamak rekabet piyasası kurallarını önemsememek anlamına gelir. Her güçlü ve tanınmış markanın da “yeni” müşteriler edinmesi gayretle olur. Markanın tanıtılması kadar, kendisine yönelme sağlanması ve yönelmenin korunması da gayretle olur”.

⁶⁸¹ Gürzumar, s.178; Kırca, s.196,197; Karasu, s.293; Poroy/Yasaman, s.262; Tuzlu, s.96; Ayan Özge, s.172.

değerlendirilmesi gerektiği ve yapılacak değerlendirmenin kimi zaman denkleştirme bedeli ödemesini engelleyeceği yönünde görüşler vardır⁶⁸². Biz bu görüşe öncelikle ilgili maddenin benzer sözleşmelerde doğrudan uygulanacağı ifadesi karşısında katılmıyoruz. Diğer yandan güçlü bir know-how devri her zaman için franchise alanın bu know-how'ı doğru ve eksiksiz şekilde uygulayacağı anlamına da gelmemektedir. Diğer yandan franchise verilen bir yerin başarısı için franchise alan tarafından yapılacak yerel pazarlama faaliyetlerinin etkisinin de çok büyük olduğu unutulmamalıdır.

Franchise alan tarafından edinilen müşterilerin sadece “yeni” olması değil, “sürekli” olma şartı da aranmaktadır. Süreklilik unsuru, franchise verilen sektöre, dağıtımı yapılan ürünlere göre belirlenmektedir. Örneğin dayanıklı tüketim maddeleri sektöründe faaliyet gösteren bir franchise alanın müşterisinin yeniden ikinci ürünü almasının beklenmesi adil olmayabilecekken gıda sektöründe faaliyet gösteren bir franchise alanın müşterisi için iki ya da üç defa satın alma süreklilik unsurunun gerçekleşmesi için yeterli olmayabilir⁶⁸³. Diğer yandan süreklilik ölçümünde sadece ürün satışı değil, satış işlemi sonrası servis ve bakım hizmetlerinin franchise verenden alınması “süreklilik” için önemli bir ölçüttür⁶⁸⁴. Müşterilerin franchise verenle ilişkilerinin devam edip etmeyeceğine karar verirken geleceğe yönelik bir tahmin yapılması gerekmektedir. Alman yargısı, acentenin müvekkile olan sözleşmesinin sona ermesinden itibaren 2-3 yıllık süre içinde yapılacak olan sözleşmeleri ve kazanılması muhtemel ücretleri dikkate almaktadır⁶⁸⁵.

Madde metninde belirtilen “önemli menfaat elde etme” kriteri ise somut anlamda “kazanç elde edilmesi” anlamına gelmemektedir. “Kazanç sağlama ihtimali” de denkleştirme bedeli talep edilebilmesi için yeterlidir. Hatta bir ciro artışı olmasa ya da franchise veren müşterilerle ticari ilişkiye girmese dahi bu durum denkleştirme talebinde bulunmaya bir engel teşkil etmez. Yaratılan müşteri çevresi nedeniyle ticari işletmenin değeri artabilir; sırf bu nedenle şirket hisseleri satılabilir ya da işletme devredilebilir duruma gelebilir ya da yaratılan müşteri çevresine farklı bir ürün pazarlanabilir⁶⁸⁶.

⁶⁸² Koyuncuoğlu, Franchise Alanın Denkleştirme İsteminin Türk Ticaret Kanunu Madde 122 Hükmü Karşısında, s.4304.

⁶⁸³ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.254; Karasu, s.294; Ayan Özge, s.171; Ülgen/Helvaci/Kaya/Ertan, s.881.

⁶⁸⁴ Akın, s.623.

⁶⁸⁵ Karasu, s.294.

⁶⁸⁶ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.256,257; Ayan Özge, s.176; Badak Aybar, s.184-185.

Kullanılan bu ifade hakkaniyet ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle öğretilde eleştirilmektedir⁶⁸⁷. Franchise verenin önemli bir menfaat elde edeceği süre dikkate alınırken müşterilerin kaybedileceği süre de göz önüne alınmalı ve hesaplama buna göre yapılmalıdır. Normal koşullarda müşterilerin 1 yıl içinde %20'sinin, 5 yıl içinde ise tamamının kaybedildiği kabul edilmektedir⁶⁸⁸.

Yeni müşteri kazanılıp kazanılmadığı hususu değerlendirilirken önceki ciro ile sonraki cironun karşılaştırılması gerekliliği ortaya çıkar. Franchise verene önemli menfaatler sağlayacak bir müşteri çevresinin bırakıldığını ispat yükü franchise alan üzerindedir⁶⁸⁹. Yargıtay, aracı acentelerin müvekkil lehine müşteri genişletme gibi bir faaliyeti olmadığından portföy tazminatına hükmedilemeyeceği yönünde karar vermiştir⁶⁹⁰.

Acenteden farklı olarak franchise alan, tacirin yardımcısı, temsilcisi olmadığından ve kendi nam ve hesabına faaliyet gösterdiğinden denkleştirme talebinde bulunabilmesi için elde ettiği müşterileri sözleşme sonunda franchise verene devretmesi ya da fiilen böyle bir devrin gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Nitekim bu koşul gerek İsviçre gerek Alman Federal mahkemesi kararlarında vurgulanmaktadır. Diğer yandan franchising sisteminde franchise alan, zaten franchise verenin organizasyonuna dahil olduğundan ve

⁶⁸⁷ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.256; Karasu, s.294.

⁶⁸⁸ Karasu, s.294; Ayan Özge, s.181; Badak Aybar, s.188,189.

⁶⁸⁹ Ülgen/Helvaci/Kaya/ Ertan, s.881; Ayan Özge, s.181; Badak Aybar, s.186; Gökyayla, s.253.

⁶⁹⁰ Yargıtay, aracı acentelerin yapmış olduğu faaliyet nedeniyle yeni müşteri çevresi elde edemediğini ve bu nedenle sözleşmenin sona ermesi durumunda yeni müşteri edinme olgusu gerçekleşmediğinden portföy tazminatına da hükmedilemeyeceğini ifade etmiştir. İlgili karar gerekçesi aşağıdaki gibidir; “...Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin 6762 sayılı TTK döneminde gerçekleştiği, ihtilafın da bu kanun hükümlerine göre çözümleneceği kuşkusuzdur. Acentalık faaliyetinin unsurları 6762 sayılı TTK'nın 116. maddesinde sayılmış olup, ihtilafa konu sözleşme incelendiğinde acentalık faaliyetinde bulunması gereken bağımsızlık, bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etme, süreklilik ve bu işi meslek edinmiş olma unsurlarının somut olayda gerçekleştiği nazara alındığında mahkemenin kabulü yerindedir. Ancak, portföy tazminatı ile sözleşmenin feshinde kusuru bulunmayan acentaya, çalıştığı dönemde oluşturduğu müşteri çevresinin sözleşmenin sona ermesinden sonra da acentalığını yaptığı işletme ile çalışmaya devam edeceğinin kabulüyle, mahrum kalacağı komisyon ücretine karşılık muhik bir tazminat ödenmesi öngörülmüştür. Dava konusu somut olayda, davacılaran oluşan acenta aracı acenta olup, davalılar ile müşteriler arasındaki sözleşmelere aracılık etmeleri nedeniyle hak ettikleri tüm komisyon ücretlerini aldıkları, ayrıca aracılık faaliyetini yaptıkları müşterilerin Cezayir'deki kamu kurumu niteliğindeki şirketler olduğu, aracılık edilen sözleşmelerin ise bu kamu kuruluşlarınca açılan ihaleler sonucunda kurulduğu, dolayısıyla davalı şirketler lehine bir müşteri çevresi genişletilmesinin söz konusu olmadığı, davacıların sözleşmenin sona ermesi nedeniyle ileriye dönük olarak mahrum kaldıkları bir komisyon ücretinden de söz edilemeyeceği nazara alınarak, portföy tazminatına yönelik talebin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulü yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” Yargıtay 11. HD., 2013/5505E., 2014/15301K., 9.10.2014 T., www.lexpera.com, ET:08.09.2018.

sözleşme sona erse dahi müşteri fark etmeksizin franchise verenden hizmet almaya devam ettiğinden müşterilerin fiilen devir edildiği kabul edilmelidir⁶⁹¹.

c. Franchise Alanın İşletmeye Kazandırdığı Yeni Müşterilerle Yapılmış veya Kısa Süre İçinde Yapılacak İşler Dolayısıyla Sözleşme Devam Etseydi Elde Edeceği Ücret İsteme Hakkını Kaybetmesi

TTK madde 122/1/b'ye göre acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterileriyle yapılmış veya kısa süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa denkleştirme isteyebilir.

Franchise alan için ilgili maddede tanımlanan ücret kaybı, sözleşme feshedilmemiş olsaydı yeni müşterilerle yapılacak olan sözleşmeler nedeniyle franchise alanın elde edeceği ücrettir. Bu durum ilgili maddenin gerekçesinde aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır;

“..ikinci bentte yeralan ikinci şart işletmeye acente tarafından yeni müşteri kazandırılmış olması ve sözleşme devam etseydi acentenin, işletmeye kazandırdığı “yeni” müşteriler dolayısıyla ücret alacak olmasıdır. Sözleşmenin sona ermesi nedeniyle acente bu ücretleri yitirir. Acentelik sözleşmesine göre “yeni” müşteriler sebebiyle ücret sözleşmenin sona ermesine rağmen bir şekilde ödenmişse denkleştirme talebi ileri sürülemez. Burada ödendiği söylenen kök ücret olup, bedelin tahsiline ve garanti edilmesine ilişkin komisyonlar dikkate alınamaz.”

Yukarıda belirtilenlere rağmen franchise sözleşmesinde, sözleşmenin feshi halinde franchise alanın kazandığı ücretleri sözleşmenin sona ermesi ile birlikte kaybedeceği yönünde bir hüküm varsa franchise alan, hak ettiği ücretleri denkleştirme çerçevesinde geri alabilir⁶⁹².

Acentenin ücret kaybı denkleştirmenin bir unsuru olarak gerek mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'na gerek AB direktifine alınmamıştır. Bunun nedeni ise hakkaniyet değerlendirilmesi sonucunda acentenin elde edeceği ücretin ücret kaybı ile sınırlı olmamasıdır. Nitekim eğer bu ücrete denk gelen bir menfaat acenteye sağlanmışsa bu

⁶⁹¹ Ülgen/Helvaci/Kaya/Ertan, s.917; Karasu, s.311.

⁶⁹² Karasu, s.298.

unsur göz ardı edilebileceği gibi müvekkilin elde edeceği menfaatin çok yüksek ya da düşük olması halinde de hakkaniyet gereği bu ücret farklı şekilde belirlenebilmektedir⁶⁹³. Franchise edilen bir iş için de aynı durum geçerlidir. Franchise alanın kişisel gayreti ile müşteri sayısını ve markanın itibarını arttırması durumunda franchise veren sözleşmenin sona ermesini takiben bu durumdan büyük karlar elde edebilecek, bu durumda ise franchise alan tarafından talep edilecek denkleştirme bedeli bu husus göz önüne alınarak belirlenecektir. Franchising ilişkisinde ödeme yapma yükümlülüğü franchise alanda olduğundan franchise veren tarafından franchise alanın birtakım borçlarının silinmesi de denkleştirme bedeli belirlenirken dikkate alınmalı ve hakkaniyet denetimine konu edilmelidir diye düşünmekteyiz.

Franchise alanın kaybettiği ücret hesaplanırken franchise alanın sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren son 1 (bir) yıl içinde aldığı ücretler hesaplamada dikkate alınır. Eğer son 1 (bir) yıllık ücret, genel gidişattan daha farklı bir duruma işaret ediyorsa daha uzun bir süre de dikkate alınabilir. Ayrıca bu hesaplama sırasında franchise alanın sözleşmenin sona ermesini takiben yeni müşterilerden ne kadar süre için bir menfaat elde edeceği de göz önüne alınır. Bu süre Alman yargısına göre 2-5 yıl arasındır⁶⁹⁴.

d. Denkleştirme Ödemesinin Hakkaniyete Uygun Olması

Hakkaniyet şartı, TTK m.122 gerekçesinde tanımlanmaktadır⁶⁹⁵. Bu şart, denkleştirme talep edilebilmesi için zorunlu olduğu kadar denkleştirme miktarının hesaplanabilmesi için de göz önüne alınması gereken bir unsurdur⁶⁹⁶. Denkleştirme için gerekli tüm şartlar oluştuktan sonra hakkaniyet değerlendirmesine geçilir. Diğer şartlar oluşsa dahi hakkaniyet değerlendirilmesinden geçilememesi durumunda denkleştirme

⁶⁹³ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.122; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.883; Ayan Özge, s.190 vd.

⁶⁹⁴ Karasu, s.299; Köker s.73; Ayan Özge, s.188.

⁶⁹⁵ TTK m.122 gerekçesinde “hakkaniyet” şartı aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır;

“...üçüncü şart talebin hakkaniyete uygun olmasıdır. Bu şart bir taraftan acentenin gayretleri, imaj yaratma, müvekkili ve ürününü tanıtmaya, diğer taraftan da bir rekabet piyasasında pay alma çalışmaları ile tanımlanır. Acente bu konularda olumsuz not almamış olmalıdır. Ürünün bilinen hatta tanınan bir marka olması acentenin gayretlerinin göz ardı edilmesini, yeni müşterilerin işletmeye gelmelerinin (yönelmelerinin) markaya bağlanmasını haklı gösteremez ve “hakkaniyet” unsurunda olumsuz sonuca varmanın gerekçesi olamaz. Rekabet piyasası günümüzde zaten markalar piyasasıdır. Güçlü, hatta tanınmış bir markanın da yeni müşterilerle buluşması için gayrete ihtiyaç vardır. Buluşma sağlanmışsa bunu sadece markaya bağlamak rekabet piyasası kurallarını önemsememek anlamına gelir. Her güçlü ve tanınmış markanın da “yeni” müşteriler edinmesi gayretle olur. Üçüncü şart, gayretin olduğu her halde (kural olarak) gerçekleşir; olumsuz tutum hakkaniyet şartının gerçekleşmesine engel kabul edilir”.

⁶⁹⁶ Akın, s.625; Ayan Özge, s.198 vd.; Badak Aybar, s.189.

bedeli ödemesi yapılmaz. Hakkaniyet, bir denetleme ölçütüdür, herbir somut olay bazında takdire imkan sağlar ve denkleştirme talebindeki çelişkileri önleyici bir işleve sahiptir⁶⁹⁷. Hakkaniyet değerlendirmesinde temel olarak franchise alanın franchise sözleşmesi kapsamındaki faaliyetleri ve sunmuş olduğu hizmetler değerlendirilir⁶⁹⁸.

Genel olarak denkleştirme bedelinin franchise edilen taşınmazda oluşturulan ticari itibarla birlikte gelen bir müşteri artışının karşılığı olduğu söylenebilir. Franchise edilen bir taşınmazdaki ticari itibarın asli olarak kimin tarafından oluşturulduğu ise tartışma konusudur. Franchise veren ilgili yerde tanınmış bir markanın kullanımını temin ederken, franchise alanın çabaları markanın ticari itibarını arttırmış ve o taşınmaza özgü bir müşteri çevresi oluşturmuştur. Genel kural, franchise verenin marka kullanım hakkı vermesi ve buna bağlı olarak markanın oluşturacağı ticari itibar nedeniyle doğacak müşteri artışı hususundaki menfaatlerin de franchise veren lehine olmasıdır. Ancak bu kural evrensellik kazanmamış olup farklı yargı sistemlerinde, franchise sisteminin itibarı ile taşınmazın itibarı belirgin bir çizgi çekmek suretiyle ayrılmaktadır⁶⁹⁹.

Ticari itibar; oturmuş bir işte sahip olunan müşteri çevresi ya da oturmuş bir işin avantajları ve kazanımları ile kamu tarafından da bu oturmuşluğun desteklenmesidir. Daha pratik olarak, ticari itibar, eski müşterilerin oturmuş bir ilgi ile alışveriş yapmaya devam etme olasılığına ilişkin bir değerdir. Ticari itibar, taşınmaz bir malvarlığıdır. Bir şirketin, şirketin diğer taşınır ve taşınmaz malları üzerinden gelir elde etme yeteneğini ifade etmekle birlikte çoğu zaman şirket ismini, müşterilerin marka sadakatini ya da tedarikçiler ve müşterilerle özel ilişkilerini kapsamaktadır. Konsept olarak “ticari itibar”; markanın lisanslanması ve ticari takdim şeklini de içermekte ve tipik bir franchising ilişkisinde karmaşık bir yapı oluşturmaktadır. Franchise veren, franchise sözleşmesiyle franchise alana marka kullanımı için izin vermekte ve bu izin sayesinde tüketiciler, franchise alandan franchise verenin verdiği servise eşdeğer bir hizmet beklemektedir. Bir franchise alanı sıradan bir distribütörden ayıran özellik, sattığı ürünlerden ziyade, franchise verenin ismi ve markasına ilişkin ticari itibarıdır. Franchise sözleşmesi, sözleşme süresince franchise verenin franchise alana markaya bağlı “ticari itibar”ı

⁶⁹⁷ Akın, s.626; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.244; Poroy/Yasaman, s.263; Karasu, s.294.

⁶⁹⁸ Gürzumar, s.178; Kırca, s.198,199; Akın, s.626; Poroy/Yasaman, s.263 “Yapılacak değerlendirmede acentelik sözleşmesinin sona erme sebepleri, acentenin gayretleri, imaj yaratma, işletmeyi ve ürünü tanıtmaya da dahil sözleşme ilişkisinin tümü dikkate alınmalıdır”.

⁶⁹⁹ Tillack/Ashton, s.8.

(Goodwill)⁷⁰⁰, kullanım hakkı verdiği sözleşme olup marka kullanım hakkı ve dolayısıyla franchise sözleşmesi sona erdiğinde ticari itibar da Lisans Veren'e geri dönmektedir⁷⁰¹. Geçerli olması için, bir marka devri mutlaka ticari itibarın devrini de kapsamaktadır. Tüm işin ya da taşınabilir malvarlığının devri zorunlu olmamakla birlikte, ticari itibarın markaya eşlik etmesi zorunludur⁷⁰².

Pratikte franchise sisteminin franchise alana getirdiği avantajlar ve markanın çekim gücünün yanında franchise edilen bir işin kişisel çaba, yatırılan para ve harcanan zaman nedeniyle başarıya ulaştığı kabul edilmektedir⁷⁰³. Müşteri itibarı, işi yöneten kişinin müşterileri ve tedarikçileriyle kurduğu kişisel ilişki nedeniyle oluşmaktadır. Örneğin; Amerikan Franchise ve Distribütörler Derneği, 1996'da yayımlamış olduğu "Adil Franchise Standartları"nda, franchise alan tarafından oluşturulan yerel ticari itibar ile franchise sistemi nedeniyle franchise veren tarafından sahip olunan ticari itibarı ayırmaktadır⁷⁰⁴. Nitekim eski bir McDonald's franchise'ının sözleşmesinin feshi sonrasında marka ve sistemin gücü nedeniyle bu franchise alanın markayı indirdikten sonra hizmeti verememesi olasılığı daha fazlayken diğer bir franchise alanın çabaları, yeri ve ünü nedeniyle müşterileri çektiği, kendine bağladığı durumlar da bulunmaktadır. Bir işin niteliği bazen kullanılan markadan çok o işi idare eden kişinin kimliğinin ön plana çıkmasına neden olabilmektedir. Ev temizliği, tıbbi bir hizmet verilmesi, evde yaşlı ya da engelli bakımı; markadan çok bu işi görenin ön plana çıktığı örneklerdendir⁷⁰⁵.

ABD'de çeşitli eyalet kanunları, franchise verenin fesih veya yenilememe durumunda franchise alanı tazmin edeceği şeklinde hükümler içermektedir. Bu hükümlerin asli amacı; sözleşmesi fesih edilen ya da yenilenmeyen bir franchise alana stok, ekipman ve demişbaştaki batık maliyetlerini ödemek olmakla birlikte bazı kanunlar

⁷⁰⁰ Dar anlamda müşteri çevresini ifade etmektedir. Karayalçın, s.173; Poroy/Yasaman, s.40.

⁷⁰¹ Levin/Morrison, s.2. Ticari takdim şekli (Trade dress) için bkz. İlayda Atay, **Üç Boyutlu Markaların Hukuki Korunması**, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s.35 vd; Burçak Yıldız, **Mağazaların Dekorasyon Planlarının Marka olarak Korunması**, Sabih Arkan'a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.1411; Gürzumar, s.178; Ayata, s.127; Kapancı, s.1041.

⁷⁰² Levin/Morrison, s.2.

⁷⁰³ Gürzumar, s.178; Kırca, s.197; Ayan Özge, s.172; Tuzlu, s.96; Karasu, s.302; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.244; Şimşek s.306 "Hakkaniyete uygun olma şartı madde 122 gerekçesinde acentenin gayretleri, imaj yaratma, müvekkili ve ürününü tanıtmaya, diğer taraftan da bir rekabet piyasasında pay alma çalışmaları şeklinde tanımlanmıştır."

⁷⁰⁴ Levin/Morrison, s.2.

⁷⁰⁵ W. Michael Garner and Elliot R. Ginsburg, "Nailing the Blob of Mercury: Goodwill in Franchising", American Bar Association, Franchise Law Journal, Fall 2013, s.5, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018. Markanın ön plana çıktığı örnekler için bkz. Ayan Özge, s.201.

açıkça yerel ticari itibar için franchise verenin franchise alana bir denkleştirme bedeli ödemesi gerektiğini düzenlemektedir⁷⁰⁶.

Örneğin Washington’da yürürlükte olan Franchise Yatırımlarının Korunması hakkında Kanun’a göre;

“Franchise’ın adil piyasa değeri ödenmeksizin yenilenmemesi, franchise’ın sona erdiği tarihte, franchise veren için değer taşımayan kişisel materyaller ve franchise işi için değer taşımayanlar hariç, franchise verenden satın alınan demirbaşlar, stok, ekipman, mefruşat ve edinilen yeni müşteri çevresi ve ticari itibar için, franchise veren tarafından ödeme yapılmaması hukuka aykırıdır. Eğer franchise alana 1 (bir) yıl öncesinden yenilemeye için ihtar gönderilmişse ya da franchise veren franchise alandan rekabet etmeme ile ilgili bir talepte bulunmayacaksa, bir denkleştirme ödemesi yapmak zorunda değildir⁷⁰⁷.

Washington’da yürürlükte olan Franchise Yatırımlarının Korunması hakkında Kanun’da rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmemesi ile yapılacak denkleştirme ödemesi arasında bir bağ kurulmuştur. Böyle bir bağ kurulmasının mantığının ardında franchise verenin o taşınmazın önemli olduğunu düşünmesi nedeniyle rekabet etmeme yükümlülüğü getirebileceği, eğer bu şekilde düşünüyorsa bir denkleştirme bedeli ödemesi yapması gerektiği yatmaktadır⁷⁰⁸.

ABD’nde eyalet mahkemeleri, müşteri çevresinin marka ve franchise verene mi bağlı olduğu yoksa franchise alanın franchise paketinin bir parçası olup franchise alana satılıp onun tarafından mı genişletileceği hususunda çelişik kararlar vermektedirler⁷⁰⁹.

Franchise hukuku ve düzenlemeleri açısından Avrupa perspektifinin ise franchise alanın yanında olduğu bir gerçektir. Örneğin; bir Avrupa Birliği çalışma grubu, Genel bir Referans Çerçevesi kaleme alarak, taraflardan birinin borcunu ifa etmemesi nedeniyle bir

⁷⁰⁶ Levin/Morrison, s.5. Acentenin/franchise alanın kişisel gayretinin (oluşturduğu ticari itibarın) denkleştirme hesaplamasındaki rolü için bkz. Gürzumar, s.178; Kırca, s.197; Ayan Özge, s.172; Tuzlu, s.96; Karasu, s.302; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.244; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.884; Şimşek s.306.

⁷⁰⁷ Levin/Morrison, s.6; Ayan, s.202 “Acentelik sözleşmesinde rekabet yasağı getirilmemişse, acentenin sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra müvekkille rekabet edebileceğinin kabulü denkleştirme miktarının azaltılmasına yol açabilir”.

⁷⁰⁸ Levin/Morrison, s.6.

⁷⁰⁹ Robert W. Emerson, “**Franchise Goodwill: Take a sad song and make it better**”, University Of Michigan Journal of Law Reform, Winter 2013, s.4, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

franchise sözleşmesi feshedilmiş olsa dahi, müşteri çevresi karşı tarafın çabasıyla artan tarafın diğerine bir denkleştirme bedeli ödemesi ve sözleşme sonunda franchise verenin franchise alanın stoklarını satın alma yükümlülüğü getirilmesi şeklinde bir düzenleme önerisinde bulunmuştur. Benzer bir şekilde, Avrupa kökenli olan Uluslararası Tahkim Kurumu, 2011’de örnek bir franchise sözleşme taslağı oluşturmuştur. Bu taslak sözleşmeye göre; her ne kadar franchise veren, markası nedeniyle müşteri çevresi sahibi olsa da mahkemelerin istisnai durumlarda fesih veya yenilememe nedeniyle sözleşmenin sona ermesi durumunda, franchise alana bir denkleştirme bedeli ya da benzer bir tazminat ödetme yönünde kararlar verebileceği ifade edilmektedir. Yine ilgili sözleşme maddelerine göre; franchise veren için franchise alanın bölgelerine girmeme, franchise alanın sözleşmelerini yenileme, know-how verme, ihlal halinde franchise alana verilecek önel süresini uzatma, franchise alana eğitim olanakları tanıma ve belirli hallerde franchise verene başlangıç ücretini iade etme yükümlülüğünü getirmektedir⁷¹⁰.

Türk hukukunda ise hakkaniyet koşulu değerlendirilirken temel olarak franchise alanın gayretine bakılmakta ve franchise alanın franchise edilen yerde ticari itibarı geliştirmek hususunda gayretinin bulunduğu her yerde hakkaniyet koşulunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Diğer yandan ise her ne kadar markanın çekim gücü ve müşterilerin franchise alandan ziyade markaya gelecek olmaları nedeniyle franchise alanın denkleştirme talep edemeyeceği düşünülse de⁷¹¹; hakkaniyet değerlendirmesi sonucu bu durum ancak hakkaniyet gereği denkleştirme bedelinde bir indirim neden olabilecek ama denkleştirme talep hakkını tamamen ortadan kaldırmayacaktır. Nitekim Alman hukukunda tanınmış markalı ürünleri satan tek satıcılara ödenecek denkleştirme miktarında %10 ile %30 arasından bir indirim yapılacağı öngörülmüştür⁷¹².

TTK madde 122/v’de “bu hüküm, ***hakkaniyete aykırı düşmedikçe***, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde de uygulanır” hükmü yer almaktadır. Hakkaniyet unsurunun, madde metninde denkleştirme talep edebilmenin bir unsuru olarak tanımlanmışken bir kez daha bu ifadenin kullanılması

⁷¹⁰ Emerson, Franchise Goodwill: Take, s.4.

⁷¹¹ “Kimi durumlarda ise müşteri çevresinin genişlemesinde yalnızca üreti, işletim ve pazarlama sisteminin bir rolü olduğu kabul sonucuna varıldığında denkleştirme bedeli ödemesi yapılmaz” Gürzumar, s.178; Kırca, s.197; Özge Karaege, **Acentenin Ücret Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.96; Serkan Saygılı, **Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı**, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans tezi, Ankara 2013, s.102-103.

⁷¹² Gürzumar, s.178; Kırca, s.197; Köker, s.75; Ayan, s.201; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.884.

sanki franchise sözleşmelerinde de ikinci bir hakkaniyet denetimi yapılacak gibi tutarlı olmayan bir sonuç ortaya çıkartacağı ileri sürülmektedir⁷¹³. Biz burada bahsedilen hakkaniyet değerlendirmesinin genel olarak denkleştirme talebinin hesaplanması yönünden değil, franchise sözleşmesinin acentelik sözleşmesine benzerliği yönünden yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu denetimin yapılması sırasında franchise alanın acenteye olan benzerliği, dağıtım ağına dahil olup olmadığı ve müşteri devrinin sözkonusu olup olmadığına bakılmaktadır⁷¹⁴. Franchise alanın acenteye benzerliği araştırılırken özellikle bağımsızlık unsuruna sahip olup olmadığı araştırılır. Bağımsızlıktan kastedilen franchise alanın kendi faaliyetlerini, çalışma yerini, çalışma saatlerini, organizasyonunu bağımsız olarak şekillendirebilmesidir. Franchise alanın kendi vergi levhası altında, kendi organizasyonu ve işçileriyle faaliyet gösterdiği göz önüne alındığında bağımsızlık unsurunun gerçekleştiği ortadadır. Yine franchise alan da tıpkı acentenin müvekkiliyle ilişkisi gibi franchise verenle sürekli bir iş ilişkisi içindedir. Süreklilik unsuru yönünden de benzerlik olduğu açıktır. Bunun dışında acenteliğe benzerlik araştırmasında asgari alım yükümlülüğü, depolama ve stoklama yükümlülüğü, rapor verme yükümlülüğü, personelin eğitimi, markanın ticari itibarını tehliye atabilecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü, kalite standartlarına ve franchise verenin talimatlarına uyma yükümlülüğü, franchise verenle mutabık kalınan ürünleri talep etme yükümlülüğü, reklam masraflarına katılma yükümlülüğü, markanın güçlendirmesine yönelik faaliyetlerde bulunma yükümlülüğü, franchise verenin koordinasyonu gibi hususlarda da franchise alanın acente ile benzeştiği ortadadır. Diğer yandan franchise alan da tıpkı acentenin müvekkilinin dağıtım ağına dahil olması gibi franchise verenin dağıtım ağına dahil olmakta; franchise verenin sürüm ve satışını bütün gücüyle teşvik etmekte; hatta zaman zaman sözleşmeye de bu yönde satış hedefleri konulmaktadır. Müşteri devri açısından bakılacak olduğunda ise franchising ilişkisi özünde tanınan bir markanın lisanslanmasını barındırmaktadır. Dolayısıyla franchising ilişkilerinde markanın çekim etkisi oldukça baskındır. Bu özellik nedeniyle de çoğu zaman müşteriler bir franchise alandan hizmet aldıklarının dahi farkına varmamakta ve franchise sözleşmesi sona erdiğinde de doğal olarak yine farkına dahi varmaksızın franchise

⁷¹³ Koyuncuoğlu, s.4301.

⁷¹⁴ Kalender, s.102. Alman ve İsviçre hukuku uygulamaları için bkz. Kırca, s.194vd.; Poroy/Yasaman, s.266.

verenle ticari ilişkilerini sürdürmeye devam etmektedirler. Dolayısıyla müşteri devri hususunda da hakkaniyet denetiminden olumlu bir sonuç alınacağı açıktır⁷¹⁵.

Diğer yandan bilindiği gibi TTK m.122'nin franchise sözleşmelerine de uygulanabilmesinin bir diğer koşulu sözleşmenin “tekel hakkı” içermesidir. Franchise sözleşmelerinde marka lisansı baskın bir unsur olduğundan bu değerlendirmenin yapılması sırasında verilen lisansın özelliğinin de incelenmesi önemlidir. Basit lisansta; lisans sahibi markayı kullanma hakkını veya üçüncü kişilere lisans verme hakkını elinde tuttuğundan belirli bir bölgede franchise alana bu hakkı tanımış olabilir. Bu durumda franchise verilen bölge için franchise alanın “basit tekel”⁷¹⁶ hakkı bulunduğu kabul edilmelidir. “Güçlendirilmiş tekel hakkı”⁷¹⁷nda ise franchise veren her bir franchise alanla yaptığı sözleşmelerde; bir diğerinin bölgesinde aktif satış yapmama yönünde hükümler koymayı, franchise alanlara bunu kabul ettirmeyi üstlenir.

Doktrinde franchise sözleşmelerinde franchise alanın mal ve sair ürünleri belli bir bölgede pazarlama imtiyazına sahip olması (tekel hakkı) sözleşmenin önemli ve ayırıcı bir unsuru olarak tanımlanmakta ve bu durum sözleşme bazında tek tek değerlendirilmeksizin tüm franchise sözleşmelerinde bu unsurun bulunduğu kabul edilmektedir⁷¹⁸. Biz her franchise sözleşmesinin tekel niteliğine sahip olmadığını ve tekel hakkının franchise sözleşmeleri için zorunlu bir unsur olmadığını düşünmekle birlikte bu inceleme yapılırken dar kapsamda bir değerlendirme yapılması gerektiğini; belirli bir bölgeye, semte ve hatta muhite bakılarak nihai bir karar verilmesi gerektiğini ancak franchise sözleşmelerinde tekel niteliği bulunmadığı gerekçesiyle denkleştirme ödemesi yapılmamasının adil olmadığını düşünüyoruz. Zira tekel hakkı dağıtım sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmayıp tekel hakkına sahip olmayan franchise alanın riski de acenteden daha az değildir. Kaldı ki acentelik sözleşmesinde dahi tekel hakkı tarafların anlaşması surteyle kaldırılabilir olduğundan böyle bir durumda acentelik sözleşmesi sona erdiğinde de denkleştirme talebinde bulunulmaması gündeme gelecektir.

Genel olarak denkleştirme talebi hususundaki talepler değerlendirilirken; yani denkleştirme ödenip ödenmeyeceği ve ödenecekse miktarının ne olacağı hususundaki

⁷¹⁵ Gürzumar, s.177; Kırca, s.196.

⁷¹⁶ Ülgen/Helvaci/Kaya/Ertan, s.902; İşgüzar, s.16.

⁷¹⁷ Ülgen/Helvaci/Kaya/Ertan, s.902; İşgüzar, s.94.

⁷¹⁸ Kırca, s.144; Arkan, s.225; Kayıhan, s.155; Poroy Yasaman, s.266.

hakkaniyet denetimi sırasında ise daha önce denkleştirme talebini karşılayan ödemelerin franchise veren tarafından franchise alana yapıp yapılmadığı, markanın tanınmış bir marka olup olmadığı, franchise alanın harcadığı gayret ve gerçekleştirdiği faaliyetler, kazandırılan yeni müşteriler, sözleşmenin sona erme nedeni, franchise verenin finansal durumundaki iyileşmeler, rekabet yasağının ihlali, franchise alanın yapmış olduğu yatırım maliyeti ve bu yatırımın geri dönüş süresi, franchise alanın yaptığı reklam ve pazarlama harcamaları, yeni bir franchise alan olması durumunda ciro oranları karşılaştırması gibi hususlar göz önüne alınmalıdır⁷¹⁹. Örneğin franchise sözleşmesinin sona ermesinden sonra taraflar arasındaki rekabet yasağının ihlali denkleştirme talep edilmesini engellemeyecek ancak franchise veren lehine indirim sebebi oluşturacaktır. Eğer taraflar arasında bir rekabet yasağı sözleşmesi imzalanmadıysa franchise alan, müşterileri ile iş yapmaya devam edebilecek ve müşteriler ona sadık kalacaktır. Bu durum da tazminatta önemli bir indirim sebebi oluşturacaktır⁷²⁰. Franchise sözleşmesi süresince franchise verenin franchise alana denkleştirme bedelini karşılayan farklı ödemeler yapması durumunda da bu ödemeler tazminatta indirime hatta tazminatın ödenmemesine yol açabilecektir⁷²¹. Ancak genel bir hakkaniyet sistemi kriteri yaratılamayacağından her bir somut olay, kendi özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁷²².

Diğer yandan Alman Federal mahkemesi, denkleştirme bedelinin hesaplanmasında üst birliklerce oluşturulmuş genel prensipleri dikkate alarak gerçek ve hakkaniyete en uygun sonuca ulaşmaya çalışmaktadır. Her ne kadar bu prensipler tavsiye niteliğinde olsa da özellikle de sigortacılık gibi acentelik hizmeti bakımından oturmuş sektörlerde bu prensipler sektör özelinde hakkaniyete en uygun sonuca ulaşabilmek için oldukça faydalı olmaktadır⁷²³. Türk hukukunda da denkleştirme bedeli hususunda çelişik kararlar verilmesini önleyebilmek için özellikle de UFRAD⁷²⁴ tarafından oluşturulmuş genel prensiplerin yargı makamları tarafından dikkate alınması önem taşımaktadır.

⁷¹⁹Köker, s.75; Ayan Özge, s.200 vd.; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.883 vd.; Poroy/Yasaman, s.263,264.

⁷²⁰ Aybar, s.190; Ayan Özge, s.202; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, s.884.

⁷²¹ Aybar, s.190; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.883; Ayan Özge, s.200.

⁷²² Ayan Özge, s.198,199; Poroy/Yasaman, s.263; Karasu, s.294.

⁷²³ Akın, s.638.

⁷²⁴ Bkz.dipnot 72.

Denkleştirme talebinin hakkaniyete uygun olmadığını veya indirilmesi gerektiğini ispat yükü franchise verene aittir⁷²⁵.

e. Sözleşmenin Sona Ermesini Takiben Bir Yıl İçinde Franchise Alanın Talepte Bulunmuş Olması ve Vazgeçilmezliği

İlgili hükümde denkleştirme talebinin sözleşmenin sona ermesini takiben 1 (bir) yıl içinde ileri sürülmüş olması gerektiği belirtilmektedir ancak bu sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu hususu açıkta bırakılmıştır. Gerek Alman hukukunda bu sürenin hak düşürücü süre olduğu yönündeki baskın görüş gerek madde 122 gerekçesi⁷²⁶ birlikte değerlendirildiğinde bu sürenin hak düşürücü süre olduğu görülmektedir. Nitekim gelir kaybı, komisyon alacağı ve denkleştirme bedeli talebiyle açılan davada ilk derece mahkemesi davanın 1(bir) yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığından bahisle davayı reddetmiştir. Davacı, kararı temyiz etmiş; Yargıtay⁷²⁷ ise denkleştirme bedeli yönünden 1(bir) yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmasını doğru bulmuş ancak diğer alacaklar yönünden kanunda 1(bir) yıllık hakdüşürücü süre bulunmadığından bahisle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁷²⁸.

⁷²⁵ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.888; Ayan Özge, s.200.

⁷²⁶ "...Hükümde denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu bir yıllık sürenin zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu sorunu hükümde açık bırakılmıştır. Bunun sebebi, hukuk geliştirme olanaklarının önünün kapatılmamasıdır. Öğreti ve yargı kararları menfaat dengesine en uygun çözümü "hukuk" olarak ortaya koymalıdır. Alman öğretisinde bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu görüşü hakimdir. Bunun sebebi olarak hükmün niteliği gösterilir. Hüküm adalet timeline dayalı olduğu için acentanın, böyle bir gereksinimi duymayıp istemini ileri sürmekte bir yılı aşan süreyle gecikmesi hükmün öngörülme amacına aykırı olarak kabul edilmektedir. Ayrıca zamanaşımını kesen ve durduran sebeplerin istemle bağdaşmadığı da ileri sürülür. Ancak, talep ileri sürülmüş ve kabul edilmiş ise hak düşürücü süre işlemez hale gelir. İstem itirazla karşılaşmış ise bir yıllık süre içinde yargı yoluna müracaat edilmesi gerekir".

⁷²⁷ Yargıtay 11.HD, 2014/11631 E., 2014/11631 K., 23.12.2014 T.; Yargıtay 11.HD, 2014/14742 E., 2015/1224 K., 4.2.2015 T., www.lexpera.com, ET:12.05.2020.

⁷²⁸ "...Dava, acentelik sözleşmesinin feshi nedeniyle komisyon alacağı, gelir kaybı ve portföy tazminatı istemine ilişkin olup, davalı vekilinin süresinde zaman aşımı definde bulunması nedeniyle mahkemece 6102 sayılı TTK'nın 122/4 maddesi gereğince 1 yıllık hak düşürücü süreden sonra açılan davanın reddine karar verilmiştir.

Ancak, 6102 sayılı TTK'nın 122. maddesinde yer alan portföy tazminatı 6762 sayılı TTK'da karşılığı bulunmayan yeni bir madde olarak yer almıştır. Bu nedenle, somut olayda, portföy tazminatı için öngörülen bir zaman aşımı süresi bulunmamaktadır. 818 sayılı BK'nın 126/4 maddesi gereğince acentelik mukavelelerinden doğacak tüm davalar 5 yıllık zaman aşımına tabi olup, sözleşmenin feshi tarihi itibarıyla de 818 sayılı BK ve 6762 sayılı TTK hükümleri yürürlükte bulunmaktadır. Bu durumda mahkemece 6103 sayılı TTK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 6. maddesi ve 6101 sayılı TBK Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 5. maddesi gözönünde bulundurularak bir karar verilmesi gerektiği gibi, davacının portföy tazminatı dışındaki gelir kaybı ve komisyon alacağı hakkında da 1 yıllık hakdüşürücü sürenin uygulanması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 11.HD, 2015-15101E., 6895 K. 22.06.2016 T.,www.lexpera.com, ET:03.03.2018.

Yargıtay; bahsekonu kararı ile denkleştirme bedeli yönünden 1(bir) yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmasını doğru bulmuş ancak diğer alacaklar yönünden kanunda 1(bir) yıllık hakdüşürücü süre bulunmadığından bahisle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüş; 1(bir) yıllık sürenin dava açmak ve ıslah için hak düşürücü süre kabul edilmesi yerine, ihbar süresi sayılması gerektiği ve dava zamanışımı süresinin TBK'na tabi olması gerektiğidir⁷²⁹. Nitekim denkleştirme talebinin belirsiz alacak davası ya da kısmi dava olarak açılıp açılmayacağı hususundaki tartışmalarda da Yargıtay son noktayı koymuştur⁷³⁰.

⁷²⁹ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.889.

⁷³⁰ Yargıtay 11.HD, 2015/15101E.2016/6895K, 22.06.2016T.,www.lexpera.com, ET:01.05.2020.

İlgili Yargıtay kararına göre "...Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibarıyla uyumsuzluğa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değerin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkansızlığa dayanmalıdır. Madde gerekçesinde "Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açamaz. Çünkü her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez." şeklindeki açıklamayla, alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkanlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edilmiştir. Alacağın hangi hallerde belirsiz, hangi hallerde belirli veya belirlenebilir olduğu hususunda kesin bir sınıflandırma yapılması mümkün olmayıp, her bir davaya konu alacak bakımından, somut olayın özelliklerinin nazara alınarak sonuca gidilmesi gereklidir. 6100 sayılı HMK'nın 107/2. maddesinde, sorunun çözümünde yol gösterici mahiyette kriterlere yer verilmiştir. Anılan madde fıkrasında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği hüküm altına alınmış, madde gerekçesinde de "karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneği bilirkişi ya da keşif incelemesi sonucu)" belirlenebilme hali açıklanmıştır.

Davacının alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması ve bu belgelere dava açma hazırlığı döneminde ulaşmasının da (gerçekten) mümkün olmaması ve dolayısıyla alacağın miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale geleceği durumlarda alacak belirsiz kabul edilmelidir.

Alacağın miktarının belirlenebilmesinin, tahkikat aşamasında yapılacak delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmelidir. Ne var ki, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Bir davada bilirkişiye başvurulmasına rağmen, davacı, dava açarken alacak miktarını belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açamaz.

Kategorik olarak, belirli bir tür davanın veya belirli kişilerin açtığı davaların baştan belirli veya belirsiz alacak davası olduğundan da söz edilemez. Belirsiz alacak davası, bu davaya ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanarak belirlenmesi gerekir. Hakime alacak miktarının tayin ve tespitinde takdir yetkisi tanıdığı hallerde (Örn: 6098 sayılı TBK m. 50, 51, 56), hakim kullanacağı takdir yetkisi sonucu alacak belirli hale gelebileceğinden, davacının davanın açıldığı tarih itibarıyla alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkansız olduğu kabul edilmelidir.

6100 sayılı HMK ile birlikte, belirsiz alacak davası açma imkanı tanınmak suretiyle belirsiz alacaklar bakımından hak arama özgürlüğü genişletilmiş; bununla bağlantılı olarak da hukuki yarar bulunmadan

Vermiş olduğu kararlarla Yargıtay denkleştirme talebi için belirsiz alacak davası açılmayacağını vurgulamıştır. İlgili Yargıtay kararından kısmi dava açılması durumunda 1 yıllık hak düşürücü süre içinde ıslah youna başvurulması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Yine aynı bentte denkleştirme talebinden önceden feragat edilemeyeceği düzenlenmektedir. Bu talepten sözleşmenin imzalanmasından sonra feragat edilmesi, hile düzeyinde olmamak ve kanunu dolanmak anlamını taşımamak şartıyla geçerlidir⁷³¹.

kısmi dava açma imkanı da sınırlandırılmıştır. Zaman zaman, 6100 sayılı HMK ile birlikte kabul edilen belirsiz alacak davası ile kısmi davaya ilişkin yeni düzenlemedeki sınırın tam olarak tespit edilemediği, birinin diğeri yerine kullanıldığı görülmektedir. Oysa, bu iki davanın amacı ve niteliği ayrıdır. Alacak, belirli veya belirlenebilir ise, belirsiz alacak davası açılmaz; ancak şartları varsa kısmi dava açılması mümkündür. Kanunun, kısmi dava açma imkanını sınırlamakla birlikte tamamen ortadan kaldırmadığı da gözetildiğinde, belirli alacaklar için, belirsiz alacak davası açılmasa da, şartları oluştuğunda ve hukuki yarar bulunduğunda kısmi dava açılması mümkündür. Aksi halde, sadece ya belirsiz alacak davası açma veya belirli tam alacak davası açma şeklinde iki imkandan söz edilebilir ki, o zaman da kısmi davaya ilişkin 6100 sayılı Kanunun 109. maddesindeki hükmün fiilen uygulanması söz konusu olamayacaktır. Çünkü belirsiz alacak davası, zaten belirsiz alacak davasının sağladığı imkanlardan yararlanarak açılacaktır; şayet alacak belirli ise de, o zaman sadece tam eda davası açılacaktır.

Bu noktada şu da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Çünkü dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için davacıya ek imkan sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usûl bakımından imkan yoktur, böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır. Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılmakla birlikte, belirsiz alacak davası mı yoksa belirli alacak olmakla birlikte kısmi dava mı olduğu anlaşılamıyorsa, bu durumda 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır. Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşılamıyorsa, talep muğlaksa, aynı Kanun'un 119/2. maddesi gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunun belirtilmesi istenmelidir. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak davası şartlarını taşımıyorsa, o zaman yukarıdaki şekilde hareket edilmeli, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra talep belirsiz alacak davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmi davanın şartlarını taşıyorsa da kısmi davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir...”

⁷³¹ Madde 122/4 Gerekeşi: Dördüncü fıkra talepten "önceden" vazgeçmeyi geçersiz sayar. Talepten acente sözleşmesinin yapılmasından sonra feragat edilmesi, hile düzeyinde olmamak veya kanunu dolanmak anlamı taşımamak şartıyla geçerlidir. Ancak bu halde de acentenin, tehdit, dayatma veya benzeri zorlamalarla bu hakkından vazgeçip geçmediği özenle araştırılmalıdır. Maddenin kaynağı olan Alm. TK'nın 89b paragrafının dördüncü bendiyle ilgili öğretide vazgeçmenin tam anlamıyla serbest iradeyle yapılmış olması gereği üzerinde durulur. Acente sözleşmesinin yapılmasının, gizli bir anlaşma ile, bu talepten daha sonra vazgeçilmesi şartına bağlanması veya bu sonucu doğuracak bir düzenin kabulü, hükmün dolandırılmasıdır. www.lexpera.com, ET:12.09.2019; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.887.

Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre denkleştirme talebinden sözleşme imzalandıktan sonra feragat edilmesini hukuka uygun bulan bu ifade bu şekilde uygulamaya konulduğunda adil olmayan sonuçlara yol açabilecektir. Zira zayıf durumda olan franchise alanın sözleşme imzalandıktan sonra hile ya da kanunu dolanmak suretiyle bu haktan vazgeçtiğini ispatlaması neredeyse imkansızdır⁷³².

Nitekim Avrupa Adalet Divanı ve Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen kararlarda acentanın bir AB üyesi ülkede faaliyet gösteriyor olması koşuluyla; sözleşmede farklı bir yargı yeri ya da hukuk belirlenmesi halinde bu yargı yeri yapılacak yargılama sonucu denkleştirme talebini ortadan kaldıracak bir karar veriyorsa bu karar geçersiz sayılmaktadır⁷³³. Bu durumu Türk hukukuna uyguladığımızda da örneğin yabancı bir hukukun kabul edildiği bir franchise sözleşmesinde uygulanacak hukukun sırf franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda denkleştirme talebinde bulunulmasının önünü kesmek için kabul edilmesi halinde; ilgili madde “denkleştirme talebinden önceden vazgeçilemez” hükmü gereği geçersiz kabul edilecektir. Türk hukuk öğretisinde de ifade edildiği üzere acentenin faaliyet bölgesinin Türkiye olması halinde sözleşmede yapılan hukuk seçimi, yetkili mahkeme belirlemesi ve tahkim şartı ile denkleştirme ödemesinden önceden ve ileriye etkili olarak vazgeçilmesi mümkün değildir⁷³⁴.

f. Denkleştirme Talebinin Hesaplanmasında Dikkate Alınacak Kriterler

Portföy tazminatının miktarının ne olacağı konusunda karşılaştırmalı hukukta farklı ölçütler bulunmaktadır. Örneğin Alman Ticaret Kanunu’nun 89 b. maddesinde, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucunda aldığı yıllık ücret ve diğer ödemelerin ortalaması alınarak portföy tazminatı hesaplanırken⁷³⁵ acentelik ilişkisinin daha kısa bir süre devam etmiş olması halinde ise, faaliyetin devam ettiği süredeki ortalama esas alınmaktadır. Nitekim İtalyan ve İsviçre Borçlar Kanunu’nun 418/u maddesinde de benzer düzenlemeler yer almaktadır.⁷³⁶ İsviçre Borçlar Kanunu madde 418/u maddesine göre acentenin faaliyeti sonucunda müvekkilin müşteri sayısını önemli ölçüde arttırması

⁷³² Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.887; Akın, s.623.

⁷³³ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.887; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.3-12; Akın, s.636.

⁷³⁴ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.887; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, 3-12, Cantürk, s.144.

⁷³⁵ Poroy/Yasaman, s.205; Cantürk, s.130; Ayhan/Çağlar, s.559; Ayan Özge, s.207.

⁷³⁶ Arkan, s.209; Ayan Özge, s.206.

halinde acente uygun bir tazminata hak kazanır ve bu tazminat son beş yılın ortalaması esas alınarak hesaplanır ve senelik net kazancı aşamaz.⁷³⁷ Franchise sözleşmesinde ise komisyon ödemesi sözkonusu olmayacağından, hesaplama yapılırken komisyon yerine franchise alanın cirodan işletme masrafları ve diğer giderler çıktıktan sonraki kalan vergi öncesi kar olan, yıllık brüt karı dikkate alınmalıdır⁷³⁸.

Türk hukukuna bakıldığında ise gerek TTK'nunda denkleştirme bedeli hesabına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı gerek Yargıtay kararlarında denkleştirme bedelinin hesaplanmasına ilişkin temel prensiplerin oluşturulmamış olduğu gözlenmektedir. Yine de tek tek kararlara bakıldığında birtakım ilkelere değinildiği görülmektedir.

TTK madde 122'ye bakıldığında bu madde ile denkleştirme bedeli için bir üst sınır getirildiği, uygun bir tazminatın ödeneceğinden bahsedildiği ancak hesaplama yöntemine değinilmediği görülmektedir. TTK'da açık bir hüküm olmamakla birlikte karşılaştırmalı hukuktan da yola çıkarak denkleştirme ödemesi 3(üç) aşamada tespit edilmektedir. Birinci aşamada menfaatin devam edeceği süre de göz önüne alınarak franchise verenin elde ettiği menfaat ve franchise alanın kaybindan oluşan ham karşılık bulunacaktır. İkinci aşamada hakkaniyet incelemesi yapılarak bu miktarın azaltılması, arttırılması ya da hiç ödenmemesine karar verilecektir. Bu inceleme sırasında markanın çekim etkisi, ödemenin peşin yapılması nedeniyle uygulanak faiz indirimi, franchise alana yapılan ödemeler vb. hususlar göz önüne alınacaktır. Son aşamada ise kanunda tanımlanmış üst sınıra uygunluk denetimi yapılacak ve bulunan miktar üst sınıra uyulanacaktır⁷³⁹.

Denkleştirme bedeli hesaplaması yapılırken öncelikle franchise alanın sözleşmenin sona erdiği yıldan 12 ay önce elde ettiği brüt karı bulunur. Eğer son 12 (oniki) ay atipik özellikler gösteriyorsa farklı bir yıl da hesaplamada esas alınabilir. Daha sonra franchise veren tarafından franchise alana kazandırılan devredilen müşterilerden elde edilen karlar düşülür. Eğer bu esnada franchise veren tarafından franchise alana tahsis edilen ve müşteri kazanmak, depolamak vb. için kullanılan bedeller varsa bunlar da düşülür. Müşteri kayıp yüzdesi hesaplanarak indirilir. Alman hukuku tarafından kabul

⁷³⁷ Poroy/Yasaman, s.205.

⁷³⁸ Erdem, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi**, s.21. Franchise sözleşmesi için bkz. Cantürk, s.132,133.

⁷³⁹ Arslan, s.265; Ayan Özge, s.194; Kayıhan, s.190; Akın s.629; Karasu s.300.

edildiği üzere 4-5 yıl boyunca her yıl %20'lik müşteri kaybı olduğu göz önüne alınarak müşteri kayıp yüzdesi hesaplanır. Bulunan rakam, hakkaniyet değerlendirmesine tabi tutulur. Hakkaniyet değerlendirilmesi sonucu bu rakam artabileceği gibi azalabilir de. Son olarak ise bu bedel bir seferde ödenmiş olduğu için faiz indirimi uygulanır. Daha sonra bulunan rakam, üst sınıra uyarlanır ve üst sınırın üstünde kalıyorsa üst sınıra çekilir⁷⁴⁰.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda⁷⁴¹; denkleştirme bedeli hesabı yapılırken yeni müşterilerle ilişkinin devam ettirilip ettirilmediği, ettirildi ise ne kadar süre ile hangi oranda devam ettirildiği, menfaatin ne olduğu, devam edeceği sürenin tespit edilmesinin ve hakkaniyet denetimi yapılmasının gerekliliği vurgulanmıştır. Markanın tanınmışlığının yapılacak olan hesaba etkisi de⁷⁴² ayrıca ilgili kararlara göre değerlendirilmesi gereken bir başka unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

Yine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da; denkleştirme bedeli hesaplanırken acentenin mahrum kalacağı karın ne olduğu hususuna

⁷⁴⁰ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.266-267

⁷⁴¹ "...Somut olayda hesaplama yapılırken, davacı acentenin, davalı adına ne tür poliçeler düzenlediği, bu poliçelerin süreleri, davalının acentenin portföyünden ne gibi önemli menfaatler elde edeceği ve hakkaniyet ilkesi gereği portföy tazminatı verilmesinin gerekip gerekmediği hususları tartışılmamıştır. Bu durum karşısında, taraf delilleri de nazara alınarak portföy tazminatı isteminin açıklanan şekilde değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde fesihden sonraki üç aylık dönem baz alınarak iki yıl için davalı sigorta şirketinin elde edebileceği komisyon alacağına göre hesap yapan bilirkişi raporuna dayalı hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir." Yargıtay 11. HD., 2016/12745 E., 2017/4954 K., 03.10.2017 T., www.lexpera.com, ET:20/06/2020.

"Bu itibarla mahkemece, portföy tazminatına hükmedilirken bilirkişilere yaptırılacak inceleme sonucu davacının davalı tarafın müşteri portföyüne kattığı müşterilerle davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra da ticari ilişkisini devam ettirip ettirmediği, ettirdi ise hangi firmalarla, hangi süre ve oranda devam ettirdiği tespit ettirilerek, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulup devam ettiği süre, ilişkinin ileriye dönük menfaat sağlayıp sağlamadığı hususları nazara alınmak suretiyle hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmek gerekirken anılan ilkelere uygun düşmeyen hesap tarzına göre belirlenen portföy tazminatına hükmedilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 11. HD., 2015/462 E., 2015/10260K., 9.10.2015 T., www.lexpera.com, ET:20/06/2020.

⁷⁴² Franchise alanın Konya, Mersin, Karaman'da sözleşmenin feshedildiği tarih olan şubat 2018 tarihine kadar franchise bayisi olarak çalıştığı, sözleşmenin yenilememe nedeniyle haksız olarak feshi üzerine hakkaniyet gereği portföy tazminatı (denkleştirme bedeli) talep edilmesi üzerine açılan denkleştirme bedeli talepli davada; ilk derece mahkemesi 2006 yılında yapılan franchise sözleşmesinin mevcut olduğu, sözleşmenin süresinden önce feshi nedeniyle davacının portföy tazminatına hak kazandığı, davacının davalıdan talep edebileceği portföy tazminatının 2006-2007 yıllarına ait net karların ortalaması olarak değerlendirilmesinin hakkaniyete uygun olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Yargıtay tarafından yapılan inceleme sonucunda; taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği konusunda iki farklı bilirkişi raporu bulunması nedeniyle tarafların gerçek amacına bakılması gerektiği, denkleştirme bedeli belirlenirken 2 (iki) yıl kadar devam eden bir sözleşme varken ve franchise verenin markasının tanınmış bir marka olduğu hususu dikkate alınmaksızın, hakkaniyete uygun bir portföy tazminatı hesabı yapılması gerekirken ortalama kar nazara alınarak bir tazminata karar verilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur. Yargıtay 11.HD, 2013/18444 E., 2014/10860 K., 06.06.2014T.; Yargıtay 11.HD, 2015/6981 E., 2015/12815 K., 1.12.2015 T., www.lexpera.com, ET:20/06/2020.

daha dikkatli bakılması, eğer bir şekilde kar farklı bir yolla elde edilmeye devam ediliyorsa bu hususun da dikkate alınması ve hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğine hükmedilmiştir⁷⁴³.

TTK madde 122/2’de denkleştirme bedeli için üst sınır belirlemesi yapılmıştır. İlgili hükme göre; “tazminat, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır.”

Franchising ilişkisinde acentelik ilişkisinde olduğu gibi komisyon ödemesi olmadığından tıpkı karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi hesaplamada komisyon yerine franchise alanın cirodan işletme masrafları ve diğer giderler çıktıktan sonraki kalan vergi öncesi karı (brüt karı)nın dikkate alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Diğer yandan madde gerekçesinde; “kanuni formülün acente yönünden asgariyi ifade ettiği, acentenin aleyhine olan başka bir hesap tarzının kabulünün hükmün amacıyla bağdaşmayabileceği, buna karşılık acente için daha yüksek bir talebe olanak veren başka bir formülü tarafların kararlaştırabileceklerini hükmün kapsamında kabul etmek ratio legis gereği sayılabilir” ifadesinden yola çıkarak sözleşmede franchise alan lehine başka bir hesaplamanın kararlaştırılabileceği sonucuna varılmaktadır.

Bir franchising ilişkisinde denkleştirme bedeli hesabının yapılmasıyla ilgili örnek bir hesaplama aşağıda yer almaktadır;

10 senelik bir franchising ilişkisi franchise alanın kusuru olmaksızın franchise veren tarafından feshedilmiştir. Franchise alan belirli bir bölgede tekel olarak faaliyet göstermektedir. Franchise alan, franchise verenden bir denkleştirme bedeli talebinde bulunmaktadır. Denkleştirme bedeli hesaplaması nasıl olmalıdır?

⁷⁴³ Somut olayda tarafları bağlayacak olan davalının kendi kayıtları, (esasen davacı taraf kendi kayıtlarından ziyade davalının kayıtlarına dayanmış olduğundan ve taraflar arasındaki delil sözleşmesi de zaten bunu gerektirdiğinden) üzerinden belirlenen yenilenen poliçelerin sayısı ve oranı, yenilenen poliçelerden davacının sağlayabileceği komisyon gelirleri esas alınarak hakkaniyet ölçüsünde davacının davalıdan 34.910- TL denkleştirme tazminatı talep edebileceği kanaatine varılmış olup; ilk derece mahkemesi kararı davacının tüm portföyü davalıda kalmışcasına 1 yıllık elde edebileceği komisyon gelirin hükmüyle bu yönden yerinde görülmediğinden; HMK’nın 353/1/b-2. Maddesi kapsamında hükmün kaldırılarak dairemizce yeniden hüküm kurulması doğrultusunda aşağıdaki hüküm kurulmuştur....” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12.HD, 2017/418 E. ve 2018/31 K.,18.1.2018T.,www.lexpera.com, ET:20/06/2020.

Gelir Kalemleri	Net Gelir
Franchise verenin eski müşterileri	400.000 TL
Franchise alanın yeni müşterileri	800.000 TL
İş hacmi geliştirilen eski müşteriler	250.000 TL
Tekel niteliği nedeniyle sahip olunan müşteriler	100.000 TL
TOPLAM	1.500.000 TL

Tablo 1

Franchise Alanın son 5 yıldaki Brüt Karı (Vergi öncesi kar)

Dönem	Brüt Kar
2018-2019	3.500.000 TL
2017-2018	2.500.000 TL
2017-2016	1.500.000 TL
2016-2015	2.000.000 TL
2015-2014	3.000.000 TL

Tablo 2

Franchise Alanın son yıldaki net geliri	1.500.000 TL
Franchise Verenin eski müşterileri	-400.000 TL
Tekel olmasından kaynaklı müşteriler	-100.000 TL
Toplam	1.000.000 TL

Tablo 3

Franchising ilişkisinde genel olarak kira ve diğer idari giderler franchise alan tarafından karşılandığından indirim sebebi olarak dikkate alınmamıştır.

Bulunan tutara 5 yıl süreyle %20 müşteri kaybı uygulanır.

Yıl	Gelir	Müşteri Kaybı (%20)	Net
1.yıl	1.000.000 TL	200.000 TL	800.000 TL
2.yıl	800.000 TL	160.000 TL	640.000 TL
3.yıl	640.000 TL	128.000 TL	512.000 TL
4.yıl	512.000 TL	102.400 TL	409.600 TL
5.yıl	409.600 TL	81.920 TL	327.680 TL
			2.689.280 TL

Tablo 4

Franchise alanın 5 (beş) yıl boyunca %20 oranında müşteri kaybedeceği varsayımıyla hesaplama yapıldığında 5. yılın sonunda kazanacağı toplam ücret olan 2.689.280 TL'den %10 oranında faiz indirimi yapılarak, hakkaniyet öncesi ham karşılık tespit edilecektir. Ham karşılık 2.420.352 TL olup bu miktardan da markanın tanınırlığı nedeniyle %20 hakkaniyet indirimi yapılarak 1.936.282 TL'sine ulaşılacaktır. Son olarak üst sınır denetimi yapılacak ve bulunan sayı son beş yıllık brüt kar ortalaması olan 2.500.000 TL'yi geçmediğinden⁷⁴⁴ üst sınır olarak 1.936.282 TL denkleştirme bedeli olarak tespit edilecektir⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ Bkz.TABLO 2.

⁷⁴⁵ Tablodaki sayılar ve hesaplama mantığı Cantürk, s.140'dan alınarak bazı eklemeler ve kısaltmalar yapılmıştır.

B. FRANCHISE ALANIN BAŞLANGIÇ ÜCRETİNİN İADESİNİ TALEP HAKKI

Başlangıç ücreti; franchise alanın sisteme girmesinin ve dolayısıyla franchise verenin yıllar içinde edindiği know-how'dan yararlanmasının ve gayrimaddi malları kullanacak olmasının karşılığında bir kereye mahsus olarak ödediği ücrettir. Bu ücret karşılığında franchise veren; franchise alana her türlü belge ve dokümanı aktararak, çeşitli eğitimler vererek sisteminin içinde yer alan know-how'ı aktarmakta ve fikri ve sınai haklarını, tanıtıcı işaretlerini kullanmasına müsaade etmektedir⁷⁴⁶. Franchise sözleşmesinin feshi ya da sona ermesi durumunda bahsekonu başlangıç ücretinin franchise verene iade edilip edilmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay tarafından başlangıç ücretinin iadesi hakkında verilen çeşitli kararlar bulunmaktadır. Yargıtay'ın bir kararında; franchise alanın sistemden ayrılması üzerine ödenen başlangıç ücretinin iadesi talep edilmiş; ilk derece mahkemesi sözleşmede bu bedelin irat kaydedileceği yönünde bir hüküm bulunması nedeniyle iade talebinin reddine karar vermiş; ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından onanmıştır⁷⁴⁷.

Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda; franchise sözleşmesinin olağanüstü feshi halinde davacının ödemiş olduğu isim hakkı bedelinin kullanılmayan süre için iadesini istemekte haklı olduğunun düşünülmemesi bozma gerekçesi yapılmıştır⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ Gürzumar, s.15; Kırca, s.145-146; Şimşek, s.293; Tuzlu, s.106.

⁷⁴⁷ İlgili karara göre; "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle taraflar arasında imzalanan 10.12.1995 tarihli sözleşmenin hükümler başlıklı kısmında; (10.000 Dolar'ın) Franchising bedeli olarak ödendiğinin ve sistemden ayrılan temsilcinin ödediği franchising bedelinin irat kaydedileceğinin öngörülmüş bulunmasına göre, davacı temsilcisinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile hükmün ONANMASINA..." Yargıtay 19.HD, 2002/7695 E., 2002/6591 K., 11.10.2002 T., www.lexpera.com, ET:12.02.2018.

⁷⁴⁸ İlgili karara göre; "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle davalı tarafın işletmeye açtığı çok katlı pazarlama sistemine karşı davacının taraflar arasında imzalanan franchise sözleşmesinin ihlaline yol açacağını başlangıçta ileri sürmediği gibi aksine, davalının kullanmaya başladığı bu yeni sisteme entegre olmayı, gerek 26.12.1994 tarihli iş anlaşmasıyla ve gerekse bu anlaşmadan sonraki faaliyetleriyle benimsemiş olmasına, yeni iş anlaşması ile taraflar arasında çok katlı pazarla sistemi sayesinde yeni bir hukuki ilişki kurulduğu gerekçesiyle davacının menfi ve müspet zararlar ilgili tazminat talebinde haklı bulunmadığının kabulünde bir isabetsizlik bulunmamasına göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. Davacı, davalı tarafa franchise sözleşmesi gereğince başlangıçta bir isim hakkı ödemiştir. 13.4.1993 tarihli franchise sözleşmesi, 26.12.1994 tarihli iş anlaşması ile ikale edilmiş ise de, ikale anlaşmasının da davalı yanca feshedilmiş olması karşısında davacının ödemiş olduğu isim hakkı bedelinin kullanılmayan süre için iadesini istemekte haklı olduğunun düşünülmemesi isabetli değildir..."; Yargıtay 19.HD, 2000/3413 E. ve 2000/7030 K., 23.10.2000 tarihli karar" www.lexpera.com, ET:12.02.2018.

Başka bir kararda ise, sözleşmenin franchise veren tarafından sözleşmedeki usullere uyulmaksızın haksız feshi durumunda franchise alan tarafından talep edilen başlangıç ücretinin ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmesine ilişkin karar Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargıtay; sözleşmede bulunan başlangıç ücretinin iade edilemeyeceğine ilişkin hüküm değerlendirmeye alınmaksızın niteliği ve hangi kalem işlere ilişkin olduğu belirlenmeksizin verilen ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir⁷⁴⁹. Bu karar Yargıtayın başlangıç ücretinin iade edilip edilmeyeceği hususunda bir değerlendirme yaparken başlangıç ücretinin neyin karşılığında ödendiğinin araştırılmasını beklediğini göstermektedir. Genel olarak Alman Federal mahkemesi ve Türk hukuk doktrininde kabul edilen görüş ise başlangıç ücretinin franchise sisteminin garantisi olarak verilmesi halinde orantısal olarak iade edilmesi gerektiği ancak eğer know-how veya sistemin kullanılmasına ilişkin eğitim faaliyetleri için ödenmişse iade edilmemesi gerektiği yönündedir⁷⁵⁰.

Franchise veren tarafından yapılan haklı fesih üzerine franchise verenin franchise alanın sözleşmenin feshi sonrası markayı kullanmaya devam ettiğini ileri sürerek açtığı başlangıç ücreti talepli ve haksız rekabete ilişkin bir davada ise Yargıtay; franchise verenin, sözleşmede belirtilen başlangıç ücreti talebini haklı bir talep olarak değerlendirmiştir⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ İlgili karara göre; "...Ancak mahkemece, yapılan hesaplama neticesinde, geri ödenmesi gereken toplam tutarın, giriş bedeli ve reklam bedeli dahil 6.345,13 TL (KDV dahil) olarak belirlenerek, bu bedel üzerinden davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa ki taraflar arasındaki sözleşmenin "5-Parasal Şartlar/5.1.Franchise Giriş Bedeli" başlıklı maddesi: "İşbu anlaşma uyarınca franchise alan, franchise verene anlaşmanın imzası anında franchise giriş bedeli olarak bir defaya mahsus olmak üzere 6.000.USD ödeyecektir. Söz konusu bedel, franchise verenin hak edilmiş kazancıdır ve her ne sebeple olursa olsun geri ödenmez..." hükmünü haizdir. Belirtilen hüküm değerlendirilmeksizin niteliği ve hangi kalem işlemle ilgili olduğu belirtilmeden yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir"; Yargıtay 11.HD, 2013/7163 E. ve 2013/12942 K., 20.6.2013 T., www.lexpera.com, ET:12.02.2018; "Şimşek'e göre Alman Federal Mahkemesinin vermiş olduğu kararlarda, başlangıç ücretinin iade edileceğine ilişkin hükümlerin ancak franchise veren tarafından sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması ve bu hükümlerin müzakere edilerek kabul edilmesi sonucu geçerli olarak kabul edileceği yönündeki karardan esinlenen Yargıtay bu yönde bir hüküm vermiştir." Şimşek, s.295.

⁷⁵⁰ Kırca, s.146; Tuzlu, s.108.

⁷⁵¹ İlgili karar gereğince; "...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre; davacı ile davalı arasında düzenlenen franchise sözleşmesi kapsamında çıkan ihtilaf sebebiyle sözleşmenin feshinin haklı olduğu, ancak sözleşmenin feshinin haklılığından itibaren davalının markaya tecavüz kastı ile kullandığına dair davacı tarafından yeterli delil sunulmadığı, sözleşmenin sonlandırıldığına dair ihtardan sonra davalının iş yerinin açık kaldığı sürenin makul bir süre olduğu, davacının sözleşmeden kaynaklanan franchise kullanım bedeli olarak ve markanın konsepti ile ilgili malzeme bedeli olarak toplam 27.853,11 TL talep edebileceği gerekçesiyle 27.853,11 TL'nin ihtar tarihinden itibaren işletilecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline ve davacının diğer taleplerinin reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Bir başka davada ise franchise sözleşmesi franchise veren tarafından feshedilmiş; bunun üzerine franchise alan tarafından başlangıç ücretinin iadesi talebiyle takip yapılmış; takibe franchise veren tarafından itiraz edilmiştir. İlk derece mahkemesi sözleşmede her ne olursa olsun franchise sözleşmesinin feshi halinde başlangıç ücretinin iade edilemeyeceği yönündeki hüküm nedeniyle davanın reddine karar vermiş; Yargıtay ise feshin haklı olup olmadığı ve eğer haksız ise franchise verenin başlangıç ücretini iade etmeme nedeninin haklı olup olmadığı tartışılmadan eksik incelemeyle karar verilmesini doğru bulmayarak kararı bozmuştur⁷⁵². Bu karardan da görüleceği üzere Yargıtay son dönemde verdiği kararlarda; feshin haklılığının tartışılması gerektiğini, sözleşmede başlangıç bedelinin iade edilmeyeceği yönünde bulunan hükme rağmen eğer fesih haksızsa ya da ilgili hüküm genel işlem şartları gereğince geçersizse, bu bedelin iadesinin değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vererek içtihatlarını değiştirmiştir.

Bazı Alman mahkemesi kararlarında; franchise sözleşmesinin franchise alana atfedilemeyen nedenlerle feshi durumunda başlangıç ücretinin sözleşme süresiyle orantılı olarak iade edilmesi gerektiği yönünde kararlar verilmiş ancak bu kararlar eleştiriye konu olmuştur. Eleştiri gerekçesi; başlangıç ücretinin paylaşılan know-how karşılığı ödenen bir ücret olması sebebiyle sözleşmenin sona ermesi ile birlikte bu know-how'ın iadesi ya da kullanılmamasının temini sözkonusu olamayacağından başlangıç ücretinin de iade edilmemesi gerektiği noktasında toplanmaktadır. Ancak franchise sözleşmesinin franchise verenin kusuru nedeniyle sona erdiği durumlarda başlangıç ücreti franchise alana iade edilmeli; hatta franchise veren, franchise alanın tüm zararlarını da karşılamalıdır. Eğer sözleşme franchise alan tarafından süresinden önce feshedilir veya

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” Yargıtay 11.HD, 2016/13770 E., 2018/4473 K., 18.6.2018 T., www.lexpera.com, ET: 13.02.2018.

⁷⁵² İlgili karar “Dava, franchise giriş bedelinin iadesine ilişkin yapılan takibe itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, franchise sözleşmesinin dokuzuncu maddesine göre sözleşmenin feshi halinde ödenen bedelin istenemeyeceğinin kararlaştırıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak mahkemece, sözleşmenin dokuzuncu maddesini de tadil eden ek protokol hükümlerine ilişkin davacı iddiası değerlendirilmediği gibi davalı franchise veren tarafından gerçekleştirilen feshin haklı nedenlere dayanıp dayanmadığı, feshin haklı nedenlere dayanmaması halinde davalı franchise verenin bidayette ödenen giriş bedelini iade etmemekte haklı olup olmadığı tartışılmadan eksik inceleme ve hatalı değerlendirmeye dayalı karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir”. Yargıtay 11.HD, 2016/11915 E., 2018/4999 K., 05.07.2018T., www.lexpera.com, ET:18.02.2018.

franchise alan; franchise veren tarafından yapılan feshe sebep olursa bu durumda başlangıç ücretinin iadesinden de söz edilemeyecektir⁷⁵³.

Bizim görüşümüz ise öncelikle başlangıç ücretiyle ilgili olarak franchise sözleşmesinde yer alan hükme bakılması gerektiği ve eğer sözleşmede hüküm bulunmuyorsa feshe kimin sebebiyet verdiğinin değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Fesih, franchise alandan kaynaklanıyorsa başlangıç ücretinin iadesi sözkonusu olmamalı ancak franchise verenden kaynaklanıyorsa fesih tarihiyle orantılı olarak iade edilmelidir. Dolayısıyla eğer franchise veren know-how sağlama ve eğitim verme yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmişse ve franchise alanın feshi bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanmıyorsa bu durumda başlangıç ücretinin iadesi de sözkonusu olmamalıdır. Öte yandan başlangıç ücretinin franchise veren tarafından franchise alana sağlanan bir know-how'ın ve verilen özel eğitimlerin bir karşılığı olduğu, bu nedenle sözleşme sona erse de bu know-how'ın iade edilmesinin mümkün olmadığı da unutulmamalıdır.

C. FRANCHISE ALANIN HAPİS HAKKI

Bir franchise sözleşmesinin sona ermesi halinde franchise alan ya da franchise veren için bir hak olarak ortaya çıkan hapis hakkı; dayanağını TMK ile 6102 sayılı TTK'dan almaktadır. TMK md 950'ye göre; alacaklı, yasal koşullar oluştuğunda zilyedliğinde bulunan borçluya ait eşya veya kıymetli evrakı alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir ayni hakka sahiptir⁷⁵⁴. Bu hak; “hapis hakkı” olarak adlandırılmaktadır. Hapis hakkı; koşullar oluştuğunda kendiliğinden doğan bir hak olup aynı bir sözleşme yapılmasını gerektiren teslim bağli rehinden bu yönüyle ayrılmaktadır⁷⁵⁵.

Hapis hakkının kullanılabilmesi için;

- Alacaklının zilyedliği borçlunun rızası ile gerçekleşmiş olmalı
- Borçluya ait bir taşınır mal veya kıymetli evrak üzerinde zilyedlik oluşmuş olmalı
- Borç muaccel olmalı,

⁷⁵³ Kırca, s.146, Şimşek, s.294; Tuzlu, s.106 vd.

⁷⁵⁴ Ömer Uğur Gençcan, **Türk Medeni Kanunu**, C.3, b.2, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.4532-4533; Ülgen/Helvacı/Kaya/ Nomer Ertan, s.281; Arkan, s.172; Kayıhan, s.150; Tuzlu, s.109.

⁷⁵⁵ Gençcan, s.4532-4533; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.191.

- Borç ve zilyedliğe konu nesneler arasında bir bağlantı bulunmalıdır. Zilyedlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa tacirler arasında bu bağlantının bulunduğu varsayılır. Zilyedliğin alacağın doğduğu tarihte var olması gereklidir.
- Hapis hakkına konu olan eşya ve kıymetli evrak paraya çevrilebilir nitelikte olmalıdır⁷⁵⁶.

Alacaklı'ya, borçluya ait olmayan taşınırılar üzerinde de zilyedlik iyiniyetle kazanılmışsa, hapis hakkı tanınmıştır⁷⁵⁷.

TMK md. 952/I'e göre alacaklı; borçlunun acze düşmesi halinde, alacağı muaccel olmasa dahi, hapis hakkını kullanabilir⁷⁵⁸.

TMK madde 953'e göre ise borç yerine getirilmez ve yeterli güvence de gösterilmezse alacaklı, borçluya daha önce bildirimde bulunarak, hapsettiği şeylerin teslimine bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir⁷⁵⁹.

Aynı şekilde hapis hakkı; TTK'nın 119.maddesinde acente için de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre acente, müvekkilinden olan tüm alacakları tamamen kapanıncaya kadar acentelik sözleşmesi dolayısıyla elinde bulundurduğu veya özel bir nedenle üçüncü kişinin elinde bulunan taşınırılar ve kıymetli evrak ile herhangi bir eşyayı temsil eden senet aracılığıyla kullanabildiği mallar üzerinde hapis hakkına sahiptir⁷⁶⁰. TTK md.119 hükmü acenteye özel bir sebebe dayanarak üçüncü kişi elindeki taşınırılar, kıymetli evrak ve eşyayı temsil eden senet aracılığıyla kullanılabilen mallar üzerinde de hapis hakkı tanıdığından kapsamı çok daha geniş bir hüküm olup TMK düzenlemesi karşısında özel bir düzenlemedir⁷⁶¹. İlgili maddede TMK hükümlerinin saklı olduğu; dolayısıyla bu hükümlerin de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme franchise sözleşmesinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kıyasen franchise sözleşmesine de uygulanmalıdır⁷⁶².

⁷⁵⁶ Karayalçın, s.528; Gençcan, s.4533; Ülgen/Helvacı/Kaya/ Nomer Ertan, s.281; Tuzlu, s.109.

⁷⁵⁷ Gençcan, s.4533; Arkan, s.172; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.191.

⁷⁵⁸ Ülgen/Helvacı/Kaya/ Nomer Ertan, s.869; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.190; Poroy/Yasaman, s.257; Kayıhan, s.154; Ufuk Tekin, **Acentenin Ücret Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, Ankara, s.158.

⁷⁵⁹ Kayıhan, s.156; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.191.

⁷⁶⁰ Kayıhan, s.151, s.152; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.189; Tuzlu, s.109.

⁷⁶¹ Tuzlu, s.110; Karaege, s.248.

⁷⁶² Tuzlu, s.110; Yeniocak, s.128.

TKK md.119/III'e göre müvekkil aciz halinde ise, acente muaccel olmamış alacaklar üzerinde de hapis hakkını kullanabilir⁷⁶³.

Acente; Müvekkilinden olan tüm alacakları üzerinde hapis hakkına sahiptir. Ücret, olağanüstü masraflar, gider, avans, faiz alacakları, rekabet yasağı ya da tekel hakkına aykırılık gibi nedenlerle kesinleşen tazminat alacakları, akdin sona ermesi nedeniyle talep edilebilecek tazminatlar, denkleştirme istemi kapsamındaki alacakları hapis hakkına konu olabilecektir⁷⁶⁴. Acente, alacağını karşılayacak kadar olan kısım kadar ve sadece muaccel olmuş alacaklar (aciz durumu hariç) ve nakde çevrilebilen mallar (taşınırlar) üzerinde hapis hakkını kullanabilir. Bir alacağın müvekkil tarafından dava veya ihtar yoluyla muarazalı hale getirilmesi bu hakkın kullanılmasına engel teşkil etmez⁷⁶⁵.

TMK madde 952/2'de nitelikleri gereği paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınırlar üzerinde ve alacaklının üstlendiği yükümlülükler veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hallerde hapis hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu madde 418/II'de tarifeler ile müşteri listeleri üzerinde hapis hakkı kullanılamayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir⁷⁶⁶. TMK madde 951/II'de düzenlenen "alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hâllerde de hapis hakkı kullanılamaz" hükmü gereği hapis hakkından önceden feragat edilebileceği düşünülmektedir. Bununla birlikte ilgili hükme rağmen doktrinde kimi yazarlar bu ifadeye rağmen hapis hakkından önceden feragat edilmesinin mümkün olmadığını; TTK md. 119/2'de öngörülen halde ancak takas hakkından feragat edilmesinin mümkün olacağını ileri sürmektedirler⁷⁶⁷. Gerek İsviçre Borçlar Kanunu madde 418 (o)'da gerek Alman Ticaret Kanunu/HGB &88 a'da acentenin yasal hapis hakkından önceden vazgeçemeyeceği açık bir şekilde düzenlenmektedir⁷⁶⁸.

⁷⁶³Ülgen/Helvaci/Kaya/ Nomer Ertan, s.869; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.190; Poroy/Yasaman, s.257, Kayıhan, s.153,154

⁷⁶⁴ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.189, Kayıhan, s.151, Tekin, s.158, Karaege, s.252

⁷⁶⁵Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.189; Ülgen/Helvaci/Kaya/ Nomer Ertan, s.869; Tekin, s.158-159.

⁷⁶⁶ Ülgen/Helvaci/Kaya/ Nomer Ertan, s.870; Karaege, s.252-253.

⁷⁶⁷ Mustafa İsmail Kaya, **Acentelik Hukuku**, s.270. Bu husustaki diğer tartışmalar için bkz. Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.190 vd.; Karaege, s.257.

⁷⁶⁸ Tekin, s.160; Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.270-272; Karaege, s.256.

TMK md.950/II’de “zilyedlik ve alacağın ticari ilişkiden doğması halinde tacirler arasında bu bağlantı varsayılır” ifadesine yer verilmektedir. TTK md.119/IV’te ise TMK md.950/II hükmü saklı tutularak hapis hakkının uygulanmasında tabii irtibat karinesinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir⁷⁶⁹. Öncelikle belirtmek gerekir ki; bir franchising ilişkisinde her iki taraf da tacir olacağından tarafların hapis hakkını kullanabilmeleri için gerekli bağlantının (borç ve zilyedliğe konu nesneler arasındaki bağlantı) otomatik olarak bulunduğu varsayılacaktır. Bu tespitten yola çıkarak franchise alanın muaccel olan alacakları için franchise veren tarafından kendisine teslim edilmiş olan ve mülkiyetini elinde tuttuğu nakde çevrilebilen taşınır mallar ve kıymetli evrak ile emtia senetleri üzerinde hapis hakkını kullanabileceği açıkça ortadadır⁷⁷⁰.

Bir franchising ilişkisinde franchise alandan ziyade franchise verenin hapis hakkını kullanması daha olasıdır⁷⁷¹ zira franchising ilişkisinde acentelik ilişkisinin tersine franchise alan genellikle borçlu olan tarafta bulunmaktadır. Ancak yine de özellikle de bu ilişkinin son bulması üzerine franchise alanın işletmesini tamamen ya da kısmen franchise verene devrettiği durumlarda, ekipmanını ya da stoğunu sattığı durumda, rekabet yasağı nedeniyle bekleme ücreti hak ettiği durumda, franchise alanın denkleştirme bedeli ödemesini almaya hak kazandığı durumda ya da tazminat hak ettiği diğer hallerde franchise alan, franchise verene ait ve nakde çevrilebilen menkul mallar üzerinde hapis hakkını kullanabilecektir. Bu mallar duruma göre ekipmanlar, stoktaki mallar, taşıtlar, bilgisayarlar olabilmektedir.

Diğer yandan franchising sisteminin genel özelliği düşünüldüğünde franchise alana nakde çevrilmesi mümkün olmayan pek çok taşınır eşya (örneğin reklam materyalleri, tabelalar, müşteri listeleri, numuneler, fiyat listeleri) verildiği ortadadır. Franchise alanın nakde çevrilme imkanı olmayan bu mallar üzerinde hapis hakkını kullanıp kullanamayacağı Alman hukukunda tartışmalıdır. Alman hukukunda; acenteye aynı nitelikte bir hapis hakkı değil; def’i niteliğinde bir alıkoyma hakkı tanınmaktadır. Alman Ticaret Kanunu’na göre acente sözleşmenin sona ermesini takiben sadece muaccel olmuş ve ödenmemiş ücret alacakları ve giderler için⁷⁷² ve yalnızca yine Alman Ticaret

⁷⁶⁹ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.192; Poroy/Yasaman, s.147; Arkan, s.172; Ülgen/Helvaci/Kaya/ Nomer Ertan, s.870; Karaege, s.255.

⁷⁷⁰ Tuzlu, s.110; Karaege, s.255-256.

⁷⁷¹ Tuzlu, s.110.

⁷⁷² HGB 88a/II; Tuzlu, s.111.

Kanununda tanımlı olan reklam malzemeleri, işaretler, reklam araçları, fiyat listeleri, işletme şartları vb. malzemeler üzerinde⁷⁷³ alıkoyma hakkını kullanabilmektedir. İlgili kanunda tanımlanan hapis hakkı bahsekonu malzemeleri satma hakkı vermemekte; müvekkil borcunu yerine getirinceye kadar bu malzemelerin Müvekkile iadesini reddetme hakkını tanımaktadır⁷⁷⁴.

Türk hukukundaki hapis hakkını düzenleyen hükümler dikkate alındığında sadece paraya çevrilebilir nitelikte olan taşınır mallar veya kıymetli evrak ya da emtiayı temsil eden senetler üzerinde hapis hakkının kullanılabileceği açıktır. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre Türk hukukunda hapis hakkının bu şekilde düzenlenmesi franchise sözleşmelerinde franchise alan ya da franchise veren lehine bir alıkoyma hakkının tanınamayacağı anlamına gelmemektedir⁷⁷⁵.

D. FRANCHISE ALANIN TAKAS VE MAHSUP HAKKI

Takas hakkı BK md.139 vd’da düzenlenmektedir. İlgili maddeye göre iki kişinin karşılıklı olarak bir miktar parayı ya da aynı türden malı birbirine borçlu olması halinde ve bu borçların her ikisinin de muaccel olması koşuluyla, taraflardan herbiri alacağı ile borcunu takas ederek daha az olan borcun sona ermesini sağlayabilir. Karşılıklı, muaccel ve aynı türden iki borcun tarafların irade beyanlarıyla sona ermesi “takas” olarak isimlendirilmektedir⁷⁷⁶. Takas, tek taraflı irade beyanı ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir hak olup karşı tarafın takas beyanını kabul etmesi gerekmemektedir. Bununla birlikte BK md.144’te belirtilen alacaklar için takas hakkı ancak karşı tarafın rızasıyla kullanılabilmektedir⁷⁷⁷. Takas hakkı, tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilen bir hak olmasına karşı taraflar önceden anlaşmak suretiyle takas hakkını tüm alacakları ya da alacaklarının bir kısmı için kabul edebilirler⁷⁷⁸. Hapis hakkının tersine takas hakkından önceden feragat etme imkanı bulunmaktadır⁷⁷⁹.

⁷⁷³ HGB 86a/I; Tuzlu, s.111.

⁷⁷⁴ Tuzlu, s.111; Tekin, s.161.

⁷⁷⁵ Tuzlu, s.112; Tekin, s.161.

⁷⁷⁶ Hatemi/Gökyayla, s.327; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.1, b.17, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.602.

⁷⁷⁷ Hatemi/Gökyayla, s.328; Oğuzman/Öz, s.613.

⁷⁷⁸ Hatemi/Gökyayla, s.327; Oğuzman/Öz, s.613.

⁷⁷⁹ Hatemi/Gökyayla, s.330; Oğuzman/Öz, s.611.Karşı görüş için bkz. Tekin, s.163; Karaege, s.261.

Bir franchise ilişkisinde franchise alan her zaman için ilgili koşulların bulunması halinde takas hakkını BK hükümleri gereğince kullanabilecektir. Bununla birlikte franchise sözleşmesine takas hakkına ilişkin hükümler konulabileceği gibi kapsamı da düzenlenebilir. Özel nitelikte bir hüküm olan TTK md.119/II de mahiyeti uygun olduğu ölçüde franchise sözleşmesine kıyasen uygulanacaktır.

TTK md.119/II’de “Müvekkile ait mallar acente tarafından sözleşme veya kanun gereği satıldığı taktirde, acente bu malların bedelini ödemekten kaçınabilir” denilmektedir. Acentenin müvekkilinden alacağı sadece sattığı malların bedeli ile sınırlı değildir. Para bir alacağın konusu olmadığı ve ayrıştırılarak ferdileştirilmediği müddetçe eşya anlamında bir mülkiyet konusu da olamaz. Bu nedenle ilgili maddede bahsedilen kaçınma hakkı ile kastedilen hak “hapis hakkı” değil; bir “takas hakkı”dır⁷⁸⁰. Bu maddede yer alan düzenlemenin ise yine koşulları uyduğu ve franchise alanın menfaatine olduğu müddetçe kıyasen franchise alana da uygulanacağı açıktır. Özellikle de BK md.144’te düzenlenen “tevdî edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklarda takas hakkının kullanılabilmesi için alacaklının rızasının aranması durumunun bir engel olarak franchise alanın önüne çıktığı durumda özel bir düzenleme olan TTK md.119/II’nin devreye gireceği ve kıyasen franchise sözleşmesine de uygulanacağı açıktır.

Mahsup hakkı ise takas hakkı ile karıştırılmaması gereken bir hak olup borcun sona ermesiyle değil, alacağın hesaplanma yöntemiyle ilgilidir ve takastan farklı olarak hakim tarafından re’sen incelenir⁷⁸¹. Örneğin tazminat miktarı hesaplaması yapılırken tazminat almaya hak kazanan kişinin elde ettiği yararların bu tazminat miktarından indirilmesi “mahsup” olarak adlandırılmaktadır. Alaktan indirim yapılması anlamına gelen bir haktır⁷⁸². Bu yönüyle franchise alan tarafından franchise verene karşı her zaman kullanılabilir.

E. SATIM OPSİYONU

Satım opsiyonu da aynen alım opsiyon hakkında olduğu gibi aynı özellikleri taşır ancak buradaki tek fark sözleşmede tanımlanması halinde bu hakkın franchise alan lehine

⁷⁸⁰ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, s.190; Kayıhan, s.157; Ülgen/Helvacı/Kaya/ Nomer Ertan, s.870; Tekin, s.163.

⁷⁸¹ Hatemi/Gökyayla, s.328; Oğuzman/Öz, s.617.

⁷⁸² Oğuzman/Öz, s.617,618; Hatemi/Gökyayla, s.328.

tanınması ve franchise vereni ticari işletmeyi devralma ve bedelini ödeme borcu altına sokmasıdır. Satım hakkı da bir vade ya da şarta bağlanabilir. Hakkın niteliği ve kullanım şekilleri açısından franchise verenin haklarından biri olan satın alma opsiyon hakkında belirtilen hususlar burada da aynen geçerlidir⁷⁸³.



⁷⁸³ İsmail G. Esin, **Pay ve Satım Opsiyonları ve Hükümleri**, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.286, 287.

§ 5 FRANCHISE VEREN AÇISINDAN

I. FRANCHISE VERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. FRANCHISE VERENİN SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNİ TAKİBEN STOKLARI, EKİPMANLARI VE DİĞER MALLARI SATIN ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Franchise sözleşmesinin herhangi bir nedenle feshi ya da sona ermesi durumunda franchise verenin stoktaki malları, yedek parçaları ya da franchise alanın işini yürütmek için satın almış olduğu ekipman ya da donanımı satın alma yükümlülüğü olup olmadığı soruları akla gelmektedir. Bu tür durumlar için çoğunlukla franchise sözleşmelerinde belirli hükümler yer almaktadır. Bu hükümler genel olarak franchise verene satın alma ya da almama konusunda bir seçim hakkı tanımakta ve bir çeşit satın alma opsiyonu olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak sözleşmelerde açık hüküm bulunmayan hallerde bu durum gerek yargı kararlarıyla gerek doktrin yorumuyla duruma göre bir satın alma yükümlülüğüne dönüşebilmektedir. Nitekim Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu kararda⁷⁸⁴ bu hususa vurgu yaparak franchise sözleşmesinde hüküm bulunduğu durumlarda öncelikle bu hükmün dürüstlük kurallarına, yaygın teamüllere ve tarafların gerçek iradesine göre yorumlanması gerektiğini; bunun mümkün olmaması durumunda ise MK madde 1'e göre yorum yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Diğer yandan sözleşmede, sözleşmenin sona ermesi durumunda franchise verene franchise alanın elinde kalan malları satın alma yükümlülüğü getirilen durumlarda, karşılık olarak franchise alana bu ürünleri satma hakkı getirilebilir.⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ “...Franchise sözleşmesi, kanunlarda düzenlenmiş isimli sözleşmelerin unsurlarını içerebileceği gibi, isimsiz sözleşmelerin unsurlarını da içerebilir. Nitekim franchise sözleşmesi genellikle satış, kira veya ürün kirası, hizmet, acente, vekâlet, adi ortaklık gibi isimli sözleşmelerle, lisans, know-how ve tek satıcılık gibi isimsiz sözleşmelerin unsurlarını içermektedir. Franchise sözleşmesi, isimli ve isimsiz sözleşmelerin unsurlarından oluştuğu için niteliği itibarıyla kendine özgü isimsiz bir sözleşmedir (Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018, s. 970).

Franchise sözleşmesinin kendine özgü isimsiz bir sözleşme olması nedeniyle taraflar sözleşmede somut uyumsuzluğa ilişkin bir kural öngörmüşlerse her şeyden önce bu kuralın uygulanması gerekmektedir. Ayrıca bu sözleşmeler dürüstlük kurallarına ve iş ilişkilerinde yaygın teamüllere göre yorumlanıp tamamlanmalıdır. Ancak tarafların iradelerinin anlaşılması ve sözleşmenin yorumlanması mümkün olmuyorsa, bu durumda Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 1’inci maddesinin uygulanması gündeme gelecektir...”

HGK; 2017/60 E.,2019/579 K.,16.5.2019 T., www.lexpera.com, ET:01.09.2019.

⁷⁸⁵ Tuzlu, s.88.

Sözleşmede açık bir hüküm bulunmadığı sürece franchise verenin franchise alan tarafından stoklanmış olan malları ve yedek parçayı satın alma yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁷⁸⁶ Buna rağmen eğer sözleşmede franchise verenin böyle bir yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmiş veya franchise alan için açık bir stok yapma veya yedek parça alma yükümlülüğü kararlaştırılmışsa veya sözleşmede açıkça yazılmasa dahi işin mahiyetinden böyle bir yükümlülük olduğu yorumu yapılıyorsa; franchise verenin stoklanmış olan malları veya yedek parçaları satın alma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilir. Franchise alanın stoklamış olduğu malları başka bir şekilde satma ya da değerlendirme imkanı varsa ya da fesih tarihinden sonra ya da gereğinden fazla olacak şekilde stok yapmışsa ya da stoklanmış malların kötüleşmesine neden olmuşsa franchise verenin geri alma yükümlülüğü olmadığı kabul edilecektir⁷⁸⁷. Sözleşmede geri alma yükümlülüğü bulunmasına rağmen; franchise alan değerlendirebileceği malları değerlendirdikten sonra geri alma talebinde bulunmuşsa franchise veren, bu malları geri almak zorunda değildir. Franchise alan, geri alma talebinde bulunurken tüm malları iade etmek zorundadır⁷⁸⁸.

Diğer yandan ekipmanlar ve donanım için daha farklı bir yorum yapılması gerekmektedir. Eğer ekipmanlar ve donanım franchise sisteminin ayırt edici özelliğini vurgulayan bir marka, amblem, tanıtıcı işaret ya da üretim tarzını yansıtan farklı bir sistem içeriyorsa franchise alan bunları kullanamayacağından sözleşmede açıkça yazmasa dahi franchise verenin bunları satın alma yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir. Nitekim aksinin kabulü; franchise veren için de hiç istenmeyen sonuçlar doğuracaktır. Franchise sisteminin ayırtedici niteliğini vurgulayan bu unsurları taşıyan ekipmanların franchise alan tarafından kullanılması öncelikle sisteme zarar verecektir. Bununla birlikte bu ekipmanlar ya da donanım satın alınırken satış fiyatlarından amortismanın düşülmesi, yeniden satılıp satılamayacağına dikkat edilmesi önemlidir⁷⁸⁹.

Yargıtay tarafından verilen aşağıdaki kararda da; haklı fesih durumunda franchise alan tarafından kullanılan taşınır malzemenin üzerinde marka ve logo bulunması durumunda franchise alanın bu malzemeleri başka yerde kullanmasının mümkün

⁷⁸⁶ Gürzumar, s.179; Kırca, s.189; Şimşek, s. 289.

⁷⁸⁷ Gürzumar, s.179; Kırca, s.189; Şimşek, s.290-291; Tuzlu, s.86.

⁷⁸⁸ Gökyayla, s.217.

⁷⁸⁹ Mallarda oluşan değer kaybı ve yeniden satılıp satılamayacağının belirlenmesinin indirim sebebi olması hk.bkz. Şimşek, s.292-293.

olmayacağı savunmasının dikkate alınmadığı ve bu hususta inceleme yapılmadığı belirtilerek ilk derece mahkemesi kararının bu yönden bozulmasına karar verilmiştir⁷⁹⁰.

Diğer yandan Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi tek satıcı ile ilgili bir kararında; ekipman her ne kadar tek satıcılık sözleşmesi gereği edinilmekle yükümlü olan bir unsur olsa da üretici tarafından geri alınmasının talep edilemeyeceği, zira stoklar için sadece harcama yapılmış olmasına rağmen ekipmanlardan kazanç elde edildiği ve bu tür malların ancak sözleşmenin üreticinin kusuru halinde bir tazminat borcu kapsamında geri alınabileceği ifade edilmiştir⁷⁹¹.

Elde kalan stoğun ve ekipman ve donanımın geri alınması yükümlülüğü belirlenirken sözleşmenin hangi tarafın kusuru ile sona erdiği de bu değerlendirme yapılırken önem taşımaktadır. Eğer sözleşme franchise alanın kusuru ile sona erdiyse bu durumda franchise verenin geri alma yükümlülüğü bulunmadığı ama eğer franchise verenin kusuru ile sona erdiyse franchise verenin geri alma yükümlülüğü bulunduğu yorumu yapılmalıdır⁷⁹². Ancak sözleşmenin franchise alanın kusuru ile feshedilmiş ya da sona ermiş olmasına rağmen yine de eğer franchise veren bu malları almayı kabul etmişse, malları satış bedelinden değil, maliyet bedeli üzerinden satın alabilmelidir⁷⁹³. Diğer yandan eğer sözleşme franchise verenin kusuru ile sona erdiyse bu durum tazminat borcu olarak değerlendirilmeli ve mallar satış fiyatı üzerinden geri alınmalıdır⁷⁹⁴. Eğer sözleşme tarafların ortak kusuru ile sona erdiyse her iki taraf da zarara kusuru oranında katlanmalıdır⁷⁹⁵.

⁷⁹⁰ “...Asıl dava, franchise sözleşmesinin haklı nedenle feshinden kaynaklanan ve kurulum için yapılan bir kısım masrafların tahsili istemine ilişkin olup, mahkemece davacının sözleşmeyi haklı olarak feshettiği, kurulum için aldığı malzemeleri envanterinde bulundurduğu, bunların halen devam ettiği cafe işinde kullanabileceği gerekçesiyle, davacının talebinin reddine karar verilmiştir. Oysa, davacı taraf kurulum için aldığı tabak, bardak, şemsiye, reklam tabelaları gibi aldığı malzemelerde davalının marka ve logosunun yer aldığını, bu ürünleri başka yerde kullanmasının mümkün olmadığını itirazlarında belirtmiş olup, nitekim dosyada mevcut tespit dosyalarında da davacının aldığı malzemelerin bir kısmında davalının marka ve logolarının basılı olduğu görülmektedir.

Bu itibarla, mahkemece bilirkişilerden ek rapor alınarak, davacının kurulum için aldığı malzemelerin hangilerinin tekrar kullanılıp kullanılamayacağı değerlendirilerek, neticesine göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 11.HD, 2015/2362 E., 2016/795 K.,26.1.2016 T., www.lexpera.com, ET:02.09.2019.

⁷⁹¹ Gökyayla, s.226.

⁷⁹² Şenol, s.233; Kırca, s.189-190; Şimşek, s.291-292; Tuzlu, s.86-87; Ayata, s.122.

⁷⁹³ Şenol, s.236; Şimşek, s.292.

⁷⁹⁴ Gökyayla, s.222; Şenol, s.236.

⁷⁹⁵ Kırca, s.190; Şenol, s.233; Şimşek, s.292; Ayata, s.123.

Franchise verenin geri alma yükümlülüğüne aykırı davranarak dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesi durumu; culpa post contrahendum yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder ve franchise alan bu nedenle TBK m.112 ve m.113 hükümleri uyarınca tazminat talep hakkına sahip olur⁷⁹⁶. Diğer yandan franchise alanın elde kalan stoğu satabilme olasılığı varsa tazminata hükmedilmemelidir⁷⁹⁷. Franchise alanın elinde kalan malları eritmesi için franchise veren tarafından bir süre daha satım hakkı tanınabilir. Bu malların franchising sistemine ilişkin birtakım unsurları barındırması durumunda ise böyle bir uygulama; franchising sistemine zarar verebilecektir⁷⁹⁸.

Franchise veren; imzalanan franchise sözleşmesi gereğince genellikle bir franchise sözleşmesinin sona ermesini ya da feshini takiben franchise edilen işi veya bu işe ilişkin belirli malları satın alma hak veya yükümlülüğü altındadırlar. Bu malların satın alınması ile birlikte franchise veren kendi markasını taşıyan unsurların sistem dışına çıkmasını önlemekte ve ayrıca franchise alana kendi işini kurması için bir finansman temin etmektedir. Alım hakkı doğru olarak kullanıldığı takdirde, bu haklar veya yükümlülükler franchise alanın sistemden çıkışını kolaylaştırmakta ve doğabilecek ihtilafları azaltmaktadır. Franchise verenin bu hakları ve yükümlülükleri kötüye kullanması ise çıkışı karışık hale getirdiği gibi taraflar arasında hukuki ihtilafların doğma olasılığını da arttırmaktadır⁷⁹⁹.

Alım hakkının kullanımı sırasında en fazla problem yaratacak hususlar, hangi malların geri alınacağı, zamanlaması ve bu malların değerinin tespiti⁸⁰⁰. Franchise alan, elinde kalan malların satın alınması için franchise verene sözleşmenin sona ermesini takiben derhal talepte bulunmak zorunda değildir. Kendisine elinde kalan malları değerlendirmek için uygun bir süre tanınmalıdır⁸⁰¹. Bu süre belirlenirken tek tek olay bazında değerlendirme yapılmalı ve stoktaki malların kötüleşmemesini temin edecek makul bir süre öngörülmelidir⁸⁰². Makul bir süre içinde talepte bulunulmaması halinde franchise veren, bu taleple bağlı kalmak zorunda olmayacaktır.

⁷⁹⁶ Gürzumar, s.179; Kırca, s.190; Tuzlu, s.89.

⁷⁹⁷ Şenol, s.235.

⁷⁹⁸ Gürzumar, s.182; Şenol, s.235; Tuzlu, s.88-89.

⁷⁹⁹ Batenhorst, s.1, Alım hakkının franchise veren tarafından dürüstlük kuralına uygun olarak ve sözleşmenin tüm içeriği dikkate alınarak kullanılması gerektiği hk.bkz. Gürzumar, s.179; Kırca, s.189; Tuzlu, s.86.

⁸⁰⁰ Batenhorst, s.2; Şenol, s.227.

⁸⁰¹ Gürzumar, s.182; Gökyayla, s.224; Tuzlu, s.88.

⁸⁰² Tuzlu, s.88; Şenol, s.236.

Franchise verenin satın alma hususundaki hak ve yükümlölükleri, tüm ekipmanları, yedek parçaları ve stoğu mu yoksa sadece belirli bir kısmını mı satın alacağı franchise sözleşmesinde açıkça belirlenmelidir. Franchise sözleşmesi aynı zamanda bu hakların kullanımı için, önalım hakkı ya da opsiyonu gibi net bir mekanizma getirmelidir. Bu durumda franchise verenin feshe kadar bu mal veya ekipmana ihtiyacı olup olmadığını ya da fiyatını değerlendirme imkanı olabilecektir⁸⁰³.

Alım hakkının kullanımında; franchise verenin franchise alana ödeyeceği meblağ çok önemli bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Alım durumunda franchise veren tarafından önerilecek teklif, “iyiniyetli bir teklif” olmalıdır. Bunun nedeni, franchise vereni franchise işi için suni olarak çok yükseltilmiş bir meblağ ödemekten kurtarmaktır. İyiniyetli bir teklif değerlendirilirken ekipmanın amortisman durumu, stoğun tekrar kullanılabilirliği gibi kriterler dikkate alınacaktır⁸⁰⁴.

Franchise verenin alım yükümlölüğü sözleşme ile stoktaki mallar, yedek parçalar ve ekipmanlar için getirilmiş olsa dahi franchise alan tarafından o güne kadar franchise verene güvenerek yapılan yatırımlar da bulunmaktadır. Bu yatırımlar; yeni binaların alınması, kiralanması, sergi ve satış salonları açılması, depo kiralanması, personel alımı, tamir aletleri alınması, yeni dekorasyon yapılması gibi franchise alanın franchise verenin sözleşmeyi feshetmeyeceğine dair verdiği güvene karşılık ve yine franchise veren tarafından talep edilmesi ya da onay verilmesi sonucu yapılan yatırımlardır. Bu yatırımlar ciddi miktara ulaşabilir. Sözleşmenin önelli olarak ya da yenilenmemek suretiyle sona erdirilmesi durumunda bu yatırımlar için franchise alanın bir tazminat talep hakkı olduğu kabul edilmelidir⁸⁰⁵. Yargıtay tarafından verilen kararda da haksız fesih durumunda karşı tarafın sözleşmeyi feshetmeyeceği yönünde verilen güvence karşısında yapılan yatırımların sözleşmenin kalan süresi ile orantılı olarak talep edileceğine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır⁸⁰⁶.

⁸⁰³ Batenhorst, s.4.

⁸⁰⁴ Batenhorst, s.5; Şimşek, 292,293; Şenol, s.235-236.

⁸⁰⁵ Gökyayla, s.229,230.

⁸⁰⁶ “...bu durumda sözleşmenin davalı tarafça feshedilmesinin haklı bir gerekçe taşımadığı, bu sözleşmenin feshi nedeniyle davacının uğradığı menfi zararı davalıdan talep hakkının bulunduğu, davacı karşı davalı taraflar arasındaki 11/10/2006 tarihli sözleşmenin 31/05/2011 tarihine kadar yürürlükte kalacağına güvenerek yapmış olduğu harcamaların, sözleşmenin feshi nedeniyle kalan süre dikkate alınarak uygun bir kısmının ve davacının yapmış olduğu isim hakkı ve sisteme giriş bedellerinin aynı sürelerle orantılı bir bölümünü davacı tarafça talep hakkının mevcut olduğu, bilirkişi tarafından yapılan hesaplama göre fesih tarihinde sözleşmenin kalan süresinin 949 gün olması nedeniyle davacının talep edeceği zarar miktarı, dekorasyon gideri, isim hakkı ve sisteme giriş bedelinden kalan süreye oranla 34.439.21 TL olduğu, karşı

Amerikan eyalet kanunlarına⁸⁰⁷ bakıldığında franchise verene alım hakkı tanınmasından ziyade alım yükümlülükleri getirildiği ancak alım yükümlülükleri getirilirken aşağıdaki hususlarda birtakım farklılıklar yaratıldığı görülmektedir; bu hususlar,

1) Fesih nedeninin neden kaynaklandığı; özellikle franchise verenin tek taraflı ve sebepsiz fesih hakkını kullanıp kullanmadığı 2) Sözleşmenin yenilenmemesi durumu 3) satın alınacak unsurlar 4) Franchise veren tarafından ödenecek bedel⁸⁰⁸

Arcansas, Connecticut, Hawaii, Michigan ve Washington kanunları franchise verenlerin belirli envanterin, stoğun, ekipmanın ve hardware'in satın almasını şart koşmakta; Michigan satın alınması gerekenlere sabit eşyayı da eklemektedir. Arcansas, Connecticut, Hawaii, Michigan ve Washington satın alınacak unsurları franchise verenden veya onun yetkilendiği ya da onayladığı kaynaklardan satın alınanlarla sınırlamaktadır. California hukuku satınalma yükümlülüğünü sadece kullanım veya satıştaki yeniden satılabilir stokla sınırlamakta ve bunu da franchise verenin kanunda belirtilen fesih koşullarına uymamasıyla ilişkilendirmektedir. Wisconsin Kanunu ise satın alma zorunluluğunu franchise sözleşmesi çerçevesinde, franchise veren tarafından franchise alana satılan markalı envanterle sınırlamaktadır. Iowa Franchise Kanunu, franchise alanın franchise verenden ya da onun bağlantılı acentelerinden adil piyasa değeri üzerinden satın aldığı unsurlar için franchise verene satın alma zorunluluğu getirmekle birlikte bu hususu 01.07.2000'den önce aktedilen sözleşmeler için ve rekabet etmeme hükmü nedeniyle satın alınması şartına bağlamaktadır⁸⁰⁹.

dava yönünden karşı davacının cari hesap alacağının ispatlanamadığı, davalı karşı davacıdan defter ve fatura ibrazının istenmesine rağmen davalı karşı davacının defter ve fatura ibraz etmediği, böylece karşı davanın ispat edilemediği gerekçesiyle, asıl davanın ıslah edilmiş hali ile kabulü ile 34.439 TL tazminat alacağının 25.000 TL lik kısmına dava tarihinden itibaren, kalan kısmına ise 18/03/2014 tarihinden itibaren ticari temerrüd faizi uygulanmak suretiyle davalıdan tahsil edilerek davacıya verilmesine, karşılık davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı karşı davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı-karşı davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı-karşı davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA” Yargıtay 11.HD, 2014/19698 E., 2015/7510 K., 2.6.2015 T., www.lexpera.com, ET:18.06.2017.

⁸⁰⁷ Arcansas, California, Connecticut, Hawaii, Illinois, Iowa, Maryland, Michigan, Rhode Island, Washington ve Wisconsin.

⁸⁰⁸ Batenhorst, s.8.

⁸⁰⁹ Batenhorst, s.9.

Satın alınacak unsurların değerlemesi, franchise veren tarafından bu unsurların satın alınması halinde, anahtar faktördür. Amerikan eyalet kanunlarının çoğu, satın alma fiyatını belirlerken “makul pazar değeri” nin çeşitli varyasyonlarını esas almakla birlikte bu kanunlar değer tespitinin nasıl yapılacağını göstermez ama bu hususu mahkemelerin takdirine bırakırlar⁸¹⁰. Satın alma esnasında franchise verene takdir hakkı tanınması büyük önem taşımaktadır. Zira satın alınacak stoğun kötü planlama, stok idare zaafı ya da düşük iş hacmi nedeniyle elde kaldığı anlaşıldığında franchise verenin bu hakkı kullanmaktan kaçınması doğal karşılanmalıdır. Diğer yandan stoğun satın alma değeri belirlenirken franchise alanın yaptığı masraftan yeniden stoklama bedelinin düşölmesi suretiyle ödenecek bedelin belirlenmesi adil olacaktır.

B. FRANCHISE VERENİN MEVCUT SİPARİŞLERİ YERİNE GETİRME YÜKÜMLÜLÜğÜ

Bu yükümlölük özellikle mevcut franchise sözleşmesine göre franchise alanın franchise verenden stok ve ekipman alması durumunda gündeme gelmektedir. Franchise sözleşmesinin sona ermesinden önce verilen siparişlere ilişkin münferit satış sözleşmeleri geçerliğini korur. Dolayısıyla franchise verenin sözkonusu siparişı teslim etme yükümlölüğü; franchise alanın ise bedel ödeme yükümlölüğü devam etmektedir. Diğer yandan eğer franchise sözleşmesinin feshi haklı neden sebebiyle olmuşsa taraflar karşılıklı ifadan kaçınabilirler. Bu duruma örnek olarak franchise alanın markanın itibarına zarar verici davranışlar sergilemesi gösterilebilir⁸¹¹. Özellikle de olağan fesih durumunda belirli bir süre öncesinden ihtar gönderildiğinde ihtar süresi boyunca sözleşme geçerliğini korumaktadır. Bu durumda franchise verenin franchise alanın faaliyetini gerçekleştirmesi için stok ya da ekipman temini yükümlölüğü bulunmaktaysa, franchise verenin feshi ileri sürerek bu yükümlölüğünü yerine getirmemesi hukuki sorumluluğunu doğuracaktır.

⁸¹⁰ Batenhorst, s.10.

⁸¹¹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.909.

C. FRANCHISE VERENİN FRANCHISE ALANIN TASFİYESİNE YARDIMCI OLMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sadakat borcu, sözleşme ilişkisinde taraflar arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanan bir yükümlülüktür. Güven ilişkisini çok yoğun olarak barındıran ve uzun süreli olan, kişisel bağlılığın ön plana çıktığı “sürekli borç ilişkileri”nde sadakat borcu çok daha büyük bir önem taşımaktadır. Sözleşme tarafları arasında kurulan bu güven ilişkisi, asıl edim yükümlülüklerinin yanında bazı yan borçların varlığını da gerektirmektedir. Böylece sadakat borcu, “doğruluk ve güven” ilkesinden kaynaklı olup asıl edim yükümlülüğü yanında yan edim yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır⁸¹².

Sadakat borcu, doğruluk ve güven ilkesinin daha yoğunlaştırılmış bir hali olup; TMK madde 2’de genel olarak düzenlenmiştir. Bu borç; genel olumlu ve olumsuz davranış yükümlülükleriyle kendini gösteren bir menfaat koruma yükümlülüğü içermektedir. Sadakat borcunun en yoğun olarak bulunduğu sözleşme tipi ise franchise sözleşmeleridir⁸¹³.

Bir sözleşme ister sonradan sona ersin isterse baştan hükümsüz olsun taraflar arasında sözleşme ile beraber bir sosyal temas ortaya çıkmaktadır. İradı olarak bir araya gelen ve sosyal temas kuran sözleşme taraflarının dürüstlük kuralı kaynaklı bir koruma ödevi olduğu öğretisi ve uygulamada kabul edilmektedir. Bu koruma ödevi uyarınca taraflar birbirlerine doğru bilgi vermek, aydınlatmak, birbirlerinin can ve malını zarardan korumak yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük sözleşme kurulmadan, sözleşme sırasında ve sözleşme sona erdikten sonra da devam etmektedir⁸¹⁴. Bu yükümlülük de tıpkı sadakat borcunda olduğu gibi asıl edimden bağımsız bir yükümlülük ortaya çıkmış olup yine sadakat borcuna benzer şekilde kanunda açıkça tanımlanmamıştır⁸¹⁵.

Sadakat yükümlülüğü ve sözleşme sonrası tarafların koruma yükümlülükleri özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran, kişisel bağlılık ilişkisinin ön plana çıktığı franchise

⁸¹² Arzu Arslam Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk, Yüksek Lisans Tezi, 2007, İstanbul, s.1-2; Oğuztürk, s.80-81; Tuzlu, s.23; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1178,1179.

⁸¹³ Gürzumar, s.16,17; Kırca, s.156; Ertürk, s.29; Tuzlu, s.23.

⁸¹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1178,1179; Tuba Akçura Karaman, **Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmede Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK, ULAKBİM Hakemli Dergi, 2018/1, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul,2018, s.309; Tuzlu, s.2; Kırca, s.188; Oğuztürk, s.80.

⁸¹⁵ Karaman, s.310.

sözleşmelerinin feshi ya da sona ermesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu husus HGK kararında da franchise alan ve franchise verenin güven ve sadakata dayalı yükümlülükleri bulunduğu açık bir şekilde ifade edilmektedir⁸¹⁶.

Hem franchise alan hem de franchise veren; sözleşmeden sonra da birbirlerine zarar verici davranışlardan kaçınmak ve birbirlerinin ticari itibarlarını zedelememek zorundadırlar. Bu yükümlülüğe aykırı davranışlar BK madde 112 gereğince sözleşme sonrası sorumluluğa neden olabilir⁸¹⁷. Bu sözleşmenin tarafları; sadakat ve koruma yükümlülükleri nedeniyle ilişkinin tasfiyesi sırasında da sözleşmede yazılı olmasa dahi, karşı tarafı korumak ve menfaatlerini gözetmekle yükümlüdür. Özellikle de franchise verenin ilişkinin tasfiyesi sırasında franchise alana yardımcı olması bu borcun bir uzantısı olarak ortaya çıkmaktadır. Yine franchise verenin bu yükümlülüğüne bağlı olarak değerlendirilmesi gereken farklı durumlar da ortaya çıkabilmektedir. Örneğin franchise verenin işletmeyi devralacağı durumlarda franchise alan 3. kişilerle servis, bakım vb. sözleşmeler imzalamışsa ve bu sözleşmelerde erken fesih halinde cezai şartlar varsa franchise veren bunları devralmalı mıdır? Franchise verenin franchise alan adına açtığı sigorta dosyaları bulunuyorsa bu dosyalar devam ettirilerek bedeli franchise alana ödenmeli midir? Franchise alanın işçileri franchise veren tarafından çalıştırılmaya devam ettirilmeli midir? Sadakat ve koruma yükümlülükleri çerçevesinde bu hususlar tek tek incelenmeli ve bu ilkeler ışığında ve tarafların karşılıklı menfaatleri de dengelenerek bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılmalıdır.

⁸¹⁶ “...Görüldüğü üzere franchise sözleşmesi her iki tarafın da borç altına girdiği karşılıklı edimler içeren bir sözleşme olup, her bir tarafın borcu diğer tarafın borcunun karşılığını oluşturmakta ve edimler arasında değişim söz konusu olmaktadır. Başka bir deyişle franchise sözleşmesinde franchise alan ile franchise verenin borçları aynı zamanda diğer tarafın ediminin karşılığını ihtiva etmektedir. Franchise verenin kendisine ait franchise sistemini franchise alana kullandırma ve onu ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak destekleme yükümlülüğüne karşılık, franchise alanın franchise verenin mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yürütme ve franchise verene belli bir bedel ödeme yükümlülüğü gelmektedir. Ayrıca franchise alanın, franchise verene karşı onun menfaatlerini koruma, sırlarını saklama, gerektiğinde hesap verme gibi **güven ve sadakate dayanan yükümlülükleri** vardır...” HGK; 2017/60 E.,2019/579 K.,16.5.2019 T., www.lexpera.com, ET:02.03.2020; Gürzumar, s.16; Kırca, s.156,157.

⁸¹⁷ Gürzumar, s.16; Kırca, s.188; Tuzlu, s.112; Oğuztürk, s.84.

II.FRANCHISE VERENİN HAKLARI

A. FRANCHISE VERENİN FRANCHISE EDİLEN TAŞINMAZI DEVRALMA HAKKI

Bir franchising sisteminde en önemli unsur yıllardan beri franchise edilen taşınmaz olmuştur. Pekçok franchise veren, franchise alanın en doğru yeri bulabilmesi için çok ciddi ve özenli bir çalışma ile birlikte ciddi bir yatırım da yapmaktadır. Franchise alan, artık bu sistemin bir parçası olmak istemediğinde bu taşınmaza ne olacaktır? Franchise veren bu taşınmazı nasıl franchising sistemi içinde tutmaya devam edebilecektir? Franchise verenin bu yerin seçimi ve kira sözleşmesi ve bedelinin müzakeresi için harcadığı çaba da düşünüldüğünde, franchise alan sistemde kalmak istesin ya da istemesin, franchise verenin bu taşınmazı kontrol etmesinin ve sistemde tutmasının önemi daha da kritik hale gelmektedir⁸¹⁸.

Franchise veren taşınmazı kontrol etmek suretiyle kendi ismini, markasını, know-how'ını kullanarak oluşturulan müşteri çevresini sistemde tutabilmekte ve ticari itibarının ve know kow'ının rakibe geçmesini önleyebilmektedir. Aynı şekilde müşteriler de bu sayede sistemin çöktüğünü ya da zarar ettiğini düşünmeyecekler ve taşınmazını kaybedeceğini bilen franchise alan da sistemden çıkmak için daha dikkatli düşünerek karar verecektir. Ayrıca bu kontrolün sadece franchise verene değil; aynı zamanda sistemdeki tüm franchise alanlara ciddi katkısı olacaktır⁸¹⁹.

Franchise veren, yukarıda sayılan nedenlerle franchise sözleşmesi sona erdiğinde ya da feshedildiğinde, franchise verilen taşınmazı kontrol etmek isteyecektir. Franchise veren, bu taşınmazı kendi işletmek isteyebileceği gibi yeni bir franchise alana da vermek isteyebilir⁸²⁰.

1. Franchise Konusu Taşınmazı Kontrol Yöntemleri

Franchise veren, franchise verilen taşınmazı farklı yöntemlerle kontrol edebilir.

⁸¹⁸ Modell/Fittante, s.3.

⁸¹⁹ Modell, Fittante, s.1.

⁸²⁰ Batenhorst, s.2.

a. Taşınmazın Mülkiyetinin Franchise Verene Ait Olması

Bazı franchise verenler taşınmazı satın alıp franchise alana kiralayabilir. Çok işlek yerler için bu seçenek franchise veren için iyi bir alternatif olmakla birlikte alışveriş merkezlerindeki taşınmazlar için iyi bir seçenek olmayacaktır. Ayrıca yapılan yatırım franchise verenin kendi işleteceği restoranlar vasıtasıyla genişleme imkanını da sınırlandıracaktır⁸²¹. Bu durumda franchise sözleşmesine ilgili sözleşmenin sona ermesi durumunda, franchise alanın taşınmazı tahliye edeceğine ilişkin hükümler eklenebilmekle birlikte bu hükümlerin geçerliği de Türk hukukunda ayrıca tartışma konusu olacaktır⁸²². Ayrıca franchise verenin bu taşınmazı kredi ile alması halinde franchise alanın kira bedelini ödememesi nedeniyle franchise veren finansal olarak zor durumda kalabilecektir. Franchise verenin bu yeri geri almak istemesi durumunda ise yıllar geçebilecektir. Franchise sözleşmelerinin sona erdirilebilmesi için çeşitli hukuk sistemlerinde gerekli olan uzun ihtar süreleri franchise vereni sıkıntıya sokacaktır. Nitekim kira sözleşmelerinin sona ermesi durumunda franchise sözleşmelerinin de etkileneceği durumlarda Amerikan mahkemeleri franchise sözleşmesine uygulanması gereken uzun ihtar sürelerinin kira sözleşmelerine de uygulanması gerektiği yönünde kararlar vermişlerdir. Kaldı ki; franchise alanlar da tahliyeyi engellemek için franchise sözleşmesinde yer alan alternatif hukuk yollarını (tahkim gibi) kullanacak; bu da süreci daha da fazla uzatacaktır. Franchise alanın iflas etmesi durumunda ise franchise verenin alacakları daha da büyük bir tehlike içine girecektir⁸²³.

b. Franchise Verilen Taşınmazın Franchise Veren Adına Kiralanması

Bazı durumlarda, franchise veren taşınmazı üçüncü kişi bir malikten kendi adına kiralayarak franchise alana alt kiralama yapabilmektedir. Franchise verenin ilgili taşınmazı üçüncü kişi malikten kiralaması ve franchise alana alt kiralama yapması durumunda franchise veren, franchise alanın ihlallerine karşı üçüncü kişi maliğe karşı sorumluluk altına girecektir⁸²⁴. Bununla birlikte franchise sözleşmesi sona erdiğinde ya da feshedildiğinde franchise veren kiralayan malikle ve geçerli bir kira sözleşmesiyle

⁸²¹ Batenhorst, s.2.

⁸²² 6098 sayılı BK md 354'te "dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler Kiracı aleyhine genişletilemez" hükmü bulunmakta olup kiracının tacir olduğu işyeri kiralarda bu hüküm erteleme nedeniyle 01.07.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁸²³ Modell, Fittante, s.2.

⁸²⁴ Modell, Fittante, s.4.

birlikte ciddi finansal yükler doğuracak kira bedelleri ile karşı karşıya kalmaktadır. Franchise verenin franchise edilen taşınmazı satın alarak franchise alana kiralama yapması ya da franchise verenin bu taşınmazı doğrudan malikle imzalanan kira sözleşmesi yoluyla kiralaması suretiyle; her ne kadar franchise sözleşmesinin sona ermesi veya feshi halinde, franchise verenin franchise edilen taşınmazda hızlıca kontrol sahibi olacağı düşünülse de Türk hukukundaki davalar dikkate alındığında, franchising sistemine çok da tanıdık olmayan Türk Mahkemelerinden bu kararları almanın yıllarca süreceği açık bir gerçektir. Kaldı ki franchise verenin franchise verilen taşınmazın sahibi ya da kiracısı olmasının dezavantajlarından biri de franchise verenin mülkiyet veya kira hakkına sahip olmasının, franchise verenin ilgili taşınmazı geri alıp almama hususundaki esnekliğini ortadan kaldıracağı gerçeğidir⁸²⁵. Nitekim bazı durumlarda franchise veren franchise verilen taşınmazı geri almak istemeyebilir. Ciddi bir müşteri bağlılığı olan franchise veren, özellikle de sözkonusu taşınmaza yakın alternatifler varsa, ağır bir finansal yük altına girmeksizin bu yerlerde aynı şekilde ticari faaliyetini sürdürebilecektir.

c. Franchise Verilen Taşınmazın Franchise Alan Adına Kiralanması

Franchise veren, kiralama ya da alt kiralama ile ilgili sorumluluklardan ve güçlüklerden franchise alanın kusuru durumunda, franchise alanın yaptığı kiralamayı devralarak kaçınabilir. Bu senaryoda; franchise veren, mülkün sahibi olmadığı gibi, kiracı olarak da bir sorumluluk taşımamaktadır. Franchise alan; doğrudan malsahibi ile sözleşme aktetmekte; fakat franchise veren; franchise alan ve malsahibi arasında aktedilen kira sözleşmesinde belirli haklara sahip olmaktadır. Franchise alan ile malsahibi arasında aktebilecek kira sözleşmesine, franchise ilişkisinin sona ermesi veya feshi halinde malsahibinin franchise alanı taşınmazdan atmak için harekete geçmesi gerektiği ve kira ilişkisinin aynı koşullarla franchise verenin takdirine bağlı olarak franchise veren ya da franchise veren tarafından tayin edilecek bir başka franchise alan ile devam ettirilebileceği yönünde hüküm eklenebilir. Bu durumda franchise veren, sorumluluk alıp almayacağına karar vermeden önce bir problemin ortaya çıkmasını beklemelidir. Franchise veren, bu taşınmazın sistemde kalmasını istemezse, malsahibi tarafından gönderilecek ihtar üzerine devir alma hakkını kullanmayabilir⁸²⁶. Bu koruma yine aynı

⁸²⁵ Batenhorst, s.2.

⁸²⁶ Modell, Fittante, s.3.

şekilde kira sözleşmesi ile aynı doğrultuda olacak şekilde franchise sözleşmesine eklenecek hükümler vasıtasıyla temin edilebilir. Franchise sözleşmesine franchise alanın kira sözleşmesi sona erdiğinde derhal franchise verene bildirimde bulunacağı ve 30 (otuz) gün içinde franchise verenin dilerse devralma hakkını kullanacağı ve gerek kendisinin gerek belirleyeceği yeni bir franchise alan vasıtasıyla bu yerin kiracısı olacağı yönünde bir hüküm eklenebilir. Aynı hükmün franchise alanla malik arasında imzalanacak kira sözleşmesine de eklenmesi ve franchise alan ile malik arasında imzalanacak kira sözleşmesinin franchise veren tarafından onaylanması ve sonrasında da franchise verenin onayı olmaksızın değiştirilmemesi büyük önem taşımaktadır. Bu tip düzenlemelerin malsahibi tarafından kabul edilebilmesinin koşulu malsahibinin bu işletmeyi kaybetmek istememesi ya da bir Alışveriş Merkezinde ise çok fazla müşteri çekiyor olmasıdır⁸²⁷. Buna ek olarak; franchise sözleşmesine kira sözleşmesinin ihlali halinde, bunun franchise sözleşmesinin de ihlali anlamına geleceği ve franchise verene sözleşmeyi feshetme hakkı vereceği yönünde hükümler eklenebilir. Aksi halde kira sözleşmesi feshedilebilecek ve franchise veren kendisi için önemli bir taşınmazı kaybedeceği gibi feshedilmiş bir kira sözleşmesine rağmen, geçerli olarak kalan franchise sözleşmesi nedeniyle kusurlu franchise alanla başbaşa kalacak ve bu yeri ne kendisi ne de üçüncü bir kişi vasıtasıyla işletebilecektir⁸²⁸. Gerek franchise sözleşmesine gerek malik tarafından kabul edilse dahi kira sözleşmelerine ne tür hükümler eklenirse eklensin; uyuşmazlık yargıya intikal ettiğinde ortaya çıkacak yargı kararı bu hükümlerin uygulanmasını zorlamak yerine tazminata hükmetmek olacaktır. Kaldı ki bu tip hükümleri bir eda davası yoluyla talep etmek yıllarca süren hukuki ihtilaflara yol açacak ve tüm bunlar franchise verenin gerçek ihtiyacını karşılamayacaktır⁸²⁹. Sadece bununla da kalmamakta ilgili yer bu süre zarfında franchise alan tarafından işletilse dahi franchise verenin denetim yükümlülüğünün çok daha yoğun olduğu hızlı servis restorancılığı gibi sektörlerde, yiyecek güvenliği standartlarının da tam olarak temin edildiğinden emin olunamadığından halk sağlığı açısından da ciddi bir tehdit oluşacaktır⁸³⁰.

⁸²⁷ Modell, Fittante, s.4.

⁸²⁸ Modell, Fittante, s.7.

⁸²⁹ Modell, Fittante, s.5-6.

⁸³⁰ Bethany L.Appleby, **Interim Relief:Franchise Goodwill During Termination Proceedings**, American Bar Association Franchise Law Journal, 2002, s.1, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

2. Sorunun Yargı Kararlarındaki Görünümü

a. Türk Hukukunda

Türk mahkemelerinde açılan davalar incelendiğinde bu davaların zilyedliğin devri ve teslimi hususunda yapılan taleplere karşı yıllarca sürdüğü, hızlı bir şekilde tedbir kararlarının verilemediği, verilse dahi kaldırıldığı ve feshin haklı olup olmadığı tartışması ile zilyedliğin devir ve teslimi sorunsallarının birbirlerinden ayırlamadığı görülmektedir. İlgili kararlar⁸³¹ nedeniyle; franchise veren yıllarca işletemediği bir taşınmazın kira bedellerini ödemek zorunda kalmakta; bu yeri işletemediği gibi müşteri çevresini kaybetmekte, ticari itibarı zedelenmekte ve yıllarca müşterilerinin bu işletmenin zarar ederek kapandığı algısı ile başa çıkmaya çalışmaktadır.

Oysa ki marka tecavüzü nedeniyle açılan davalarda Yargıtay'ın lisans sözleşmesi taraflardan birince feshedildiğinde bu feshin haklı olup olmadığı hususu ile fesih sonrasında markanın kullanımının tecavüz oluşturup oluşturmadığı noktasında adil kararlara imza attığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında⁸³² ; haksız fesih ve fesihten sonra gerçekleşen marka kullanımını tamamen birbirinden ayırarak “...fesih, karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuran tek taraflı bir işlem olup, fesih iradesi karşı tarafa ulaştığı andan itibaren taraflar arasındaki sözleşme sona erer; bu durumda fesih haksız dahi olsa sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra davacıya ait markaların kullanılması marka hakkına tecavüz niteliğinde olup fesihten sonraki kullanım tazminatı gerektirir” şeklinde karar vermiştir. Bu karardan da yola çıkarak bir franchise sözleşmesinin feshi halinde franchise konusu taşınmazın franchise verene devri ile feshin haklı olup olmadığı ve tazminata sebebiyet verip vermeyeceği hususları ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Diğer yandan Yargıtayın verdiği kararlardan⁸³³ da görüleceği üzere; franchise sözleşmesi

⁸³¹ Nitekim 2003 yılında franchise sözleşmesinde belirtilen taban ücretin franchise alan tarafından, franchise verene ödenmemesi üzerine franchise sözleşmesinin feshi nedeniyle açılan ve ilgili taşınmazın devir ve tesliminin talep edildiği davada (ilgili taşınmaz franchise veren ile malik arasında imzalanan kira sözleşmesi gereğince kiralanmış olup franchise alana kullanılmaktadır) verilen ilk derece mahkemesi kararı, defalarca temyiz mahkemesine gittikten sonra, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi; 04.07.2013 tarihli içtihadında (Yargıtay 11.HD; 04.07.2013 tarihli; 2012/9748 E. ve 2012/9748 K sayılı karar, www.kazancı.com) feshin haksız olduğunun kabulü ile birlikte bir karar verilmesi gerektiğini belirttikten sonra dahi, taşınmazın durumunu netleştiren bir karar bu güne kadar verilememiştir. Bahsekonu dava halen devam etmektedir.

⁸³² Yargıtay 11.HD, 2018/146 E., 2019/2920 K., 15.04.2019T., www.lexpera.com, ET:18.09.2019.

⁸³³ Yargıtay tarafından verilen farklı bir kararda ise; kira sözleşmesinin ancak ya mahkeme kararı ile veya tarafların birbirine uygun fesih bildirimi ile ya da kiralananın yok olması ile sona erebileceği ifade edildikten sonra, “Kiralayan tarafından düzenlenen tek taraflı feshi ihbar ile Franchise Sözleşmesinin sona

feshedilse dahi kira sözleşmesi yürürlükte kalmaya devam etmekte ve özellikle de kira sözleşmesinde bu hususta özel bir düzenleme yoksa, taşınmaz işletilemese dahi kira sözleşmesi kimin üzerine ise kira bedelleri o kişinin üzerinde yük olarak kalmaya devam etmektedir.

b. Amerikan Hukukunda

Oysa ki Türk mahkemeleri tarafından verilen kararlardan farklı olarak franchising sisteminin hayatın bir parçası olarak kabul edildiği Amerikan yargısında; Snelling&Snelling Inc.v. Martin davasında; franchise alanın tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetmesi ve ilgili taşınmazı 180 gün boyunca işletmemesi üzerine franchise veren, mahkemeye başvurmuş; mahkeme ise franchise alanın taşınmazı franchise verene devretmesi gerektiği yönünde bir tedbir kararı vermiştir. Bu tedbir kararının gerekçesinde mahkeme; müşterilerin taşınmaza alışık olmaları nedeniyle franchise verenin telafisi imkansız zararlara uğrayabileceğini ifade etmiştir⁸³⁴.

Yine aynı şekilde Dunkin Donuts Ins.v. Taseki davasında mahkeme; franchise sözleşmesinin franchise alanın ihlali sonucunda sona ermesi üzerine sözleşmede yer alan ve feshi takiben 30 (otuz) gün içinde bildirim yapılması halinde kiralama opsiyonunun kullanılacağını belirten maddenin uygulanması gerektiğini; aksi halde franchise verenin telafisi imkansız zararlara maruz kalacağını belirterek ihtiyati tedbir talebini kabul etmiştir. Aynı kararda mahkeme sadece franchise verenin kiralama hakkına atıf

erdirlmesi alt kira ilişkisini ortadan kaldırmaz. Tahliye kararının kesinleşip, kesinleşmediği kesinleşmiş ise tahliye kararının infaz edilip edilmediği hususları araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir denilerek, kira sözleşmesi ile franchise sözleşmesinin geçerliğinin birbirine bağlanamayacağı, franchise sözleşmesi sona ermiş olsa dahi kira sözleşmesinin geçerliğini sürdüreceği açıkça ifade edilmiştir. (Yargıtay 6.HD, 2013/15378 E., 2014/7083 K., 29.05.2014 tarihli karar, www.lexpera.com, ET:18.08.2019.

Bir başka kararda ise Yargıtay; “alt kira sözleşmesi ve franchise sözleşmesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde alt kira sözleşmesinin taraflar arasındaki franchise sözleşmesinin gerçekleştirilmesi amacıyla yapıldığı, sözleşmelerin birbirinden bağımsız ele alınamayacağı, franchise sözleşmesinin haklı nedenle feshi halinde kiracı davalının kiralananı kullanma amacının da ortadan kalkacağı görülmüştür. Bu durumda taraflar arasında franchise alan ve franchise veren ilişkisi kalmayacağından kira sözleşmesinin ifası da imkansız hale gelecektir” değerlendirmesini yapmış ve yine taşınmazla ilgili nihai kararı verebilmek için franchise sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinin tespitine ilişkin karar verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Yargıtay 6.HD, 2013/4469E., 2013/7407K., 29.04.2013T., www.lexpera.com, ET:18.08.2019.

Bu karar da göstermektedir ki, ilk derece mahkemesi feshin haklı olup olmadığı değerlendirmesini yaparken, ilgili taşınmazın kira ödemeleri yine franchise veren tarafından yapılacak ve franchise veren işletemediği ve franchise bedellerini de alamadığı bir taşınmaz ile yıllarca uğraşmak zorunda kalacaktır.

⁸³⁴ Batenhorst, s.4.

yapmamış; aynı zamanda franchise verenin taşınmazı yeni franchise alanlara kiralama hakkının olduğuna da vurgu yapmıştır⁸³⁵.

3. Tahkim

Türk hukuk sisteminde taşınmazın teslim alınması hususunda daha hızlı aksiyon alabilmek için franchise sözleşmesine franchise alanın ilgili taşınmazı teslim etmemesi halinde teslim etmediği her gün için cezai şart ödemesi yükümlülüğü getirilebileceği gibi bu husustaki ihtilafların alternatif çözüm yöntemleri ile çözüleceğine ilişkin hükümler de konulabilir. Özellikle de franchise sözleşmelerine eklenecek tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi ile yıllarca sürecekt uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çok daha kısa süre içinde ve çok daha az masraflı olacak şekilde çözülebilmesi mümkündür⁸³⁶.

Türk hukukunda özellikle de franchise sözleşmeleri göz önüne alındığında; tahkim müessesesine 6100 sayılı HMK ile 4686 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda düzenlenen tahkim hükümlerinin uygulanması akla gelmektedir. 6100 sayılı HMK’nun tahkim hükümleri yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır⁸³⁷. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁸³⁸ ise; yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar için uygulanacak tahkim kurallarını tanımlamaktadır. İlgili kanuna göre; “yabancılık” unsuru içeren uyuşmazlıklar aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır;

⁸³⁵ Batenhorst, s.4; Appleby, s.3.

⁸³⁶ Hüseyin Leblebici, Christina E.Shalley, **The Organization of Relational Contracts:The Allocation of Rights in Franchising**, Journal of Business Venturing, C.11, S.5, 1996, s.404, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018; Ali Yeşilirmak, Hakan Pekcanıtez, Pekcanıtez **Medeni Usul Hukuku**, C.III,b.15,Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.2602,2603; Deren Yıldırım,s.38,39

⁸³⁷ HMK madde 407 (1) “Bu kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır”.

⁸³⁸ Amaç ve kapsam

MADDE 1

Bu Kanunun amacı, milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.

Bu Kanunun 5 ve 6 ncı madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır.

Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.

21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu Kanuna tâbidir.

Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır.

“1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.”

Özellikle yabancı markaların Türkiye’de büyümek niyetiyle aktettiği Master Franchise Sözleşmeleri düşünüldüğünde bu sözleşmeyi akteden franchise veren ile Türkiye’de büyüyecek olan franchise alanın bir ihtilaf yaşaması halinde aksine bir anlaşma olmaması durumunda, MÖHUK tahkimine başvurulacağı açıktır.⁸³⁹ Diğer yandan 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile birlikte kurulan ISTEK yabancılik unsuru taşısın ya da taşımasının ihtilafları çözmek üzere yetkilendirilen bir Merkez olup alt franchise sözleşmeleri ya da master franchise sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıkların bu merkeze taşınması da mümkündür. Diğer yandan ilgili merkezde ayrı bir perakende komisyonunun oluşturulması da özellikle perakende sektöründe ağırlıklı olarak faaliyet gösteren franchise sözleşmesi tarafları için ayrıca bir avantaj olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁴⁰.

Doktrinde HMK tahkimi “iç tahkim” olarak adlandırılırken diğeri “milletlerarası tahkim” olarak adlandırılmaktadır. Bu iki farklı sınıflandırmanın nedeni

⁸³⁹ “Tarafların MÖHUK hükümleri yerine HMK hükümlerinin uygulanmasını tercih etmeleri mümkündür.” Pencanitez/Yeşilirmak, **Pecanitez Usul**, s.2606.

⁸⁴⁰ Uzman hakem tayini halinde bilirkişi incelemesine gerek kalmaması hk.bkz. Yeşilirmak/Pecanitez, **Pecanitez Usul**, s.2602-2603.

milletlerarası tahkim ve HMK tahkimine farklı kurallar bütününün uygulanmasından kaynaklanmaktadır⁸⁴¹. Bahsekonu her iki tahkime farklı hükümler uygulanmasına rağmen HMK ile birlikte bu iki tahkimde uygulanan kuralların birbirine yaklaştığını ve büyük ölçüde benzer hale geldiğini söylemek mümkündür⁸⁴².

HMK madde 412'ye göre; tahkim sözleşmesi taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilmektedir. Franchise sözleşmelerinde halihazırda bir sözleşme bulunduğundan bu sözleşmeye tahkim şartı eklenmesi suretiyle tahkim yolunun açılması daha pratik olacaktır.

Tahkim şartı oluşturulması ya da ayrı bir tahkim sözleşmesi düzenlenmesi esnasında tarafların tahkim iradesinin açık ve net bir şekilde ortaya konulması ve devlet mahkemelerine giden yolun kapatılması önem taşımaktadır. Örneğin hakem kararının anlaşmazlığı çözememesi halinde mahkemeye başvurulacağı şeklinde oluşturulan bir tahkim şartı açık ve net olmayacağından geçersiz sayılacaktır⁸⁴³. Diğer yandan eğer franchise sözleşmesinde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceği belirtilmiş ancak öncesinde müzakere, uzlaştırma ya da diğer alternatif çözüm yollarına başvurulacağı ifade edilmişse bu yollara başvurulsun ya da başvurulmasın tahkim şartı geçerli kabul edilecektir. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir⁸⁴⁴. Franchise sözleşmelerinde bir tahkim şartı bulunması ve buna rağmen karşı tarafın işi uzatmak için mahkemeye gitmesi durumunda gerek HMK gerek MÖHUK gereğince ilk itiraz olarak dilekçenin tebliğinden itibaren 2 hafta içinde tahkim itirazı ileri sürülebilecektir. Kaldı ki böyle bir tahkim şartı ya da tahkim sözleşmesi bulunmasa dahi gerek HMK madde 412/5 gerek MÖHUK md 5'e göre tarafların mahkeme yargılaması sırasında tahkim yargılamasına başvurmak hususunda anlaşmaya varmaları mümkündür.

Tahkim sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için öncelikle sözleşme taraflarının tam ehliyetli olmaları ya da vekil ya da yasal temsilcileri vasıtasıyla sözleşme aktetmeleri

⁸⁴¹ Müberra Ayan, **6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkim**, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s.3.

⁸⁴² Ali Cem Budak, **Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri**, Legal Yayıncılık, UTTHD, C:1, S:1, İstanbul 2012, s.33.

⁸⁴³ Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.1722; Yeşilırmak/Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. 2656.

⁸⁴⁴ Yargıtay 15.HD, 1987/3642E., 1987/4505 K.,17.12.1987 T., www.kazanci.com, ET:15.04.2018.

gerekmektedir⁸⁴⁵. Yasal temsilci ya da vekil vasıtasıyla sözleşme aktedilmesi durumunda ise yasal temsilcinin/vekilin vekaletnamesinde açık bir yetki verilmiş olması koşulu aranmaktadır. Nitekim HMK md 74 ve Yargıtay kararları⁸⁴⁶ da bu doğrultudadır.

Tahkim sözleşmesinin geçerli olmasının ve tahkim yargılamasının diğer bir koşulu ise “tahkime elverişlilik” şartıdır. Gerek HMK md. 408’de gerek MÖHUK md. 1’de bu husus açık bir şekilde belirtilmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 1’de “Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz” ifadesi kullanılırken HMK md. 408’de “Taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir” denilmektedir. Ayrıca taraf iradelerine tabi olan ve tarafların sulh yoluyla çözebildikleri uyuşmazlıkların⁸⁴⁷ kamu düzenine ilişkin olmayan uyuşmazlıklar olduğu hususu da göz önüne alındığında kamu düzenine ilişkin olan boşanma⁸⁴⁸, iflas⁸⁴⁹, tahliye ve kira tespit davalarının⁸⁵⁰ tahkime elverişli olmadığı ortadadır. Nitekim Yargıtay kararları⁸⁵¹ da bu yöndedir. Bununla birlikte tahkime taraf olmayan üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini olumsuz yönde etkileyen meseleler ile mahkemelerin münhasır yargı yetkilerinin düzenlendiği hususlar tahkime elverişli değildir⁸⁵². Bir franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda ilgili taşınmazın teslimi için tahkime başvurulduğunda; bu uyuşmazlık doğrudan franchise veren ile franchise alan arasında olduğundan ilgili taşınmazın franchise verene iadesine karar verilebilmesi için tahkime gidilebilmekte ancak kira sözleşmesinin bir tarafı da 3. kişi olan malik olduğundan

⁸⁴⁵ İzzet Karadaş, **6100 sayılı HMK’da Düzenlenen Ulusal İç Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.64.

⁸⁴⁶ Yargıtay 15.HD, 2013/136 E.2013/3211 K, 17.05.2013 T.; YHGK, 11-742/82E., 22.12.2102 T.

⁸⁴⁷ Yeşilirmak/Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.2636.

⁸⁴⁸ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.5951 (Yargıtay 4.HD, 2009/2496 E., 14.05.1974 T).

⁸⁴⁹ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, Vedat Yayınevi, İstanbul 2013, s.8.

⁸⁵⁰ Yargıtay 15.HD, 2008/2705E., 2008/4439K., 01.07.2008T.; 2007/2680E., 2007/4137K., 18.06.2007T., www.kazanci.com, ET: 18.06.2018. Karşı görüş için bkz. Yeşilirmak/Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. s.2640, dipnot 129.

⁸⁵¹ Yargıtay 6.HD, 2012/9581E., 2013/1334 K., 30.01.2013 T., www.kazanci.com, ET: 18.06.2018.

⁸⁵² Bilgehan Yeşilova, **Milletlerarası “Ticari” Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2007, İzmir, s.267. “Kural tahkim sözleşmelerinin sadece sözleşme tarafları için bağlayıcı olması olmakla birlikte tahkim sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmili gerek sözleşmede gerekse uygulamada kabul edilmektedir” Yeşilirmak/Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. s.2679.

franchise verilen taşınmazın kira sözleşmesiyle ilgili bir husus; franchise alan ve franchise veren arasındaki bu tahkim yargılamasında görülememektedir.

Bir franchising ilişkisinde kimi zaman franchise verene ait bir taşınmazın franchise alana kiralanması da sözkonusu olabilmekte ve süregelen franchising ilişkisi içinde taraflar arasında bazı durumlarda kira sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıklar doğabilmektedir. Bu durumda gayrimenkullerin kiralanmasına ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olup olmadığı hususu ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konu olarak gündeme gelmektedir. Bazı uyuşmazların tahkime elverişli olmasına rağmen korunan üstün menfaat gereği tahkime elverişli olmadıkları kabul edilmektedir⁸⁵³. Bununla birlikte eğer kiralanmış taşınmaz ticari bir amaçla kullanılıyorsa bu durumda tahkime elverişli olduğu kabul edilir⁸⁵⁴. Bir franchise sözleşmesinde franchise veren ve franchise alanın tacir olduğu hususu göz önüne alındığında, franchise verene ait bir taşınmazın bu ilişki nedeniyle franchise alana kiralanması durumunda doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceği açıktır. Diğer yandan eğer franchising ilişkisine konu olan taşınmaz 3. kişi malikten kiralanıyorsa bu durumda da doğabilecek uyuşmazlıkların TTK md.19 gereğince tahkime elverişli olduğu kabul edilmelidir.

Bir franchise sözleşmesi nedeniyle taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların (bu uyuşmazlıklar taşınmazın teslimi ile ilgili olabileceği gibi diğer hususlara ilişkin de olabilir) tahkim yoluyla çözülüp çözülemeyeceği ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konu olarak gündeme gelmektedir. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu kararda tek satıcılık sözleşmesindeki tahkim şartına rağmen mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta yapılan tahkim itirazının ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmesine ilişkin verilen kararı onamak suretiyle tek satıcılık sözleşmelerinin tahkime elverişli olduğu hususunu kabul etmiştir⁸⁵⁵. İlgili karar doğrultusunda bir franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olduğu düşüncesindeyiz.

HMK md. 417/III'te tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılacağı vurgulanmakla birlikte KURU'ya göre taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığı halde, taraflar hakemini seçer ve hakemler de açılan davayı takip ederse

⁸⁵³ Yeşilirmak/Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. s.2640.

⁸⁵⁴ Yeşilirmak/Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.2640.

⁸⁵⁵ Yeşilirmak/Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.2644.

tahkim sözleşmesi geçerli sayılacaktır⁸⁵⁶. Tahkim sözleşmesinin diğer bir geçerlik şartı da ihtilafın belirli olması hususudur⁸⁵⁷. Dolayısıyla örneğin bir franchising ilişkisinin tarafları arasında franchise sözleşmesi dışında da çıkacak tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine ilişkin bir tahkim şartı geçerli olmayacaktır.

Bir franchising ilişkisi yönünden tahkimin en cazip yanı aylarca yıllarca süregelen davalarla uğraşmak yerine franchising konusunda uzman hakemlerle uyuşmazlıkları en kısa süre içinde ve en doğru şekilde çözümlenektir. Bu nedenle HMK m.427'de⁸⁵⁸ tahkimin sonuçlanması için belirli bir süre öngörülmüştür.

İlgili madde gereğince taraflar tahkim süresini serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Eğer belirlememişse bu süre ilgili madde gereğince 1 yıldır ancak taraflar yine anlaşarak bu süreyi uzatabilecekleri gibi anlaşamazlarsa mahkeme tarafından sürenin uzatılmasına karar verilebilir. Tahkim süresinin uzatılması talebi 1 yıllık tahkim süresi içinde yapılmazsa bu uzatma geçersiz olacaktır.

Yargıtay da tahkim süresinin kamu düzeni ile ilgili olduğunu ve bu süre geçtikten sonra verilen kararların batıl olacağını açıkça beyan etmektedir⁸⁵⁹. Yine Yargıtay kararlarına göre tahkim süresi içinde karar verilememesi halinde hakem kararı iptal edileceği gibi uyuşmazlığın yeniden hakem kararı ile çözümü de mümkün olamayacaktır⁸⁶⁰. Tahkim süresinin taraflarca serbestçe belirlenebilmesi ve bu süre içinde karar verilememesi halinde tahkim kararının iptal edilebilecek olması; bir franchising ilişkisinde taraflar için oldukça avantajlıdır. Zira gerek franchise veren gerek franchise alan uyuşmazlıkların en kısa süre içinde çözülmesini istemekte ve her iki taraf da yıllarca süren ve sonuçta çözüm getirmeyecek bir yargı sürecinin içine girmek istememektedirler. Franchising ilişkisinde tarafların genellikle yazılı bir sözleşme imzalama yolunu tercih ettikleri de göz önüne alındığında bu sözleşmeye bir tahkim şartı eklemek ve tahkim süresini belirlemek taraflara ek bir yük getirmeyecektir.

⁸⁵⁶ Kuru, s.5945.

⁸⁵⁷ Ayan Müberra, s.45.

⁸⁵⁸ İlgili Kanunun 427.maddesine göre;

“(1) Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir.

(2) Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir. Mahkemenin, bu konudaki kararı kesindir”.

⁸⁵⁹ Karadaş, s.193.

⁸⁶⁰ Akıncı, s.179.

Kaldı ki HMK 414.maddesi⁸⁶¹ ile hakemlere ihtiyati tedbir kararı vermek hak ve yetkisi de getirilmiştir⁸⁶². Süregelen bir franchising ilişkisinde hakemlere tanınan bu yetki taraflara çok daha hızlı hareket etme imkanı tanıyacaktır.

HMK'na göre; hakem kararları verildikleri andan itibaren icra edilebilir; hatta kural olarak iptal davası açılması dahi hakem kararlarının icrasını durdurmamaktadır. Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na göre ise hakem kararlarının icra edilebilmesi için hakem kararlarının kesinleşmesi ve yetkili mahkemenin kararın icra edilebilirliğine dair bir belge vermesi gerekmektedir⁸⁶³. Bu farkın milletlerarası özel hukukta icra edilen bir kararın sonradan iptal edilmesi durumunda eskiye dönüşün çok daha zor olduğundan kaynaklandığı ifade edilmektedir⁸⁶⁴. Ayrıca hakem kararlarına karşı sadece kanunda belirtilen nedenlerle⁸⁶⁵ 1(bir) ay içinde bölge adliye mahkemesinde iptal davası açılması

⁸⁶¹ HMK madde 414 (1) Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir. Hakem veya hakem kurulu, ihtiyati tedbir kararı vermeyi, uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilir.

(2) Mahkeme hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir.

(3) Hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hâllerde, taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilir. Bu hâller mevcut değil ise mahkemeye başvuru, sadece hakem veya hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanılarak yapılır.

(4) Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararı, aksine karar verilmedikçe, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hâle gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi hâlinde kendiliğinden ortadan kalkar.

(5) Mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararı, hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir.

⁸⁶² Yeşilırmak/Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. s.2716. Bkz.karşı görüş Yıldırım, s.33.

⁸⁶³ Ayan Müberra, s.106.

⁸⁶⁴ Akıncı, s.247.

⁸⁶⁵ HMK madde 439.

“1) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür.

(2) a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı,

c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği,

ç) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği,

d) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı,

e) Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu,

f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği,

g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu, tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir.

(3) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim sözleşmesi kapsamında olan konuların, tahkim sözleşmesi kapsamında

mümkün olup temyiz yoluna gidilememektedir. Temyiz yoluna gidilmesi ise ancak iptal davası sonucunda verilen kararlara karşı mümkündür.

Özetle; bir franchising ilişkisi düşünüldüğünde özellikle de yabancılik unsuru taşımayan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ya da yabancılik unsuru içermesine rağmen taraflarca HMK tahkiminin uygulanacağını kararlaştırıldığı durumlarda; HMK tahkiminde gerek taraflarca bir süre belirleme imkanı olması, gerek ihtiyati tedbir kararı verilebilme yolunun açık olması ve hakem kararının derhal icra edilebilme kabiliyeti, iptal davası sebeplerinin sınırlı olması ve öncelikle ve acil görülecek işlerden olması sebepleriyle taraflar için oldukça avantajlı olduğunu ve daha hızlı aksiyon alınmasına imkan verebileceğini düşünmekteyiz. Ayrıca franchise verilen lokasyonun teslimine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi önünde bir engel bulunmadığını, bu şekilde çözüme çok daha hızlı ve az maliyetle ulaşılabileceğini ve ayrıca tahkim sürecinde ihtiyati tedbirle taşınmazın işletilmesinin temininin her iki taraf için de fayda sağlayacağını düşünmekteyiz.

B. FRANCHISE VERENİN SATINALMA OPSİYON HAKKI

Türk hukukunda opsiyon hakkı⁸⁶⁶ açık bir şekilde tanımlanmamış olmakla birlikte bu hakkın bir çeşit alım hakkı olduğu kabul edilmektedir. Opsiyon hakkı sahibine tek

olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir.

(4) İptal davası, bir ay içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir.

(5) İptal talebi, davaya bakan bölge adliye mahkemesi aksine karar vermedikçe, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır.

Değişik fıkra: 28.02.2018 t. 7101 s. K. m.60

(6) İptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır. Temyiz, kararın icrasını durdurmaz.

(7) İptal davasının kabulü hâlinde, kabul kararı temyiz edilmezse veya ikinci fıkranın (b), (c), (ç), (d), (e) ve (f) bentlerindeki hâllerin varlığı sebebiyle kabulü hâlinde, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilirler. Taraflar isterlerse eski hakemleri tayin edebilirler.

⁸⁶⁶ Opsiyon hakkının alım, geri alım ve önalım haklarını da içinde barındıran bir üst kavram olduğu ifade edilmektedir. Bu hak, hak sahibinin, muhatapın onayına ihtiyaç duymaksızın tek taraflı varması gerekli irade beyanı ile muhataptan bir edimde bulunmasını talep etmesini sağlamaktadır. Opsiyon hakkı ile yeni bir sözleşmenin kurulması talep edildiği gibi mevcut sözleşmenin bir takım şartlarının değiştirilmesi de talep edilebilmektedir. Bu hak, tek taraflı irade beyanının muhataba varmasıyla taraflar arasında yeni bir sözleşmenin kurulmasını sağlamanın yanı sıra, sürekli borç ilişkilerinde taraflardan birine tanınmış olan uzatma hakkı ile aralarındaki sözleşmenin uzatılmasını da sağlamaktadır. Opsiyon hakkını içinde barındıran opsiyon sözleşmesinde ise hak sahibine belirli bir bedel karşılığında opsiyon hakkı tanınmaktadır. Hak sahibinin opsiyon hakkını kullanmasıyla asıl sözleşme gelmektedir ve bu sözleşmede

tarafli beyanla bir satim sözleşmesinin tarafi olma hakkı veren yenilik doğuran bir haktır⁸⁶⁷. Alım hakkı sahibinin tek tarafli beyanla alım hakkını kullanacağını bildirmesiyle birlikte mutahap ile alım hakkı sahibi arasında bir satim sözleşmesi doğacaktır⁸⁶⁸. Opsiyon hakkı verilen sözleşmenin bir satim akdi olması da zorunlu olmayıp bu hak çeşitli ilişkileri kurmak için tanınmış olabilir. Burada önemli olan sözleşme taraflarından birine bir borç ilişkisini önceden kararlaştırdıkları şartlarla ve tek tarafli irade beyanı ile kurma yetkisi tanınmış olmasıdır⁸⁶⁹. Opsiyon hakkının, öncelik sözleşmesi ile ayırt edilmesi önemlidir zira öncelik sözleşmesinde öncelik hakkı sahibine yükümlünün başka bir şahısla sözleşme yapması durumunda, önce kendisi ile müzakere etmesi ve kendisine icapta bulunması şart koşulmaktadır. Alım hakkı ise kurucu yenilik doğuran bir hak olup hak sahibi tek tarafli irade beyanı ile satim sözleşmesini kurmaktadır⁸⁷⁰. Aynı zamanda sadece bu hakkı tanıyan kişiye karşı ileri sürülebildiğinden nispi bir hak olarak kabul edilmektedir⁸⁷¹. Diğer yandan opsiyon hakkının yenilik doğuran bir hak olarak sınırlandırılmaması gerektiği; zira kanunda sınırlı sayıda bir tanımlama yapılmaması ve bu hakkın sözleşme özgürlüğü çerçevesinde genişletilmesine engel bir durum bulunmaması nedeniyle sahibine sözleşmesel düzlemde etki edebilme hakkı verdiği gibi aynı zamanda sözleşme kurma iradesi taşıyan beyanlarda bulunma

de opsiyon hakkının konusu yer almaktadır. Bu hakkın kullanılması ile meydana gelecek asıl sözleşmenin de satım veya kira sözleşmesi olabileceği belirtilmektedir. Önalım hakkını da içine aldığı ileri sürülen opsiyon hakkı, önalım hakkı gibi yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilmektedir. Opsiyon hakkında hem yeni bir sözleşmenin kurulması hem de mevcut sözleşmenin süresinin uzatılması mümkünken, önalım hakkında sadece yeni bir sözleşmenin kurulması söz konusu olmaktadır. Bu hak, 'hak konusunun üçüncü kişiye satımı' gibi bir şarttan bağımsız olması nedeniyle de önalım hakkından farklılık arz etmektedir. Bununla birlikte opsiyon hakkındaki hak sahibinin ödeyeceği bedel opsiyon sözleşmesinde önceden tespit edilmekte iken, önalım hakkı için bu husus ancak nitelikli bir önalım sözleşmesinin varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Münferit opsiyon haklarının (alım, geri alım, önalım, kira) tapu kütüğüne şerhi öngörülmüş iken, tüm opsiyon haklarını kapsayıcı bir şerh olanağı öngörülmüş değildir. Ancak opsiyon hakkı hak sahibine, örneğin adi veya hasılat kirası içinde tanındığı takdirde, kira sözleşmesinin nisbî bir hak olarak şerh edilmesiyle opsiyon hakkının da üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün olabilmelidir. (Sevtap Yücel, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Eskişehir Anadolu Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2006, s.17).

⁸⁶⁷ Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, İstanbul 2005, s.162; Esin, s.277.

⁸⁶⁸ Nagehan Kırkbeşoğlu, **Önalım Hakkı**, Aristo, İstanbul 2019, s.28; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2018, s.554; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C.1, b.6, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s.110.

⁸⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.110.

⁸⁷⁰ Buz, s.165; Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk'a Giriş**, b.7, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.131; Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, b.21, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.161.

⁸⁷¹ Buz, s.165; Oğuzman/ Barlas, s.157; Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, s.124.

borcu yüklediği haklar olarak da tanımlanması gerektiği yönünde çeşitli görüşler mevcuttur⁸⁷².

Opsiyon hakkı, sözleşme müzakereleri sırasında çeşitli nedenlerle henüz sözleşme yapmayı ve kesin yükümlülük altına girmeyi tercih etmeyen ancak ilerleyen zamanlarda bu hakkını kaybetmek de istemeyen taraf lehine tanınır ve o taraf lehine bir hakkı iktisap etme ya da bir sözleşmeyi yapma imkanı garanti altına alınmış olur⁸⁷³. Bu gün uygulamada daha çok gayrimenkul devirlerinde, kira ve leasing sözleşmelerinde kullanılmaktadır⁸⁷⁴. Franchise verenin franchise alan ile anlaştıktan sonra franchise konusu yerin faaliyeti, işlerliği, müşteri çevresi, kendisinin ilgili yere yakın başka bir noktada faaliyet gösterip göstermediği, o yerin kirası gibi hususları da dikkate alarak franchise sözleşmesi sonrası o yerin devralınması ile ilgili nihai kararını oluşturacağı tabidir. Bu karar sonrasında ilgili kira sözleşmesinin ya da gayrimenkulün devri de gündeme gelecektir. Bu nedenle franchise veren sözleşmeye satın alma opsiyon hakkını eklemeyi tercih edecektir.

Opsiyon haklarının kurucu yenilik doğuran hakların kimi özelliklerini tam olarak taşımadığı doktrinde kabul edilmekle birlikte çoğunluk tarafından kurucu yenilik doğuran hak oldukları kabul edilmiştir⁸⁷⁵. Diğer yandan kimi hakların yenilik doğuran hakların bazı özelliklerini tam olarak taşımamaları bunların yenilik doğuran hak olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır⁸⁷⁶. Örneğin yenilik doğuran hakların şarta bağlanamaması prensip olarak kabul edilmekle birlikte istisnai hallerde bu hakların şarta bağlanabileceği kabul edilmektedir⁸⁷⁷. Aynı şekilde yenilik doğan haktan geri dönülemeyeceği⁸⁷⁸ kuralının da bazı istisnaları bulunmaktadır. Opsiyon hakları sözkonusu olduğunda ortaya çıkan hukuki ilişkinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu kabul edilmeli ve taraflardan birinin borcunu ifa etmemesi durumunda ödemezlik def'i, sözleşmeden dönme veya ifa yerine tazminat imkanları kullanılabilirdir⁸⁷⁹.

⁸⁷² Rıfat Cankat, **Limited Ortaklıklarda Opsiyon Hakları**, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s.23,24.

⁸⁷³ Buz, s.161.

⁸⁷⁴ Buz, s.162.

⁸⁷⁵ Bkz.dipnot 707.

⁸⁷⁶ Oğuzman/Barlas, s.164-165.

⁸⁷⁷ Oğuzman/Barlas, s.164-165; Esin, s.280; Kemal M. Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, b.11, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.501.

⁸⁷⁸ Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, s.135; Oğuzman/Barlas, s.135.

⁸⁷⁹ Oğuzman/Barlas, s.135, dipnot 261; Esin, s.303.

Franchise verenin satın alma opsiyon hakkı veya satın alma yükümlülüğü franchise alanın taşınmazına, franchise edilen işin tümüne ve/veya franchise alanın ekipman, stok ve franchise verenin markalarını içeren diğer unsurlara, franchise alan adına tescilli sınai mülkiyet haklarının bulunması halinde bunlara, fikri mülkiyet haklarına, kiralama hakkına ve ticari işletmenin tümünün devralınmasına kadar genişleyebilir. Satın alma opsiyon hakkı franchise verenin memnun olduğu bir taşınmazı kontrolüne, franchise alanın işini uygun bir fiyata almasına ve kendi markasını taşıyan diğer unsurları satın alarak bunların sistem dışına satılmasını önlemeye olanak verir. Satın alma opsiyon hakkının kullanımı ileride oluşabilecek hukuki ihtilafların önüne geçmektedir zira franchise alan, ticari işletmesini devretmek veya ticari işletmeye konu unsurları yeni işinde kullanmak isteyebilecektir. Yine de kimi zaman franchise alan; franchise verenin stok ve ekipman ya da ticari işletmesi için vereceği parayı rayiçle kıyasladığında az bulabilir. Oysa franchise veren satın alma opsiyon hakkını kullandığında; franchise alanın daha fazla tatmin olma olasılığı bulunmaktadır çünkü eline geçen paraları yeni bir iş kurmak için yatırma şansı olacaktır⁸⁸⁰.

Franchise sözleşmesinin sona ermesinden ya da feshinden sonra franchise sözleşmesinde yer alan ve franchise alanın işletmesi ile ilgili olarak franchise verene tanınan satın alma opsiyon hakkı ya da zorlayıcı satın alma yükümlülüğü⁸⁸¹ ile ilgili iki farklı düşünce okulu bulunmaktadır. Birinci düşünce okuluna göre; franchise alanlar işlerini eşlerine ya da çocuklarına devretmek istemektedirler. Eşler ya da çocuklar, benzer bir işle meşgul olup işlerini franchise konusu işe çevirmek istemekte ya da mevcut taşınmazda sözleşme sona erdikten sonra devam etmek istemektedirler. Bu kişiler franchise verenin satın alma opsiyonunu düzenleyen hükümlerin franchise sözleşmesinden çıkartılması ya da değiştirilerek eşe ve çocuğa uygulanmaması, franchise alan için daha elverişli hale getirilmesi ya da franchise işinin devam ettirilmesi planlanan taşınmaz için bu hükümlerin uygulanmaması hususunda pazarlık yapanlardır⁸⁸². İkinci okuldakiler ise franchise sözleşmesinin sonunda emeklilik isteyenlerdir. Bu kişiler için

⁸⁸⁰ Batenhorst, s.1.

⁸⁸¹ Sözleşme sona erdiğinde ya da feshedildiğinde franchise alanı taşınmazı satmaya ya da kira sözleşmesini devretmeye zorlayan hükümden kaynaklanan hak.

⁸⁸² Richard E. Johnson with Richard G. Greenstein, **Achieving Victory Through Prearrangements, Supplemental Covenants Not to Compete**, American Bar Association, Franchise Law Journal, Summer 2002, s.3, www.lexisnexis.com, ET:12.04.2018.

franchise verenin alım hakkını kullanması bu kişileri, işini üçüncü bir kişiye satma ya da işini farklı bir sistemle devam ettirme yükümlülüğünden kurtarmaktadır⁸⁸³.

Bir franchise sözleşmesinde bulunan satın alma opsiyon hakkı ya da satın alma yükümlülüğü franchise veren için çeşitli avantajlar içermektedir. Öncelikle franchise verenin satın alma opsiyonunu kullanmasıyla franchise alanla rekabet etme zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Satın alma opsiyon hakkının kullanılmaması durumunda, franchise alanın yeni bir taşınmazda aynı işi yapmaya çalışacağı ve franchise alanla yapılacak olası bir rekabetin ekonomik açıdan uygun olmayacağı ortadadır. İkinci olarak franchise verenin satın alma opsiyon hakkını kullanmasıyla birlikte taşınmaz için oluşan ticari itibardan rakiplerin yararlanmasının önüne geçilmektedir. Üçüncü olarak bu hakkın kullanılmasıyla birlikte alım fiyatı, alım prosedürü, kapanış tarihi taraflarca birlikte kararlaştırılmaktadır. Son olarak; franchise verenin pazarlık gücü olacağından franchise veren için avantajlı olacak bir fiyat belirlemesi yapılacaktır. Örneğin franchise verenin markasını taşımayan ya da franchise işi için asli nitelikte olmayan malzemelerin franchise veren tarafından satın alınmaması, alım fiyatına peştemaliye değerinin yansıtılmaması gibi hususlarda mutabık kalınabilecektir⁸⁸⁴. Yine franchise alanın satın alma opsiyonunu kullanmasıyla birlikte yargıya başvuru sonucu çok uzun zaman ve emek gerektiren bir sürece başlamak yerine en kısa süre içinde ilgili taşınmaz ve ticari işletme franchise veren tarafından teslim alınarak ticari faaliyete devam edilebilecektir.

Franchise sözleşmesinde franchise verenin satın alma opsiyon hakkının veya satın alma yükümlülüğünün bulunması, aynı zamanda dezavantajları da beraberinde getirmektedir. Bu hakların sözleşmede bulunması franchise işini franchise alanın gözünde daha değersiz kılabılır ve franchise veren daha düşük bir başlangıç ücreti, aylık yüzde ödemesi kabul etmek ya da daha düşük nitelikte bir franchise alanla çalışmak zorunda kalabilir. Bu durum da franchise işinin ve sözleşmesinin hazırlanmasını ve müzakeresini çok daha masraflı hale getirebilir. Ayrıca bu hükümlerin bulunması rekabeti tamamen önlemediği gibi franchise alanı rakiple çalışmaktan ya da farklı bir taşınmazda aynı işi kurmasından alıkoymaz. Ayrıca franchise sözleşmesi sona erdiğinde ya da feshedildiğinde, eğer kira sözleşmesi malik ile franchise alan arasında aktedilmişse,

⁸⁸³ Johnson/Greenstein, s.3.

⁸⁸⁴ Johnson/Greenstein s.4; Karayalçın, s.181 “Kiracı-Tacir, ticari işletmesini bizzat işletmeye devam ettikçe kiracılık hakkı özel bir himaye görmekte, fakat ticari işletmeyi devir veya kiralamak istediği vakit-kira mukavelesinde aksi bir hüküm olmadıkça-bu özel himayeden mahrum olmaktadır”.

franchise verenin herhangi bir hukuki koruma ile kira sözleşmesini devralma imkanı olmaması durumunda bu hakların sözleşmede bulunması değersiz hale gelir ve bu haklar pazarlıkta franchise vereni güçsüz duruma getirmişse bir yükümlülük olarak sözleşmede kalır⁸⁸⁵. Yine aynı şekilde işletmesinin franchise veren tarafından devralınacağını bilen franchise alan, en ufak bir sıkıntıda bu yola başvurmak isteyebilir ve işinin geliştirilmesi veya iyileştirilmesi için emek harcamak istemeyebilir. Franchise verene sözleşme ile tanınacak satın alma opsiyonunun franchise alanın işini üçüncü kişiye devretmek istemesi ya da ölmesi, iflas etmesi durumunda tanınması bu sorunları ortadan kaldıracaktır.

Franchise verenin satın alma opsiyon hakkı veya yükümlülüğü sadece stoklar ya da ekipman ve donanımla sınırlı olmayabilir. Pek çok franchising ilişkisinde sözleşmenin sona ermesini takiben franchise verenin franchise edilen işi veya işletmeyi satın alacağı da kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda; yalnızca stoktaki mallar, ekipmanlar değil; aynı zamanda taşınmazlar, kira hakkı ve diğer unsurlar da satın alma değerinin belirlenmesinde önemli bir rol oynayacaktır. Ayrıca satın alma değerinin belirlenmesinde işletmenin bulunduğu yerin önemi, işletmenin düzenleniş şekli ve dekorasyonu, verimli çalışma düzeni, eski olması dolayısıyla oluşturduğu ticari itibar ve işletmeye sürekli iş yapma imkanını garantileyen müşteri zümresi büyük rol oynamakta ve çoğu zaman işletmeye dahil olan diğer maddi ve gayrimaddi unsurların değerini aşmaktadır⁸⁸⁶.

Türk hukukunda ticari işletme; TTK madde 11/1’de tanımlanmaktadır. İlgili maddeye göre; ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü yerdir. Franchise verenin satın alma opsiyon hakkını kullanmak suretiyle franchise alanın işletmesini devir alması durumunda Türk hukukunda da TTK m. 11/3 anlamında “ticari işletme devri” sözkonusu olacaktır. İlgili maddeye göre; “Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye

⁸⁸⁵ Johnson/Greenstein, s.4.

⁸⁸⁶ Karayalçın, s.173; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.180; Arkan, s.44 vd.; Poroy/Yasaman, s.40. Ticaretin yapıldığı yer üzerindeki kiracılık hakkı devrolunmadıkça, bir ticari işletmenin değeriyle devredilebilmesinin mümkün olmadığı hk.bkz. Ergun Özsunay, **Ticari İşletmede “Kiracılık Hakkı”nın Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1962, s.60.

özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.”

Ticari işletmenin bütün olarak devrinden kastedilen müşteri çevresi dahil işletme değeri, duran varlıkları (bina, mağaza, depo gibi gayrimenkuller, gayrimenkullerin bütünleyici parçaları ve eklentileri(teferruatı), ticari işletmenin işletilmesine sürekli olarak özgülenmek şartıyla makine, araç, alet ve tesisat gibi menkulleri), dönen varlıkları (hammadde, mamul madde, para (nakit)), alacak hakları, rehin ve ipotek hakları, kiracılık hakkı, marka, ticaret unvanı, işletme adı, tanıtma işaretleri, alan adları (domain name), müşteri çevresi, telefon hatları girmektedir⁸⁸⁷. Ticari işletme devrine dahil olan unsurlar düşünüldüğünde, ticari işletmenin franchise veren tarafından devralınması halinde kiracılık hakkının, franchise alan tarafından oluşturulan markaların ya da diğer tanıtıcı işaretlerin, alan adlarının, haksız rekabet oluşturabilecek diğer tüm unsurların franchise verene geçtiği ve dolayısıyla aslında bu çalışmada tartışılan pek çok konuya çözüm olduğu görülmektedir.

Bir ticari işletme için en önemli unsur müşteri çevresidir. Müşteri çevresi ise hukuken devredilemeyeceğinden müşteri çevresinin devrini sağlayan en önemli unsur kiracılık hakkıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında ticari işletmenin malvarlığına dahil olan unsurlardan birisinin de müşteri çevresi olduğunu, restoran işletmesi özelinde uzun yıllar aynı taşınmazda sunulan kaliteli hizmetin karşılığında oluşan müşteri portföyünün ekonomik değerinin olduğunu, işletme devrine ilişkin sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmamışsa müşteri çevresinin de devir sözleşmesi kapsamında olduğunu vurgulamıştır.⁸⁸⁸ Zira müşteri çevresi çoğu zaman bir mahalle ya da semt ile özdeşleşmektedir. Hatta bir ticari işletmenin bulunduğu sokak aynı olsa dahi yerinin değişmesi müşterileri olumsuz etkileyebilmektedir. Kaldı ki kimi zaman franchise verilen yer kapatıldığında; franchise veren ticari faaliyetini yürütebileceği bu taşınmaza yakın yeni bir yer de bulamayabilir. Pek tabidir ki müşteri, bir taşınmaz el değiştirse dahi, marka aynı kaldığı sürece aynı yere gitmeye devam edecektir. Sayılan nedenlerle TTK m.11 gereğince ticari işletmenin devri aynı zamanda kiracılık hakkının devrini de içermektedir.

⁸⁸⁷ Bozer/Göle, s.21-22.

⁸⁸⁸ Yargıtay 11.HD; 2016/2081 E., 2017/1355 K., 08.03.2017 T. (Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.181).Müşteriler üzerinde menfaatlerin devrinin kira akdinin devri ile sözkonusu olabileceği hk.bkz. Özsunay, s.77.

Hatta bir devir sözleşmesi yapılsa ve bu sözleşmede kiracılık hakkının devir edildiği açıkça belirtilmese dahi kiracılık hakkının da ticari işletme devri ile birlikte devredildiğinin kabulü gerekir⁸⁸⁹. Zira ilgili madde gereğince sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarının devir kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Diğer yandan ilgili maddede devir sözleşmesi kapsamı dışında bırakılabilecek unsurlar açıkça belirtilmemiştir. Buradaki sınır ticari işletme devri kapsamı dışında bırakılacak unsurların işletmenin devamlılığını ve faaliyetini etkilememesidir⁸⁹⁰. Tüm bu düzenlemelerden yola çıkarak bir franchising ilişkisinde franchise konusu taşınmazın franchise alan ve franchise veren için sözleşme aktedilmesindeki temel neden olması halinde eğer varsa kiracılık hakkının bu işletme devrinden hariç tutulamayacağı söylenebilir düşüncesindeyiz. Diğer yandan ticari işletme devri yapılırken ilgili maddedeki “aksi öngörülmemişse” ifadesinden yola çıkarak işletmenin faaliyet göstermesine veya devamlılığına etki etmeyecek bazı unsurların ticari işletme devri dışında bırakılabileceği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar bir ticari işletme devri durumunda kiracılık hakkının da otomatik olarak ticari işletme devri ile birlikte devredileceği kabul edilse dahi bu husus doktrinde tartışmalıdır. Kimi yazarlar BK m.323 nedeniyle ticari işletme devrinde kiracılık hakkının devredilebilmesi için kiraya veren maliğin onayını ararken⁸⁹¹ kimi yazarlar ise BK m.323 hükmünün tüm kira sözleşmelerini düzenlemesine karşı ticari işletme devrine ilişkin hükmün özel hüküm olduğunu ve bu nedenle bu onayın gerekli olmadığını⁸⁹² ileri sürmektedirler. Bizim görüşümüz de ticari işletme devri ile ilgili maddenin özel hüküm olması nedeniyle alım hakkının kullanılması suretiyle oluşan ticari işletme devrine kiracılık hakkının da dahil olması gerektiği yönündedir. Aksinin kabulü franchising ilişkisinin asli bir unsuru olan taşınmazın işletmeye kattığı değeri ve beraberinde getirdiği müşteri kitlesini yok saymak olacaktır ki, bu husus kabul edilemez.

⁸⁸⁹ Poroy/Yasaman, s.41, Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.181, Bozer/Göle, s.26, Arkan, s.45.

⁸⁹⁰ Bozer/Göle, s.28, Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.182, Arkan, s.42.

⁸⁹¹ Bozer/Göle, s.26 “01.07.2020 tarihinden sonra ticari işletmenin devrinde, ticari işletmeye dahil kiracılık hakkının devri için, sözkonusu geçici 2. maddenin açık ifadesi karşısında Türk Borçlar Kanunu’nun 323/I fıkrası uyarınca yine kira sözleşmesinde aksine bir düzenleme olmadıkça kiraya verenin yazılı rızasının aranması gerekecektir. Yalnız, 01.07.2020 tarihinden sonra sözkonusu olacak bu uygulamanın ticari işletmenin devri konusunda Türk Ticaret Kanunu’nun 11/3.fıkrasında öngörülen “bütünlük” ilkesine uyumlu olduğunu söylemek zordur”; Karayalçın, s.181 (6102 sayılı kanun öncesine ilişkin olarak); Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, b.6, Dora Yayınları, Bursa 2016, s.38.

⁸⁹² Arkan, s.45; Fatih Cengil, **Ticari İşletmenin Devri**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018; s.407, Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.181.

Ticari işletme devri için yazılı şekil zorunlu olduğundan franchise sözleşmesi sonunda ya da sözleşme süresince franchise veren satın alma opsiyon hakkını kullanacak ve ticari işletme devri gerçekleşecekse bu devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması kanuni bir zorunluluktur⁸⁹³.

Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin tek tek yapılması gerekmeksizin yazılı şekilde yapılmak ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmek suretiyle bütün halinde devredilebilecektir. Ticaret Sicili Yönetmeliği 135/5 ile diğer sicillere kayıtlı unsurlar için eşzamanlı olarak bildirim yapılması koşulu getirilmiştir. Nitekim eski düzenlemede ticari işletmenin devri herhangi bir şekle tabi değilken her unsur bakımından kendine has tasarruf işlemlerinin tek tek yapılması gerektiği kabul ediliyordu. Yeni düzenlemede ise ayrıca bir tasarruf işlemi yapılmaksızın ticari işletmeye dahil tüm unsurların bütün olarak ticari işletmeyi devralana geçeceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla eskiden tapu memuru önünde işlem yapılırken yeni düzenleme ile birlikte gayrimenkuller için de tescilsiz iktisap söz konusu olacaktır. Yine de kanunda tescil işleminin niteliği hususunda bir boşluk bulunmaktadır⁸⁹⁴.

Doktrinde ticari işletmenin bütün olarak devri halinde müşteri çevresinin devrinin, devreden bakımından aynı zamanda rekabet yasağını da beraberinde getirdiği ileri sürülmektedir. MK 2'den kaynaklanan rekabet yasağı uyarınca, devreden devrettiği ticari işletme konusuna giren bir işi aynı yerde, kendisi ya da üçüncü kişi hesabına yapamaz⁸⁹⁵. Nitekim Yargıtay⁸⁹⁶ın görüşü de bu yöndedir.

Franchise verenin süre sonunda franchise sözleşmesini yenilememesi durumunda, taşınmazı veya franchise işini satın alacağı düşünülürse, franchise alana bildirim yapacağı sürenin en az 6(altı) ay öncesi olması adil görülürken franchise verenin sadece ekipmanı ve stoğu satın alacağı düşünülürse 30 (otuz) gün yeterli görülmektedir. Franchise verene franchise işini satın alırken işi inceleme, ekipman ve taşınmaz üzerinde herhangi bir takyidat olup olmadığını araştırma zamanı bırakılmalıdır⁸⁹⁷. Ticari işletme devrinin

⁸⁹³ İlgili tartışmalar için bkz. Bahtiyar, s.211vd.

⁸⁹⁴ Bozer/Göle, s.24; Bilgili/Demirkapı, s.38; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.186; Arkan, s.43; Poroy/Yasaman, s.41; Ercüment Erdem, **Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri, Türk Ticaret Kanunu ile ilgili Makaleler (2009-2016)**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.996. Tescilin niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Mehmet Bahtiyar, Makaleler III, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.214.

⁸⁹⁵ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.190; Arkan, s.44,45.

⁸⁹⁶ Yargıtay 11.HD, 2005/3383 E., 2006/6167 K., 25.05.2006 T. (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.190).

⁸⁹⁷ Batenhorst, s.16, "Türk hukukunda önalım olayının diğer paydaşlara bildirim süresi, satışın bildirildiği tarihten itibaren 3 ay ve her halde 2 yıldır." Kırkbeşoğlu, s.70.

işletmenin aktifleriyle birlikte pasifini (borçlarını) de kapsadığı açıktır⁸⁹⁸. BK m.202 işletme devri sırasında alacaklıları tek tek bulup rıza alınmasının olanaksız olacağını öngörerek borcun devrini alacaklıların onayına bağlamamış ancak işletme alacaklılarını korumak için devralan ve devredenin iki yıl süre ile müteselsil olarak sorumlu olmasını hükme bağlamıştır⁸⁹⁹. Bu nedenle franchise verenin işletme devri halinde franchise alanın borçlarından 2 (iki) sene süre ile müteselsil sorumluluğu olduğu da düşünüldüğünde franchise veren için ticari işletme borçları üzerinde araştırma yapması daha da kritik bir hal almaktadır. Franchise verenin satın alma opsiyonunu kullanması ticari işletme üzerinde bir ticari işletme rehni olması ya da taşınmaz üzerinde üçüncü kişinin ya da bankanın ipoteği bulunması, kira sözleşmesinin süre sonunun yaklaşması durumunda anlamsız hale gelmektedir. Bu nedenle henüz franchise verilmesi aşamasında bu hususun da sözleşmede kararlaştırılması büyük önem taşımaktadır. Ticari işletmelerin yatırım yaparken ve ticari hayatta krediye duydukları ihtiyaç yadsınamaz. Tacirlerin kredi alırken taşınmazlarının olmayabileceğini düşünen kanun koyucu öncelikle 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu’nu çıkartmış, tacirlere kredi alırken, kendi ticari işletmelerini teminat olarak gösterebilme imkanı getirmişti. Ticari işletmesini rehin ettiren bir tacir bu işletmeyi işletmeye ve para kazanmaya devam etmekteydi. Bu kanun 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır⁹⁰⁰. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na göre sadece ticari işletme üzerinde değil, ticari işletmeye dahil olan ve ilgili kanunun 5. maddesinde sayılan unsurlar üzerinde de rehin hakkı tesis edilebilmektedir⁹⁰¹. Bu unsurlar arasında alacaklar, fikri ve sınai mülkiyete konu haklar, hammadde, lisans ve ruhsatlar, kiracılık hakkı, menkul işletme tesisatı, sarf malzemesi, stoklar, elektronik cihazlar, ticaret unvanı veya işletme adı yer almaktadır. Yeni düzenlemeyle birlikte kredi verenlerin kapsamı genişletilmiş ve kredi kuruluşları dışında tacir ve esnafın da rehin alan olabileceği düzenlenmiştir⁹⁰². İlgili kanuna göre ticari işletme rehni ticari işletmenin ilgili maddede

⁸⁹⁸ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.188; Arkan, s.46; Poroy/Yasaman, s.39; Bozer/Göle, s.28,29; Erdem, **Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri**, s.1014; Bahtiyar, **Makaleler III**, s.208.

⁸⁹⁹ Bahtiyar, **Makaleler III**, s.207,208.

⁹⁰⁰ Poroy/Yasaman, s.48; Bozer/Göle, s.46,47; 28.10.2016 T. ve 29871 sayılı Resmi Gazete.

⁹⁰¹ Poroy/Yasaman, s.48; Bozer/Göle, s.47; Sanayi işletmeleri üzerinde kurulacak ticari işletme rehni için bkz. Şükrü Yıldız, **Ticari İşletme Rehni Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Sanayi İşletmeleri Üzerinde Kurulacak Ticari İşletme Rehninde Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar**, Makalelerim, Oniki Levha Yayınları, 2018, s.571 vd.

⁹⁰² Poroy/Yasaman, s.48.

sayılan unsurları üzerinde gerçekleştirilebileceği gibi ticari işletmenin bütünü üzerinde de gerçekleştirilebilir⁹⁰³. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu madde 5/II gereğince ticari işletme ve esnaf işletmesine dahil varlıklar üzerinde ayrı ayrı taşınır rehni kurulduğu durumlarda, üzerine rehin konulan taşınır varlıkların borcu karşılaması halinde işletmenin tamamı üzerine rehin konulamayacağı belirtilmiştir⁹⁰⁴. Gerek yeni kanunda gerek öncesinde düzenlenen rehin, teslim bağli olmayan bir rehin türü olarak düzenlenmiştir. Yine ilgili kanun md. 4'e göre ticari işletme rehni sözleşmesinin ya sicil önünde yazılı olarak yapılması ya da imzalarının noterde tasdik ettirilmesi gerekmektedir. Ayrıca sözleşmenin elektronik imza ile imzalanması kaydıyla elektronik olarak yapılması da mümkündür⁹⁰⁵. Son olarak da ticari işlemlerde taşınır rehninin tamamlanabilmesi ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edebilmesi için Rehinli Taşınır Sicili'ne kayıt edilmesi zorunludur. Buradaki tescil kurucu niteliktedir⁹⁰⁶. Dolayısıyla bir ticari işletmeyi devralacak olan franchise verenin mutlaka ticaret sicilinden o ticari işletme üzerinde bir işletme rehni olup olmadığını kontrol etmesi büyük önem taşımaktadır. Aksi halde üzerinde bir ticari işletme rehni bulunan işletmeyi devralmış olacak ve ciddi bir mağduriyet yaşacaktır. Kaldı ki yine ticari işletme rehni sözleşmesinde rehne dahil olacak unsurlar tek tek yazılacağından bu araştırma sırasında franchise veren hangi unsurlar üzerinde ticari işletme rehni olduğunu da anlamış olacaktır. Nitekim McDonald's gibi şirketlerin franchise koşulları incelendiğinde kredi ile yapılan yatırımların kabul edilmediği ve nakit yatırım bedeli talep edildiği görülmektedir⁹⁰⁷. Bu şartın gerisinde işletme üzerinde ya da işletmeye tahsisli unsurlar üzerinde rehin olabileceği ve olası bir ticari işletme devrinde ciddi sıkıntılara yol açabileceği kaygısının yattığını düşünmekteyiz.

Satın alma opsiyon hakkının olması durumunda franchise verenin bu opsiyonu kullanacağı süre, fiyatın nasıl belirleneceği netleştirilmelidir⁹⁰⁸. Örneğin franchise verenin bu fiyatın belirlenmesi esnasında takas mahsup hakkı olup olmayacağı hususu açığa kavuşturulmalıdır⁹⁰⁹. Satın alma opsiyon hakkı sözleşmede yer alan bir borcun ihlali

⁹⁰³ Poroy/Yasaman, s.57; Bozer/Göle, s.47.

⁹⁰⁴ Bozer/Göle, s.58; Arkan, s.51; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.232; Poroy/Yasaman, s.56.

⁹⁰⁵ Poroy/Yasaman, s.58; Bozer/Göle, s.53.

⁹⁰⁶ Oruç Hami Şener, **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin Yayınları, 2016, s.28 vd.; Poroy/Yasaman, s.59.

⁹⁰⁷ <https://www.mcdonalds.com.tr/franchising-basvuru>

⁹⁰⁸ Esin, s.279; Batenhorst, s.4.

⁹⁰⁹ Batenhorst, s.4.

halinde kullanılabileceği gibi aynı zamanda bir sözleşmenin sona ermesi ya da feshi halinde de kullanılabilir. Eğer bir borcun ihlali halinde kullanılabileceği belirtilmişse bahsekonu ihlalde kullanılmamış olması, sözleşmede açıkça aksi belirtilmedikçe, sonraki ihlallerde de bu hakkın kullanılmasını engellemez⁹¹⁰.

Satın alma opsiyon hakkının kullanılması ile birlikte satım sözleşmesi benzeri bir ilişki oluşacağından satım sözleşmesinin zorunlu unsurları üzerinde önceden anlaşma sağlanmış olmalıdır.⁹¹¹ Satım sözleşmesinin zorunlu unsurları satılan mal, bedel ve tarafların anlaşmasıdır⁹¹². Satın alma opsiyon hakkı tanınması sırasında ödenecek bedelin belirlenmesi ya da belirlenebilir olması zorunludur⁹¹³.

Satın alma opsiyon hakkının kullanılması halinde franchise veren tarafından ödenecek bedel, franchise verene bu hakkın kullanılmasını seçme şansı bırakacak derecede düşük ancak franchise alan için, işi yargıya taşınmasını gerektirmeyecek kadar yüksek olmalıdır. Franchise ilişkisini düzenleyen pek çok kanun, geri alınacak unsurlar için franchise verenin adil pazar değerinin çeşitli varyasyonlarını ödemesi gerektiğini düzenlemektedir. Sektöre özgü değerlendirme mekanizmaları kazanılanların iki katı ya da satın alınacak unsurların net defter değeri gibi formüller içerebilirler. Franchise verenlere sözleşmelerine, satın alınacak unsurlar için adil pazar değerinin net defter değerinden taşıma değerlerinin düşülmesi sonucu bulunacak meblağı geçmemesi gerektiği yönünde hükümler koyması önerilmektedir⁹¹⁴. Çoğu kez sabit bir fiyat yerine bir hesaplama yöntemi üzerinde anlaşma sağlanmaktadır. Bunlardan en tipik olanı EBIT-DA⁹¹⁵ çarpanı ile yapılan hesaplamalardır⁹¹⁶.

Yargıtay; franchise verene tanınan satın alma opsiyon hakkını geçerli olarak kabul etmekte ve opsiyon hakkının niteliğine uygun olarak franchise verene işletmeyi satın alma hususunda bir yükümlülük yüklememektedir⁹¹⁷.

⁹¹⁰ Esin, s.280.

⁹¹¹ Esin, s.282; Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, b.16 Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.35,36.

⁹¹² Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.60; Zevkliler/Gökyayla, s.36.

⁹¹³ Esin, 282.

⁹¹⁴ Batenhorst, s.16.

⁹¹⁵ Vergi, faiz, amortisman öncesi kar

⁹¹⁶ Esin, s.282.

⁹¹⁷ Yargıtay 11.HD; 2015/6959 E.,2016/3368K. "...taraflar arasındaki sözleşmenin 12.1.1. maddesinde restaurant alanının kullanımının sadece sözleşme süresince işletmeciye bırakıldığı, 24.2. maddesinde ise lisansın sona erdirilmesi üzerine işletmecinin sona erdirmeyi takip eden 30 gün içinde restaurant alanından herhangi bir mefruşat, reklam tabelaları çıkartmayacağını ve mefruşatı ve reklam tabelalarını yapılan

Diğer yandan verilen başka bir kararda ise davacının satın alma opsiyon hakkını kullanmak istemesine rağmen ilk derece mahkemesinde görülen dava sırasında bu hak hiç değerlendirilmemiş ve yapılan fesih haksız bulunduğundan restoranın devri hakkında açılan davanın reddine karar verilmiştir. Oysa ki davacı davasını, davalının mefruşatı, sabit eşyası, işareti, teçhizatının, makul piyasa fiyatına eşit bir meblağ üzerinden satın alma opsiyon hakkını kullanma talebiyle açmış olup bu talep hiç incelenmeksizin davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir⁹¹⁸. İlgili kararın Yargıtay tarafından incelenmesi sonucunda ise⁹¹⁹ her ne kadar sözleşme ile getirilen satın alma opsiyon hakkı Yargı makamı tarafından tanınmış olsa da feshin haklılığı konusunda yapılan inceleme ile sınırlı

yenilemeyle satın alma opsiyonuna sahip olduğunun öngörüldüğü, franchise veren davalı ... A.Ş'nin de 12.03.2009 tarihli ihtarnama ile fesih tarihinden itibaren en geç 7 gün içinde işletmenin boş olarak ve anlaşmada fesih ve tahliye ilişkin hükümlere uygun olarak tahliye edilmesini istemesi nedeniyle sözleşmenin 24.2. maddesi ile öngörülen satın alma opsiyonunu kullanmadığı, bu durumda opsiyon süresinin bitiminde restoranın tahliyesinin gerektiği...” www.lexpera.com, ET: 08.01.2019.

⁹¹⁸ “Mahkeme, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporlarına nazaran, taban ücretin sabit bölümünün her ayın ilk iş günü davacıya peşin olarak ödeneceğine ilişkin hükmün yaklaşık 4(dört) sene taraflarca uygulanmadığını, davacı şirketin bu bedeli de talep etmediği, anlaşmanın taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğurduğunu, bu şekilde davacı tarafın davalı tarafta sözleşmenin bu bölümünü talep etmeyeceği ve bu hakkı kullanmayacağı hususunda bir güven oluşturduğu, bu şekilde dört senelik uygulamadan sonra talepte bulunulmasının çelişkili davranış yasağına girdiği, hakkın kötüye kullanılması sayılacağı, bu nedenle davalının sözleşmeye aykırı davranışının sözkonusu bulunmadığı, fesih iradesinin ancak haklı bir nedene dayanıyor ise hukuki sonuç doğuracağını, sebebin haklı sayılmayacağı, bu nedenle davacı tarafın alacak hakları ile restoranın zilyedliğinin kendisine devri talebinin yasal dayanağı bulunmadığı, restoranın faaliyetine davalı tarafça kusurlu olarak son verilmesi ve faaliyetinin tatil edilmesi nedeniyle çeklerin bedelsiz kaldığı gerekçeleriyle, asıl davada, davacı tarafından açılan alacağa ve restoranın zilyedliğinin kendilerine devrine yönelik ispatlanamayan davanın reddine, davacı tarafından açılan menkul eşyalara yönelik davanın HUMK’nun 409.maddesi gereğince açılmamış sayılmasına, birleşen davanın kabulü ile davaya konu 5 (beş) adet çekten dolayı davacı (asıl davada davalı) şirketin borçlu olmadığının tespiti ile kendisine iadesine karar verilmiştir.” Denizli 3.Asliye Hukuk Mahkemesi, 2003/515 E. ve 1183 K. sayılı dosya (birleşen dosya).

⁹¹⁹ Yargıtay 11.HD, 2006/11981 E., 2008/4634 K., 08.04.2008 T., www.lexpera.com , ET:12.05.2018
“Mahkemece alınan 21.3.2006 tarihli bilirkişi raporuna istinaden, İşletme Lisans Anlaşması hükümlerine göre davalı şirketin ödemesi gereken bedellerin nisan 2003 tarihine kadar tartışma konusu olmadığı, davacının (birleşen davada davalı) sözleşmeden doğan bir hakkını uzun süre kullanmamasından dolayı karşı tarafta uyandırılan güven sebebiyle artık MK’nun 2.maddesi gereğince hakkını kullanamaz hale geldiğinden bahisle asıl davanın reddine karar verilmiş ise de; davacı tarafından haktan vazgeçmenin sözkonusu olmadığı lisans alana mali destekte bulunmak amacıyla belirli dönem için taban ücret silinmesi uygulaması yapıldığını belirterek buna ilişkin çeşitli tarihli yazılar dosyaya ibraz edilmiş, ne bilirkişi raporunda ne de mahkeme kararının gerekçesinde bu deliller değerlendirilip tartışılmış değildir. Bu durumda mahkemece anılan yazı içerikleri ve Denizli 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2004/38 ve 376 E. sayılı dosyaları da değerlendirilmek suretiyle gerçekten davacının taban ücret uygulamasından zimnen vazgeçip vazgeçmediğinin değerlendirilmesi gerekirken, anılan belgeler incelenmeden salt davacının uzun süre taban ücret talebinde bulunmadığından bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmediği gibi, asıl davada mahkemece davacının sözleşmeyi feshinin haksız olduğuna kanaat getirildiği halde, birleşen davada işletme içerisinde bulunan malzeme ve teçhizatın alımı nedeniyle davalı McDonald’s’a verilen çeklerin bedelsiz kaldığına karar verilmesi asıl davada verilen kararla çelişki yaratır niteliktedir. Birleşen davanın davacısının konulan tedbirler nedeniyle ekipmanının zarara uğradığı yolunda bir iddiası var ise, bu talebin ayrı bir dava konusu oluşturabileceği tartışmasızdır. Açıklanan nedenlerle davacı (birleşen davalı) vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile davacı (k. davalı) yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...”

kalınmış ve zımni olarak davacının (karşı davalı) satın alma opsiyonunu ancak haklı bir fesih halinde kullanabileceği sonucuna varılmıştır. 2003 yılında açılan dava; 2010 yılında taraflarca sulh olunması ile sona ermiştir. Oysa ki satın alma opsiyon hakkının kullanılmak istenmesi durumunda öncelikle bu hakkın kullanımının temin edilmesi, sonrasında ise ileride yapılacak olan tazminat taleplerine karşı delil teşkil edebilmesi açısından feshin haklı olup olmadığı hususunun incelenmesi gerekmektedir. Satın alma opsiyon hakkının kullanımını kolaylaştıran böyle bir karar, sadece franchise vereni değil; aynı zamanda franchise alanı da koruyacak yerinde bir karar olacaktır. Nitekim franchising ilişkisinin güven temeline dayanan ve tarafların kişiliklerinin ön planda olduğu bir ilişki türü olduğu da düşünüldüğünde, fesih haksız dahi olsa bu belirlemeden sonra tarafların bir arada çalışması imkansızdır⁹²⁰. Dolayısıyla bu noktada franchise alanı maddi olarak en fazla tatmin edecek kararı vermek önem taşımaktadır. Yargıtay kararının bu yönüyle yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Diğer yandan ilgili davada her ne kadar satın alma opsiyon hakkının kullanılması sözkonusu olsa da karar gerekçesinde “menkul eşyalara yönelik davanın reddine” ifadesinin kullanılması da eleştirilmesi gerekli diğer bir husus olarak ortaya çıkmaktadır.

Son olarak satın alma opsiyon hakkının kullanılması ile birlikte bütün olarak bir ticari işletme devri yapılması durumunda bu devrin hüküm ifade edebilmesi için ticaret siciline tescil edilmesi ve gerekli hukuki koşullar oluşmuşsa RKHK ve ilgili tebliğ⁹²¹ çerçevesinde Rekabet Kurulu’ndan izin alınması zorunludur⁹²².

C. FRANCHISE VERENİN HAPİS HAKKI

Hapis hakkının hukuki niteliği yukarıda incelenmiş olduğundan burada yeniden hapis hakkının hukuki niteliğine değinmek yerine franchise veren tarafından hapis hakkının kullanılabileceği halleri belirtmekle yetineceğiz.

Her ne kadar TTK madde 119’da sadece acente düşünülerek hapis hakkı düzenlenmiş olsa da tMK’daki genel hükümler de düşünüldüğünde franchise verenin de hapis hakkı olacağı açıkça ortadadır. Acentenin hapis hakkı düzenlenirken bu hukuki

⁹²⁰ Kırca, s.22.

⁹²¹ Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar hakkında Tebliğ.

⁹²² Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s.184,185; Arkan, s.43,44. Tescil gerekliliğine ilişkin Poroy/Yasaman, s.41; Bozer/Göle, s.27; Bilgili/Demirkapı, s.38,39; Erdem, **Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri**, s.1006.

ilişkide acentenin alacaklı olduğu varsayımıyla gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Oysa ki franchise sözleşmesi düşünüldüğünde franchise verenin de franchise alandan alacaklı olduğu haller oldukça fazladır. Bu durum; hem franchise alanın düzenli olarak yapmakla yükümlü olduğu aylık yüzde ücret ödemeleri için hem de reklam fonu ödemeleri için sözkonusu olabileceği gibi başlangıç ücreti ödemesi ya da kesinleşmiş tazminat alacakları için de gündeme gelebilir. Diğer yandan franchise verenin franchise alana franchise edilen taşınmazı kiralaması ya da kira bedelini faturalandırması durumunda da yapılan ödemeler büyük önem kazanmakta ve özellikle de franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda franchise vereni çok zor durumda bırakabilmektedir. Franchise verenin franchise ilişkisinde elinde genel olarak franchise alandan aldığı başlangıç ücreti ya da franchise alanın borçlarına teminat olmak üzere kendisine verilen ve ilişki sonunda iade edilecek olan teminat mektubu ya da kıymetli evrak bulunmaktadır. Pek tabidir ki hukuki ilişkinin niteliği gereği franchise veren teminat mektubu ve kıymetli evrak üzerinde hapis hakkını kullanabilecektir. Bunun dışında eğer franchise alan; ticari işletmesi için gereken malları franchise verenden alıyorsa franchise verenin bu mallar üzerinde de hapis hakkını kullanması sözkonusu olabilecektir. Her ne kadar; doktrinde kimi yazarlar bunun son çare prensibi dahilinde kullandırılması gerektiğini; zira bu mallara franchise alanın ticari işletmesini yürütmek için ihtiyaç duyduğunu söylese de⁹²³ bu görüşe katılmak mümkün değildir. Özellikle de franchise sözleşmesinin sona erdiği düşünüldüğünde artık franchise alan tarafından bu ticari işletmenin işletilmemesi gerektiği ortadadır.

D. FRANCHISE VERENİN TAKAS VE MAHSUP HAKKI

Franchise alanın takas ve mahsup hakkı için belirtilen hususlar aynen franchise veren için de geçerlidir. BK md.139'datanımlanan takas hakkı franchise verene de aynen uygulanır. Franchise veren, franchise alandan olan aylık yüzde ödemeleri, başlangıç ücreti ödemesi, kesinleşen tazminat alacakları (rekabete aykırılık tazminatı ve diğerleri), reklam katkı payı, varsa kira alacakları için takas hakkını kullanabileceği gibi franchise alana ödeyeceği meblağlardan franchise alandan olan alacaklarını da mahsup etme imkanına sahiptir.

⁹²³ Tuzlu; s.110.

SONUÇ

Franchise sözleşmesi; franchise alana ticari başarısı kanıtlanmış yöntemlerden ve markalardan oluşan sisteme ilişkin bir lisansın verildiği; franchise alanın ise bu sistemi kullanma karşılığında bir defaya mahsus olarak bir başlangıç ücreti ile elde ettiği aylık satış üzerinden bir yüzde ödemeyi (royalty) ve sürümünü arttırmayı taahhüt ettiği isimsiz/karma bir sözleşme türüdür. Franchise alan faaliyet gösterirken tüm ticari riski üzerine almakta ve bağımsız bir tacir olarak faaliyetini sürdürmektedir. Franchising sisteminin en önemli özelliği; franchise verenin franchise alanı sürekli olarak desteklemek ve eğitme yükümlülüğüdür. Sürekliliğin ve karşılıklı güvenin esas olduğu bu sistemde ayrıca franchise veren; her zaman için franchise alanı denetleme hakkına sahip olup franchise alan ise hesap verme borcu altındadır. Franchise alanın bağımsızlığı ve franchise verenin destekleme ve eğitim verme yükümlülüğü göz önüne alındığında franchise sözleşmesi diğer sözleşme türlerinden de temel olarak ayrılmaktadır. Franchising sisteminde tarafların dürüstlük ve sadakat yükümlülükleri ile ilişkisinin sürekliliği özellikle de franchise sözleşmesinin fesih nedenlerini tespit etme ve bu sözleşmenin sona ermesi durumunda tarafların hak ve yükümlülüklerinin neler olduğunu belirlerken büyük önem taşımaktadır.

Franchise sözleşmesini sona erdiren nedenler Türk Hukukunda açık şekilde düzenlenmediğinden mümkün olduğu ölçüde acentelik sözleşmesi için kabul edilen hükümler ve genel hükümler bu sözleşme için de kıyasen uygulanmalıdır. Franchise sözleşmelerine acentelik sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağı düşünüldüğünde belirli süreli franchise sözleşmesinin süre sonunda sona ereceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte süre sonunda otomatik olarak uzayacağı belirtilen sözleşmeler ya da süre sonu gelmesine rağmen feshedilmeyen sözleşmeler “belirsiz süreli sözleşmeler” olarak kabul edilmektedir. Türk hukukunda Amerikan hukukunda olduğu gibi franchise sözleşmelerinin yenilenmemesi durumunda haklı bir neden gösterme gerekliliği bulunmamaktadır. Diğer yandan ölüm, iflas, ehliyet kaybı halleri de franchise sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren nedenler arasında sayılmaktadır. Nitekim acentelik sözleşmesini düzenleyen TTK madde 121’de karşılıklı güven ilişkisinin ön planda olduğu acentelik sözleşmesinde vekalet sözleşmesine ilişkin BK md. 513’ün uygulanacağı ifade edilmektedir. BK madde 513’te ise tarafların iflası, ölümü, ehliyet

kayıbı durumunda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmektedir. Diğer yandan tarafların tüzel kişi olmaları halinde tasfiyeye girme durumu doğrudan tüzel kişiliği sona erdirmeyeceğinden karşı taraf için sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı doğuracaktır. Şirket birleşmesi, tür değiştirmesi, bölünme veya şirket devri, hisse değişikliği durumları ise franchise sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmez ancak karşı tarafın derhal feshi için haklı bir neden oluşturabilir. Franchise sözleşmesinde önemli olan hususun franchise verenin kişiliği değil, sahip olduğu üretim, işletme ve pazarlama sistemi olduğu, sona erme nedenlerini belirlerken bu hususun göz önüne alınması gerektiği; ölüm, iflas, tasfiye, şirket birleşmesi, tür değiştirme ya da bölünmenin sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi için geçerli bir neden olarak kabul edilmesi halinde bu durumun sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafça kötüye kullanıma açık olacağı ve uygulanması durumunda franchising sistemine ciddi zararlar verebileceği göz önüne alınmalıdır.

Franchise sözleşmesinin taraflarca sona erdirilmesi ise olağan fesih ve haklı nedenle fesih olarak ikiye ayrılmaktadır. Olağan fesih (sürelî fesih) yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda taraflardan biri tarafından yapılan fesih makul bir süre öncesinden diğer tarafa gönderilen fesih bildirimine bağlanmakta ve diğer tarafa herhangi bir tazminat hakkı vermeksizin sözleşme bu süre sonunda sona ermektedir. Belirli süreli franchise sözleşmesinde bu hak ancak sözleşmede tanımlanmışsa kullanılabilirken belirsiz süreli franchise sözleşmelerinde ise “makul süre” öncesinde gönderilen ihtar şartı yeterli kabul edilmektedir. Franchise sözleşmelerinin feshinde “makul süre”nin ne olacağı Türk hukukunda tartışılmış ve yapılan yatırımların büyüklüğü, ilişkinin karşılıklı güvene dayanması nedeniyle tarafların ihtiyaç duyduğu süreler de dikkate alınarak 6 (altı) aylık bir fesih süresinin makul olacağı hususunda çoğunluk görüşü oluşmuştur. Ayrıca olağan fesih hakkı kullanılırken TMK madde 2’deki dürüstlük kurallarına uyulması gerektiği de açıktır.

Olağanüstü fesih (süresiz fesih/haklı nedenle fesih) ise haklı nedenlerin bulunması halinde başvurulacak bir fesih yolu olup fesih beyanının karşı tarafa ulaşması ile derhal sözleşmeyi sona erdirmektedir. Haklı nedenler Türk Hukukunda tanımlanmadığı gibi haklı fesih nedenlerinin neler olduğu da tek tek sayılmamıştır. Olağanüstü feshi olağan fesihden ayıran en önemli özellik tarafların fesih öneli süresince sözleşmeyle bağlı kalmamalarıdır. Hakim haklı nedenleri belirlerken hak ve nefaset ilkeleri gereğince bu

belirlemeyi yapmaktadır. Yargıtay tarafından franchise sözleşmesiyle ilgili olarak verilen kararlara bakıldığında malın franchise verenin gösterdiği yerden satın alınmaması, sözleşme dışında ürün satılması, sistem dışında farklı bir işletim sistemi ve aloservis numarası kullanılması franchise veren lehine haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Yine Yargıtay tarafından franchise sözleşmesiyle ilgili olarak verilen başka bir kararda ise franchise verenin franchise paketine dahil olan isim, marka, logo, sembol ve diğer ayırt edici işaretlerin sahibi olmaması ve bunlarla ilgili tüm bilgileri ve hukuki ihtilafları franchise alana vermemesi; franchise alan açısından “haklı fesih nedeni” kabul edilmiştir.

Olağan ve olağanüstü fesih halleri dışında bir franchise sözleşmesinde taraflar her zaman için anlaşarak franchise sözleşmesini sona erdirebilirler.

Franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda taraflar için kaygılar ve her iki taraf için de bu kaygıların ortadan kaldırılması ya da azaltılmasına yönelik bir takım yükümlülükler ortaya çıkmaktadır. Franchise sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte franchise alanın yükümlülükleri;

a) Franchise sistemine ilişkin maddi ve gayrimaddi malları kullanmaya son verme yükümlülüğü

b) Franchise verene ait ticari sırları, üretim ve iş sırlarını ve know-how'ı kullanmama yükümlülüğü

c) Franchise sözleşmesinin sona ermesinden sonra rekabet etmeme yükümlülüğü

d) Franchise sözleşmesi dolayısıyla almış olduğu kişisel verileri iade veya imha yükümlülüğü

olarak ortaya çıkarken franchise alanın hakları;

a) Denkleştirme bedeli talep hakkı

b) Başlangıç ücretinin iadesini talep hakkı

c) Hapis Hakkı

d) Alım hakkı opsiyonu

d) Takas ve mahsup hakkı olarak ortaya çıkmaktadır.

Franchise verenin yükümlülükleri ise;

a) Franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben stokları, ekipmanları ve diğer malları satın alma yükümlülüğü

b) Mevcut siparişleri yerine getirme yükümlülüğü

c) Franchise alanın tasfiyesine yardımcı olma yükümlülüğü

olarak tanımlanırken franchise verenin hakları ise;

a) Franchise edilen taşınmazı devralma hakkı

b) Satınalma opsiyon hakkı

c) Hapis hakkı

d) Takas ve mahsup hakkı

olarak sıralanmaktadır.

Franchise veren, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte mülkiyetine sahip olduğu maddi ve gayrimaddi malların kullanılacağı endişesini taşıırken aynı zamanda da franchise alanın kendi sistemini taklit edeceği ve marka itibarının zedelenebileceği endişesini taşımaktadır. Franchise alan ise yapmış olduğu yatırımın geri dönüşü olup olmayacağı ile birlikte yeni bir iş kurma kaygısına sahiptir.

Franchise alan açısından maddi ve gayrimaddi malların kullanılmaması yükümlülüğü FSEK anlamında eser olarak kabul edilen gayrimaddi mallar ile birlikte Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında korunan gayrimaddi mallar ve ilgili düzenlemeler kapsamına girmeyen diğerleri için geçerlidir. Gerek FSEK gerek Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamına girmeyen diğer mallar TTK madde 54vd. gereğince ve haksız rekabet hükümleri ile korunmaktadır.

Bir franchising sistemi içinde yer alan eğitim materyalleri, sunumlar, ilgili taşınmaza ilişkin planlar, tasarımlar, mimari ve mühendislik projeleri, reklam ve fotoğraf afişleri, dekorasyon, iç mimari ve peysaj projeleri, reklam filmleri, üretilen emtianın ve ambalajının biçimini belirleyen sınai resim ve modeller, tercümeler, bilgisayar programları ve veri tabanları, sahibinin hususiyetini taşımaları ve eser olarak nitelendirilmeleri durumunda FSEK kapsamında korunmaktadır.

Eser sahibi olarak nitelendirilen franchise veren, bu eserler üzerinde mali ve manevi haklara sahip olup FSEK’te tanımlanmış koruma yollarına başvurabilecektir.

Hatta yukarıda bahsedilen kalemler “eser” olarak nitelendirilmeseler dahi franchise veren, TTK md. 54vd. uyarınca haksız rekabet hükümleri gereğince koruma talebinde bulunabilecektir.

FSEK gereğince, “eser” niteliği taşıyan gayrimaddi malların franchise sözleşmesinin sona ermesinden sonra da franchise alan tarafından kullanılması halinde franchise verene, tecavüzün ref’i, tecavüzün men’i ve tazminat davaları açma hakkı tanınmakta ve telif tazminatı talep etme hakkı verilmektedir. Diğer yandan mali hakları haleldar olan kişi haksız fiil hükümleri gereğince maddi tazminat talebinde bulunabileceği gibi vekaletsiz iş görme hükümleri gereğince elde edilen karın iadesini de talep hakkına sahiptir. Bunlara ek olarak FSEK madde 71’de manevi, mali veya bağlantılı hak ihlali halinde 6 aydan 5 yıla kadar varan hapis ve adli para cezaları getirilmiştir.

Tartışılması gereken diğer bir husus da master franchise sisteminde alt franchise alan ve alt franchise veren arasındaki ilişki sona erdiğinde alt franchise alanın franchise sistemi içindeki “eser” niteliğine haiz unsurları hukuka aykırı olarak kullanması durumunda, alt franchise verenin yukarıdaki davaları franchise veren adına açıp açamayacağı hususudur. Bu konu doktrinde oldukça tartışmalıdır. Biz eğer alt franchise veren münhasır bir hakka sahipse bahsekonu davaları franchise veren adına açabilmesi gerektiğini ve diğer yandan her ne kadar FSEK’te açık bir hüküm olmasa da bu imkanın franchise sözleşmesine eklenecek bir hükümle alt franchise veren (franchise alan)a tanınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Franchise sistemine dahil olup Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında korunan gayrimaddi haklar ise genel olarak marka, patent, coğrafi işaret, tasarım, faydalı modeller üzerindeki haklardır. Bir franchise sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında korunan haklar da franchise alan tarafından kullanılmamalıdır. Hatta Yargıtay; fesih haksız dahi olsa bu hakların kullanımı ile feshin haklı olup olmadığı hususlarını birbirinden ayırarak ilgili unsurların kullanımına derhal son verilmesi, feshin haklı olup olmadığı hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Franchise sisteminin temeli, marka kullanımına dayansa dahi markanın yanında patent, faydalı model ve tasarım ve kimi zaman coğrafi işaret de bir franchise sözleşmesine konu olabilir. Franchise sözleşmesinin sona ermesine rağmen bu unsurların kullanılmaya devam edilmesi durumunda franchise veren, Sınai Mülkiyet Kanunu md.

149 vd.'a göre tecavüzün tespiti, önlenmesi, durdurulması, kaldırılması ve maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunabilir.

Sınai Mülkiyet Kanunu madde 158'de ise olası bir sınai hak tecavüzü halinde açılacak davalar düzenlenirken aynı maddede, aksi kararlaştırılmamışsa inhisari lisans alanın, sınai hak sahibinin açabileceği tüm davaları kendi adına açabilirken inhisari lisans sahibi olmayan lisans alanın, sınai mülkiyet hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa hak sahibine karşı bildirimde bulunarak dava açılmasını talep edebileceği; 3 (üç) ay içinde hak sahibinin dava açmaması halinde ise bu davayı kendi adına açabileceği düzenlenmektedir. Diğer yandan ciddi bir zarar tehlikesi bulunması halinde; lisans alan mahkemeden tedbir talep etme hakkına sahiptir. Mahkeme tarafından tedbir kararı verilmesi halinde ise lisans alan; davayı kendi başına açma hakkına sahiptir.

Gerek Türk hukukunda gerek karşılaştırmalı hukukta sadece marka adına tescil edilen ve markanın münhasır sahibi olan kişinin markaya olası bir tecavüz halinde dava hakkına sahip olabileceği görülmektedir. Her ne kadar dava hakkının markanın devir edildiği kişileri ya da münhasır franchise alanları da kapsadığı yorumu yapılsa da özellikle de alt franchise alanlar genellikle münhasır değildirler. Bu durum, markayı korumak isteyen münhasır olmayan franchise alan için bir sorun teşkil etmekte ve franchise alan, franchise veren olmaksızın tecavüze ilişkin bir dava açamamaktadır. Bu sorunu aşmak için yabancı işletmeler vekil/temsilci markaları vermek suretiyle bu sorunu aşmakta ve bu düzenleme sayesinde franchise alana da dava açma ve markayı korumak için gerekli diğer hukuki yollara başvurma imkanını tanımaktadırlar. Türkiye'de mal veya hizmet sunan bir yabancı işletme, hem pazar şartları nedeniyle hem de koruma hükümlerinden yararlanabilmek için markasının kendi adına değil de, vekili (franchise alan) adına tescil edilmesini isteyebilir. Bu durumda tescilli markanın sahibi vekil olmakla birlikte vekil ile işletme iç ilişkide arzu ettikleri düzenlemeyi yapabilmektedir. Bu tür markalar; vekil markaları veya temsilci markaları olarak anılmaktadır.

FSEK ya da Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre korunmayan maddi ve gayrimaddi mallar ise kural olarak TTK madde 54 vd. gereğince haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktadır. Bir franchising sistemi içinde bulunan slogan, işaret ve amblemler, Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamına girmeyen emtia ve ambalaj biçimleri, mağaza ve lokal dekorasyonları, fiyat listesi, prospektüs, katalog dizaynı, personel kıyafetleri ya da servis

arabaları üzerine konulan resimler, plaketter, vitrin unsurları, kataloglar, ürün numara ya da kodları, tescilsiz ticaret unvanları (Tescilli ticaret unvanları için özel bir koruma mekanizması TTK md.52 ile getirilmiştir) haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktadır.

Bir franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben franchise alanın bu unsurları kullanmaya devam etmesi veya benzerlerini kullanması halinde, franchise veren TTK'nun haksız rekabet hükümleri gereğince tanınan koruma yollarına başvurabilecektir. Bu durumlarda franchise veren, zarar görme tehlikesinin olması durumunda haksız rekabetin tespitini, men'ini, haksız rekabet sonucu doğmuş olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış ve yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların ortadan kaldırılmasını, haksız rekabetin işlenmesinde kullanılan araç ve malların imhasını talep edebileceği gibi zarar oluşmuş olması halinde ise maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir. Franchise veren, maddi tazminat yerine haksız rekabet nedeniyle mahrum kaldığı kar kaybı talebinde bulunursa hakim bu talebi de kabul etmekte serbesttir.

TTK m.57'de haksız rekabet fiilinin işlerini veya hizmetlerini gördüğü sırada çalışanlar ya da işçiler tarafından da işlenebileceği, bu durumda haksız rekabetin tespiti, men'i ve haksız rekabetin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin taleplerin çalıştıranlara karşı da ileri sürülebileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca yine aynı kanunun 62 maddesi uyarınca m.55'te tanımlı fiilleri kasten işleyenler ile maddede tanımlı diğer haller için iki yıla kadar hapis veya adli para cezası getirilmiştir.

Franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda ticari sırlar ve know-how'ın ne olacağı hususu da büyük önem taşımaktadır. Türk hukukunda "ticari sır" kavramı açık bir şekilde tanımlanmamakla birlikte TTK madde 55'te üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı kullanımının haksız rekabet suçunu oluşturacağı düzenlenmiştir. Daha önceki TTK düzenlemesi de göz önüne alındığında "üretim sırrı"; teknik konulara ilişkin gizli bilgileri tanımlamak için kullanılırken "iş sırrı" teknik olmayan diğer bilgiler için kullanılmaktadır.

Ticari sırlar; üretim ve iş sırları ile işletme sırlarını ve know-how'ı içine alan bir kavramdır.

Know-how kavramı Türk hukukunda açık bir şekilde tanımlanmamaktadır. Know-how'ın zorunlu unsurları;

a) Bir teşebbüse ilişkin bilgiler olması

b) Kural olarak emek ve zaman harcanmaksızın ve masraf yapılmaksızın ulaşılamayacak bilgi ve deneyimler olması ve know-how alıcısının rakipler karşısındaki rekabet gücünü arttırması

c) Devredilebilir ve aktarılabilir olması

Bir franchising ilişkisinde iş formatları, el kitapları, metodlar, iş planları, stratejik bilgiler, ürün bilgileri, tarifler, formüller, müşteri ve tedarikçi bilgileri, yeni ürün geliştirme planları, bilgisayar teknolojisi, ürün bilgileri, teknik, idari ve mali, operasyonel bilgiler know-how kavramını da içeren ticari sır kapsamına girmektedir. Franchise sözleşmelerinde ciddi bir know-how aktarımı olduğu kadar ticari sırrın devri de sözkonusudur.

Bir franchise sözleşmesinin sona ermesi üzerine franchise alan bu ticari sırları ve know-how'ı açıklamamak yükümlülüğü altındadır. Ticari sırlar, know-how, üretim ve iş sırları haksız rekabet hükümleri ile korunmaktadır. Franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben bu bilgilerin ifşası durumunda franchise veren, öncelikle franchise sözleşmesinde belirtilen sır saklama veya rekabet etmeme taahhüdüne ilişkin maddelerin uygulanmasını talep edecek; eğer sözleşmede koruyucu bir hüküm yoksa haksız rekabet hükümleri gereğince gerekli hukuki yollara başvuracaktır.

Bir franchise sözleşmesinde sözleşme süresince ve sözleşmenin sona ermesinden sonra franchise alana getirilen “rekabet etmeme yükümlülüğü” gerek sistemin bütünlüğünün korunması gerek müşteri ve itibar kaybı yaşamamak, ticari sırları ve know-how'ı korumak açısından büyük bir önem taşımaktadır. Franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda franchise alan için sözleşmede bir rekabet etmeme yükümlülüğü tanımlanmamışsa Türk hukukuna göre bu yasağın bulunmadığı kabul edilir. Ticari işletme devirleri ise bu durumun dışında tutulmuş ve doktrinde ticari işletme devri olması halinde franchise alanın sözleşmede düzenlenmemiş olsa dahi rekabet yasağı ile bağlı olacağı kabul edilmiştir. TTK md. 123'te acentelik sözleşmesi için rekabet yasağı düzenlenmiştir. Madde123'te düzenlenen ve acentelik sözleşmesi için getirilen rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler, franchise sözleşmesinin yapısına uygun düştüğü ölçüde

kıyasen bu sözleşme için de uygulanmalıdır. Özellikle de rekabet yasağının geçerlik şartlarına ilişkin olarak getirilmiş olan rekabet yasağının yazılı olması, yalnızca acenteye bırakılmış bölge ve müşteri çevresi ile faaliyet konusuna ilişkin olması, bekleme tazminatı gibi hükümlerin franchise sözleşmesi için de uygulanması uygun olacaktır. Diğer yandan aynı maddede rekabet yasağının 2 (iki) yıl süre ile getirileceği belirtilmiş olmasına rağmen Rekabet Kurumu’nun Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında franchise sözleşmesi için bu sürenin 1 (bir) olacağı kabul edilmelidir. Rekabet Kurumu; franchise sözleşmesinde yer alan bir rekabet yasağı hükmünü alıcının faaliyette bulunduğu tesis ve arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how’ı korumak için gerekli olması ve 1 (bir) yılı aşmaması kaydıyla geçerli kabul etmiştir.

Her ne kadar rekabet yasağı sadece franchise sözleşmesi taraflarını bağlasa da; franchise alanın alt franchise vermesi durumunda; franchise alan, alt franchise alanların da bu yasağa uymalarını teminle yükümlü olmalıdır. Ayrıca rekabet yasağı sadece franchise sözleşmesi tarafları için getirilmiş olmasına rağmen bu yasağın çalışanlar, eş, akrabalar, ortaklar eliyle de delinmesi mümkündür ve bu durumda da rekabet yasağının ihlal edildiği kabul edilmelidir. Nitekim Rekabet Kurumu da sözleşmeyi imzalayan şirket ortakları ve bunların ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlarını kapsayacak şekilde ve faaliyetin gösterildiği alan/işyeri ile sınırlı olarak düzenlenen rekabet yasağını geçerli kabul etmektedir.

Franchise sözleşmesinde belirtilen rekabet yasağının ihlali durumunda franchise veren sözleşmeye aykırılık nedeniyle tedbir talepli olarak yargı yoluna gidebilir; tazminat talep edebilir ya da sözleşmede belirtilen diğer hukuki yollara başvurarak cezai şart vb. taleplerde bulunabilir.

Franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda franchise alan; franchise verene kazandırdığı müşteri çevresi nedeniyle doğan zararının, franchise verenin bu müşteri çevresinden yararlanarak elde edeceği kazanç ile denkleştirilmesi karşılığı bir ödeme talep eder. Bu ödemeye “portföy tazminatı”, “müşteri tazminatı”, “denkleştirme bedeli” denilmektedir. Denkleştirme bedeli bir tazminat olmayıp zarar ve kusur şartı aranmamaktadır.

Eski kanunumuzda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte franchise sözleşmesinin feshi sonrasında franchise alana denkleştirme bedeli ödenmesi hususu

Yargıtay içtihatlarıyla oluşmuş ve şekillenmiştir. 6102 sayılı TTK madde 122/5 ile denkleştirme bedeline ilişkin acentelik sözleşmesi için getirilen hükmün aykırı düşmedikçe tek satıcılık ve benzeri diğer sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde de uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu hüküm, tekel hakkı veren franchise ve marka lisans sözleşmelerine de uygulanacaktır. Doktrinde her franchise sözleşmesinin özünde tekel niteliğini barındırdığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Biz her franchise sözleşmesinin tekel niteliği olmamakla birlikte bu inceleme yapılırken franchise alanın faaliyet göstereceği bölgeye, semte ve hatta muhite bakılarak nihai bir sonuca varılması gerektiğini ancak franchise sözleşmelerinde tekel niteliği bulunmadığı gerekçesiyle denkleştirme ödemesi yapılmamasının adil olmadığını düşünmekteyiz. İlgili madde gereğince denkleştirme bedeli talebinde bulunabilmek için çeşitli koşullar bulunmaktadır; bunlar,

- i) Sözleşmenin sona ermiş olması
- ii) Franchise verenin sözleşme sona ermiş olsa da müşterilerden menfaat elde etmeye devam etmesi
- iv) Franchise alanın yeni müşterilerle yapılmış ya da kısa süre içinde yapılacak işler dolayısıyla sözleşme devam etseydi elde edeceği ücret isteme hakkını kaybetmesi
- v) Denkleştirme bedelinin hakkaniyete uygun olması
- vi) Sözleşmenin sona ermesini takiben franchise alanın 1 yıl içinde talepte bulunması gerekliliği ve denkleştirme bedeli talep hakkının vazgeçilmezliği

TTK’unda denkleştirme bedeli hesaplaması için açık bir hüküm bulunmadığı gibi Yargıtay kararlarında da denkleştirme bedeli hesaplamasına ilişkin temel prensiplerin oluşturulmamış olduğu görülmektedir. TTK madde 122’de ise denkleştirme bedeli hesabı için bir üst sınır getirilmiş ancak temel prensipler ortaya konulmamıştır. İlgili madde düzenlemesinden de yola çıkarak denkleştirme bedeli hesaplamasında franchise alanın son 12 (oniki) ay içinde elde ettiği brüt kar dikkate alınmalı, bu miktardan hakkaniyet indirimleri yapılmalı, ancak bulunan rakam hiçbir şekilde franchise alanın son 5 (beş) yılda elde ettiği brüt karın ortalamasını aşmamalıdır. Türk hukukunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen denkleştirme bedeli hesaplaması 3 (üç) aşamada yapılmalıdır;

a) Menfaatin devam edeceği süre de göz önüne alınarak franchise verenin elde ettiği menfaat ve franchise alanın kaybindan oluşan ham karşılık bulunmalıdır.

b) Hakkaniyet incelemesi yapılarak bu bedelin azaltılması, arttırılması ya da hiç ödenmemesine karar verilmelidir. Bu aşamada markanın çekim gücü, rekabet yasağının ihlal edilip edilmediği, franchise alana başka bir ödeme yapılıp yapılmadığı, denkleştirme bedelinin peşin ödenecek olması nedeniyle yapılması gereken faiz indirimi, franchise alanın yaptığı reklam ve pazarlama harcamaları, yapılan yatırım, yatırımın geri dönüş süresi gibi kriterler dikkate alınacaktır.

c) Kanunda belirtilen üst sınıra uygunluk denetimi yapılacak ve bulunan rakam üst sınıra uyarlanacaktır.

Franchise sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte ortaya çıkan en önemli sorunlardan biri de franchise alanın elinde bulunan ekipman ve stokların ne olacağı hususudur. Bu konu genel olarak franchise sözleşmelerinde düzenlenmektedir. Franchise sözleşmesinde herhangi bir hüküm olmaması halinde ise yargı mercileri tarafından dürüstlük kuralları ve TMK madde 2 gereğince ve herbir olay bazında değerlendirme yapılmaktadır.

Genel olarak franchise sözleşmesinde ekipmanın ve stoğun franchise veren tarafından satın alınması gerektiği yönünde bir yükümlülük olmaması durumunda böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı varsayılır. Diğer yandan eğer sözleşmede böyle bir yükümlülük varsa; franchise verene ekipman, yedek parça ya da stoğu satın alma yükümlülüğü getirilmişse ya da sözleşmede yazılmasa dahi işin mahiyetinden böyle bir yükümlülük olduğu yorumu yapılıyorsa franchise verenin stoğu ya da ekipmanı satın alma yükümlülüğü olduğu kabul edilir. Diğer yandan bu yükümlülüğün kapsamı ve satın alma bedeli belirlenirken dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Franchise alanın gereğinden fazla stok yapmış olması, stoğun kötüleşmesine neden olması, ekipman ve stoğun farklı bir şekilde değerlendirilmesi olasılığı bulunması halinde ya da sistemde bulunan malların franchise sisteminin özelliğini yansıtmaması halinde franchise verenin satın alma yükümlülüğü olmadığı sonucuna varılmalıdır. Nitekim doktrinde acentenin ya da kıyasen franchise alanın başka bir müvekkil/franchise veren ile anlaştığında yararlanabileceği yatırımlar varsa bu yatırımlar için tazminat ödenmesine gerek olmadığı zira acente/ franchise alan bağımsız bir tacir olduğundan yeni bir müvekkil/franchise veren bulup bulamama riskinin acenteye/ franchise alana ait olması

gerekir görüşü bulunmaktadır. Franchise alanın elinde bulunan ekipmanların üzerinde franchise verene ait marka, isim, tanıtıcı işaret, logo ya da üretim tarzını yansıtan sistem bulunması halinde ise franchise verenin geri alım yükümlülüğü olduğu sonucuna varılmalıdır.

Ekipman ve stoğun geri alınıp alınmaması ve geri alınması durumunda ödenecek alım bedeli belirlenirken franchise sözleşmesinin hangi tarafın kusuru ile sona erdiği hususu da bu değerlendirmede esas alınmalıdır. Eğer sözleşme franchise alanın kusuru ile sona erdiyse franchise verenin geri alım yükümlülüğü olmadığı ancak franchise verenin kusuru ile sona erdiyse geri alım yükümlülüğü olduğu sonucuna varılmalıdır. Ancak franchise sözleşmesi franchise alanın kusuru ile sona ermiş olmasına rağmen franchise veren sözleşmede bu malları satın almayı taahhüt etmişse, o halde franchise veren bu malları satış bedelinden değil maliyet bedeli üzerinden satın alabilmelidir. Diğer yandan eğer sözleşme franchise verenin kusuru ile sona erdiyse franchise veren bu malları satış fiyatı üzerinden satın almalıdır. Ayrıca geri alım fiyatının belirlenmesinde ekipmanın amortisman durumu, stoğun tekrar kullanılabilirliği de yapılacak fiyat değerlemesinde önemli unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında franchise verenin geri alım yükümlülüğü belirlenirken sadece stok ve ekipman değil; franchise alan tarafından yapılan diğer yatırımlar (yenilemeler vb) da göz önünde tutulmalıdır. Eğer sözleşme tarafların ortak kusuru ile sona erdiyse her iki taraf da zarara kusuru oranında katlanmalıdır.

Franchise verenin geri alma yükümlülüğüne aykırı davranarak dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesi durumu; culpa post contrahendum yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder ve franchise alan bu nedenle TBK m.112 ve m.113 hükümleri uyarınca tazminat talep hakkına sahip olur. Diğer yandan franchise alanın elde kalan stoğu satabilme olasılığı varsa tazminata hükmedilmemelidir.

Franchise sözleşmesinin sona ermesini takiben franchise alan, makul bir süre zarfında franchise verenden elindeki ekipmanı, malları ve stoğu satın alması talebinde bulunmalıdır. Franchise alanın elinde kalan malları eritmesi için franchise veren tarafından bir süre daha satım hakkı tanınabilir. Bu malların franchising sistemine ilişkin birtakım unsurları barındırması durumunda ise böyle bir uygulama; franchising sistemine zarar verebilecek bir uygulama olarak ortaya çıkabilecektir.

Franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda ortaya çıkan en önemli sorunlardan biri de franchise edilen taşınmazın ne olacağı hususudur. Franchise edilen taşınmaz müşteriler için franchise konusu marka ile bütünleşmiş olduğundan ve eğer sistem için de önemli bir değer taşıyorsa; franchise veren bu taşınmazı devralmak isteyecektir. İlgili taşınmazın franchise veren tarafından kontrol edilmesi; taşınmazın satın alınması, kiralanması ya da “kira devri”ne ilişkin taahhütlerin alınması yoluyla gerçekleşir. Hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın Türk hukukunda “zilyedliğin devri” talebiyle franchise veren tarafından açılan davaların çok uzun süre devam ettiği ve hatta mahkemeler tarafından karar verildiğinde çoğu kez devir talebinin konusuz kaldığı görülmektedir. Zilyedliğin devri talebiyle açılan davalarda mahkemelerce ve Yargıtay tarafından öncelikle feshin haklı olup olmadığı incelenmesi yapılmaktadır. Oysa ki franchising ilişkisinin karşılıklı güven üzerine inşa edildiği göz önüne alındığında güvenin sarsıldığı bir ortamda tarafların iş ilişkisini sürdürmesi mümkün değildir. Feshin haksız olması halinde dahi uygulanacak olan yaptırım tazminat olmalı ve yargı makamı hızlı bir şekilde taşınmaz devrine karar vererek ödenecek tazminat miktarı üzerinde yoğunlaşmalıdır. Kaldı ki çok uzun zaman alan ve sonuca ulaşmayan yargı süreçleri franchise verenin müşteri ve itibar kaybına neden olacağı gibi franchise alanın da yatırım yaparak yeni bir iş kurmasını engellemektedir. Bu kadar uzun süren bir yargı sürecine girmek hem franchise alan hem de franchise veren için bir fayda sağlamayacağından daha hızlı sonuç alabilmek için franchise sözleşmelerine tahkim hükmünün eklenmesi karşılaşılabilecek olan sorunların çözümünü hızlandıracaktır. Ayrıca imzalanacak olan sözleşmelere bu hususta hükümler eklemek ve uyulmaması durumunda cezai şart maddesi getirmek de göz ardı edilmemesi gereken bir husustur.

Franchise sözleşmesinin sona ermesi durumunda genellikle imzalanan franchise sözleşmesinde franchise verene satın alma opsiyon hakkı veya satınalma yükümlülüğü getirilmekte ve genellikle sözleşmede satınalma bedeli de belirlenmektedir. Aynı şekilde franchise alana satın alma hakkı tanınması ve franchise alanın bu hakka dayanarak sözleşmenin sona ermesi durumunda franchise verenden talepte bulunması da mümkündür. Sözleşmeyle getirilen satın alma opsiyon hakkı veya satınalma yükümlülüğü franchise alanın taşınmazına, franchise alanın ekipman, stok ve markalarını içeren diğer unsurlara veya franchise edilen işin tümüne ve hatta ticari işletmenin devralınmasına kadar genişlemektedir. Genel anlamda; franchise verenin satın alma

opsiyon hakkı franchise işinin bütününün satın alınması için kullanılmaktadır. Ticari işletmenin tamamının franchise veren tarafından devralınması durumunda ticari işletmeye dahil olan tüm unsurların (kiracılık hakkı, taşınmaz, müşteri çevresi vb) franchise verene geçeceği düşünüldüğünde bu hakkı franchise verene tanımak taşınmazı ve müşteri çevresini elinde tutmak isteyen franchise veren için de önemli bir çözüm yolu olacağı gibi aynı zamanda da franchise alan rekabet yasağına tabi olacaktır.

Franchise verene satın alma opsiyon hakkını kullanmadan önce gerekli araştırmaları yapmak, işi incelemek, ekipman ve taşınmaz üzerinde herhangi bir takyidat olup olmadığını araştırmak için makul bir süre tanınmalıdır. Ticari işletme devrinin işletmenin aktifleriyle birlikte pasifini (borçlarını) de kapsadığı açıktır. BK m.202 işletme devri sırasında alacaklıları tek tek bulup rıza alınmasının olanaksız olacağını öngörerek borcun devrini alacaklıların onayına bağlamamış ancak işletme alacaklılarını korumak için devralan ve devreden iki yıl süre ile müteselsil olarak sorumlu olmasını hükme bağlamıştır. Bu nedenle franchise verenin işletme devri halinde franchise alanın borçlarından 2 (iki) sene süre ile müteselsil sorumluluğu olduğu da düşünüldüğünde franchise veren için ticari işletme borçları ve özellikle de ticari işletme üzerinde ticari işletme rehni bulunup bulunmadığı hakkında bir araştırma yapması daha da kritik bir hal almaktadır. Franchise verenin satın alma opsiyonunu kullanması ticari işletme üzerinde bir ticari işletme rehni olması ya da taşınmaz üzerinde üçüncü kişinin ya da bankanın ipoteği bulunması, kira sözleşmesinin süre sonunun yaklaşması durumunda anlamsız hale gelmektedir.

Tarafların satın alma opsiyon hakkının kullanılmasında anlaşmaya varamamaları durumunda franchise verenin bir eda davası açması düşünülebilir. Bununla birlikte olası bir fesih halinde franchise verenin satın alma opsiyon hakkını kullanabilmek için yargıya başvurması durumunda yargı makamının feshin haklılığı üzerinde yoğunlaşacağı ve satın alma opsiyon hakkının kullanılmasının incelenmesini ikinci sıraya bırakacağı söylenebilir. Bu durumda ise sözleşmede belirtilen “satın alma opsiyon hakkı” anlamsız hale gelmektedir. Bu nedenle satın alma opsiyon hakkının franchise alanın işletmesini satmak istemesi, sözleşme süresinin bitmesi ya da ölüm iflas durumunda franchise verene tanınması daha doğru bir çözüm olacaktır.

Franchise sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte franchise alana kullanım hakkı tanınan markanın ve aktarılan know-how’ın karşılığı olarak alınan başlangıç ücretinin ne

olacağı sorunu da ortaya çıkacaktır. Genel olarak bir franchise sözleşmesinde bu husus düzenlenmektedir. Yargıtay eski tarihli kararlarında başlangıç ücreti ile ilgili olarak franchise sözleşmesinin öncelikli olarak uygulanması gerektiği yönünde kararlar verirken sonraki tarihli kararlarında; feshin haklı olup olmadığı hususunun da değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay; sözleşmede başlangıç ücretinin iade edilmeyeceği yönünde bir hüküm bulursa dahi, franchise verenin feshinin haklı olup olmadığı değerlendirmesi yapılmaksızın sözleşmede bu bedelin iade edilemeyeceği şeklindeki hükme göre karar veren ilk derece mahkemesi kararını hukuka aykırı bulmuş ve bu kararı bozmuştur. Bizim görüşümüz ise sözleşmede başlangıç ücretiyle ilgili bir hüküm varsa öncelikle bu hükmün uygulanması gerektiği, eğer yoksa ve fesih franchise alandan kaynaklamıyorsa fesih tarihiyle orantılı olarak başlangıç ücretinin iade edilmesi gerektiği yönündedir.

Ayrıca franchise sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gereğince kimi zaman “veri sorumlusu” kimi zamansa “veri işleyen” olarak adlandırılan franchise alanın almış olduğu kişisel verileri derhal imha etme, eğer franchise veren adına açık rıza alınmışsa bu verileri franchise verene devretme ve VERBİS kaydını derhal sildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Franchise alanın veri işleyen olduğu ve franchise verene ortak sorumluluğu bulunan hallerde ise ortaya çıkan bir zarar karşısında franchise alanın franchise vereni tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Franchise verenin tüm yükümlülüklerine ek olarak ilişkinin sona erdirilmesi aşamasında da franchise alanın tasfiyesine yardımcı olmakla yükümlü olduğu söylenebilir. Bu yükümlülük ise genellikle yan yükümlülüklerde kendini gösterecek olup herbir olay bazında ve tarafların karşılıklı menfaat dengesi de göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılmalıdır.

Franchise sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte franchise alan ve franchise veren için bir takım hakların doğacağı da aşikardır. Tarafların haklarını kullanabilmeleri için çoğu zaman ellerinde bulunan ve paraya çevrilebilecek unsurlar üzerinde hapis hakkını ve/veya takas/mahsup hakkını kullanmalarına Türk hukuku tarafından cevaz verilmektedir.

KAYNAKÇA

ABELL Mark, Legal Perspective of Regulatory Framework and Challenges for Franchising in the EU, 2016.

AKIN İrfan, Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler, AÜHFD, 62(3)2013:613-641.

AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Yayınevi, İstanbul 2013.

ALBAYRAK AKINCI Özlem, “Acentelik ve Tekel Yekisi Veren Diğer Sözleşmelerde Rekabet yasağı”, Çukurova Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Adana 2016.

APPLEBY Bethany L., Interim Relief: Preserving Franchise Goodwill During Termination Procedures, American Bar Association Franchise Law Journal, Fall 2002

ARBEK Ömer, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

ARKAN Sabih, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5.3 Maddesiyle ilgili Bazı Düşünceler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, C.33, S.3, 2017

ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, b.25, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Vakfı, Ankara 2019.

ARSLAN İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, b.6, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017.

ARSLANDOĞAN Birce, Denkleştirme İsteği Belirsiz Alacak Davası Yoluyla İleri Sürülebilir mi? Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.141-142, Mayıs-Haziran 2016, s.79-119.

ARSLANTAŞ Okşan, Haksız Rekabet Hallerinden İktibas, İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

ARVASI Zerrin, Franchise Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2000-4.

ASBILL Richard M., **STARLING** Steven, Recurring Themes in Franchise Termination Litigation, Franchise Law Journal, Vol.7, No.4, Spring 1988.

ATAY İlayda, Üç Boyutlu Markaların Hukuki Korunması, Yeditepe Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.

ATEŞ Leyla, Transfer Fiyatlandırması ve Gayrimaddi Mallar, Uluslararası Vergi Hukuku Konularına Türkiye Yaklaşımı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

ATEŞ Mustafa, Veri Tabanlarının Hukuki Koruması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.55, S.1, 2006, s.47-84

AYAN Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b.10, Mimoza Yayınları, Konya 2015.

AYAN Müberra, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Tahkim, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017.

AYAN Özge, Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

AYATA Yeşim, Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Vedat Yayınevi, İstanbul 2015.

AYBAR BADAĞ Zehra, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda Denkleştirme İstemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.12 S. 24 Güz 2013/2, s.167-201.

AYDIN Fatih, Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat, TBB Dergisi 2017(133), 2017.

AYHAN Rıza, **ÇAĞLAR** Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, b.10, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

BAĞRIAÇIK Safiye Nur, Üretim ve İş Sırlarının Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

BAHTİYAR Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, b.18, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.

BAHTİYAR Mehmet, Makaleler III, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

BAL Nurullah, İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013, S.1-2.

BAŞ Mustafa, Teknik Bilgi (Know-How Lisans Sözleşmesi), Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

BATENHORST Gary L., Breaking Up is Hard To Do:Challenges and Opportunities in Franchisor Buyback Rights and Obligations, American Bar Association Franchise Law Journal, Fall 2010.

BİLGE, Mehmet Emin, **KARASU**, Rauf, **ALTINTAŞ**, Abdullah, **KOÇAK**, Hakan, Ticaret Ünvanlarının Tescili Aşamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri-Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İstanbul Hukuk Mecmuası 77(2), İstanbul 2019.

BİLGE, **Mehmet Emin**, Ticari Ad ve İşaretler arasında Karıştırılma Tehlikesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

BİLGİLİ Fatih, **DEMİRKAPI** Erhan, Ticari İşletme Hukuku, b.6, Dora Yayınları, Bursa 2016.

BOZBEL Savaş, Fikri Mülkiyet Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

BOZER Ali, **GÖLE** Celal, Ticari İşletme Hukuku, b.5, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2018.

BOZGEYİK Hayri, **ER** Sefa, Tasarımlar için Kümülatif Koruma İlkesi, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.5, S.1, 2019, s.19-38.

BRUNO Harold R., Is Proper Termination Necessary To Obtain A Trademark Injunction; American Bar Association Franchise Law Journal, Spring 2002.

BUZ Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, İstanbul 2005.

CAN Mustafa, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet, TBB Dergisi, S.69, 2007.

CAN Ozan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

CAN Ozan, Franchise Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Bağlamında Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014/1, s.51-67.

CANKAT Rıfat, Limited Ortaklıklarda Opsiyon Hakları, Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017.

CANTÜRK Barış Cihan, Bahçeşehir Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, “Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi”, İstanbul 2019.

CEBECİ, Rıfat, Franchising Rehberi, KOSGEB, Ankara 2005.

ÇELİK Feyzan Şehirali, Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine; SMK m.155 Vesilesiyle bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, C.34, S.2.

ÇELİK Feyzan Şehirali, SMK m.155’in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, C.35, S.2, Haziran 2019.

ÇELİK Feyzan, **ŞEHİRALİ** Hayal, Tescilli Marka Sahibine karşı Tecavüz Davası Açılabilir mi? FRM, C:12.

CENGİL Fatih, Ticari İşletmenin Devri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

ÇETİNKAYA İbrahim, Markaya Tecavüz Halinde Marka Sahibinin Talepleri, Selçuk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010.

CEYLAN, Çiğdem, Marka Lisansı Sözleşmesi, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, s.58-88.

CHENG Amy, **BATENHORST** Gary r., **TOWLE** Griffith, Franchising (@Distribution) Current, Franchise Law Journal, Volume 33, no:3 Winter 2014.

ÇINAR Nihal, Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

CİNOĞLU, Funda, Eser Üzerinde İşverenin Hak Sahipliği, Kadir Has Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

ÇÖRTOĞLU KOCA Sema, Teknoloji Transferinden Doğan Kanunlar İhtilafı; Ankara Üniversitesi, Doktora Tezi, Ankara 2008.

ÇÖRTOĞLU Sema Koca, Franchise Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk ve Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Prof.Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s.749-780.

DANCE Jess A. and **SENTELL** William W., Turning an (accasional)Blind Eye: Selective Enforcement of Franchisee Post Term Non-Compete Covenants, American Bar Association Franchise Law Journal, Fall 2017.

DEMİR Koray, Tek Satıcının Denkleştirme Talebi, Prof. Sabih Arkan'a Armağan, Oniki Levha, İstanbul 2019, s.399-420.

DEMİR Koray, Yeni Dönem: Ticari İşletmenin Devrinde Eski ve Yeni Sorunlar, İÜHFİM, C.LXXI, S.2, 2003.

DEMİRBAŞ Ali, Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, Oniki Levha Yayınları, 2015 İstanbul.

DİNÇ Serhan, Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, b.2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

DOĞAN Eylül Bahar, Tescil Edilmemiş Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

EMERSON Robert W., Franchise Contract Clauses and Franchisor's Duty of Care Toward Its Franchisees, North Carolina Law Review, 1994.

EMERSON Robert W., Franchise Goodwill: Take a Sad Song and Make it Better, University of Michigan Journal of Law Reform; Winter 2013.

EMERSON Robert W., Franchises as Moral Rights, Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law, Summer 2014.

EMERSON Robert W., Franchising Covenants Against Competition, Iowa University Iowa Law Journal, July 1995.

ERBAY İsmail, Know-How Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2002.

ERDEM Ercüment, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

ERDEM Ercüment, Türk Ticaret Kanunu ile ilgili Makaleler (2009-2016), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

ERDOĞAN Burcu İmge, Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b.24, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, b.7, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

ERTABAK Ünal, Tek Satıcılık ve Benzeri Sözleşmelerle İlgili Bilirkişi Raporları, Legal Yayınları, İstanbul 2013.

ERTABAK Ünal, Tek satıcının Müşteri Portföy Tazminatı Talebi, b.2., Legal Yayınları, İstanbul 2011.

ERTAN Füsun Nomer, Haksız Rekabet Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

ERTÜRK Arzu Arslam, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

ESİN İsmail G., Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, Pay ve Satım Opsiyonları ve Hükümleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

EVİRGEN Betül, Ticari İşletmelerin Devri, Gazi Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015.

EVLYAOĞLU Sadullah, Acentenin Rekabet Yasağı Anlaşması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

FISHER Lane and **STAPLIN** Max, Planning Ahead: Creating and Enforcing Mandatory Development Schedules in Area Development, Area Representative and Master Franchise Relationships, American Bar Association Franchise Law Journal, Summer 2013.

FRIGNANI Aldo and **PRATT** John H., Termination and Non-Renewal of Franchise Agreements in the European Union, American Bar Association Franchise Law Journal, Summer 2017.

GARNER W. Michael and **GINSBURG** Elliot R., Nailing the Blob of Mercury: Goodwill in Franchising, American Bar Association Franchise Law Journal; Fall 2013.

GARNER W. Michael and JOHNSTON Sarah A., Utilizing the Doctrine of Prior Material Breach to end a Franchise Relationship, American Bar Association Franchise Law Journal, Summer 2004.

GENÇKAN Ömer Uğur, Türk Medeni Kanunu, C.3, b.2, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

GÖKSOY Yaşar Can, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması, DEÜHFD, Prof.Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, C.XII, Özel sayı, 2010 (basım yılı 2012), s.895-943.

GÖKYAYLA Cemile Demir, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, b.2, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013.

GRAY Michael R. and MURRAY Jason M., Covenants Not To Compete And Nonsignatorises: Enjoying Unfair Conspiracies, American Bar Association Franchise Law Journal, Winter 2006

GÜÇER, Sülün Avrupa Topluluğu ve Türk Hukukunda Franchising Sözleşmesi ve Rekabet Hukuku ilişkisi, Ankara Üniversitesi, Doktora tezi, Ankara 2008.

GÜN Buket, Marka Hukukunda Birlikte Varolma, İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

GÜNEŞ İlhami, Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları, Haksız Rekabet Davaları, b.5, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

GÜRBÜZ Usluel Aslı Elif, Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2009.

GÜRZUMAR Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 1995.

GÜVEN Bekir, İnternet Alan Adı ve Marka arasındaki ilişki, Uzmanlık Tezi, Ankara 2010.

HATEMİ Hüseyin, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.

HATEMİ Hüseyin, GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel bölüm, b.3, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2015.

HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuk Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

HELVACI İlhan, Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna ilişkin Hukuki Mütalaalar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

HESELINK Martjin W., **RUTGERS, DIAZ** Jacobien W. Odiavia Bueno, **SCOTTON** Manola, **VELDMAN** Muriel, European Law Publishers, Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts, 2006.

HIRZEL Leon F., An Analysis of Franchise Agreement Terminations and Nonrenewals for Failure to meet minimum Performance Standarts; American Bar Association Franchise Law Journal, Summer 2017.

ILGAZ Deniz, Know-How ve Ticari Sırlar, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.8, S.1-2, 2000.

İNAL Emrehan, **BAYSAL** Başak, Reklam Hukuku ve Uygulaması, Oniki Levha, İstanbul 2008.

İŞGÜZAR Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Kadioğlu Matbası, Ankara 1989.

İŞIK Egemen, Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

JOHNSON Richard E. **with GREENSTEIN** Richard G., Achieving “Victory Through Prearrangements”: n1 Supplementing Covenants not to Compete, American Bar Association Franchise Law Journal, Summer 2002.

KALENDER Emre, Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK Madde 122’nin, Marka Lisansı Alana Uygulanıp Uygulanmayacağı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İÜHFD, C:8, S:1, 2017.

KANIŞLI Erhan, Türk Ticaret Kanununa Göre Acentenin Denkleştirme Talebi, LHD, C.12, S.138, 2014, s.11-143.

KAPANCI Berk, Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Bunun Hukuki Sonuçları, Rona Serozan’a Armağan, C.II, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010 s.1029-1054 .

KARADAŞ İzzet, 6100 sayılı HMK’da düzenlenen Ulusal İç Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

KARAEĞE Özge, Acentenin Ücret Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

KARAMAN AKÇURA Tuba, Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmede Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK, ULAKBİM Hakemli Dergi, 2018/1, Beta Yayınları, İstanbul.

KARASU Rauf, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Acentanın Denkleştirme Talebi, AÜHFD, C.57, S.4,2008, s.283-318.

KARAYALÇIN Yaşar, Ticaret Hukuku, b.3,1968 Ankara.

KAYA Arslan, Kullanılmama Sebebi İle Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine, Prof.Hamdi Yasaman’a Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

KAYA Arslan, Marka Hukuku, Arıkan Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2006.

KAYA Aslan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik, Beta Yayınları, İstanbul 2016.

KAYA Mustafa İsmail, Acentelik Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

KAYASOYLU Damla, Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Üretim ve İş Sırlarının Korunması, Marmara Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

KAYIHAN Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, b.5, Umuttepe Yayınları, Ankara 2018.

KENDİGELEN Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, b.2, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

KILIÇ Ahmet Hasan, Birlikte Varolma Sözleşmesi, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S.1, C.3.

KILIÇOĞLU Ahmet, Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı olarak), TBB Dergisi, S.54, 2004.

KILIÇOĞLU Ahmet, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, b.5, Tarhan Kitabevi, Ankara 2019.

KIRATLI Metin, Marka Lisans Sözleşmeleri TAAD, Yıl:6 S:23, Ekim 2015, s.203-219.

KIRATLI Metin, Marka Lisans Sözleşmeleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2015 İstanbul.

KIRCA Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1997.

KIRCA Çiğdem, Örtülü Gizli Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, AÜHFD.C.50, S.1,2001, s.91-119.

KIRKBEŞOĞLU Nagehan, Önalım Hakkı, Aristo, İstanbul 2019.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **HATEMİ** Hüseyin, **SEROZAN** Rona, **ARPACI** Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.1, b.6, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

KÖKER Nilüfer, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.

KOYUNCUOĞLU Hikmet, Franchise Alanın Denkleştirme İsteminin Türk Ticaret Kanunu Madde 122 Hükmü Karşısında Değerlendirilmesi, LHD.C.14, S.164, 2016.

KOYUNCUOĞLU Hikmet, Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Düzenlemeleri, TBB Dergisi, 2014(111).

KÜÇÜKALİ Canan, Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

KURTIŞOĞLU Ezel, Acentelik Sözleşmesi ve Acentelik Sözleşmesinin Benzer Sözleşme Türlerinden Farkları, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005.

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2001.

LEBLEBİCİ Hüseyin, **SHALLEY** Christina E., The Organization of Relational Contracts: The Allocation of Rights in Franchising, Journal of Business Venturing 11, 1996.

LEVIN Benjamin A. and **MORRISON** Richard S., Who Owns Goodwill at a Franchised Location, American Bar Association Franchise Law Journal, Winter 1999.

MATTHEWS Stafford, Licensing Journal, Managing Default and Termination of Licensing Relationships, May 2006.

MODELL Charles S. and **FITTANTE JR** Joseph J., Franchisor Involvement in Real Estate, American Bar Association Franchise Law Journal, Spring 1999.

ÖGÜZ Tufan, Know-How Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, b.2, İstanbul 2018.

OĞUZMAN Kemal, **ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, b.17, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

OĞUZMAN Kemal, **ÖZER** Seliçi, **ÖZDEMİR** Oktay, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

OĞUZTÜRK Burcu Kalkan, Güven Sorumluluğu, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2008.

OKTAY Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Doldurulması, İHFM C.LV, 1996.

ONGAN, Burak, Sınai Haklara ilişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Galatasaray Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

ORMANCI ALTINOK Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Ankara Üniversitesi, Doktora Tezi, Ankara 2011.

ORMANCI Pınar Altınok, Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler, AÜHFD, C.58., S.3, 2009.

ÖZÇETİN Yeliz, Türk Ticaret Kanununun 18. Maddesinin Üçüncü Fıkrası Uyarınca Tacirler Arası İhbar ve İhtarların Şekli, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

ÖZDEMİR Semih Sırrı, **ÖZEL** Çağlar, Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, s.189-206.

ÖZEL Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, b.2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

ÖZKAN Aytül, **ÖZKAN** Ahmet Fatih, Fikir ve Sanat Eserleri Bağlamında Tecavüzün Refi Davası ve 3 Kat Bedel Sorunu, Hacettepe HFD 6 (1), 2016.

ÖZSUNAY Ergun, Ticari İşletmede “Kiracılık Hakkı”nın Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1962.

ÖZSUNAY Ergun, Yazar Alois Troller, Know-How Kavramı, Batider, C.VII.

ÖZTAN Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

ÖZTÜRK Pınar, Franchise Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, C.24, S.4, Ankara Ekim 1998.

ÖZYEŞİL Bengü, Marka Lisans Sözleşmesi, Bahçeşehir Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

PEARCE Ted P., **KING** Leigh Reynolds, **THARRINGTON** J. Cary, Oklahoma City University Law Review, The Enforcement of Post Termination Remedies In The Franchise Contract, Spring/Summer 1999.

PEARSON Colin, **PARKER** Nigel, Post Termination Use of Licensed Intellectual Property by Licenses Journal Intellectual Property Law&Practice, 2008, C.3 No:5.

PEKCANITEZ Hakan, Medeni Usul Hukuku, C.III, b.15, Oniki Levha, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ, Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

PEKDİNÇER Tamer, **GİRAY** Eda, **BAŞ** Kadir, Gerekçeli Notlu İçtihatlı 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, b.2, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

POLATER Salih, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

POROY Reha, **YASAMAN** Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, b.17, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

RAU Lee A., Implied Obligations in Franchising Beyond Terminations, Business Lawyer Volume 47 No:3; May 1992.

ŞAHİN Ayşenur, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

SAYGILI Serkan, Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.

SAYINER Cemil, Marka Lisansı Sözleşmelerinin İncelenmesi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, Ankara 2008.

SCHOELLER Mark B., Enforcement of Intellectual Property Rights In Franchising, Licensing Journal, January 2003.

SCHUMACHER Joseph, **TOOMEY** Kimberly, Recovering Lost Future Royalties in a Termination Case, Franchise Law Journal, Volume 20, No:3, 2001.

ŞEKER Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

ŞEN Doğramacı, Hayriye, Çerçeve Sözleşmeler, Anadolu Üniversitesi, Doktora Tezi, Eskişehir 2010.

ŞENER Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınları, İstanbul 2016.

ŞENOL ERCOŞKUN Kübra, Mali Hakları ve Kullanım Haklarını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1) 2013, s.45-64.

ŞENOL Nilay, Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

SEROZAN Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.

SEVİ Ali Murat, Franchising İlişisine Hakim Olan Etik Kurallar; Batider, C.XX, S.3, Ankara 2000.

SHARAV, Khishigsuren, Know-how Sözleşmesi ve Know-How Alanın Yükümlülükleri, Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004

ŞİMŞEK Bahar, Franchising Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

SOLISH Jonathan, Point/Counterpoint: What is a Franchise American Bar Association Franchise Law Journal, Summer 2006.

SOYKAN İsmail Cem, Fikri Mülkiyet Hukukunda Basın İktibasları, İÜHFİM, C.LXVII, S.1-2,2009, s.183-207.

SÖYLEYENSOY Güşan, Tescilli Markanın İnternette Alan Adı olarak Kullanılarak Tecavüze Uğrama, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Yüksek lisans Tezi, İstanbul 2011.

SPENCER Elizabeth Crawford, An Exploration of The Legal Meaning of Franchising, Journal of Marketing Channels, s.25-51,2013.

ŞUA Mehmet, Franchise Sözleşmesinin Tanımına Yeni bir Bakış; Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi; C.4, S.2, 2007, s.57-80.

SULU Muhammet, Ticari Sırların Korunması, b.2, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

SULUK Cahit, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.4, S.1, s.91-109.

SULUK Cahit, **KARASU** Rauf, **NAL** Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, b.2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

TANDOĞAN Haluk, Tek Satıcılık Sözleşmesi, BATİDER, C.XI, S.4, Ankara 1982, s.1vd.

TEKELİOĞLU Numan, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

TEKİN Ufuk, Acentenin Ücret Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2018.

TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, b.5, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012.

TEKİNALP Ünal, Türk Hukukunda Acentanın Portföy Akçası Talebi, Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.1-17.

TELLİOĞLU Dudu Duygu, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları, Galatasaray Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

TILLIAC Clay A. and **ASHTON** Mark E., Who Takes What: The Parties Rights to Franchise Materials at the Relationship's End, American Bar Association Franchise Law Journal, Fall 2008.

TOPÇUOĞLU Metin, Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Tekel (inhisar) Kaydı ve Aktif-Pasif Satışlar, Rekabet Dergisi, S.18, Ankara, 2004, s.3-60.

TRACTENBERG Craig R., **CALIHAN** Robert B. and **LUCIANO** Ann-Marie, Legal Considerations in Franchise Renewals, American Bar Association Franchise Law Journal, Spring 2004.

TUZLU Zeynep, Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2012.

ULAŞ Dilber, Franchising Sistemi, b.4, Nobel Yayıncılık, Ankara 1999.

ÜLGEN Hüseyin, **HELVACI** Mehmet, **KAYA** Arslan, **NOMER ERTAN** Füsün, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

ÜSTÜN Dilek, Fikri ve Sınai Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları ve İnternet Alan Adı, Legal Hukuk Dergisi, S.20, 2004.

UTKU, Doruk, Sınai Hakların Rehni, Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul 2009.

UZUNALLI Sevilay, Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

VİSKUŞENKO ABACIOĞLU Melis, Markalarla ilgili Sınai Mülkiyet Kanununda Yer alan Değişiklikler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S.1., C:20, 2018.

YASAMAN Hamdi, Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri, Galataray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan C.1, İstanbul 2014.

YAŞAR Ali, Televizyon Reklamlarının Hukuki Niteliği ve Televizyon Reklamları üzerinde Hak Sahipliği, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

YAVUZ Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, b.16, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

YAVUZ Fatma, Franchise Sözleşmesinde Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri, Gazi Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2015.

YENER Mehmet Deniz, Franchise Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C.1, S.2, Yayın No:773, Marmara Üniversitesi Yayınları, 2010.

YENİOCAK Umut, Franchise Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2016.

YEŞİLOVA Bilgehan, “Milletlerarası “Ticari” Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Doktora Tezi, İzmir 2007.

YILDIRIM Nevhis Deren, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sinai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Alkım Yayıncılık, İstanbul 1999.

YILDIRIM, Muaz Mücahit, Know-How Sözleşmeleri, YBHD, Y.3, S.2018/I, s.207-257.

YILDIZ Burçak, Mağazaların Dekorasyon Planlarının Marka olarak Korunması, Sabih Arkan’a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

YILDIZ Özge, Çalıştıranların Meydana Getirdiği Eserler, İÜHFM C.LXXII, S.2,2014.

YILDIZ Şükrü, Ticari İşletme Rehni Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Sanayi İşletmeleri Üzerinde Kurulacak Ticari işletme Rehninde Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar, Makalelerim, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018.

YILMAZ Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

YILMAZ KILIÇOĞLU Kumru, Sınai Mülkiyet Kanunu, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S.1, C.20, 2018.

YÜCEL Sevtap, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Eskişehir Anadolu Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2006.

YÜKSEL Hasan Levent, Franchise Sözleşmelerinin Genel Olarak İncelenmesi, İfası ve Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2013.

YUSUFOĞLU Fülurya, Denkleştirme Talebinin Kıyasen Uygulanması İçin Gereken Kıyas Şartları Işığında Tekel Hakkı Vermeyen Sürekli Sözleşme İlişkilerine Uygulanması Sorunu, BÜHFD, C.11, S.137-138, ocak-şubat 2016, s.159-188.

ZEVKLİLER Aydın, **GÖKYAYLA** Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, b.16, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

İNTERNET SİTELERİ

www.kvkk.gov.tr

www.mcdonalds.com.tr

www.ufrad.org.tr

VERİ TABANLARI

www.kazancı.com

www.lexpera.com

www.lexisnexis.com

www.jurix.com.tr

WEB SİTELERİ

<https://thelawreviews.co.uk/chapter/1159256/united-states>

<https://www.europarl.europa.eu>

www.dentons.com

<https://articles.bplans.com/the-history-of-franchising-as-we-know-it/>

<https://iclg.com/practice-areas/franchise-laws-and-regulations>

<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/>,

<https://www.lexology.com/library/>

<https://www.mcdonalds.com.tr/franchising-basvuru>

