

Oturum Başkanı (Mehmet Akif ERSİN, Rekabet Kurumu Daire Başkanı) - Konferanslarımızın 4'üncüsüne, Ekim ayının son konferansına hoş geldiniz.

Konferansımız 15 dakika gecikti hepimizin malûmu olduğu üzere, ekmek piyasasındaki soruşturmanın tefhimi nedeniyle gecikti. Ayrıca, bugün Perşembe de değil, Çarşamba. Bu da, daha önceki günlerde duyurduğumuz üzere, Perşembe gününün, yani yarının 29 Ekim Cumhuriyet Bayramı arifesine gelmesi ve öğleden sonrasının tatil olması nedeniyle Çarşamba gününe alındı. Ama, bundan sonraki konferanslarımız Perşembe günleri olacak herhangi bir başka engel çıkmadığı sürece. Bugünkü konferansımızın konusu, "Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku." Konferansı verecek hocamız, değerli hocamız Doçent Doktor Osman GÜRZUMAR. Kendisini, özellikle franchise konusunda ilgilenen arkadaşlarımızın eserlerinden çok yakinen tanıdıklarını tahmin ediyorum.

Hocamızla ilgili olarak çok kısa bir bilgi vermek gerekirse, TED Ankara Koleji mezunu. Hukuk fakültesini Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ve Bern Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamladı. Doktorasını Bern Üniversitesi Hukuk Fakültesinde "Franchise Sözleşmeleri ve bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Korunması" başlıklı teziyle tamamladı. Türkiye'ye dönünce, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi medenî hukuk ana bilim dalında öğretim üyesi olarak çalışmaya başladı. İsviçre'de Almanca yazdığı "Franchise Sözleşmeleri" başlıklı tezini Türk hukukuna uyarlayarak kitap hâlinde yayınladı. Doçentliğini, üst hakkı konusunda yazdığı ve yayınladığı kitapla aldı. Marmara ve Bilgi Üniversitesinde medenî hukuk ve fikrî sınâî hukuk dersleri veriyor. Ayrıca, Adalet Bakanlığı Borçlar Kanunu Komisyonu üyesi olarak görev yapıyor.

Ben sözü Hocamıza veriyorum; buyurun Hocam.

Doç. Dr. Osman Berat Gürzumar - Sayın Başkan, Sayın Kurul üyeleri, Rekabet Kurumu'nun değerli mensupları ve değerli konuklar; Evvela Rekabet Kurumu'na bana bu olanağı verdiği için teşekkür ediyorum.

(I – Giriş)

Bilindiği gibi, 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı “**Rekabetin Korunması Hakkında Kanun**”un yürürlük kazanmasıyla birlikte, *franchising* de bu Kanun’un kapsamına girmiştir. Çünkü, franchise sözleşmeleri, hemen hemen istisnasız olarak, rekabeti (şu veya bu şekilde) sınırlandıran kayıtlar içeren anlaşmalardır. Hal böyle olunca, franchise sözleşmeleri hazırlanırken ve uygulanırken, Rekabet Hukuku’nun göz ardı edilmesi mümkün değildir. Ancak, elbette ki, biraz sonra tanımını verip özelliklerini açıklayacağım **franchise sözleşmeleri** yalnızca Rekabet Hukuku ilkeleri perspektifinden hareketle hazırlanıp uygulanacak anlaşmalar olarak da algılanamazlar. Franchise sözleşmeleri bütünsel bir perspektiften incelendiği zaman görülür ki, bu sözleşmeler, özel hukuk bakımından, en azından üç sacayağı üzerinde durmaktadırlar. Bu sacayakları, Borçlar Hukuku, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukukudur. Bu sebeple, ister kanun koyucu, ister hukuk uygulayıcısı ve isterse de hukuk sùjeleri (yani kişiler) olsun, franchise sözleşmesiyle şu veya bu şekilde muhatap olan herkes, bu üç sacayağını da dikkate almak durumundadır.

(II - Franchise Sözleşmeleri Hakkında Genel Açıklamalar)

1- Kavram ve Tanım; Tarafların Genel Olarak Hak ve Borçları

a. “Franchise sözleşmesi” hakkında çok çeşitli tanımlar verilebilir. Ben, “**business format franchising**” olarak adlandırılan bugünkü anlamdaki franchising’i (yani “işletme franchisingi”ni), şöyle tanımlıyorum :

Franchise sözleşmesinde

■ **franchise-veren** (franchisor), kendisine ait bir işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde franchise-alana lisans hakları (sistemi kullanma yetkisi) tanıyarak, franchise-alanı kendi işletme organizasyonuna (franchise işletmeleri zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan faaliyeti sırasında sürekli olarak desteklemek borcu altına girerken;

■ **franchise-alan** da, bu sözleşmede, hem söz konusu sisteme dahil mal ve/veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise-verene doğrudan veya dolaylı bir ücret ödemeyi taahhüt eder.

Franchise-alan, sürümü bağımsız bir müteşebbis olarak yaparken, kendisine sunulan sistemi aynen kullanmak ve franchise-verenin talimatlarına harfiyen uymak zorundadır.

Franchise sözleşmesinin ne olduğunun anlaşılabilmesi bakımından, biraz önce verdiğim tanım, 1998/7 nolu Grup Muafiyet Tebliği'nin verdiği tanım ile karşılaştırmak gereksizdir. Çünkü, sözkonusu Tebliğ'in tanımı, ticari hayatta ortaya çıkan tüm franchise sözleşmelerini açıklamak isteyen ve bunların tümünü kapsamak iddiasında olan bir tanım değildir. Örneğin Tebliğ'in tanımı, toptancılar arasında yapılan, yani malların toptan dağıtımını konu alan franchise sözleşmelerini kapsamamaktadır. Bunun gerekçesi, Tebliğ'in mehzazı olan 4087/88 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün hazırlandığı sırada, Komisyon'un toptancı franchisingi hususunda henüz yeterli tecrübeye sahip olmamasıdır. Ama gerekçesi ne olursa olsun, toptancı franchisingi Tebliğ'in tanımı dışında bırakılmıştır. Fakat bu, ülkemizde toptancılar arasında franchise sözleşmeleri akteedilemeyeceği anlamına elbette ki gelmez. Dolayısıyla, sözünü ettiğimiz Tebliğ'deki tanımın, bir tek işlevi vardır ki, o da, hangi sözleşmelerin Tebliğ'in kapsamına girdiğini belirlemektir. Tebliğ'in tanımına uymayan franchise sözleşmeleri, bilindiği üzere, Tebliğ'in diğer şartlarına bakmaya gerek kalmadan, grup muafiyetinden yararlanmak imkanından yoksun ve bireysel muafiyet hükümlerine tabi olurlar.

b. Ülkemizde, herhangi bir dar ve teknik anlamda kanunda, genel olarak tüm franchise sözleşmelerini kapsayan bir tanım ve yine tüm franchise sözleşmelerinin hüküm ve sonuçlarını doğrudan ele alan bir düzenlemenin mevcut olmadığını söyleyebiliriz. Franchise sözleşmesi, bu bağlamda, **dar ve teknik anlamda bir kanunda özel olarak tanımlanmamış ve doğrudan düzenlenmemiş olan bir karma sözleşmedir.** Bu sözleşmeye, Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanabileceği gibi, bu Kanun'da düzenlenmiş vekalet, adi kira, hasılat kirası vb. iş görme ve kullandırma sözleşmelerine ilişkin özel hükümlerin

kıyasen uygulanması da mümkündür. Ayrıca, Türk Sınai Mülkiyet Hukukuna ilişkin Kanun Hükmünde Kararnamelerin lisans sözleşmelerini kısmen düzenleyen hükümleri de franchise sözleşmelerinin lisansla ilgili kayıtları açısından uygulama alanı bulur. Ve elbette ki, bütün franchise sözleşmeleri, rekabeti sınırlayan kayıtları nedeniyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'a da tabidir.

c. Yukarıda verdiğim tanıma göre, tarafların franchise sözleşmelerindeki borç ve haklarını, çok genel olarak şu şekilde özetleyebilirim :

ca- Franchise-Verenin Borçları

1. İşletme ve Pazarlama Sistemini Franchise-Alana Kullandırma Borcu.

Franchise-verenin bu asli borcu, marka, işletme adı, mal ve/veya hizmetleri tanıtıcı diğer işaretler, know-how vb. fikri ve sınai unsurları kapsayan bir kullandırma yükümlülüğüdür. Bu borç, bu özelliğiyle, franchise sözleşmesi içinde yer alan bir *lisans anlaşması* niteliği taşır. Franchise-verenin bu borcu, franchise-alanın sözleşmeyi yapmaktaki iktisadi motiflerine uygun olarak, onun ilgili franchise zincirine, yani pazarda müşteri gözünde bir birlik oluşturan işletmeler bütününe veyahut da -başka bir ifadeyle- franchise-verenin işletme organizasyonuna maximum düzeyde (ve iktisadi anlamda) entegre olmasını sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle de, franchise-verenin işletme ve pazarlama sistemine dahil olan fikri ve sınai unsurlardan hangilerinin franchise-alanın kullanımına açıldığının tesbitinde şüphe ortaya çıkarsa, somut sözleşmede açıkça aksi kararlaştırılmamışsa veya sözleşmenin tümünün yorumundan aksi sonuç çıkmıyorsa, maximum entegrasyon ve standardizasyon için gerekli olan tüm unsurlar üzerinde franchise-alanın kullanma hakkı kazandığının kabul edilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile, franchise-verenin, franchise-alanın kullanımına açtığı tüm fikri ve sınai unsurların devamlılığını hukuki ve/veya fiili anlamda sağlamak zorunda olduğu da kabul edilmelidir.

Benim ve franchise sözleşmelerini inceleyen bir çok hukukçunun *sistem* olarak adlandırdığı iktisadi varlık, 1998/7 nolu Tebliğ'de

“franchise” olarak adlandırılmaktadır (Tebliğ m.3a ve b). Bu bağlamda, *sistem* ve (Tebliğ’deki) *franchise* kavram ve tanımlarının birbiriyle örtüştüğü söylenebilir. Ancak Tebliğ, tesislere ve/veya ulaşım araçlarına yeknesak bir görünüm verilmesi ve bu görünümün korunması şartıyla, ortak bir marka veya işletme adının kullanılmasını ve know-how aktarımını, eğer franchise-alanın franchise-veren tarafından ticari ve teknik açıdan sürekli olarak desteklenmesi de söz konusuysa, iktisadi entegrasyon için yeterli görmektedir. Bu arada, benim burada sözünü ettiğim iktisadi entegrasyona, Tebliğ’in m.7/c hükmünde *“franchise ağının ortak kimliği”* kavramıyla işaret edilmektedir. Böylece, Tebliğ’e göre, eğer bir sözleşmede marka veya işletme adı kullanma hakkı ile know-how aktarımı kararlaştırılmışsa, bu husus, her franchise sözleşmesinde bulunması gereken *“sistem (veya franchise) kullandırma borcu”* bakımından yeterli addedilmektedir. Ancak tabi Tebliğ, tesislere ve/veya ulaşım araçlarına yeknesak görünüm verilmesini de şart koştuğu ve bu yeknesak görünüm de, çoğunlukla, franchise-verenin fikri veya sınai haklarının konusunu oluşturan bazı görsel unsurları da kapsayacağı için, bu yeknesaklık (veya standardizasyon yükümlülüğü), çoğu olayda, marka, işletme adı ve know-how dışındaki görsel unsurlar üzerinde de franchise-verenin franchise-alana kullanma hakkı tanınması sonucunu doğurmaktadır.

2. Franchise-Alanı Destekleme Borcu

Her franchise sözleşmesinde bulunması gereken bir diğer borç ise, franchise-verenin, franchise-alanı, onun bu sıfatıyla sürdüreceği ticari etkinliğinde sürekli olarak destekleme yükümlülüğüdür. Bu borç, spesifik bir sözleşme kaydında genel olarak formüle edilmiş olabileceği gibi, sözleşmede münferiden düzenlenmiş çeşitli ifa ve edim modelitelerinden dolaylı olarak da anlaşılabilir. Borcun konusu, öncelikle, franchise-alana, ilgili işletme ve pazarlama sisteminden en verimli şekilde yararlanabilmek için gereksindiği her türlü teknik yardımın -danışma hizmeti, eğitim ve kurslarla franchise-alanın ve onun personelinin eğitilmesi vb. yollarla sunulmasıdır. Bunun dışında, franchise-alana pazar araştırması, mali danışmanlık, hizmetleri sunulması, reklam ve promosyonlarda franchise-alanın işletmesine de yer verilmesi, diğer tanıtım yardımlarının yapılması gibi edimlerde de, bu destek yükümlülüğü somutlaştırılmaktadır. Kuşku

yok ki, franchise-verenin bu asli borcu da, franchise-alanın ilgili işletmeler zincirine entegrasyonunda önemli bir işleve sahiptir.

cb- Franchise-Alanın Borçları

1. Mal ve/veya Hizmetlerin Sürümünü Kendi Nam ve Hesabına Yapma ve Destekleme Borcu

Franchise-alan bu asli yükümlülüğü çerçevesinde, **franchise sözleşmesinin konusu olan mal veya hizmetlerin dağıtılması (müşteriye ulaştırılması) borcu** altındadır. Franchise-alan, bu borcunu ifa ederken, kendisinden beklenebilecek özeni göstermek suretiyle, sürümün artması için de faaliyette bulunur.

İfası kural olarak bir başkasına devredilemeyecek olan bu borçla ilgili olarak, literatürde, mal-franchising'i açısından (ve sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış bile olsa) bir *genel alım borcunun* varlığından söz edilmektedir. Uygulamadaki sözleşmelerde ise sürümü destekleme borcu, genellikle, *asgari miktarda mal çeşidini satışa sunma, asgari bir ciroya ulaşma* vb. yükümlülüklerle somutlaştırılmaktadır (ki, birazdan göreceğimiz üzere, Tebliğ de bu yükümlülükleri, koşullu olarak, grup muafiyetine tabi tutmaktadır -m.5/f-).

2. İşletme ve Pazarlama Sistemindeki Fikri ve Sınai Unsurları Kullanma Borcu

Franchise sözleşmeleri için tipik bir özellik taşıyan ve franchise-alanın asli yükümlülüklerinden bir diğerini oluşturan bu borç da, franchise-alanın, kendisinin kullanımına açılmış olan sistemin unsurlarından, know-how da dahil olmak üzere, fiilen yararlanması gereğini ifade etmektedir. Yani franchise-alan, franchise-verene ait marka, işletme adı, know-how vb. unsurlar üzerinde yalnız kullanma (lisans) hakkıyla donanmaz; onun bu unsurları fiilen kullanma borcu da vardır. Franchise-alana böyle bir borç yüklenmezse, her franchise sözleşmesi için şart olan entegrasyon, ortak kimlik ve standardizasyon tehlikeye girer.

Belirtmek gerekir ki, franchise-alanın bu kullanma yükümlülüğü, 1998/7 nolu Tebliğ'de, franchise sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu

unsurlar arasında (m.7) değil, “*grup muafiyetini engellemeyen diğer yükümlülükler*” başlıklı m.6/f hükmünde zikredilmiştir. Bu ise, hem genel olarak franchising anlayışı bakımından hem de Tebliğ’in bizzat m.3/b, m.7/c ve m.6/f hükümleri arasında bir çelişkiye yol açmaktadır. Tebliğ’e göre, m.3/b/1 hükmü gereğince, franchise-alanın kendi kullanımına bırakılmış olan marka veya işletme adını kullanmak zorunda olduğundan (yani franchise-alanın böyle bir zorunluluğunu içermeyen anlaşmaların Tebliğ’in kapsamı dışında kalacağından) rahatlıkla bahsedebiliriz. Buna karşın, örneğin, Tebliğ m.3/b/2 hükmü gereğince franchise-alana aktarılması gereken know-how’ı franchise-alanın da kullanmak zorunda olduğu Tebliğ’in hiçbir yerinde ve dahi zorunlu unsurlara ilişkin m.7 hükmünde bile açıkça zikredilmemektedir. Aksine, Tebliğ m.6/f hükmünde, *franchise-alanın franchise-veren tarafından öngörülen ticari yöntemleri uygulama ve lisanslı fikri ve sınai mülkiyet haklarını kullanma yükümlülüğü*, franchise sözleşmesinde yer alması zorunlu olan değil, *yer alabilecek* bir yükümlülük olarak zikredilmektedir. Buna karşın, yine aynı Tebliğ’in, grup muafiyetinden yararlanabilmek için her franchise sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu unsurları düzenleyen m.7/c hükmünde, franchise-alanın bağımsız teşebbüs olma özelliğinin “*franchise ağının ortak kimliğini etkilememesi*” gerektiğinden bahsedilmekte, yani Tebliğ “*franchise ağının ortak kimliği*”nin korunması meselesini grup muafiyetine mazhar olmanın bir düsturu haline getirmektedir. Oysa, örneğin herhangi bir franchise sözleşmesinde franchise-alanın kendisine aktarılan know-how’ı kullanma borcu açıkça zikredilmediği için bu franchise-alanın know-how’ı kullanmak zorunda olmadığı neticesine varırsak ve know-how da hizmetlerin müşteriye sunulması aşamasında franchise-alan tarafından (zorunluluk olmadığı için) gerçekten kullanılmazsa, o franchise ağının ortak kimliğinin tehlikeye gireceği açıktır. Özellikle, Tebliğ m.6 hükmünden kaynaklanan bu çelişkiler ise, esasen, Medeni Hukuktaki deyimiyile “*gerçek olmayan bir örtülü kanun boşluğu*”na yahut da *kapsamlı bir yorum faaliyetinin gerekliliğine* yol açmaktadır. Bu boşluğu doldurma yahut -boşluk fikri reddedilyorsa-yorum faaliyeti ise Tebliğ’in tümünün ruhuna uygun olarak şu şekilde yapılmalıdır: Herhangi bir sözleşmenin Tebliğ’in kapsamına girebilmesi için, sözleşmede, mutlaka ve en azından, Tebliğ m.3/b/1 ve 2 hükümlerinde zikredilen sınai unsurların hepsini franchise-alanın kullanmak zorunda olduğunun da (açıkça veya yorum suretiyle anlaşılabilecek şekilde)

kararlaştırılmış olması şarttır. Eğer bu unsurlar (yani marka veya işletme adı ve know-how) dışında kalmakla birlikte, franchise-alanın kullanımına açılan (endüstriyel tasarımlar vb.) başka sınai unsurlar da varsa, entegrasyon, standardizasyon ve ortak kimlik bakımından mutlaka gerekli olduğu sonucuna varılmak şartıyla, böyle bir sözleşmenin Tebliğ'in kapsamına girebilmesi için de, franchise-alanın bu unsurları kullanma yükümlülüğünün sözleşmede (açıkça veya yorum suretiyle anlaşılacak şekilde) yer alması gerekir. Bu yaklaşım kabul edilirse, Tebliğ'in m.6 hükmünün (f) bendinde "*serbest bırakılan*" yükümlülüğün de, kanun yapma tekniğinde "*faide-i zaide hükmü*" şeklinde adlandırılan (yani gereksiz ve faydasız tekrardan ibaret olan) bir hükümle zikredildiğini kabul etmek gerekecektir .

3. Sistemin İçerdiği (ve/veya Franchise-Veren Tarafından Belirlenen) İşletme ve Pazarlama İlkelerine Uyma Borcu

Franchise sözleşmelerinin tipik bir unsuru olarak ortaya çıkan borçlardan biri de, franchise-alanın, kendi kullanımına açılan sistemde yer alan (ve franchise-veren tarafından belirlenmiş olan) işletme ve pazarlama ilkelerine uyma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, esasen ve genellikle, franchise-alanın kendisine aktarılan know-how'ı kullanma borcuyla örtüşmektedir. Çünkü zaten, aktarılan know-how'ın bizzat kendisi, mal ve/veya hizmetlerin müşteriye ulaştırılmasında uyulması gereken ilkeleri de içermektedir. Böylece, know-how'ı harfiyen kullanan franchise-alan, söz konusu ilkelere de uymuş olacaktır.

Ancak bunun dışında, franchise sözleşmelerinde, franchise-alanın franchise-verenin talimatlarına uyma borcu altında olduğu da kararlaştırılmaktadır ki, bu borcun konusu, sözleşmenin amacı sınırları dahilinde kalmak kaydıyla, aktarılan know-how'ın içerdiği işletme ve pazarlama ilkelerini aşabilmektedir.

Ayrıca, franchise sözleşmelerinde, genellikle, sistem ilkelerine uyma borcunun bir uzantısı ve/veya gereği olarak, franchise-alanın franchise-verenin denetimlerine katılma ve franchise-verenin düzenlediği eğitim organizasyonlarına katılma yükümlülükleri de açıkça düzenlenmektedir.

Belirtmek isterim ki, biraz önce *sistemdeki fikri ve sınai unsurları kullanma borcu* bakımından 1998/7 nolu Tebliğ'de ortaya çıktığını

söylediğim çelişki ve sorunların bir benzeri, kullanıma açılan sistemdeki ilkelere uyma borcu bakımından da (Tebliğ m.3/b, m.6/e,f,g ve m.7/c bağlamında) söz konusu olabilecektir. Bu sonuç, bu ilkelere uyma borcunun know-how'ı kullanma borcuyla örtüştüğü oran ve ölçüde doğaldır.

4. Karşılık (Ücret) Ödeme Borcu

Nihayet, herhangi bir sözleşmenin franchise sözleşmesi olarak adlandırılabilmesi için sözleşmede bulunması gereken bir diğer borç da, franchising literatüründeki çoğunluğun görüşüne göre, franchise-alanın franchise-verene bir karşılık (ücret) ödemesidir. Bu borç, franchise-alana sunulan sistemi kullanma olanağı ve destek paketi nedeniyle, franchise-verenin -bir anlamda- ödüllendirilmesi niteliğini taşımakta ve sözleşme yapılırken başlangıçta ödenen bir *giriş ücreti* ve/veya sözleşme süresince genellikle ciro üzerinden ödenen *sürekli franchise ücretleri (royalty)* yahut da toptan ve sadece bir defaya mahsus olarak yapılan bir ödeme ("*lump-sum-fee*") şeklinde kararlaştırılmaktadır. Ancak, franchising'de ücret unsurunu arayan bu görüşü destekleyen yazarların önemli bir kısmı, "ücret"i dar ve teknik anlamda anlamamakta, ve örneğin, bir mal-franchisingi'nde franchise-alanın, franchise-verenden alacağı malların fiyatında gizlenecek olan miktarı ödemeyi kabullenmesinin de bu anlamda bir karşılık olduğunu kabul etmektedir.

1998/7 nolu Tebliğ ise, bu hususta çok daha esnek ve geniş bir kavram olan "*doğrudan ya da dolaylı mali katkı*" ("*in exchange for direct or indirect financial consideration*" / "*gegen unmittelbare oder mittelbare finanzielle Vergütung*") terimini kullanmaktadır. Doğrudan mali katkı kavramına, yukarıda saydığımız açık ücret çeşitlerinin de girdiği kuşkusuzdur. "*Dolaylı mali katkı*" kavramı ise, Tebliğ'e tabi olabilmek için herhangi bir franchise sözleşmesinde illa da yukarıda açıklanan, dar ve teknik anlamda bir ücretin (royalty'nin vs.'nin) kararlaştırılmasının şart olmadığını göstermektedir. Yani Tebliğ'in, "mali değer taşıyan, geniş anlamdaki bir karşılık"tan yahut da "bedel"den veya "*karşılık olarak elde edilen herhangi bir mali (parasal değeri olan) menfaat*"ten sözettiğini söylemek mümkündür.

cc- Diğer Haklar ve Borçlar

Herhangi bir sözleşmenin “franchise sözleşmesi” olarak adlandırılabilmesi için sözleşmede bulunması gereken yukarıdaki borçların yanısıra, uygulamada ortaya çıkan franchise sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılan (hatta bazıları, açıkça kararlaştırılmamış olsa bile mevcut addedilmesi gereken) diğer hak ve borçlar ise, özetle, şunlardır :

1. Münhasırlık Anlaşması (Tekel Bölgesi)

Bazı yazarlara göre, franchise-verenin franchise-alana, sözleşmeye dayanarak yürüteceği sürüm faaliyeti için belli bir tekel bölgesi tanınması, franchise sözleşmesinin tipik ve objektif esaslı unsurlarındandır. Benim de katıldığım diğer bir görüşe göre ise, tekel bölgesi kaydı, franchise sözleşmelerinin tipini belirleyen esaslı unsurlardan biri değildir. Nitekim uygulamada, diğer şartları bakımından franchising’e tamamen uyan ve fakat tekel bölgesi kaydı içermeyen sözleşmelere de rastlanabilmektedir ki, bu sözleşmeleri de franchising saymamak için herhangi bir gerekçe yoktur. Mamafih, uygulamada ortaya çıkan franchise sözleşmelerinin büyük çoğunluğunda, franchise-verenin franchise-alana bir bölge bahşederek, bu bölgede üçüncü kişilere sistemi (franchise-hakkını) kısmen veya tamamen kullandırmama, bizzat kullanmama, sözleşme konusu mal ve hizmetleri benzer şekilde bizzat pazarlamama ve malları üçüncü kişilere sağlamama yükümlülüğü üstlendiği gözlenmektedir. 1998/7 nolu Tebliğ, m.4/a hükmünde, “anlaşma bölgesi” adı altında, bu tür kayıtları muafiyet kapsamına almaktadır.

Yine, uygulamada ortaya çıkan franchise sözleşmelerinde, eğer bu sözleşmeler franchise-alana bir münhasırlık bölgesi bahşediyorsa, franchise-alanın da, kendisine tanınan münhasırlık bölgesi dışında sistemi kullanmama ve sözleşmenin konusu olan mal veya hizmetleri bu bölge dışında satmama borcu düzenlenmektedir. 1998/7 nolu Tebliğ’de de, bu borç, m.4/c ve d hükümlerinde, belli bir çerçevede muafiyet kapsamına alınmıştır.

2. Karşı Tarafın Çıkarlarını Koruma ve Sadakat Borcu

Franchise sözleşmesi taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurar ve hem bu özellikleri hem de işlevi, mahiyeti ve ilgili olduğu taraf menfaatleri nedeniyle yoğun bir güven ilişkisine dayanır. Bu nedenle, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış bile olsa, davranış yükümlülüğünü ifade eden bir yan borç olarak, her iki tarafın da, genel nitelikte bir *“diğer tarafın çıkarlarını koruma ve sadakat borcu”* altında olduğu söylenebilir. Bu borcun konusu, yine çok genel olarak, *“diğer tarafın çıkarlarını zedeleyecek davranışlardan kaçınma ve diğer tarafın çıkarlarını korumak için kendisinden beklenebilecek özeni göstermek”* şeklinde ifade edilebilir.

Örneğin, franchise-alanın sır saklama yükümlülüğü, franchise-veren ile rekabet etmeme yükümlülüğü ve sistemdeki fikri ve sınai haklara anlaşıma bölgesinde yapılan tecavüzlerden franchise-vereni haberdar etme yükümlülüğü, bu sadakat borcunun birer tezahür şekilleridir. Bunlardan, sır saklama borcu ile sistemdeki fikri ve sınai haklara yapılan tecavüzlerden franchise-vereni haberdar etme yükümlülüğünün, sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadıkça mevcut kabul edilmesi gerektiği, Medeni Kanun’un m.2 hükmüne dayanılarak belki söylenebilir. Bu son iki yükümlülük, aslında zaten birer rekabet sınırlaması olmadıkları halde, 1998/7 nolu Tebliğ m.6/a ve c hükümlerinde, grup muafiyetini engellemeyen yükümlülükler arasında sayılmışlardır.

Buna karşın, franchise-verenle rekabet etmeme yükümlülüğü ise, iki türlü olabilir : Sözleşme devam ederken ve sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra rekabet etmeme yükümlülüğü. Sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra rekabet etmeme yükümlülüğünün ancak sözleşmede açıkça kararlaştırılmışsa mevcut addedilebileceği, Rekabet Hukuku mevzuatı yürürlüğe girmeden önce de, ben ve başka hukukçular tarafından kabul edilmekteydi. Tipik bir (dikey) rekabet sınırlaması olan böyle bir borç, Rekabet Hukuku mevzuatı yürürlüğe girdikten sonra ise, şu anda, 1998/7 nolu Tebliğ’in m.5/c hükmünde, koşula bağlı olarak ve en fazla 1 yıl için olmak şartıyla grup muafiyeti kapsamına sokulmaktadır. Buna karşın, sözleşme devam ederken söz konusu olabilecek rekabet yasağı da, yine Rekabet Hukuku mevzuatı yürürlüğe girmeden önce, genel çıkarları koruma ve sadakat borcu gereğince ve aksi sözleşmeden anlaşılmıyorsa, mevcut addedilmesi gereken bir borç olarak telakki ediliyorduydu da, Rekabet Hukuku Mevzuatının yürürlüğe girmesinden sonra artık bu görüş tartışma konusu yapılabilir. Grup muafiyeti bakımından ise, sözleşmede açıkça kararlaştırılan genel rekabet yasağı da (yani franchise-veren veya

franchise-alanlardan biriyle rekabete yol açacak benzer bir işle uğraşmama yükümlüğü de) 1998/7 nolu Tebliğ'in m.5/c hükmünde, koşullu olarak serbest bırakılmıştır.

3. Diğer Yükümlülükler

Franchise sözleşmelerinde kararlaştırılan yükümlülükler, elbette ki, yukarıda sayılanlardan ibaret değildir. Bu sözleşmelerde, örneğin, teminat kayıtları, sigorta yükümlülükleri, sözleşme bitiminde franchise-alanın elinde kalan malları geri alma veya satma hakkı vb. hususlar da kararlaştırılmaktadır. Ancak bu yükümlülükler, bu konferans çerçevesinde ayrıca değinmek mümkün gözükmemektedir. Diğer yükümlülükler adı altında incelenebilecek olan bu tür borçlardan rekabeti kısıtlayıcı kayıt niteliğini taşıyanlar, elbette ki, Rekabet Hukuku ilkelerine tabi olacaktır.

2- Sözleşmenin şekli

Franchise sözleşmesinin geçerlilik şekline gelince : Haziran 1995 öncesinde eski Markalar Kanunu marka lisansı için noterde re'sen düzenleme şeklini öngördüğü için, uygulamada (tescilli markalara ilişkin lisans anlaşmaları içerdiği halde) adi yazılı şekilde aktedilen franchise sözleşmelerinin geçerli olup olmadığı sorunu ortaya çıkıyordu. Haziran 1995'de sınai mülkiyet hukuku alanında çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler ise lisans anlaşmaları için sadece adi yazılı şekil şartını aradığı için, artık franchise sözleşmeleri açısından da bir şekil problemi kalmamıştır. Çünkü uygulamadaki franchise sözleşmeleri zaten adi yazılı şekilde aktedilmektedir. Gerçi Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulama Şeklini Gösteren Yönetmelik'de marka lisansı için noter tasdiki de öngörülmektedir; ancak bu Yönetmelik hükmünün marka lisansının geçerli olabilmesi için ek bir şekil şartı getirdiğini kabul etmek, hukuken mümkün değildir. Ancak, uygulamada, en azından franchise-alana tanınan lisans haklarının sicile tescilinde güçlüklerle karşılaşılması için, franchise sözleşmelerinin notere tasdik ettirilmesi yararlı olur.

Öte yandan yurt dışında yerleşik kişilerle aktedilen franchise sözleşmeleri, Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkındaki Tebliğ (Resmi Gazete, tarih: 24.8.1995, sayı: 22384) gereğince, Yabancı Sermaye Genel

Müdürlüğünün onayına tabi ise de, bu onay zorunluluğu da bir şekil şartı değildir. Yabancı ülkelerde yerleşik kişilerle yapılan franchise sözleşmelerindeki bu onay zorunluluğu, bir görüşe göre, bu sözleşmelerin geçerlilik kazanabilmesi için uyulması gerekli olan bir tamamlayıcı unsurdur.

3-Çerçeve ve Standart Sözleşme Olma Özelliği

Franchise sözleşmeleri, dünyanın her yerinde olduğu gibi Türk uygulamasında da çerçeve ve standart sözleşmeler olarak aktedilmektedirler. Bu sözleşmeler **çerçeve** nitelikte oldukları için, sadece kurulmak istenen borç ilişkisindeki (franchisinge özgü) temel hak ve borçları düzenlemekte ve mal sürümünü konu alan bir çok franchising ilişkisinde, daha sonra taraflar arasında yapılacak münferid satım sözleşmelerine temel oluşturmaktadırlar. Franchise sözleşmelerinin **standart** nitelikte olması ise, bu sözleşmelerin (franchise-alanlara sözleşmenin eki olarak verilen el kitaplarını da kapsamak üzere) hukukta “genel işlem şartları” olarak adlandırılan kayıtlarla ilgili olarak geliştirilen ilkelere tabi olup olmadığı meselesini ortaya çıkarmaktadır. Bu son husus, önlerine standart bir sözleşme konulan ve bu konuda kendilerine çok az pazarlık olanağı bırakılan franchise-alanların, suistimallere karşı himayesi bakımından özel bir önem taşımaktadır.

4-Sürekli Borç İlişkisi Olma Özelliği

Ayrıca, franchise sözleşmeleri, yine dünyanın her yerinde olduğu gibi, Türk Hukukunda da, **sürekli borç ilişkisi** kuran sözleşmelerdir. Bunun önemli sonuçları, diğer bazı hususlar yanında, özellikle **sözleşmenin sona ermesi** açısından ortaya çıkar. Franchise sözleşmeleri sözleşme süresinin geçmesiyle kendiliğinden sona erebilecekleri gibi, fesih suretiyle de sona ererler. Fesih, ileriye etkili sonuçlar doğurur ve olağan (yani ihbar süreli) ve olağanüstü (yani haklı sebeplere dayanan, derhal) fesih olmak üzere iki türdür. Olağanüstü feshe yol açacak haklı sebeplerin sözleşmede açıkça ve örnek kabilinden sayılmasında büyük yarar vardır.

5- Franchise-alanın bağımsız teşebbüs olma özelliği

Keza, franchise sözleşmelerindeki bir başka önemli özellik, franchise-verene ait sistemi kullanan franchise-alanın, ticari faaliyetini bağımsız bir müteşebbis olarak, yani kendi adına ve hesabına yürütüyor olmasıdır. Yani, franchise-alan, iktisadi işbirliği çerçevesinde, ilgili franchise zincirinin entegre bir parçası olarak, franchise-verene bağımlıyken; hukuken ondan bağımsızdır. Nitekim 1998/7 nolu Tebliğ'in m.7/c hükmünde de, herhangi bir sözleşmenin, franchise sözleşmesi olarak grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, franchise-alanın bağımsız bir teşebbüs olması gerektiği belirtilmektedir.

Böylece, örneğin, bir franchise işletmesinin personelinin İş Hukuku bakımından muhatabı, franchise-veren değil, o işletmenin sahibi olan franchise-alandır. Diğer taraftan, müşterinin karşısına çıkan da franchise-alandır. Ancak Eylül 1995'de yürürlüğe giren Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 2'nci fıkrasındaki hüküm dolayısıyla, ürettiği veya ithal ettiği malları franchise-alana aktaran franchise-veren de, franchise-alan tarafından tüketiciye satılan bu malların ayıbından veya ayıplı malların tüketiciye verdiği zarardan, franchise-alanın yanında müteselsilen sorumlu tutulabilir.

6- Türk Fikri ve Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Franchising

Franchise sözleşmelerinin, ikinci önemli sacayağı, evvelce de belirttiğim gibi, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukukudur. Çünkü, franchise sözleşmesinin maddi temelini oluşturan çekirdek kavram **“sistem”**dir.

Burada **“sistem”**, ürün çeşidi; üretim metodu, standardı ve kapasitesi; üretimde kullanılacak makine ve teçhizat; hammadde veya sürümü yapılacak mal dizimini satın alma ve bunları tedarik kanalları; servis hizmetleri; pazarlama ve satış; reklam ve promosyon; yönetim; personel politikaları, seçimi ve gruplaması; finans; muhasebe vb. konularda franchise-verenin izlediği veya uyguladığı strateji ve anlayışı belirleyen özelliklerin tümüdür. Bu özellikler, know-how; isim; mal veya hizmeti tanıtıcı söz işaret ve amblemler; üretilen ve/veya sürümü yapılan emtianın şekil ve dizaynı; ambalaj ve kutulama biçimleri; reklamlarda kullanılan fikir

ve sloganlar; prospektüs, katalog, fiyat listesi dizaynları; mağaza dizaynı ve dekorasyonu vb. unsurlarda ifade bulur.

Franchise sözleşmesinin konusunu ve maddi temelini oluşturan **"sistem"**lerin içerdiği bütün sınai unsurlar, Türk Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku mevzuatına göre, münferiden korunabilir. (Ayrıca Türk Hukukunda, sistemin unsurlarından bazılarının korunmasında, Medeni Kanun'un kişilik haklarını himaye eden hükümlerinden de yararlanılabilir.) Türk Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda, özel himaye normları aracılığıyla tam bir korumaya tabi olan unsurlar (gayrimaddi mallar), patentli teknik buluşlar; tescilli markalar; endüstriyel tasarım belgesi almış tasarımlar (tescilli sınai resim ve modeller vb.); faydalı model belgesi verilmiş buluşlar; tescilli ticaret ünvanları ile tescilli işletme adları ve fikir ve sanat eserlerinden ibarettir (bunlara ayrıca bir de -bazı hususlar açısından diğerlerinden farklı ele alınması gereken- tescilli coğrafi işaretler ilave edilebilir).

Bunlardan, patentli ve faydalı model belgesi alınmış teknik buluşlar "551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"ye, tescilli markalar "556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"ye, endüstriyel tasarım belgesi alınmış tasarımlar "554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"ye, tescilli ticaret ünvanları ve tescilli işletme adları Türk Ticaret Kanununun özel himaye hükümlerine ve fikir ve sanat eserleri ise Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa göre korunurlar. Tescilsiz markalar ile diğer ayırt edici işaretler, tescilsiz (belgesiz) endüstriyel tasarımlar, gizli veya gizli olmayan know-how vb. unsurlar ise Türk Ticaret Kanununun haksız rekabet hükümlerine göre korunan gayrimaddi malları oluştururlar. Ayrıca, haksız rekabet hükümleri, tescilli sınai unsurların korunmasında da kümülatif olarak devreye girebilir.

İşte franchise sözleşmesinde franchise-alanın kullanımına sunulan **"sistem"**i oluşturan know-how, isim, marka, sınai resim ve model vb. diğer unsurlar da, tescilli veya tescilsiz olmalarına göre farklı kapsamlarda da olsa, biraz önce andığım mevzuat hükümleri çerçevesinde himaye edilebilirler. Bu hükümler sayesinde bir franchise-veren, sahibi olduğu sistemin unsurlarından birini veya birkaçını yahut da hepsini izinsiz olarak kullanan veya taklit eden üçüncü kişilere karşı tecavüzün önlenmesi, durdurulması, maddi ve manevi tazminat davaları açmak suretiyle, hem bu unsurları ve hem de -son toplamda- sisteminin tümünü korumak

imkanına sahiptir. Hatta bu imkandan, yeni Kararnamelerde getirilen düzenlemelere göre, inhisari lisans ve -belli koşullar gerçekleşmişse- basit lisans hakkı sahibi olan franchise-alanın da yararlanma olanağı vardır.

Bu hususta son olarak, bu toplantının konusu bakımından önem taşıdığı için, özellikle şunu hatırlatmak istiyorum :

Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku arasında aslında belli bir karşıtlık ilişkisinin varlığından bahsedilir. Çünkü, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukuna göre korunan (telif hakkı, marka hakkı, patent hakkı vb.) fikri veya sınai haklar, sahiplerine, tekeli bir kullanım hakkı verirler. Bu ise, doğal olarak, rekabeti sınırlandıran bir yetkidir. İşte bu nedenle, AT Rekabet Hukukunda, AET Kuruluş Antlaşmasının rekabet sınırlandırmalarını yasaklayan 85’inci maddesinin, fikri ve sınai hakların korunması için getirilen rekabet sınırlamalarına uygulanıp uygulanamayacağı hususunda bir tartışma yaşanmıştır. Ancak, ATAD, daha 1966 yılında verdiği Grundig/Consten davasındaki kararında, AET Kuruluş Antlaşmasının sınai mülkiyet hakları lehine bir alan istisnası içermediğini ve fakat AT Rekabet Hukukunun sınai mülkiyet haklarının bizzat varlığına ve konusuna da dokunmadığını belirtmiştir. Bu ve bunu izleyen kararlarında, ATAD, sınai mülkiyet haklarının bizzat konusu ile bu hakların kullanılması arasında bir ayırım yapmak gerektiğini; sınai mülkiyet haklarının kullanılmasının, özellikle de devrinin veya lisans sözleşmesi konusu yapılmasının, AET Kuruluş Antlaşmasının 85 ve 86’ıncı maddelerinin kapsamına girdiğini ve böylece de, Rekabet Hukukunun, bu hakların kullanılmasının sınırlarından biri olduğunu belirtmiştir. Divan, daha sonraki kararlarında (özellikle “Hag II” ve “Ideal Standard” kararlarında) ise, sınai hakların konusunun (özellikle de markanın) fonksiyonunu dikkate alarak, evvelce yaptığı ayırımı mesafeli durmuş ve malların ortak pazarda serbest dolaşımına değil, ulusal hukuklara göre korunan sınai hakların anlam ve işlevine ağırlık vermiştir. Fakat, kartel yasağı ile sınai mülkiyet haklarının hukuka uygun kullanımı arasındaki belirsiz sınırla ilgili olarak yapılan tartışmalar, önemini, Patent- ve Know-How-Lisans Sözleşmelerine ilişkin Grup Muafiyet Tüzüklerinin 1984 ve 1989 yıllarında Avrupa’da yürürlüğe girmesiyle birlikte, en azından bu sınai haklar bakımından, bir ölçüde kaybetmiştir. Bu Tüzüklerin yerini, 1996 yılında, Teknoloji Transferine İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü almıştır.

Diğer taraftan, gerek 1998/7 nolu Grup Muafiyet Tebliği ve gerekse bu Tebliğ’in mehzazı olan 4087/88 nolu AT Grup Muafiyet

Tüzüğü, franchise-verenin sistemini (fikri ve sınai haklarını) korumak için sözleşmeye konulan belli rekabet sınırlamalarını grup muafiyetinin kapsamına almaktadır (Tebliğ m.5).

Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukuku arasındaki ilişkiyle ilgili bir başka nokta, bugün artık ülkemizde de açık bir yasal düzenleme bulmuş olan, **“hakkın tüketilmesi”** ilkesidir. Buna göre, bir sınai hakkın, örneğin tescilli bir markanın sahibi, bu hakkını kullanarak piyasaya sunduğu mallar bakımından, bu hakkını tüketir. Yani sınai hakkın sahibi, bu hakkını, piyasaya sürdüğü mallar üzerinde, bu malların piyasadaki dolaşımını engellemek ve etkilemek üzere kullanamaz. Örneğin, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK’nin 9’uncu maddesine göre, tescilli bir markanın sahibi, kendi izni olmaksızın markasıyla işaretlenmiş olan malların piyasaya sürülmesini, ihracını veya ithalini yasaklayabilirken; aynı markanın sahibi, bu markayla işaretlenmiş malların kendisi (veya onun izniyle bir başkası) tarafından **Türkiye’de** piyasaya sunulmasından sonra, artık bu malların piyasadaki dolaşımını engelleyemez; yani bu malların çeşitli kademelerdeki satışına, ihracına ve Türkiye’den ihraç edilmiş malların Türkiye’ye geri ithal edilmesine engel olmaz. Ancak bu prensip, ülkesel (yani teritorial) bir prensiptir. Başka bir ifadeyle, eğer tescilli marka sahibi, bu markayla işaretli mallarını Türkiye’de değil de yurt dışında piyasaya sürmüştü, bu kişinin bu mallar üzerindeki marka hakkı Türkiye bakımından tükenmez; yani bu kişi söz konusu malların Türkiye’ye ithalini engelleyebilir (556 s. KHK bu hususta çok açıktır).

Hakkın tüketilmesi ilkesi, elbette ki, AT Rekabet Hukukunda da uygulanmaktadır. Buna göre, eğer AT’na üye ülkelerden birinde korunan bir markayla işaretlenmiş olan mallar, bu markanın sahibi tarafından veya onun izniyle bir başkası tarafından o ülkede piyasaya sunulmuşsa, artık bu kişi, söz konusu malların ortak pazardaki uluslararası dolaşımı üzerinde söz sahibi olamaz. Keza, bu kişi, ATAD kararlarına göre, söz konusu markayla işaretlenmiş olarak kendisi (veya onun rızasıyla bir başkası) tarafından AT’na üye bir başka ülkede piyasaya sokulmuş olan malların, kendi markasının tescilli olduğu ülkede satılmasını da, marka hakkına dayanarak engelleme imkanından yoksundur.

Nihayet, fikri ve sınai mülkiyet haklarının pazar paylaşımına alet edilmesinin de Rekabet Hukukuna aykırı olduğu açıktır. AT Komisyonunun ve ATAD’nın bu hususta verilmiş bir çok kararı mevcuttur. Örneğin, rakip teşebbüslerin, birbirlerine tahsis ettikleri bölgelerde kendi

sınai haklarıyla ilgili olarak başkalarına lisans hakkı tanımayacakları ve o bölgede üretime de geçmeyecekleri yolunda yaptıkları anlaşmaları, Komisyon, Avrupa Rekabet Hukukuna aykırı görmektedir.

(III - Türk Rekabet Hukuku Bakımından Franchise Sözleşmeleri ve 1998/7 nolu Grup Muafiyet Tebliği)

1-Rekabeti Sınırlayan Kayıtlar İçeren Franchise Sözleşmelerinin -Kural Olarak- Geçersizliği

Konuşmamın başında da söylediğim gibi, franchise sözleşmeleri, hem franchise-veren ve hem de (daha yoğun olarak) franchise-alan açısından rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar içeren sözleşmelerdir. **Örneğin**, franchise-verenin anlaşma bölgesinde başkalarına franchise vermemeyi ve ayrıca mallarını da üçüncü kişilere satmamayı taahhüt ettiği; franchise-alanın ise, franchise hakkını sadece kendisine tanınan münhasırlık bölgesinde kullanmayı, sözleşme süresince ve sözleşme sona erdikten sonra franchise-verenle rekabet etmemeyi ve franchise-verenin belirlediği fiyat politikasını izlemeyi üstlendiği kayıtların hepsi, aslında birer rekabet sınırlamasıdır. Rekabeti kısıtlayıcı kayıtların büyük bir çoğunluğu da "franchising"ın işlevsel bir sürüm yöntemi olarak yaşatılması için zaruri olan kayıtlardır.

Buna karşın, bilindiği üzere, sadece yatay anlaşmaları değil, franchising ve tek satıcılık gibi dikey anlaşmaları da kapsamına alan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ise, 4'üncü maddesinin birinci fıkrasında, rekabeti kısıtlayan anlaşmaları yasaklamaktadır. Bu maddenin 1'inci fıkrasına göre

"Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar , uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır".

Aynı hükmün 2'nci fıkrasında ise, ilk fıkrada zikredilen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların hangileri olabileceği (sınırlayıcı olmayan bir sayımla) belirtilmektedir. Ayrıca Kanun, m.4

hükmünde öngördüğü bu hukuka aykırılığın özel hukuk alanındaki çok önemli neticelerinden birini, m.56 hükmünde "**geçersizlik**" olarak nitelendirmektedir.

Kanun'da dile getirilen bu geçersizliğin, Borçlar Hukukundaki geçersizlik türlerinden hangisine girdiğini etraflıca açıklamak, bu konuşmanın sınırlarını aşan çok teknik bir sorundur. Ancak, özet olarak şunlar söylenebilir :

Birincisi : Bu geçersizlik, *kendiliğinden* söz konusu olur ve *re'sen dikkate alınır*; ayrıca, Kanun'un getirdiği muafiyet sistemi içinde, çoğu zaman (yani muafiyet kapsamına girene kadar) *askıda geçersizlik* ve bazı durumlarda (yani muafiyetin geri alındığı veya bireysel muafiyet talebinin reddedildiği durumlarda) ise *kesin geçersizlik (butlan)* teşkil eder. Eğer, 1998/7 nolu Grup Muafiyet Tebliğine göre otomatikman muaf olmayan herhangi bir franchise sözleşmesi, RKHK m.10/I hükmüne göre, aktedildikten sonra 1 ay içinde Kurul'a bildirilmişse, bu sözleşme Kurul'dan bireysel muafiyet kararı çıkana kadar "*askıda geçersiz*"dir (yani Borçlar Hukuku anlamında, *tamamlayıcı unsurlarından biri eksik olan bir sözleşmedir*) ve, Kurul muafiyet talebini reddederse, sözleşme kesin geçersiz (batıl) hale gelir, Kurul muafiyeti kabul ederse, sözleşme baştan itibaren geçerlilik kazanır. Buna karşın, böyle bir franchise sözleşmesi, kanuni 1 aylık süre geçtikten sonra bildirilmişse, bu takdirde bu sözleşme de Kurul'un kararına kadar *askıda geçersiz* olmakla ve Kurul muafiyet talebini reddederse baştan itibaren *kesin geçersiz (batıl)* hale gelmekle birlikte; Kurul bireysel muafiyet tanırsa, ancak *bildirildiği tarihten itibaren* geçerlilik kazanabilir. Diğer taraftan, verilmiş bir bireysel muafiyetin Kurul'ca geri alınması halinde ise, sözleşme her hal ve karda *geçmişe etkili olarak* (ya yapıldığı tarihten, ya değişikliğin olduğu tarihten ya da muafiyetin verildiği tarihten itibaren) *kesin geçersiz (batıl)* hale gelir. Elbette ki herhangi bir franchise sözleşmesi, 1998/7 nolu Tebliğ'e sonradan uyarlanmak suretiyle de (ve bildirim gereksiz kalmaksızın) geçerli hale getirilebilir. Ancak, Rekabet Kurulu, belli şartlar gerçekleşirse, bu muafiyeti de geri alabilmektedir. Sözleşmelere tanınan her iki muafiyetin de geri alınabilmesi nedeniyle, muafiyet almış sözleşmeler, Rekabet Hukuku literatüründe "*askıda geçerli*" sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır.

İkincisi : Borçlar Kanununun 20’nci maddesinin 2’nci fıkrasına göre, eğer bir sözleşmenin sadece belli kayıtlarında herhangi bir geçersizlik sebebi varsa; kural olarak, sadece o kayıtlar geçersiz addedilir ve sözleşmenin geri kalan kısmı ayakta kalır. Fakat eğer, somut olayda, tarafların sözleşmenin geçersiz sayılan kısmı olmaksızın o sözleşmeyi yapmayacakları kabul edilebiliyorsa, o takdirde, sözleşmenin tümü geçersiz addedilir. Sözünü ettiğim bu “*kısmi geçersizlik*” prensibi, rekabeti sınırlayan anlaşmalar bakımından, AT Hukukunda ve ATAD kararlarında da kabul görmekte ve uygulanmaktadır. Şimdi; bu kuralları, rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar içeren franchise sözleşmelerine taşıyacak olursak şöyle bir tabloyla karşılaşırız : Kural olarak, bu franchise sözleşmelerinin de sadece rekabeti kısıtlayıcı kayıtlarının geçersiz olması gerekir; ama belki de çoğu franchise sözleşmesinde tarafların farazi iradesinin, geçersiz addedilen bu kayıtlar olmaksızın o sözleşmeyi yapmayacakları yönünde olduğu söylenebilecektir ki, bu da, bu sözleşmelerin tamamının geçersiz addedilebilmesi riskini ortaya çıkarmaktadır. Ancak bu noktada, hemen belirtmeliyim ki, hem AT ülkelerinde aktedilen franchise sözleşmelerinin, hem de Türkiye’de yapılan (genellikle yurtdışı kökenli) franchise sözleşmelerinin bazılarında, “kurtarıcı kayıtlar” (“salvatorische Klauseln”; “salvation clauses”) adı verilen kayıtlar, bu son ihtimali bertaraf edici bir işleve sahiptir. Sözleşmeye konan bu kayıtlarda, taraflar, sözleşmenin herhangi bir veya birkaç hükmünün herhangi bir sebeple geçersiz olması ihtimalinde, sözleşmenin geri kalan kısmının geçersiz olmayacağını önceden ve açıkça kararlaştırmakta ve ayrıca, “ikame kaydı” (“Ersetzungsklausel”) denilen kayıtlarla da, geçersiz olan sözleşme hükümlerinin yerine hukuka uygun olanlarını koymayı taahhüt etmektedirler.

2.Geçersizlik Yaptırımından Kurtulma veya Bu Yaptırıma Tabi Olmama İmkanları

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun, rekabeti sınırlandıran anlaşmaları geçersiz addetmiş olmakla birlikte; bu geçersizlikten kurtulma imkanları da içermektedir. Kanun’un 5’inci maddesinde öngörülen bu imkanlar, **bireysel muafiyet** ve **grup muafiyeti**’dir.

a-Bireysel Muafiyet

Bilindiği üzere **bireysel muafiyet**, *bildirim sistemine* dayanan bir muafiyet türüdür. Buna göre, kendisine başvuru yapılan Rekabet Kurulu, söz konusu maddede sayılan kümülatif şartların tamamının gerçekleşmesi halinde, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara **bireysel muafiyet** tanıyabilir. Bu muafiyet en çok 5 yıl için verilir ve başvuru üzerine yenilenebilir. **Bireysel muafiyet**, Rekabet Kuruluna **bildirilen** ve bireysel muafiyetten yararlandırılmak istenen anlaşmanın (ama sadece onun) 4'üncü maddedeki 'hukuka aykırı ve yasaklanmış olma' durumundan ve böylece de 56'ncı maddedeki "geçersizlik" yaptırımından kurtulmasını ifade eder.

Bildirim sistemi, Kanun'un 10'uncu ve 12'inci maddelerinde açıklanmış ve bu sistemin uygulama detayları ise Rekabet Kurulunun 1997/2 sayılı Tebliğinde düzenlenmiştir. Kanun'un 10'uncu maddesine göre, rekabeti sınırlandıran "... *anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula **bildirilir**. Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz. Zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi halinde muafiyet, bildirim tarihinden itibaren geçerlidir*". Kanun'un 12'inci maddesine göre ise, bildirim taraflardan herhangi biri yapabilir; ancak bundan diğer tarafı da haberdar etmelidir.

Rekabeti sınırlandıran kayıtlar içeren ve birazdan açıklayacağım grup muafiyeti şartlarına da sahip olmayan sözleşmeler için söz konusu olan **bildirimde bulunma** ve böylece de **bireysel muafiyet alma gerekliliği**, Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce veya sonra olsun, yapılmış ve yapılacak bütün sözleşmeleri kapsamaktadır. Çünkü Rekabet Kanununun geçici 2'nci maddesine göre

*"..... Rekabet Kurulu, Rekabet Kurumu teşkilatını oluşturduktan sonra bu durumu bir tebliğ ile ilan eder. **İlan tarihinde var olan her türlü anlaşma ve kararlar, bu tarihten itibaren 6 ay içinde Kurula bildirilir***".

Geçici 2'nci maddenin zikrettiği Tebliğ ise 4 Kasım 1997 tarih ve 23160 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış ve Rekabet Kurulu Başkanlığı (1997/5 sayılı) bu tebliğ aracılığıyla, Rekabet Kurumunun teşkilatının 5 Kasım 1997 tarihi itibarıyla oluştuğunu ilan etmiştir.

Böylece, Rekabet Kuruluna bildirimde bulunma yükümü 5 Kasım 1997 tarihinde var olan franchise sözleşmeleri için bu tarihten itibaren 6 ay içinde yerine getirilmeliydi. Bu 6 aylık süre artık geçtiğine göre, 5 Kasım 1997 tarihine mevcut olan franchise sözleşmelerini Kurul'a bildirmemiş olan teşebbüsler, Kanun'da öngörülen para cezalarını ödemek durumunda kalabilecekler ve sonradan yaptıkları bireysel muafiyet başvurusu da, onlara sadece bildirim tarihinden itibaren geçerli olan bir muafiyet sağlayacaktır.

5 Kasım 1997 tarihinden sonra akdedilen franchise sözleşmeleri için ise, bildirim yükümü, m.10/I hükmü gereğince sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren 1 ay içinde yerine getirilmelidir. Bu sürede bildirilmemiş olan franchise sözleşmelerinde de para cezası uygulanır ve süre geçtikten sonra yapılan bildirimlere verilen muafiyetler de ancak bildirim tarihinden itibaren söz konusu olur.

Franchise sözleşmeleri, grup muafiyetine tabi olabilme şansına sahip anlaşmalardan oldukları için, 1998/7 nolu Tebliğ'in koşullarını doldurmadıkları halde *"franchising"* kavramına giren sözleşmelerin, bireysel muafiyet alabilme şanslarının büyük olup olmadığı gibi bir soru ortaya çıkabilir. Bir kere, RKHK hükümleri dikkate alınırsa, böyle bir şansın hiç mevcut olmadığını söyleyebilmek, kanunen, elbette ki mümkün değildir. Ancak RKHK'nun 5'inci maddesinde öngörülen ve kümülatif karakter taşıyan dört muafiyet şartının, 1998/7 nolu Tebliğ'in koşullarını doldurmuş görünen franchise sözleşmeleri bakımından gerçekleştiği karinesi işlerken; bu Tebliğ'in kapsamı dışında kalan franchise sözleşmeleri bakımından, söz konusu 5'inci maddedeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine, her somut olayda, ayrı ayrı bakmak gerekecektir. Diğer taraftan, bu yapılırken de, 1998/7 nolu Tebliğ'in *"franchising"* tanımına uymakla birlikte, bu Tebliğ'in diğer koşullarını doldurmayan franchise sözleşmeleriyle; genel olarak *franchising* tanımına uymakla birlikte, bu Tebliğ'in tanımına uymayan franchise sözleşmeleri arasında (mutlak değil, ama yönlendirici olan) bir ayırım yapılabilecektir. Örneğin, 1998/7 nolu Tebliğ'in m.3 hükmünde verilen tanıma tamamen uyan bir franchise sözleşmesi düşünelim. Eğer bu sözleşmede, franchise-alanın fiyat belirleme olanağı doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlanmışsa, bu yüzden Tebliğ'in kapsamı dışına çıkan bu sözleşmeye bireysel muafiyet tanınması da çok zor (belki de imkansız) olacaktır. Buna karşın, toptancılar veya üreticiler

arasında yapıldığı için Tebliğ'in tanımına uymayan ve bu nedenle de Tebliğ'in kapsamı dışında kalan ve fakat esasen genel franchising tanımına uyan, hatta belki de Tebliğ'in -birazdan göreceğimiz- kara/beyaz/gri (black/white/grey) listeleriyle uyumlu bir tarzda kaleme alınmış olan bir franchise sözleşmesinin ise, RKHK m.5 hükmündeki kümülatif şartları doldurduğunu, yani bireysel muafiyet alabileceğini söylemek, rahatlıkla mümkün olabilecektir.

b- Grup Muafiyeti

ba- Genel Açıklamalar

İkinci muafiyet türü olan **grup muafiyeti** ise, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre

"Kurul, birinci fıkrafta gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir".

Böylece, eğer Rekabet Kurulu Kanun'un bu maddesine dayanarak çıkaracağı bir tebliğle, bir sözleşme çeşidine (sözleşme türüne) genel olarak muafiyet tanırsa, artık **bu tebliğde aranan şartları yerine getiren ve bu tebliğde düzenlenen sözleşme çeşidine giren** bir anlaşmanın tarafları da yaptıkları bu anlaşma için Kurul'dan ayrıca bireysel muafiyet almaktan kurtulurlar ve muafiyet hükümleri, bildirim ve Kurul'dan ayrıca muafiyet istemeye gerek kalmaksızın, bu anlaşmaya doğrudan uygulanabilir. İşte, Kurul'un, 16.12.1998 tarihinde yayınladığı **1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği** de, gerekli koşulları taşıyan **franchise sözleşmelerinin** böyle bir "otomatik" muafiyetten yararlanmalarına ve para cezası ile geçersizlik yaptırımından kurtulmalarına imkan tanıyan bir düzenlemedir. Bir başka ifadeyle, bu Tebliğ, şimdiye kadar yapılmış franchise sözleşmelerinin taraflarını, sözleşmelerini bu Tebliğ'deki şartlara uyarlamak; bundan sonra yapılacak sözleşmelerin taraflarını ise, sözleşmelerini bu şartlara uygun olarak

akdetmek suretiyle, bireysel muafiyet istemekten ve Kanun'un geçersizlik yaptırımından kurtulma imkanıyla donatmaktadır.

Grup muafiyeti şartlarını dolduran franchise sözleşmelerinin Kurul'a bildirilmesine gerek olmadığını söyledim. Ancak, Tebliğ yürürlüğe girmeden (yani 16.12.1998 tarihinden) önce yapılmış olup da, bu Tebliğ'de aranan koşulları her nasılsa, daha yapıldıkları tarihte, doldurmuş ve Kurul'a da bildirilmemiş olan sözleşmelerin, grup muafiyetinden ne zamandan itibaren yararlanacakları meselesi hususu Tebliğ'de karanlık bırakılmıştır. Şöyle ki :

Kurul'un yayınladığı diğer bütün Grup Muafiyet Tebliğlerinde, birbirine benzer şekilde, şu hüküm yer almaktadır :

“Bu Tebliğin kapsamına giren ... anlaşmalar(ı), Kanunun 10'uncu maddesinde öngörülen bildirim tabi değildir. / Bu Tebliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce akdedilmiş olup, halen geçerli ve Tebliğde düzenlenen koşullara uygun olan anlaşmalar da Tebliğ kapsamına girer.”

Oysa, Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin bu konuyu düzenleyen 11'inci maddesinde, sadece,

“Bu Tebliğ kapsamına giren franchise anlaşmaları, Kanunun 10'uncu maddesinde öngörülenbildirim yükümlülüğüne tabi değildir”

denmekte ve Tebliğ'den önce akdedilmiş ve fakat Tebliğ'in şartlarını dolduran (ve Kurul'a da bildirilmemiş olan) franchise sözleşmelerinin durumu ise, her nedense (belki de bir unutma neticesi) açıklanmamaktadır. Gerçi bu husus Tebliğ'de açıklanmamış olsa bile, bu sözleşmelerin geçerli olduğundan şüphe duyulamaz. Ancak, söz konusu eksiklik, bu sözleşmelerin ne zamandan itibaren (yapıldıkları tarihten mi, Tebliğ'in yürürlük tarihinden mi) geçerli oldukları ve Tebliğ öncesi dönem bakımından (bildirilmedikleri için) para cezasına tabi olup olmadıkları hususunda şüphe uyandırabilir. Çünkü, Tebliğ yayınlanmadan önce yapılmış olan bu sözleşmeler, Kurul'a bildirilmemişlerse (bildirilerek bireysel muafiyet almamışlarsa), Tebliğ'den önceki dönemde geçersizdiler ve cezaya tabi idiler.

Diğer taraftan, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 10'uncu maddesi de, evvelce de söylediğim gibi, zamanında bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümlerinin uygulanmayacağını amirdir. Lafzında, bireysel muafiyet / grup muafiyeti ayırımı yapmamış olan bu hüküm de, grup muafiyet tebliğleri yayınlanmadan önce bu tebliğlerin şartlarını haiz bir şekilde akdedilmiş ve fakat o dönemde bildirilmemiş anlaşmaların, o dönem bakımından cezaya tabi olmamalarını sağlayan (franchising tebliği dışındaki) Kurul Tebliğlerinin, bu bakımdan Kanun'a aykırı olup olmadığı meselesini doğurmaktadır.

Keza, Kanun'un 10'uncu maddesi, zamanında bildirilmemiş anlaşmaların, ancak bildirim tarihinden itibaren muafiyet hükümlerinden yararlanabileceğini söylediğinden, "bildirimden itibaren geçerlilik kazanma" bakımından, sadece bireysel muafiyet için önem taşıyan bu hüküm cümlesinin grup muafiyetine (kıyasen) taşınması suretiyle, Tebliğ'den önce yapılmış ve bildirilmemiş franchise sözleşmelerinin de, yapıldıkları tarihte bu Tebliğ'in koşullarını taşıyor olsalar dahi, ancak Tebliğ'den sonra geçerlilik kazanarak, cezadan kurtulacakları yönünde bir hukuki uygulama riski de mevcuttur.

Mesele Kanun'da daha açık düzenlenseydi iyi olurdu. Ancak mevzuatın bugünkü haliyle dahi, bildirim sisteminin sadece bireysel muafiyete inhisar ettirilmesi ve muafiyet tebliğlerinden önce aktedilmiş olup da bu tebliğlerin koşullarını dolduran sözleşmelerin de, her hal ve karda, yapıldıkları tarihten itibaren geçerli addedilmeleri, amaca uygun olur.

Tabi taraflar, akdettikleri bir franchise sözleşmesinin Grup Muafiyet Tebliğinin şartlarına sahip olduğuna ve sözleşmenin bu nedenle bildirim ve bireysel muafiyet istemine ihtiyaç göstermediğine inanmakla birlikte, yine de bir şüphe taşıyor olabilirler. Bu durumda, onlara tavsiye edilebilecek yol, bir görüşe göre, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 8'inci maddesine göre, Kurul'dan **menfi tespit kararı** istemeleridir (*menfi tespit, bir anlaşmanın RKHK'a aykırı olmadığının belirlenmesi anlamına geldiği için, bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Tebliğ'in kapsamına giren bir sözleşme de Kanun'a aykırı sayılamayacağına göre, bu sözleşmenin grup muafiyetine girdiğinin belirlenmesine ilişkin bir istem de, yine menfi tespit istemi olmaktadır*). Diğer bir görüşe göre ise, 1997/6 nolu Tebliğ'in m.6/I hükmü, tarafların

tereddütlü oldukları anlaşmaları Kurul'a bildirmelerine imkan tanıyan bir hüküm olarak, Kurul'un bu anlamda görüşünü sorabilmenin yasal dayanağını oluşturmaktadır. Fakat hangi görüş kabul edilirse edilsin, taraflar, bu konudaki taleplerini, terditli olarak da yapabilirler. Yani Kurul'dan, eğer menfi tespit talepleri kabul edilmezse, bu taleplerin otomatikman, bireysel muafiyet istemi olarak değerlendirilmesini de isteyebilirler.

Şimdi de, Grup Muafiyeti Tebliğinin özelliklerinden ve bu muafiyete tabi olabilmek için franchise sözleşmelerinin taşıması gereken koşullardan bahsetmek istiyorum.

bb- Grup Muafiyeti Tebliğinin Özellikleri ve Tebliğ'deki Muafiyet Şartları

1. 1998/7 nolu Tebliğ, esas itibariyle, AT Komisyonunun 1988 tarih ve 4087/88 sayılı "Franchise Sözleşmeleri Hakkındaki Grup Muafiyeti Tüzüğü"nün bir tercümesidir. Bu Tebliğ'in AT hukukundan iktibas edilmesinin ana nedenlerinden biri, Türkiye ile AT arasındaki 95/1 sayılı Ortaklık Konseyi kararında yer alan, ulusal rekabet hukukumuzu AT hukukuyla uyumlaştırma yükümüdür. Ancak söz konusu Grup Muafiyet Tüzüğü, bu yılın sonunda yürürlükten kalkacak ve Avrupa'da, büyük bir ihtimalle, tüm dikey anlaşmaları içine alan yeni bir Grup Muafiyet Tüzüğü yürürlüğe girecektir.

2. 1998/7 sayılı Grup Muafiyet Tebliği, konuşmamın başında da belirttiğim gibi, bütün franchise sözleşmesi çeşitlerini kapsamamaktadır. Tebliğ, sadece **son kullanıcılara malların yeniden satımını veya hizmetlerin sunumunu** konu alan **iki taraflı** anlaşmaları kapsamına almakta ve 'toptancı franchising'i ile üretimi konu alan 'endüstri franchising'ini kapsam dışında bırakmaktadır (m.3). Keza, Tebliğ'in 8'inci maddesinin (a) bendine göre, fiyatları, özellikleri ve kullanım amacı bakımından aynı olan veya kullanıcılar tarafından eşdeğer sayılan malları veya hizmetleri üreten/sunan teşebbüsler arasında bu mallar veya hizmetler için yapılan franchise sözleşmeleri de kapsam dışında kalmıştır (Tebliğ'in bu hükmünün çevirisi doğru yapılamamıştır). Buna karşın, 'master-franchise-sözleşmeleri' Tebliğ'in kapsamına dahil edilmiştir (m.2).

ATAD'nın 1986 yılında Pronuptia-davasında verdiği kararda yer alan tanımını izleyen AT Grup Muafiyet Tüzüğünde olduğu gibi, 1998/7 nolu Tebliğ'in 3'üncü maddesinde de franchise sözleşmesi şu şekilde tarif edilmektedir :

(Franchise-anlaşması) “Franchise-verenin, franchise-alana, doğrudan veya dolaylı mali katkı karşılığında, belirli türden mal ve/veya hizmetleri pazarlaması amacıyla bir franchise kullanılması hakkını verdiği ve en azından

1) Ortak bir marka veya işletme adının kullanılması ve tesislere ve/veya ulaşım araçlarına yeknesak bir görünüm verilmesi;

2) Franchise-veren tarafından franchise-alana know-how aktarılması;

3) Franchise-alanın anlaşma süresince franchise-veren tarafından sürekli olarak ticari ve teknik açıdan desteklenmesi yükümlülüklerini içeren bir anlaşmadır.”

Tebliğ ayrıca, kendi kullandığı, franchise, franchise-verenin malları, know-how gibi kavramların tanımını da vermektedir. “Franchise” kavramı, Tebliğ’de, evvelce de açıkladığım gibi, “sistem” kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır.

3. Tebliğ, muafiyete girebilecek ve giremeyecek rekabet sınırlamalarını, dörtlü bir gruplandırma çerçevesinde düzenlemekte; bunun yanı sıra, muafiyete girebilmek için “sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurlar”ı da açıklamaktadır.

Dörtlü gruplandırmadaki sınırlamalar, **(a)** “caiz olan sınırlamalar (yükümlülükler)”; **(b)** “muaf tutulan sınırlamalar” (“white list”); **(c)** “ancak sınıai hakların himayesi ve sistemin ortak kimliği ile ününü sürdürmek için gerekli iseler’ muaf tutulan sınırlamalar” (“grey list”) ve **(d)** “kara liste (black list) sınırlamaları” şeklinde adlandırılabilir.

(3a) Caiz olan sınırlamalar, Tebliğ’in 6’ıncı maddesinde, “Grup Muafiyetini Engellemeyen Diğer Yükümlülükler” başlığı altında on çeşit olarak düzenlenmiştir. Franchise-alana yüklenebilecek olan bu yükümlülükler şunlardır :

■ kendisine franchise-veren tarafından aktarılan know-how'ı hem sözleşme süresince hem de sözleşmeden sonra üçüncü kişilere açıklamama yükümlülüğü (sır saklama borcu);

■ franchise hakkının kullanılması sırasında elde ettiği herhangi bir deneyimi franchise-verene aktarma ve bu deneyim nedeniyle kazanılan know-how üzerinde franchise-verene ve diğer franchise-alanlara basit lisans hakkı tanıma yükümlülüğü;

■ lisans konusu fikri ve sınai hakların üçüncü kişilerce ihlali halinde, bu durumu franchise-verene bildirme, bunlara karşı yasal işlem başlatma veya herhangi bir yasal işlemde franchise-verene yardımcı olma yükümlülüğü;

■ franchise-veren tarafından verilen lisanslı know-how'ı sözleşme süresince ve sözleşmenin sona ermesinden sonra , franchise hakkının konusu dışındaki amaçlar için kullanmama yükümlülüğü (*ancak, franchise-alan herhangi bir yükümlülüğünü ihlal ettiği için değil de, başka bir nedenle know-how genel olarak bilinen veya kolay ulaşılabilen bir hale gelirse, franchise-alanın kullanmama borcunun yine de sözleşmeden sonra devam edeceği kararlaştırılamaz -m.8/d*);

■ franchise-verenin verdiği eğitimlere katılma ve personelinin katılmasını sağlama yükümlülüğü;

■ franchise-veren tarafından öngörülen ticari yöntemleri uygulama ve lisanslı fikri ve sınai mülkiyet haklarını kullanma yükümlülüğü;

■ teçhizat, tesisler ve/veya ulaşım araçları bakımından, franchise-verenin öngördüğü standartlara uyma yükümlülüğü;

■ franchise-verenin denetimlerine katılma yükümlülüğü;

■ franchise-verenin izni olmaksızın tesislerin yerini değiştirmeme yükümlülüğü;

■ franchise-verenin izni olmaksızın franchise sözleşmesinden doğan hak ve borçlarını devretmeme yükümlülüğü

Esasen, sayılan bu yükümlülüklerin bazıları, franchise sözleşmesinin anlam ve mahiyetine uyan ve bu nedenle de sözleşmenin muafiyet kapsamına girmesine engel teşkil etmemesi doğal karşılanması gereken yükümlülüklerdir. Örneğin, sır saklama borcu (franchise-veren tarafından aktarılan gizli know-how'ın başkalarına açıklanmaması borcu), böyle bir borçtur. Bırakalım franchising'i bir yana, saf bir know-how-

lisans-anlaşmasında da, eğer aksi açıkça kararlaştırılmamışsa, know-how-alanın, kendisine aktarılan gizli know-how'ı üçüncü kişilere açıklamama yükümlülüğü, temelini MK m.2 hükmünde bulan ve açıkça kararlaştırılmamış olsa bile mevcut addedilmesi gereken bir borçtur. Bu borcun, esasen, bir rekabet sınırlaması olarak da düşünülmemesi gerektiği bile ileri sürülebilir. Buna karşın, Tebliğ'in m.6 hükmünün (b) bendinde serbest bırakılan yükümlülük, yani franchise-alanın sözleşme devam ederken edindiği know-how üzerinde zincir mensuplarına basit lisans tanıma borcu, Tebliğ'de zikredilmesi işlevsel ve gerekli olan bir rekabet sınırlamasıdır. Ancak, bu son yükümlülüğün herhangi bir franchise sözleşmesinde kararlaştırılmış olması halinde, kendilerine know-how aktarılan zincir mensuplarının da bu know-how'ı kullanma hakkı, fikrimce, sadece franchise konusu işle ve franchise zinciri kapsamında kaldıkça söz konusu olabilmelidir.

Diğer taraftan, konuşmamın başında da belirttiğim gibi, Tebliğ'in m.6/e,f ve g hükümlerinde muaf tutulduğu belirtilen yükümlülükler ise, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsalar bile mevcut addedilmesi gereken ve Tebliğ'in m.3/b ve 7/c hükümlerinde belirginleşen "franchising" anlayışının doğal bir sonucudur.

(3b) Muaf tutulan sınırlamalar grubu ("white list") ise, Tebliğ'in 4'üncü maddesinde yer almaktadır. Bunlar, kanuna aykırılık nedeniyle doğan geçersizlik yaptırımından açıkça muaf tutulmuş olan rekabet sınırlamalarıdır ve franchise-veren bakımından üç, franchise-alan bakımından ise dört çeşittir. Bunlar,

■ **franchise-verenin** anlaşma bölgesinde, üçüncü kişilere franchise hakkının tamamını veya bir kısmını kullandırmama; franchise-hakkını kullanmama veya franchise konusu mal ve hizmetleri benzer şekilde pazarlamama ve kendi mallarını üçüncü kişilere sağlamama yükümlükleri ile;

■ **master-franchise-alanın**, kendi anlaşma bölgesi dışında, üçüncü kişilerle franchise sözleşmeleri yapmama borcu; ve

■ **franchise-alanın**, franchise hakkını sadece anlaşma konusu tesislerde kullanma; anlaşma bölgesi dışında, franchise konusu mal ve hizmetler için müşteri aramaktan kaçınma ve malların ve hizmetlerin sunulması sürecinde bu mallara ve hizmetlere rakip olan malları imal etmeme, satmama ve kullanmama yükümlükleridir.

Ancak, Tebliğ'in bu maddesinin son cümlesinde, *“franchise hakkının konusunun, hizmetlerin sunulması sürecinde belirli tip malların yanısıra yedek parça veya teferruatların kullanılmasını ve satılmasını kapsamaması halinde, franchise-alana bu yedek parça veya teferruatlar için ...”* imal, satmama ve kullanmama yükümlülüğü getirilemez hükmü yer almaktadır. Tebliğ'in 4'üncü maddesinin bu son cümlesinde, mehzaz Tüzük'ün m.2/e son cümle hükmüne göre bir farklılık vardır. Mehzazda *“franchise'in konusu belirli tip malların yanısıra bunların yedek parçaları ya da teferruatlarının da satımı yahut hizmetlerin sunulması sürecinde kullanılması ise ...”* denmekte iken, Tebliğ'de sadece, *“hizmetlerin sunulması sürecinde belirli tip malların yanısıra bunların yedek parçalarının veya teferruatlarının kullanılmasını ve satılmasını kapsamaması halinde ...”* ibaresi yer almaktadır. Bilinçli bir tercih değilse (ki böyle bir tercihin haklı bir gerekçeye dayanması gerekir), ortada bir tercüme yanlışının veya ifade eksikliğinin varlığı kabul edilerek, bu cümle mehzaza uygun bir tarzda anlaşılmalıdır.

(3c) “Grey clauses” olarak adlandırılan, franchise-verenin fikri ve sınai haklarını korumak ve sistemin ortak kimliği ile ününü sürdürmek için gerekli oldukları ölçüde muaf tutulan rekabet sınırlamaları ise, Tebliğ'in 5'inci maddesinde yedi bent halinde sayılan ve franchise-alana yüklenen rekabet sınırlamalarıdır. Bu hükme göre, aşağıdaki yükümlüklerden herhangi birinin getirilmesi halinde de, muafiyet uygulanır :

a) *“Sadece franchise-veren tarafından öngörülmüş asgari nesnel kalite özelliklerini taşıyan malları satma veya hizmetin sunulması sırasında kullanma yükümlülüğü”;*

b) *“Franchise hakkının konusu olan malların niteliğinden dolayı nesnel kalite özelliklerini belirlemenin veya uygulamanın mümkün olmadığı hallerde, sadece franchise veren tarafından ya da onun belirlediği üçüncü kişiler tarafından imal edilen malları satma veya hizmetin sunulması sırasında kullanma yükümlülüğü”;*

c) *“Anlaşma süresince ve anlaşmanın sona ermesinden itibaren en fazla bir yıl süre ile, franchise-veren de dahil olmak üzere franchise ağının herhangi bir üyesi ile rekabet halinde bulunacağı bir bölgede, doğrudan ya da dolaylı olarak benzer bir işle uğraşmama yükümlülüğü”;*

d) “Rakip bir teşebbüsün ortaklık paylarını ve diğer her türlü iktisadi varlığını, bu teşebbüsün ekonomik davranışlarını ve karar organlarını etkileyebilecek düzeyde iktisap etmeme yükümlülüğü”;

e) “Franchise konusu malları sadece son kullanıcılara, diğer franchise-alanlara ve bu malları üretenin veya onun izin verdiği diğer dağıtım kanallarındaki yeniden satıcılara satma yükümlülüğü”;

f) “Franchise hakkının konusu olan malların satışı ve hizmetlerin sunulması için gerekli çabayı gösterme, asgari miktarda mal çeşidini satışa sunma, asgari bir ciroya ulaşma, siparişlerini önceden planlama, asgari stok bulundurma, müşteri hizmeti ve garanti sunma yükümlülüğü”;

g) Franchise-verene, gelirinin belli bir kısmını reklam gideri için ödeme ve bizzat franchise-verenin onaylayacağı tarzda reklam yapma yükümlülüğü”.

Koşullu olarak muaf tutulan bu sınırlamaları açıklayan bentlerden mehzadan anlamı değiştirecek kadar farklı çevrilmiş olan (b) bendi, 1999/2 nolu Tebliğ ile değiştirilerek şimdiki halini almıştır. Aynı hükmün (e) bendinde ise bir ifade bozukluğunun varlığından söz edilebilir. Söz konusu bentte ifade edilmek istenen, kanaatimce şudur : „Franchise konusu malları sadece son kullanıcılara, diğer franchise alanlara ve bu malların üreticisi tarafından veya onun izniyle başkalarınca tedarike tabi tutulan diğer dağıtım kanallarındaki yeniden satıcılara satma yükümlülüğü. “

Bilindiği üzere, Tebliğ’in 4’üncü maddesindeki bu koşullu muafiyet prensibi, AT Komisyonunun özellikle *Pronuptia*, *Yves Rocher*, *Computerland* vb. davalarda benimsediği yaklaşımlara dayanmaktadır. Koşullu muafiyet, franchise sözleşmesinin mahiyetini, fikri ve sınai mülkiyet haklarını da dikkate almak suretiyle, Rekabet Hukukuyla bağdaştırma enstrümanlarından biridir.

Tebliğ’in m.5/b hükmündeki (sonradan değiştirilen) çeviri farklılığına gelince : Mehaza göre, franchise-alana, sadece franchise-veren yahut onun belirlediği kişiler tarafından üretilen malları satma (veya hizmet sunumunda kullanma) borcunun yüklenebilmesi için, franchise konusu olan bu mallara, bunların mahiyetleri nedeniyle, asgari nesnel kalite özelliklerinin uygulanamıyor olması gerekmektedir. Yani mehaz AT Tüzüğüne göre, ancak franchise konusu mallara -bunların mahiyeti nedeniyle- asgari nesnel kalite özelliklerinin uygulanması pratik açıdan imkansızsa (ki, literatüre göre, bu özelliklerin uygulanmasının denetiminin

mümkün olmadığı haller ile bu özelliklerin uygulanmasının çok masraf gerektirdiği hallerde de, böyle bir imkansızlık vardır), diğer yükümlülük yüklenebilmektedir. Örneğin, ATAD'na ve/veya Komisyon'a göre, moda mallarında, belli kozmetik ürünlerinde ve teknik olarak sürekli değişen ve eskiyen mallarda, böyle bir imkansızlıktan söz edilebilirken (*Pronuptia, Yves Rocher, Computerland*), temizlik hizmetlerini konu alan franchise sözleşmelerinde, temizlik araç ve maddeleri bakımından böyle bir imkansızlık reddedilmektedir (*Service Master*). Buna karşın 1998/7 nolu Tebliğ'in m.5/b hükmü, düzeltilmeden önce, mehzadaki bu ilkeyi neredeyse tersine çevirmişti. Gerçekten, Tebliğ'in bu hükmünün lafzına göre, franchise-alana sadece franchise-veren veya onun belirlediği üçüncü kişiler tarafından üretilen malları satma veya hizmet sunumunda kullanma yükümlülüğü (eğer aynı maddenin birinci fıkrasındaki genel koşul gerçekleşmişse) doğrudan doğruya yüklenebilmekte; ancak tarafların, bunun mümkün olmadığı hallerde franchise-alanın asgari nesnel kalite özelliklerini uygulama yükümlülüğünü de zikretmeleri gerekmektedir.

Diğer taraftan Tebliğ'in m.5/b hükmü ile m.4/e hükmü arasında bir çelişki bulunup bulunmadığı meselesi de mevcuttur. Bu mesele, esasen, AT Rekabet Hukuku literatüründe de dile getirilmektedir. Gerçekten, Tebliğ'in m.4/e hükmünde, franchise-alana malların ve hizmetlerin sunulması sürecinde franchise konusu mallara rakip malları imal etmeme, satmama ve kullanmama yükümlülüğünün (m.5'in aksine, koşulsuz olarak ve fakat yedek parçalar istisna edilmek üzere) yüklenebileceği belirtilmektedir. Buna karşın Tebliğ'in m.5/b hükmünde ise, franchise-alanın malların sadece franchise-verenin ürettiği malları satma veya hizmet sunumunda kullanma yükümlülüğünün yüklenebilmesi, 1'inci fıkradaki genel koşula (yani fikri ve sınai hakları veya franchise zincirinin ortak kimliğini korumak için gerekli olma koşuluna) bağlanmıştır. Bu durumda, sadece franchise-veren tarafından üretilen malları satma yükümlülüğünün, franchise konusu mallara rakip olan malları satmama yükümlülüğü ile örtüştüğü hallerde (ki franchise konusu mal türünün franchise-veren tarafından da üretildiği durumlarda bu varit olacaktır), hangi hükmün uygulanacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Madde 4/e'yi uygularsak, böyle bir yükümlülüğü m.5/I hükmündeki genel koşulu aramaksızın grup muafiyeti kapsamında görmemiz gerekecek; buna karşın, m.5/b hükmünü uygularsak, bu hükmün birinci fıkrasındaki genel koşul gerçekleşmedikçe, böyle bir yükümlülüğün de grup muafiyetine tabi olamayacağını

söylememiz gerekecektir. AT Rekabet Hukuku literatüründe bazı yazarlar, bu iki hükmü şöyle bağdaştırmaktadırlar : *Madde 4/e (mehaz Tüzük m.2/e) hükmü, franchise konusu mallarla franchise'ın bir parçası olmayan herhangi başka bir işte rekabet edilmemesi yükümlülüğüne ilişkin iken; madde 5/b (mehaz Tüzük m.3/b) franchise işi kapsamında, yani franchise-alan sıfatıyla yürütülen faaliyette tedarik edilerek müşteriye sunulacak mallarla ilgilidir* (örn. Bellamy/Child). Benzer bir görüşe göre ise, *m.4/e (mehaz Tüzük m.2/e) hükmü, franchise-alanın bütün gücünü sözleşme konusu olan malların sürümüne özgülemesi konusunda franchise-verenin sahip olduğu menfaate hizmet eden bir hükümdür* (örn. Langen/Bunte). Ancak bu görüş kabul edilirse, o zaman da benzer (ama daha dar alana isabet eden) bir belirsizliğin, Tebliğ m.4/e hükmü ile m.5/c hükmü ("rekabet yasağı hükmü") arasında ortaya çıkıp çıkmadığı sorulabilir. Bir görüşe göre, *madde 5/c (mehaz Tüzük m.3/c) hükmündeki "rekabet yasağı", franchise-alanın, üyesi bulunduğu franchise zincirindeki işletmelerle rekabet edecek benzer işletme açmama yükümlülüğüdür* (Langen/Bunte) ve esasen buradaki himaye de, franchise-alanın franchise-verenden aldığı know-how'ı (benzer bir işte) kullanamaması neticesi bakımından önem taşımaktadır (Bellamy/Child).

Nihayet, Tebliğ'in önemli hükümlerinden biri olan m.5/c hükmü de, mehaz m.3/c hükmünden farklı olarak kaleme alınmıştır. Tebliğ m.5/c hükmüne göre, 1 yıl için kararlaştırılabilecek olan sözleşme sonrası rekabet yasağı, bölgesel bakımdan herhangi bir kayıtlamaya tabi değilken; mehaz Tüzük'ün m.3/c hükmünde, 1 yıllık sözleşme sonrası rekabet yasağının sadece franchise hakkının kullanılmış olduğu bölge için kararlaştırılabileceği belirtilmektedir. Ancak burada, AB'ne üye ülkeler bakımından ülkesel bazdaki sınırlamaların dikkate alındığı, TC'nin ulusal hukuku bakımından ise böyle bir yaklaşımın anlamsız olacağından hareketle, bilinçli olarak farklı bir tercümenin tercih edildiği bazı hukukçular tarafından ifade edilmektedir.

(3d) "Kara Liste"de ("black list"de) yer alan rekabet sınırlamaları ise, grup muafiyetine tabi tutulmak istenen franchise sözleşmelerinde kesinlikle yer almaması gereken sınırlamalardır. Bunlardan birinin varlığı halinde dahi, sözleşme grup muafiyetine tabi olamaz ve bireysel muafiyete ihtiyaç gösterir. Tebliğ'in 8'inci maddesinde, hem caiz olmayan bu

sınırlamalar ve hem de franchise sözleşmelerini grup muafiyetinden mahrum bırakan diğer durumlar, yedi bent halinde sayılmaktadır. Bu durumlar, aşağıdakilerden ibarettir :

■ Özellikleri, fiyatı ve kullanım amacı bakımından aynı olan veya kullanıcılar tarafından eşdeğer sayılan malları üreten veya hizmetleri sunan teşebbüslerin, bu mal ve hizmetler için franchise anlaşması yapması (böylece Tebliğ, esasen, rakip teşebbüslerin, rekabet ettikleri mallar için yaptıkları franchise sözleşmelerini kapsam dışında bırakmaktadır; ancak Tebliğ'in bu hükmünün çevirisinin de mehaza göre belli bir anlam farklılığı taşıdığı gözlenmektedir);

■ Dördüncü maddenin (e) bendi ve beşinci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi saklı kalmak kaydıyla, franchise-alanın franchise-verenin sağladığı mallara eşdeğer kalitede mal temin etmesinin engellenmesi;

■ Dördüncü maddenin (e) bendi saklı kalmak kaydıyla, franchise-alanın mal veya hizmetlerin sunulması sürecinde franchise-veren ya da franchise-verenin belirlediği üçüncü kişiler tarafından üretilen malları satmak ya da kullanmakla yükümlü kılınması **ve aynı zamanda** franchise-verenin, kendisinin fikri ve sınai mülkiyet haklarını veya franchise ağının ortak kimliğini ve ününü korumak dışındaki sebeplerle, franchise-alan tarafından önerilen üçüncü kişileri yetkili üretici olarak belirlemeyi reddetmesi;

■ Franchise-alanın herhangi bir yükümlülüğünü ihlal etmesi dışındaki nedenlerle, know-how'ın sır niteliğinin ortadan kalkmasına rağmen, anlaşmanın sona ermesinden sonra franchise-alanın lisanslı know-how'ı kullanmasının yasaklanması;

■ Franchise-verenin satış fiyatları konusunda tavsiyede bulunma hakkı saklı kalmak kaydıyla, franchise-alanın satış fiyatlarını belirleme hakkının, doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlanması;

■ Franchise-verenin anlaşmayı bu nedenle sona erdirme imkanı saklı kalmak kaydıyla, franchise-alanın, franchise hakkının bir kısmını oluşturan fikri veya sınai mülkiyet haklarının geçerliliğine itiraz etmesinin engellenmesi;

■ Franchise-alanın, franchise hakkının konusu olan mal veya hizmetleri ülkedeki son kullanıcılara, onların ikamet yerleri nedeniyle satmasının yasaklanması.

(3e) Franchise sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu unsur ve özellikler ise, Tebliğ'in 7'inci maddesinde sayılmıştır. Buna göre, grup muafiyetine girmesi istenen franchise sözleşmelerinde şu hususların bulunması zorunludur :

(1) Franchise-alan, malları, aynı ağdaki diğer franchise-alanlardan ve eğer franchise-veren franchise konusu olan mallar için başka yetkili dağıtıcılar da kullanıyorsa, bu dağıtıcılardan almakta serbest olmalıdır.

(2) Franchise-veren sözleşmede franchise-alanı franchise-verenin malları için garanti vermekle mükellef kılınmışsa, franchise-alan bu yükümlülüğünü, diğer franchise-alanlardan veya yetkili dağıtıcılardan aldığı mallarda da yerine getirmelidir.

(3) Franchise-alan bağımsız bir teşebbüs olmalıdır.

Tebliğ'in getirdiği düzenleme böylece kısaca özetlendikten sonra, bu yürürlük kaynağı hakkında şöyle bir genel değerlendirme yapılabilir : Bir kere bu Tebliğ, aynen şu anda mehzaz AT Tüzüğünde de olduğu gibi, karmaşık bir yapıya sahiptir ve hizmet etmek istediği hukuk güvenliğini de, bu haliyle, optimal bir şekilde sağlamaktan uzaktır. AT Komisyonu, rekabet sınırlaması içeren tüm dikey anlaşmalar için hazırladığı ve 2000 yılında yürürlüğe girmesi hedeflenen iki (Konsey) Tüzüğü tasarı teklifinin gerekçesinde, şu anda AB hukukunda yürürlükte ve bazıları bizim iç hukukumuzda da alınmış bulunan Grup Muafiyet Tüzüklerinin kapsamının çok dar olduğunu belirtmekte ve özellikle de, bu Tüzüklerdeki hükümlerin esneklikten uzak olduğuna dikkat çekmektedir. Esneklik eksikliği, 4087/88 nolu AT Tüzüğü ve 1998/7 nolu Tebliğ için de geçerli bir tespittir. Her ne kadar bu Tebliğ, örneğin Tek Elden Dağıtım veya Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Tebliğ'lere nazaran, daha fazla kaydı serbest bırakmış görünüyorsa da, Tebliğ'deki (ve mehzaz Tüzük'deki) "kara liste"nin yanında yer alan hem "beyaz liste" ve hem de "gri liste", numerus clausus (sınırlı sayı) prensibine bağlı kalınarak kaleme alınmıştır. Bu nedenle de, franchise sözleşmesi yapmaya karar veren teşebbüslerin, bireysel muafiyetin belirsizliğine mahkum olmamak için, grup muafiyetine uygun ve böylece de otomatikman geçerli bir anlaşma yapmak istemeleri halinde, serbest kalabilecek rekabet sınırlamalarını seçebilme olanakları oldukça sınırlıdır. Diğer taraftan Tebliğ, yine aynen 4087/88 nolu AT Tüzüğünde olduğu gibi, bu tür sözleşmelerin ait oldukları pazarlarda yapabilecekleri

farklı etkiler dikkate alınmaksızın, son derece formel bir yaklaşımla yazılmıştır. Bu nedenle, AB’de hazırlanmış olan mezkur tasarı teklifinde, bütün dikey anlaşmaların birarada düzenlenmesi, sadece bir “kara liste”nin belirlenmesi ve sözleşmelerin rekabete aykırı etkileri temelinde grup muafiyetinden yararlanmamalarına yol açacak somut ve genel bir kriterin oluşturulması esasları hakimdir. AB’de bu tasarıların yürürlük kaynağı niteliği kazanması halinde, bu kaynaklardan iktibas edilecek, daha basit ve açık olan bir Grup Muafiyet Tebliğinin ülkemizde de yürürlüğe girmesi, herhalde, doğru olacaktır. Bilindiği kadarıyla, Rekabet Kurumu da zaten şimdiden bu hususta bir çalışma içine girmiş bulunmaktadır. Esasen, daha basit ve açık bir Muafiyet Tebliği, hukuk güvenliğinin yanı sıra, bizzat Rekabetin korunmasında da daha etkili bir enstrüman olacaktır.

bc- Tebliğ Nedeniyle Bayilikten Franchising’e Geçişin Artması Olgusu ve Bunun Sonuçları

Belirtmeliyim ki, şimdiye kadar özelliklerini özetlemeye çalıştığım 1998/7 sayılı Tebliğ’in muafiyet kapsamına aldığı rekabeti kısıtlayıcı kayıtların çeşidi ve sayısı, dağıtım sözleşmeleriyle ilgili diğer tebliğlerde yer alanlardan daha fazladır. Yani, franchising ile faaliyet gösteriyorsanız, sözleşmenizi Rekabet Hukuku ile daha rahat uyumlaştırabilirsiniz. Oysa, bayilik sistemi ile faaliyet gösteriyor ve sözleşmenizi bu sistemi muhafaza ederek Rekabet Hukukuyla uyumlaştırmak istiyorsanız, aynı ölçüde rahat hareket etmeniz mümkün değildir. Bu nedenle, şimdiye kadar bayilik sistemiyle piyasada faaliyet gösteren dağıtım zincirlerinin bir kısmının, Rekabet Hukuku yaptırımlarından kurtulmak için, sözleşmelerini ‘franchising’e dönüştürme yolunu seçmeye başladıklarını görüyoruz. Bu, elbette ki sevindirici bir gelişmedir. Çünkü franchising ekonomiye önemli katkılarda bulunan modern bir dağıtım yöntemidir.

Ancak, bayilik sisteminden ‘franchising’e geçmek isteyen olan girişimciler, iki noktaya çok dikkat etmek zorundadırlar :

Birincisi, bu girişimciler, sözleşmelerini yeniden kaleme alırken ve/veya değiştirirken, 1998/7 nolu Tebliğ’i basitçe kopya etmek gibi bir hataya düşmemeliler. Bir bayilik sözleşmesinin ‘franchising’e dönüştürülmesinde, Borçlar Hukuku, Rekabet Hukuku ve Fikri/Sınai Mülkiyet Hukuku boyutlarının hepsinin ustaca bir araya getirilebilmesi gerekmektedir. Bu gerekliliğe uyulmazsa, ortaya yetersiz bir sözleşmenin

çıkması kaçınılmazdır. Yetersiz bir sözleşmeye dayanan bir franchise zinciri ise, halkalarından birinin “mızıkçılık” etmesi halinde, çok rahat çökebilir.

İkincisi, bayilik *sözleşmelerini* ‘franchise sözleşmesi’ne dönüştüren girişimciler, “bayileri”yle süregelen ilişkilerini de **gerçek anlamda bir franchising ilişkisine fiilen** dönüştürmek zorundadırlar. Yani, “bayilik” sistemini kullanan herhangi bir girişimci, Rekabet Hukuku yaptırımlarından daha kolay kurtulmak için, *sözleşmesini* franchise sözleşmesine dönüştürürse; bu “*dönüştürme*” sadece kağıt üzerinde bırakıldığı ve faaliyet de gerçek anlamda bir ‘franchising’e fiilen dönüşmeyip, asli özellikleri bakımından “bayilik sistemi” düzeyinde kaldığı sürece, bu faaliyetin Rekabet Hukuku yaptırımlarından kurtulması mümkün değildir. Bu nedenle, “bayilik”ten “franchising”e dönüştüğünü iddia eden bir dağıtım zincirinde, mutlaka (ve en azından) ortak bir marka veya işletme adının fiilen kullanılması, standardizasyonun fiilen sağlanması, franchise-alana fiilen know-how aktarılması ve franchise-alanın (eğitim vb. organizasyonlarla) fiilen desteklenmesi gereklidir. Böylece, örneğin, sırf Rekabet Kurumuna sunulmak için uydurulmuş bir “el kitabı”nın mevcudiyeti Rekabet Hukuku yaptırımlarından kurtulmak için yeterli olmadığı gibi; fiilen “fiyat dikte etme hakkı” olarak kullanılan bir olanağın, kağıt üzerinde “fiyat tavsiye hakkı” şeklinde gösterilmesi de bir çözüm değildir.

c- Muafiyetin Geri Alınması

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un getirdiği ve şimdiye kadar açıkladığım muafiyet sistemi, mutlak ve sürekli bir muafiyeti garanti eden bir sistem değildir. Çünkü, Kanun’un 13’üncü maddesine göre, Rekabet Kurulu, bu maddede sayılmış olan koşullardan birinin gerçekleşmiş olması halinde, verdiği (bireysel) muafiyeti geri alabilmektedir. Bu haller ise, muafiyet kararına temel olan olaylardan birinde bir değişiklik olması; karar şart ve yükümlülüklerle bağlı kılınmışsa, bunların yerine getirilmemesi ve muafiyet kararının yanlış ve eksik açıklanan bilgilere dayanılarak verilmiş olmasıdır. Geri alma, ilk halde, değişikliğin olduğu tarihten; diğer iki halde ise, muafiyet kararının verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder.

Ayrıca, grup muafiyeti de, ilgili Tebliğ’de öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde geri alınabilmektedir. Nitekim franchise

sözleşmelerine ilişkin 1998/7 sayılı Tebliğ’de de, koşullu olarak, Kurul’a bu yetki tanınmıştır. Tebliğ’in 9’uncu maddesine göre, Kurul, grup muafiyetine giren bir franchise sözleşmesinin, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un 5’inci maddesinde sayılan muafiyet şartlarıyla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunu ve özellikle de franchise alana bölgesel koruma sağladığını **ve aynı zamanda da** yine Tebliğ’in bu maddesinde sayılan alternatif hallerden birinin gerçekleştiğini tespit ederse, bu muafiyeti geri alabilir. Örnek olarak, bu alternatif hallerden bir tanesi, ilgili pazara giriş veya bu pazardaki rekabet ortamının önemli ölçüde kısıtlanmış olması durumudur.

Böylece, bireysel muafiyet almış veya grup muafiyetine girmiş sözleşmelerin geçerliliklerinin devamı da kesin değildir, yani geçici olabilmektedir. Bu geçicilik, tarafların iradi davranışlarının söz konusu olmadığı piyasa koşullarının geri alma nedeni sayıldığı haller bakımından, elbette ki, hukuk güvenliğini sarsan bir durumdur.

Beni sabırla dinlediğiniz için hepinize teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Hocamıza çok teşekkür ediyorum; çok verimli, hakikaten çok yararlı bir konuşma oldu. Özellikle, ellerinde Franchise Sözleşmesi bulunan arkadaşlar açısından sanıyorum oldukça verimli oldu. Çünkü, burada Hocamızın dile getirdiği sorunlu noktaların aşağı yukarı hemen hepsi; hatta burada dile getirilmeyen birçok konu, arkadaşlarımızın ellerindeki dosyalarda mevcut. Sanıyorum, çay ve kahve arasından sonra yoğun bir şekilde Hocamıza bu tür sorular yöneltilecektir tahmin ediyorum.

Oturum Başkanı-Evet, konferansımızın "soru cevap" bölümüne geçmiş bulunu-yorum. Saat 5.30, yarım saat vaktimiz var. Bu yarım saat içerisinde, arkadaşlarımızın mümkün olduğu kadar tekrardan kaçınarak, gerek bizim tebliğ açısından olsun, gerek genel olarak franchise sistemiyle ilgili olsun, soruları yöneltmelerini bekliyorum. İsterseniz, önce ilk soruyu ben sorayım Hocama. Konuşmanızda; grup muafiyeti bir Franchise Sözleşmesi, sözleşme, genel olarak Franchise Sözleşmesi baktığımızda-ama Grup Muafiyeti Tebliğindeki koşulları tam olarak taşıyor. Bunu tartıştınız ama, cevabını ya ben kaçırdım, ya vermediniz; bu sözleşmeye, Grup Muafiyeti Tebliğindeki koşulları taşıyamamasına rağmen, bireysel muafiyet verebilmek mümkün olabilir mi?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Evet, o konuya değindim, bir daha değineyim. Demek ki, iyi anlatamamışım ne demek istediğimi. Şimdi diyorum ki ben: Burada ikiye ayırmak lâzım. Birincisi; tebliğin "franchise" tanımına uyan bir sözleşme var, ama tebliğin koşullarını doldurmuyor; o, kapsam dışına çıkıyor.

İkincisi; bir Franchise Sözleşmesi var; bu Franchise Sözleşmesi, genel franchising anlayışına uygun, yani borçlar hukukunda yaptığımız geniş anlamdaki Franchising Sözleşmesi tanımına uygun, fakat tebliğin tanımına uymuyor. Şimdi ben, ikinci gruba giren Franchise Sözleşmelerinin bireysel muafiyete kesinlikle tâbi olmayacakları şeklinde bir sonucun çıkarılamayacağını söylüyorum. Yani, bireysel muafiyet bunlar da alabilirler ama; kanunun aramış olduğu şartlar gerçekleşmişse eğer.

Tebliğin tanımına uyan (ama tebliğde aranan koşullardan birini veya birkaçını erçekleştirmeyen) Franchise Sözleşmeleri için ise durum daha farklı olmalıdır. Tebliğde sayılmış olan bütün koşullar tebliğe uygun Franchise Sözleşmeleri açısından, kanunda sayılmış olan muafiyet şartlarının gerçekleştiği fiksiyonunu taşıdığı için, "bu tebliğe uyan sözleşmeler bir kenarda dururken, diğer kenarda da tebliğe uygun olmayan Franchise Sözleşmelerine nasıl bireysel muafiyet verebiliriz?" diye, haklı bir sorunun ortaya çıkabileceğini düşünüyorum.

Ama diyorum ki; herhangi bir Franchise Sözleşmesi rekabeti sınırlayıcı kayıtlar içerebilir, ama kanundaki tanıma uymayabilir. Meselâ; toptancılar arasında yapılmıştır bir Franchise Anlaşması; bu Franchise Anlaşması, rekabeti sınırlayıcı kayıtlar içerecektir çok büyük bir ihtimalle ve bireysel muafiyete başvurabilmelidir. Ve "bireysel muafiyet alamaması kesinlikle mümkün değildir" denemez diye düşünüyorum.

Barış EKDİ- Barış EKDİ, Rekabet Uzman Yardımcısı. Genel olarak, Avrupa Birliğindeki franchise'lara ilişkin ... bir kısmında franchise'lar çeşitli gruplara ayrılıyor. Know-how franchise'da; örneğin, bu Avrupa Birliğindeki o tüzük kapsamında değil, hem bir nevi üretim franchise'nın rekabetle ilişkisinin farklı olması, diğerinde de teknoloji transferine ilişkin olarak, diğer düzenlemelerinin içinde yer alması. Fakat biz, "mal ve hizmet franchise"ı derken, ne tür bir ayrıma gittiğimiz konusunda zorluklar çekiyoruz. Örneğin; bir hamburgerin satılması olayında, hem know-how'ın aktarılması babında ve işte servis elemanlarının

onu bir şekilde sunması tarzında servis var, hem de o fiziksel varlık olarak üretilen şeyin bir başkasına satılması anlamında bir mal satışı var. Mal ve hizmet franchise'larını bu şekilde ayırmamızı sağlayacak kriterler var mıdır?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Şöyle bir kriter uygulanabilir; Bir kere, çok basit olarak evvelâ şunu söyleyebiliriz: Konusu, franchise alan tarafından, müşteriye sadece münhasıran hizmetlerin sunumu olan Franchise Sözleşmeleri, hizmet franchising'idir. Konusu, sadece mal sunumu olan sözleşmeler, mal franchising'idir. Konusu, mal sunuşunun yanında, mala refakat eden hizmetleri içeren sözleşmeler de aslında "mal franchising"i olarak adlandırılabilir. Konusu, hizmet sunmakla birlikte, hizmete refakat eden mallar da içeren sözleşmelere ise, "hizmet franchising"i diyebiliriz.

Şu hâlde burada şöyle bir tespit yapılabilir; şunu söyleyebiliriz belki: Aslî edim yükümlülüğünün; yani franchise alanın yüklenmiş olduğu aslî edim borcunun aslî unsurunu hangisi oluşturuyor? Mal mı oluşturuyor, hizmet mi oluşturuyor? Buna göre bir ayırım yapabiliriz. Ama bu ayırımın, tebliğin kapsamına dahil olabilmek bakımından çok fonksiyonel olduğunu düşünmüyorum; bir şey fark etmez çünkü.

Burak BÜYÜKKUŞOĞLU- Burak BÜYÜKKUŞOĞLU. Rekabet Uzman Yardımcısıyım. Benim sormak istediğim; sunumuzda bu belirttiğiniz franchise alan işletmenin bağımsız olması gerektiği. Buradaki ve de onu kriter olarak da aldığı üründe ve kendi alanındaki sapmalar. Böyle bir kriter olarak belirttiniz bunu. Peki; ...la, sağlayıcı bir çalışma yapsa ve bu sözleşme konsinye sözleşmeleri olsa; burada malı kendi adamı satmıyor, yani malı aldığı zaman parasını ödememiş oluyor ve hâlâ mal sağlayıcının üzerinde oluyor; yani yeniden sağlayıcı malı aktifine geçirmemiş oluyor. Bu, "bağımsızlık" unsurunun ne kadar kapsamına girer?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Yani, şöyle anlayabilir miyim sorunuzu? Genel olarak franchising açısından değil bu sorduğunuz. Herhangi bir dağıtım sözleşmesinde de böyle bir sorunla karşılaşabiliriz. Yoksa, spesifik olarak franchising'de mi böyle bir durumdan bahsediyorsunuz?

Burak BÜYÜKKUŞOĞLU - Tabîî. Böyle bir kapsam olduğu zaman, bu franchising, franchise alanının bağımsızlık unsurunu zedeler mi? Çünkü, zedelerse, o zaman da bu tebliğ kapsamına girmiyor mu?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Evet, haklısınız, evet. Benim kişisel kanaatım şu bu konuda: Bizim burada "bağımsız teşebbüs" olma ile kastettiğimiz, hukukî anlamda franchise alanın, franchise verenin temsilcisi olmamasıdır. Yani; franchise alan, franchise sistemi içerisinde müşteriye mal ve hizmet satarken, franchise verenin adına ve hesabına yap-maz, yaptığı sözleşmeyi. Yani; işte Mehmet Akif Bey, Tüketici Kanunuyla çok uğraşmış bir meslektaşım benim; orada gerçi "hizmet satımı" terimi kullanılır; oysa bizim hukukumuzda "hizmet satışı" diye bir şey yoktur Borçlar Kanununa göre. Hizmet, ancak bir vekalet akdinin konusunu oluşturabilir, bir istisna akdinin konusunu oluşturabilir, bir hizmet akdinin konusunu oluşturabilir. Şimdi ben, eğer franchise alan olarak müşteriye, sadece kendi adıma ve hesabıma satıyorsam; daha doğrusu, son dağıtıcı olarak müşteriye sunduğum mal ve hizmeti kendi adıma ve hesabıma sunuyorsam, bu mal konsinye olsun olmasın, önemli değildir. Önemli olan, burada hukukî bağımsızlıktır; yani, müşteri karşısında franchise alanın yaptığı satım sözleşmesini kendi adına ve hesabına yapmasıdır.

Borçlar hukukunda insanlar, konsinye olsun olmasın, birbirlerine ait olmayan malları da satabilirler biliyorsunuz. Yani ben, çok rahatlıkla size ait olan bir malı satabilirim. O borcumu eğer ifa edemezsem, Borçlar Kanununun "ademi ifa" hükümlerine göre, satım sözleşmesinden doğan "borca aykırılık" hükümlerine göre bunun sonuçlarına katlanmak durumunda kalırım.

Dolayısıyla, franchise alanın bağımsız bir teşebbüs olmasına da ben, bu perspektiften bakılması gerektiğini düşünüyorum. Yani; sattığı mal, henüz kendi mülkiyetinde olmasa bile, bu bir şey fark ettirmez. Çünkü, bağımsız bir teşebbüstür. Eğer bir ticarî işletme boyutlarına sahipse işlettiği işletme; bağımsız bir tacirdir.

Oturum Başkanı- Başka söz almak isteyen var mı, soru sormak isteyen? Fevzi Bey.

Fevzi ÖZKAN- Hocam, konuşmanızda, özellikle son günlerde bayilik sisteminde franchising'e bir geçiş olduğunu belirttiniz. Şimdi bu çerçevede, bilindiği gibi, bir anlaşmanın da franchise olarak değerlendirilebilmesi için 3 şartın mutlaka yer alması gerektiğini aramamız gerekir. Bir, yekpare görünüm; ikincisi, know-how aktarımı var mı yok mu, üçüncüsü de, destek. Yani, parasal ve teknik destek var mı, yok mu?

Şimdi, bu çerçevede; kurula başvurularda, örneğin sözleşmesinde, "biz know-how aktarıyoruz" demesi yeterli olabilir mi? Bir de; bilindiği gibi, know-how öyle bir konu ki, yani doktrinde tartışmalarda ifade ediliyor, sözle know-how verilebiliyor. Yani bu noktada, know-how'un aktarıldığını nasıl; gerek sözleşmede, gerek başka başka türlü incelemelerde nasıl ortaya koyabiliriz?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Evet. Bu sorduğunuz sorunun, ben çok güncel ve önemli olduğunu konuşmamda söyledim. Ben, bu konuya; franchising'le 9-10 seneden fazla bir süre uğraşmış bir insan olarak hakikaten önem veriyorum, çünkü, bu konuda bir tehlikenin olduğunu seziyorum; yani işletmeler bakımından.

Know-how aktarımı olmayan bir sözleşme ilişkisi, Tebliğ'egöre bir franchising ilişkisi değildir. Ama, burada şöyle bir şey var: Zannediyorum size başvuranlar; 25 sayfadan oluşan bir sözleşmeyle geliyorlar ve "bizim aramızda bu sözleşme var" diyorlar. Sözleşmeye baktığınız zaman, bu tebliğin 3'üncü maddesinde sayılmış olan 3 zorunlu unsurun da yer aldığını görüyorsunuz ve burada know-how aktarma borcunun bulunduğunu da görüyorsunuz.

Şimdi, sırf böyle baktığınız zaman; eğer diğer koşullar da dolmuşsa, siz, yapılmış olan sözleşmeye, yazılı olan hâliyle "franchise sözleşmesi" diyebilirsiniz. Bu, borçlar hukuku bakımından "franchise sözleşmesi" olarak adlandırılmaya elverişli bir zemindir. Ama, tabî ki rekabet hukuku işin içine girdiği zaman iş burada bitmiyor. O takdirde; yapılması gereken diye düşünüyorum ben, muafiyet verilse bile herhangi bir sözleşmeye, "bu sözleşme, şu yazılı olan hâliyle bir franchise sözleşmesidir ve grup muafiyet tebliğinin kapsamına giriyor" dense bile, her hâlde bu yapılmadan önce, "nedir kardeşim senin aktardığın know-how?" diye sorulabilmesi gerekir. Çünkü Know -how'ın, burada tanımını yapıyor tebliğ. Ve bunu yaparken, çok spesifik bir tanım veriyor: "Franchise verenin deneyimi ve deneyimleri sonucunda ortaya çıkmış, patentli

olmayan gizli, özlü ve belirlenmiş bilgi paketi" diyor. "Belirlenmiş" olması çok önemli. Size, " Sen bana bir belirli hâle getir bu know-how'ımı" diyebilme olanağını veriyor diye düşünüyorum. "Belirlenmiş" tabiri, know-how'ın gizlilik ve özlü olma ölçütlerini yerine getirdiğinin doğrulamasını mümkün kılacak şekilde tanımlanmış olmasını ifade eder.

Nasıl tanımlayacaklar bu insanlar size know-how'ı? Her hâlde bir el kitabıyla tanımlayacaklar. Sonra devam ediyor Tebliğ: know-how'ın tanımı, "ya franchise anlaşmasında veya ayrı bir anlaşmada yer alabilir ya da herhangi bir şekilde kaydedilebilir." Bunlara, bu hükümlere baktığım zaman, zannediyorum tehlikeyi yani benim konuşmamda da bahsettiğim tehlikeyi başlangıçta engelleyebilme olanağı da sağlanmış oluyor.

İbrahim AYDEMİR- İbrahim AYDEMİR, Uzman Yardımcısı. Hocam, franchise anlaşması sona erdikten sonrası için ön görülen rekabet etmeme borcunun süresi hangi kriterlere göre tespit ediliyor ve bu sürenin tespitinde "franchise" konusu belirleyici olur mu?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Yani, grup muafiyeti kapsamı dışında kalanlar için mi söylüyorsunuz?

İbrahim AYDEMİR- Genel olarak.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Şimdi, grup muafiyet tebliğinde 1 senelik bir kayıt var zaten. Onun altında kalacak sürelerin mi ne kadar olması gerektiğini söylüyorsunuz? Tam anlayamadım soruyu.

İbrahim AYDEMİR- Benim sormak istediğim; "franchise" anlaşması sona erdikten sonrası için belli bir dönem rekabet etmeme oluşabilir. Bu süre, her sektör için "franchise" sonrası ne olursa olsun; 1 yıl mı olmalı sizce, yoksa bazı sektörlerle göre bu sürenin daha uzun ya da kısa olması mümkün mü?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Anladım, evet. Tamamen hukuk politikası açısından soruyorsunuz. Zannediyorum; hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi bakımından, belli başlı dezavantajları olsa da, belirli bir sürenin bütün sektörler için öngörülmesi yararlı görünüyor. Zaten bu tercih sebebiyledir ki, tebliğe de ve Avrupa Topluluğu tüzüğünde

sektörler arasında hiçbir ayırım yapılmaksızın belli bir süre kaydı koyulmuş. Ama, bu sorduğunuz soru, belki de özellikle biraz önce Sayın Mehmet Akif Beyin sorduğu soru bakımından önem taşıyabilir; yani bireysel muafiyet açısından. Bireysel muafiyet tanınması için başvurmuş adam ama sözleşmesi 2 yıllık sözleşme sonrası rekabet etmeme borcu içeriyor. Bu durumda, grup muafiyetine tâbi olan sözleşmelerle, bireysel muafiyete tâbi edilecek sözleşmeler arasında bir ayırım yapılmayıp, bu sözleşmelere Grup Muafiyeti Tebliğine girecek olan sözleşmeler karşısında bir öncelik tanınmaması babında, onlara da 1 yıl gibi bir kriter uygulamak mümkün olabilir. Ama, tamamıyla hukuk politikasıyla ilgili ve takdire bağlı olan bir olay tabîi bu.

Oturum Başkanı- Evet. Aydın Bey.

Aydın ÇELEN- Aydın ÇELEN, Rekabet Uzman Yardımcısı. Bildiğimiz üzere, "franchise" anlaşmalarıyla, Tekel'den dağıtım ve satın alma anlaşmaları arasındaki en büyük fark, yeknesak bir görünüm elde etme ve bu yeknesaklığı sağlayan da markaları, ticaret ünvanları, mağaza işaretlerini kullanma zorunluluğunun getirilmesi. "Franchise" anlaşmalarını incelediğimiz zaman, bütün olarak bir yeknesaklığın olduğu görülmekte. Bu yeknesaklığın başında da, mağaza veya dükkândaki görünüm, çalışan personelinin yeknesaklığı, standart hâle getirilmesi ve orada satılan ürünlerin yeknesak olması. Yani, orada franchise alan, franchise verenden izin almadan herhangi bir ürünü satamaz, orada restorandaki düzeni değiştiremez, hiçbir şeyi değiştiremez ve bu franchise'ın ana unsuru.Yeknesaklığın tek istenmeyen unsuru fiyatlarda ortaya çıkıyor. Yani, fiyatlarda bir yeknesaklık olduğu zaman; bunun, tebliğin sağladığı grup muafiyetinden yararlanılamayacağı anlaşılıyor. Ve bundan sonraki açıklamayı tüketici olarak yapmak istiyorum. Tüketici, bir dükkâna gittiği zaman, oradaki her şeyin yeknesak; yani bir standart ürünü alıyor, o standart ürüne de her yerde aynı fiyatı vermek istiyor ve orada farklı fiyatlar olduğu zaman, franchise sistemi bozuluyor bir defa. Bu noktada franchise sisteminden elde edilmek istenen kâr ile rekabet hukukunun veya tebliğin sağlamaya çalıştığı amaç arasında bir çelişki ortaya çıkıyor. Bu noktada da tabîi, franchise verenler, yeniden satış fiyatını belirlemek gayesiyle bazı yollara sapabiliyorlar. Örneğin; münhasır bölgeler verilmiyor genelde ve franchise alanları birbirleriyle rekabet ettirerek; örneğin,

fiyatların yükselmesine engel olabiliyorlar. Bu da doğrudan değil ama, dolaylı olarak bir fiyat belirleme ve bizim 4'üncü madde kapsamında diyebiliriz; yani, bunu nasıl yorumluyorsunuz?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Tabii çok haklı olarak yine hukuk politikası açısından sorduğunuz bir soru olarak kabul ediyorum bunu.

"İki menfaatin nasıl dengelenmesi gerektiği" konusunda kanun koyucunun yapması gereken bir tercihtir bu. Sizin söylediğiniz sakıncaların varlığını yadsımak mümkün değil elbette. Ama ben, buna rağmen fiyat konusundaki fiyat dikte etme hakkının franchise verene verilmemesi ve franchise alan üzerinde tanınmaması gerektiğini düşünüyorum.

Rekabet hukukunun diğer enstrümanlarından yararlanarak, sizin biraz önce söylediğiniz sakıncaları giderebilmek mümkün olabilir; bunların yollarını aramak gerekir. Tüketicinin Korunması Hakkındaki kanunun verdiği imkânlardan yararlanmak gerekebilir. Tamamen tüketici perspektifinden çok haklı söyledikleriniz. Bu şüpheyi ben katılıyorum. Ama, işin neticesinde, bu konuda kanun koyucunun bir tercih yapması gerekiyor. Eğer ben kanun koyucu olsaydım, bu konuda yine ağırlığı fiyat dikte etmeme yönüne verirdim. Ama orada, tabii fiyat dikte ettirmemekle de bitmiyor iş. Yani "fiyat tavsiye edilebilir" demiş tebliğ ama, orada kanun koyucu gibi düşünmüyorum. Yani, fiyat tavsiye edilebilir de, tavsiyenin anlamı nedir hukuken? Hiçbir şey değildir. Tavsiyeye uymazsa ne olacak? Hiçbir şey olmayacak. O zaman niye tavsiye etsin adam fiyatı? Bir tek sebeple tavsiye eder; fiyatı dikte etmek için.

Belki elinize gelen sözleşmelerde rastlamışsınızdır; "mümkün olduğu kadar, elinden geldiğince, franchise alan tavsiyelere uyacaktır" şeklinde kayıtlar içerirler.

Oturum Başkanı- Sözleşme şöyle: Franchise alan, tavsiye edilen fiyatlara azamî özen gösterecek. Yani, böyle bir şey olamaz.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Bana görüş sorulan bir sözleşmede de vardı bu. Ben dedim ki, "özen göstermek" diye bir yükümlülük vardır Borçlar Hukukunda aynı zamanda; yani, iş görme borçlarında. Şimdi, Franchise Sözleşmesinin çok enteresan bir yanı var;

onu konuşmamda kısaca geçtim. Siz hepiniz rekabet hukukçuları olduğunuz için, hep rekabet hukuku perspektifinden işe değinmek gerekiyor. Ama, hukukçu olsanız da olmasanız da, şu anda hepimiz meslektaşız; yani hem hukukçularla, hem hukukçu olmayan uzman ve uzman yardımcısı arkadaşlarımla biz aynı kaderi paylaşıyoruz; hukukla muhatabız bu anlamda. Sizler, özellikle uygulama bakımından bu işin içindesiniz. Bu nedenle ben Franchise Sözleşmelerinin, hatta öbür sözleşmelerin de, diğer hukuk dallarıyla olan ilişkisinin çok önemli olduğunu ve mümkün mertebe bu ilişkinin rekabet hukukçuları tarafından izlenmesi gerektiğini düşünüyorum.

Sizin sorduğunuz sorunun bununla çok yakından ilgisi var; özellikle fiyat tavsiye hakkının onun bir step sonrası olan, tavsiye fiyatlarına uyma konusunda özen gösterme yükümlülüğü bakımından. Şu anlamda: Franchise alanın üstlendiği borç, Borçlar Kanununa göre vekalet aktine benzeyen bir borçtur. Bir iş görme borcu yükleyen sözleşmeler, eğer kanunda düzenlenen başka iş görme sözleşmelerinden hiçbirisine uymuyorsa, ona "vekâlet" der Borçlar Kanunu; "temsil" değildir burada kastedilen "vekâlet sözleşmesidir". Şimdi, burada bir iş görme borcu var. Nedir o iş görme borcu? Sürümü desteklemek, sürümü yapma borcu; yani, franchise alanın franchise verene karşı altına girmiş olduğu, yüklendiği borç bu.

Şimdi, o borcun içerisinde zaten bir özen yükümlülüğü var. Çünkü; her iş görme borcunda bir özen gösterme yükümlülüğü vardır. İşte, bu özen gösterme yükümlülüğü, eğer rekabet mevzuatı olmasaydı, fiyat dikte etmeye ve fiyat tavsiyelerine uyma konusunda özen göstermeye kadar gidebilirdi borçlar hukukuna göre. Fakat, orada rekabet hukuku araya giriyor ve "hayır" diyor. Ben diyorum ki özen gösterme yükümlülüğü yüklerseniz eğer, bu, sözleşmenizi tebliğin kapsamının dışına çıkarır.

Oturum Başkanı- Tavsiye olmaktan çıkar.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Tavsiye olmaktan çıkar.

İsmail Hakkı KARAKELLE- İsmail Hakkı KARAKELLE, Rekabet Kurumunda Başkan Yardımcısıyım. Tavsiye fiyatlarla ilgili, açıklamalarınıza ilâveten bir iki şeyi söylemek istiyorum ben de. Aydın arkadaşımızın sözleri arasında geçti; franchise sistemi içindeki fiyat

yeknesaklığı, uygulamayı tebliğ kapsamı dışına çıkarak rekabet ihlâli anlamına gelir gibi. Buna iştirak etmiyorum ben; muhtemelen arkadaşımız da onu kastetmedi.

Şu bakımdan: Sizin de belirttiğimiz gibi, tavsiye fiyata muafiyet tanıyan tek tebliğimiz, Franchise Tebliğidir. Tavsiye fiyata, bir anlamda müsamaha gösterilmişse, muafiyet kapsamı içine alınmışsa, bu tavsiye edilen fiyata herkesin; birbirinden bağımsız olarak aynı anda uymuş olması hâlinde bile doğrudan cezai yaptırımı gerektirir bir durum olmadığını düşünüyorum.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Evet, ben de öyle düşünüyorum.

İsmail Hakkı KARAKELLE- Nitekim, gerek Birleşik Devletlerde, gerek Toplu-luktaki uygulamalarda, -elimizdeki bir dosya nedeniyle bakmıştık ayrıntılı olarak- bütün fiyatın aynı olması bir soruşturma sebebi değil; herkes, "ben tavsiyeye uydum" diyebilir.

Ne zaman bir soruşturma sebebi oluyor? Bu tavsiyeye birisinin uymaması halinde; franchise veren "Hayır, sen şu fiyattan satacaksın" dediği ve zorladığı an, işte o zaman tavsiye olmaktan çıkar, o zaman bir soruşturma sebebine dönüşür. Bizim açımızdan da böyle.

Oturum Başkanı- Evet. Gamze Hanım.

Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ- Efendim, öncelikle teşekkür ederim; biz rekabet hukukçuları olarak; sizin adlandırdığımız şekliyle, rekabet hukuku gözlüğüyle bakmaya çok alıştığımız için, özellikle Franchise Anlaşmalarının özel hukukun diğer alanlarıyla olan ilişkisini de vurguladığınız için, bu açıdan bir yaklaşım ortaya koyduğunuz için. Benim sorum: 5'inci maddelerin, -değindiğiniz, ben anlatmayacağım-franchise'ların ortak kimliğini korumaya yarıyor. Esasında Franchise Sözleşmelerinin, uygulamada son derece ayrıntılı olarak -çerçeve sözleşmeler olmalarına rağmen- son derece ayrıntılı olarak düzenlendiğini, daha sonra ... Anlaşmaları gibi eklerden oluştuğunu, daha sonra sizin söylediğiniz gibi, ek kitaplarıyla bunların uygulanmasına ilişkin kuralların konulduğunu biliyoruz. Ama, acaba Bükranşayt Anlaşmasında franchise'm ortak kimliğini korumaya yönelik unsurlar; tarafların, sözleşme-lerinde

belirledikleri, saydıkları unsurlar mıdır, yoksa her somut olay bazında, az önce söylediğiniz franchise'nin içerisindeki asli malın veyahut da onunla birlikte gelen asli unsur olmasa bile, bu anlamda tali unsurların da ortak kimlik oluşturup oluşturmayacağı veya bu halkanın dışında üçüncü halkasının, bir malın ortak kimlik çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunu açıklayabilir misiniz?Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Evet, bu franchising bakımından en önemli problemlerden bir tanesi. Dikkat ederseniz; aslında ben tanımı yaparken "franchise veren, franchise alana kendi sistemini oluşturan fikrî ve sınâî unsurlar üzerinde kullanma hakkı tanır" dedim. Aslında benim yaptığım Franchise Sözleşmesi tanımında, franchise verenin borcu çok genel olarak şudur: Franchise alanı; ona sistemi kullandırmak suretiyle, kendi işletme organizasyonuna iktisadî anlamda maksimum düzeyde entegre etmek. Ben, gerçek bir Franchise Sözleşmesinde, franchise verenin borcunun bu olduğunu düşünüyorum.

Bu, tabii ki hiçbir Franchise Sözleşmesinde açıkça yazılmıyor. Yani, "ben seni entegre edeceğim maksimum düzeyde" gibi şeyler söylenmez sözleşmede. Ama, bu netice, sözleşmenin bütün hükümleri okunup yorumlandıktan sonra, franchise verenin böyle bir borç altına girip girmediği şeklinde tespit edilebilir.

Şimdi düstur bu ise, benim düşünceme göre; franchise verenin sistemi statik değildir, dinamiktir. Sistem değiştiği sürece, sistemin içerisinde yer alan fikrî ve sınâî unsurlara yeni fikrî ve sınâî unsurlar katıldığı sürece, franchise alanın da, bu unsurlar üzerinde kullanma hakkı kazandığını kabul etmek gerekli olmalıdır. Aksi takdirde, tebliğin söylediği standardizasyon ve özgün kimlik ölçüsü tehlikeye düşer. Şimdi tebliğe baktığımızda dikkat ederseniz -siz mallar açısından sordunuz- mallarla ilgili olarak bu perspektiften (yani standardizasyon perspektifinden) bir hüküm yok. "Franchise veren, sadece benim yahut da benim belirlediğim kişilerin ürettiği malları satabilirsin diyebilir" diyor kanun koyucu sadece ve koşullu olarak. Dolayısıyla, aslında standardizasyonun sağlanması için gerekli olan aslî unsurlar arasında bu hususu saymıyor. Tebliğ saymıyor; Know-how bakımından da saymıyor. Ben öyle anlıyorum en azından. Tebliğ diyor ki, mecburi olan kayıtlar içerisinde, "franchise alan bağımsız teşebbüs olmalıdır; ama özgün kimliğini tehlikeye sokmamalıdır" . Buradan biz anlıyoruz ki, "özgün kimlik" diye bir

şey varmış; "franchise zincirinin bozulmaması lâzım" diyoruz. Bir de; "Tesislerin ve kullanım araçlarının yeknesak görünümü bozulmamalıdır" diyor, Tebliğ ve mallardan falan yine bahsetmiyor. Yani, sunulan malların, yeknesaklığın bir parçası olduğunu açıkça söylemiyor tebliğ; ben öyle görüyorum en azından. Tebliğ, mal ve hizmet piyasasında getirilen bir rekabet sınırlaması olarak, "Sen, ancak benim ürettiğim malları yahut da benim gösterdiğim kişilerin ürettiği malları satabilirsin", şeklindeki borcu franchise alana yükleyebilirsin diyor sadece. Dolayısıyla; sırf borçlar hukuku perspektifinden baktığımızda şunu söylebilirsiniz: Franchise alan, standardizasyonu bozmamak zorunda; franchise veren de, standardizasyonu sağlamak zorunda franchise alana karşı. Eğer bu standardizasyonun içerisinde malların da tehlikeye girmemesini istiyorsan, o takdirde, tebliğin vermiş olduğu imkândan yararlanarak, kimlerden mal alacağını söylemek durumundasın. Bu netice çıkıyor.

Oturum Başkanı- Evet, sırayla gidelim.

Ali ÇAĞLAYAN- Ali ÇAĞLAYAN; Rekabet Uzman Yardımcısı. Benim sorum tavsiyeli fiyatlarla ilgili olacak. Şimdi uzman yardımcısı arkadaşım, "tavsiye fiyatlarıyla ilgili sorun yok" dedi; fiyat farkı olmazsa. Şimdi ben bağımsız bir franchise işletmecisi olsam, anlaşma hükmü olmazsa ve bana tavsiye edilen fiyatlara da uymasam ve 15 gün sonra karşıma yeni bir franchise işletmesi açılrsa, bu baskın mıdır?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Hayır değildir. Borçlar hukuku açısından değildir, rekabet hukuku açısından da değildir; (bu koşullar altında mücerret olarak yeni bir franchise işletmesi açtırılması mutlaka baskı anlamına gelmez) engelleyemezsiniz. Yani, biraz fazla kesin oldu fakat şu anda irticalen düşünürsem "değildir" gibi geliyor. Çünkü; öbür türlü kantarın topunu biraz kaçırırız gibi geliyor bana; anlaşma bölgesine vermediyseniz eğer; tekel bölgesi yoksa. Yani, özür dilerim, böyle çok kesin olarak söylediğim için.

Ali ÇAĞLAYAN- İkinci sorum: Böyle bir fiyat sorunu yaşamasak bile, birinci franchise işletmecisinin satışları muhakkak ki etkilenecektir; diğer franchise açıldığından dolayı. Birinci franchise işletmecisinin birtakım tazminat hakkı olabilir mi franchise veren

tarafından? Yani, satışların düştüğünden dolayı yine satılabileceğini ya da franchise işletmesinden dolayı bu hakkı veya o aradaki şeyi talep etme hakkı olabilir mi? Böyle bir durum yurt dışında, yani Amerika'da ya da Avrupa'da var mı?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Böyle bir somut uyumsuzluk mı yaşanmış mı diyorsunuz? Benim bildiğim yok. Ama, anlaşma bölgesi yoksa, tekel bölgesi yoksa, bu durumda, yüklenen bir yükümlülük başka hiç kimseye franchise işletmesi açtırmayacağı anlamında da yok demektir. Böyle bakarsak olaya, o takdirde cevap da, franchise alanın, franchise verenenden tazminat isteyememesi olacaktır.

Ama, her somut franchise ilişkisinde bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi olması özelliğini de dikkate alarak, belki tazminat imkânını dışta tutmak suretiyle franchise alanın, franchise sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğinden bahsedebiliriz. Çünkü, sözleşme-den, bu sözleşmeyi akdetmekle benim beklediğim menfaat, yani alacak hakkıma olan menfaatım bu somut ilişkide artık gerçekleşmeyecek duruma geldi diyerek. Bir adım daha ileri gidersek ama, herkes borçlarını ifa ederken ve haklarını kullanırken dürüst davranmak zorundadır; Medenî Kanunun 2'nci maddesi. Bu kanun hükümleri yorumlanırken de böyledir, sözleşmeler yorumlanırken de böyledir, sözleşmeden doğan borçlar ifa edilirken, sözleşmeden elde ettiğiniz haklar kullanılırken de böyledir. Eğer somut olayda franchise verenin, sırf ona, sizin biraz önce söylediğiniz anlamda, fiyat dikte etmek için bunu yaptığını veyahut da sırf onu franchise zincirinin dışına çıkarmak için böyle bir yola gittiğini ispatlayabilerseniz, -çok zordur bunu ispatlayabilmek belki, ama olabilir- bu durumda, anlaşma bölgesi olmadığı için, bu bölge içerisinde başkalarına franchise hakkı verebilme olanağını, hakkını kötüye kullandın, bu anlamda da, açıkça kararlaştırmamış olsak bile, bir yan edim yükümlülüğünü ihlâl ettin diyerek uğranılan zararın istenebilmesi de çok istisnâî hâllerde mümkün olabilir. Yani, bu soruyu sadece rekabet hukuku bakımından düşünmek mümkün değil

Ali ÇAĞLAYAN- Sorum devam ediyor benim, iki sorum oldu ama. Şimdi, bağımsız da değildir dediniz, franchise işletmecisi...

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Mücerret öyle bir işletmenin açılması baskı değildir, ama baskı olarak kullanılabilir.

Ali ÇAĞLAYAN- Tamam, baskı değildir dediniz, zaten hakkım da yok. Benim bu durumda bağımsız franchise işletmek için durumum ne olacak? Rekabet hukuku anlamında ben hakkımı nasıl arayacağım? Fiyatlar konusunda bağımsız hareket edemiyorum öyle ya da böyle.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Bunu, ilk sorunuza verdiğim cevap kadar kesin ve net verebilirim. Bunun bağımsız bir teşebbüs olmakla bir alâkası yoktur. Bağımsızlıkla kastettiğimiz, kendi adına ve hesabına işlem yapmasıdır. Onun için ben tanımı verirken, iktisadî anlamda maksimum düzeyde entegre etmekten bahsediyorum. Dikkat edin, iktisadî anlamda diyorum. Hukukî bağıllık, sözleşme, ben sizle bir sözleşme yaparsam (yani öz türkçesi bağıttır ya sözleşmenin) karşılıklı olarak bağlanmış oluruz. Ama, burada kullanılan hukukî bağımsızlıkla kastedilen başka bir şeydir; temsil ilişkisinin olmamasıdır; yani kısacası, doğrudan temsil ilişkisi yoktur anlamındadır.

Ali ÇAĞLAYAN- Yani, iktisaden bağımsız olmaması son derece normal.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- İktisaden bağımsız olmaması normal mi?

Ali ÇAĞLAYAN- Yani, bir anlamda sanki öyle bir sonuca ulaşıyoruz ister istemez, dolaylı biçimde.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Entegre olmuştur. Tabîî ki bu nedenle tam bağımsız değil. Yani bir işletme zincirine, bir işletme organizasyonuna entegre olmuştur, kendi başına hamburger yapıp sattığı sırada yapabileceği her türlü davranışı piyasada gösteremiyor, sektörde gösteremiyor. Ancak sözleşme içerisinde kendisine gösterilen ilkelere uygun olarak gösteriyor. Bu anlamda iktisadî olarak entegre olmuştur. İktisadî bağımsızlığını da tamamen sözleşme hürriyetine dayanarak, sözleşme serbestisine dayanarak kendi menfaatine olduğu için bu anlamda, tırnak içinde, (yani sizin söylediğiniz anlamda) kaybetmiştir; ama hukukî

bağımsızlığını kaybetmemiştir. Yani, adam çalıştıracaksa yanında, işçi çalıştıracaksa, ona karşı işveren franchise veren değildir; franchise alanın kendisidir, işte sendikal sorumluluklar bakımından vesaire bakımından da da düşünecek olursanız. Yani, tamamen hukuken bağımsız bir teşebbüs olmayla kastedilen sadece budur.

Oturum Başkanı- Evet. Elindeki dosyanın tamamını şey yapmayalım; çünkü iki arkadaşımız daha var soru soracak. 9 dakika da geçmiş vaziyetteyiz.Evet.

Kürşat ÜNLÜSOY- Kürşat ÜNLÜSOY, Rekabet Uzman Yardımcısı. Franchise verenin franchise alana, bu franchise'in konusunu oluşturan mallarla ilgili olarak garanti fiyat tespiti çerçevesinde ve bu masrafları karşılanmak kaydıyla ve bu tebliğ hükümleri çerçevesinde nasıl yorumluyorsunuz?Burada tabîî şirketin ya da franchise verenin parayı asıl ödeyen kişi olması itibarıyla, bu anlamda nasıl değerlendiriyorsunuz?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Siz de somut bir dosyadan hareketle soruyorsunuz gibi geldi bana.

Kürşat ÜNLÜSOY- Pardon.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Buyurun.

Kürşat ÜNLÜSOY- Ben, o konudaki görüşünüzün tersine bir görüş taşıdığım için soruyorum.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Evet. Şimdi, o konuda tersi bir görüşü ben de çok rahatlıkla taşıyabilirdim, ; çok açık söyleyeyim. Oturdum saatlerce düşündüm ve neticede dedim ki, nasıl olsa 2000 yılında her hâlde bu tebliğlerde bir değişiklik olacak.

Hukukta, ukalâlık etmek istemiyorum ama, iki tane ekol vardır: bir tanesi kavram hukukçuluğu, bir tanesi de menfaat hukukçuluğu(içtihatçılığı). Ben aslında kavram hukukçuluğuna çok yatkındır. Kemal OĞUZMAN'ın talebesiyim ben. Ama menfaatleri, yani somut menfaatleri.....Bir dilemma vardır burada. Hukuk kavram bilimidir; ama, önünüze gelen somut olaydaki menfaatler eğer sizin o

kabullenegeldiğiniz kavramlara uymuyorsa ne yapacaksınız? Ya menfaatleri denkleştireceksiniz ya da kavrama asılı kalacaksınız. Bu sorduğunuz dosyadaki soruyla ilgili olarak ben hakikaten öyle bir durum yaşadım ve öyle karar verdim. Aksini de yazabilirdim; çok güzel de gerekçelendirebilirdim, yani aynı şekilde.

Şimdi, garantiyle ilgili olarak biliyorsunuz tebliğde bir şey var. O değil sizin sorduğunuz. Yani eğer franchise veren franchise alana, franchise verenin malları için garanti sunmak borcunu yüklüyorsa, franchise alan bunlar bakımından da, diğer franchise alanlar bakımından da, diğer franchise alanların malları bakımından da aynı garantiyi sunmak zorundadır diyor tebliğ. Sizin sorunuz, onunla ilgili değil.

İsterseniz soruyu açabilmek için, diğer arkadaşların da konuyu anlayabilmesi için somut olarak şöyle diyelim: Öyle bir hâl ki sizin sorduğunuz anladığım kadarıyla, bir servis sunuyoruz. Müşteriye servis sunulan bir franchise sistemi, franchise sistemi olabilirse eğer, (işte o sizin sorduğunuz örnekte tartışmalıydı, diyelim ki franchise'in içine soktuk onu, ki ben soktum; ama sonunda dedim ki, muaf olmaz, tebliğe uymadığı için). Şöyle bir hâl olabilir mi?

(Siz şimdi soruyu sorduğunuz zaman, ben de uzun cevaplamak zorundayım bunu, çünkü basit değil cevabı).

Bir: Acaba, bir kimse bir sistem yaratıp, o sistemi kendisi hiç kullanmaksınız bunu franchising yoluyla pazarlayabilir mi? Benim düşünceme göre pazarlayabilir. Yani, bir üretim işletme, pazarlama sistemi kurarım, hiçbir işletme açmam, boyuna franchise veririm. Bu, franchise'ın tanımına aykırı olan bir şey değildir.

İkincisi: Sunduğum, yani benim sistemim içerisinde yarattığım servis müşteriye ulaştırılırken, o servisle benim hiçbir ilgim yok; o servisin konusu olan malları ben satıyorum. Ben sadece mal satıyorum; servis konusunda, mallara, servis yapılması konusunda, satış sonrası servis yapılması konusunda da franchise hakları dağıtıyorum, bu konuda da bir sistem geliştirmişim. Teorik olarak bir engel yok buna, yasal olarak da yok bence. Ama bu arada, satılan mallarımın garanti süreleri var. Garanti süresi içerisinde getirilen, servis için getirilen mallar için franchise alanlarım müşteriden ücret almıyor. Garanti içerisinde ya o. Ben diyorum ki ona, ben ödeyeceğim sana diyorum fiyatı. Garanti dışında kalan mallarda da, garantisi geçmiş olan mallarda da sen kendin alacaksın ücreti. Fakat, bu

arada bir de diyorum ki, fiyatı da ben belirleyeceğim. Hangisinde? Garanti kapsamına giren mallarda.

Burada çok enteresan bir sonuç çıkıyor ortaya. Eğer biz bunu bir Franchise Sözleşmesi olarak kabul edersek, garanti kapsamına giren mallar bakımından da o servisi veren kişi bağımsız bir teşebbüs ya, kendi adına ve hesabına veriyor servisi müşterilere. Ama, ücretini franchise verenden alıyor. Franchise veren de, ben belirleyeceğim bunun ücretini dediği zaman, tebliğ kapsamının dışına çıkıyor. Çünkü, siz, kendi adınıza ve hesabınıza üçüncü kişiye sunduğunuz hizmetin fiyatını belirleyemiyorsunuz; onu franchise veren belirliyor. Aksi görüş ne olabilir? Bu değil mi sizin sorduğunuz?

Aksi görüş şu olabilir: Denebilir ki, (franchise sözleşmeleri zaten atipik sözleşmelerdir, bunlar kanunda düzenlenmemiş) bu sözleşmenin içerisinde bir tane hizmet akdine (yahut da adi vekalet) benzeyen bir unsur daha var. Bu unsur nedir? Bu unsur, franchise alanın franchise verenin garantisi kapsamına giren mallar bakımından müşterilere sunduğu servis. Orada franchise verenin sanki bir işçisi (veya alelade vekili sıfatıyla iş göreni) gibi franchise alan; yani, o kısım bakımından franchise alan değil adam artık.

Müşterilere servis hizmeti verirken, bir adamın arabasını tamir ediyorsanız siz, müşteri karşısında bu aslında Borçlar Kanununa göre istisna aktidir, eser sözleşmesidir. Şimdi, siz eğer franchise alan iseniz (ve tartıştığımız somut sorudaki cevap için şimdi açıkladığım ikinci görüş kabul edilirse), bu durumda siz müşteriye kendinizin, kendi adınıza ve hesabınıza borç altına girdiğiniz bir istisna sözleşmesinden doğan borcu ifa etmiyorsunuz, franchise verenin bir işgöreni (hizmetlisi) olarak onun (belki Borçlar Kanununun 100. maddesi anlamında yardımcı bir şahsı olarak) yerine getiriyorsunuz. Böyle bakılırsa işe, denebilir ki : “Bu bir Franchise Sözleşmesidir, ama bu sözleşmenin içerisinde normal tipik Franchise Sözleşmelerine yabancı olan atipik bir unsur vardır, hizmet sözleşmesi (veya adi ortaklık) benzeri bir yer daha vardır; bu bakımdan orada artık fiyat dikte edilmesi söz konusu değildir”. Yani, bu görüşlerin ikisini de temsil edebilirsiniz. Ama, ben birinci görüşü tercih ettim. Çünkü müşteri, hiç kuşku yok ki, eğer servis iyi yerine getirilmezse franchise alana gidip başvuracaktır. Yani, franchise alan kendi ticarî işletmesinde (veya esnaf işletmesi boyutundaysa esnaf işletmesinde) çalışacak. Müşteri bakımından onun garanti hizmeti çerçevesine giren bir iş olup olmasının hiçbir

önemi yok. Yani, müşteri bakımından hem üçüncü kişi lehine akit, hem üçüncü kişinin fiilini taahhüdün biraraya getirilmiş olan bir hâlden bahsedilebilir. Müşteri der ki, "Sen servis olarak ortaya çıktın, benden para almayacaksın." Tamam, ama benim seninle istisna akdi yapmam neticesinde bana olan bu servis borcunu yerine getireceksin. Yani, borçlu doğrudan doğruya eğer o kişiye bu franchise alan olur.

Oturum Başkanı- Evet. Burada tabi tüketici hukukuyla rekabet hukukunun servisler açısından olaya yaklaşımındaki farklılık ortaya çıkıyor. Tüketici hukuku açısından baktığımızda, servisler satıcının bir anlamda temsilcisi gibi düşünülüyor, yani sizin biraz önce söylediğiniz tırnak içinde işçisi gibi düşünülüyor. Dolayısıyla, tüketici servis hizmeti alırken, yetkili servis diyoruz, yetkili servisten hizmet alırken satıcı ya da üretici adına bir hizmeti almış; yani tüketici hukukunun mantığı bu. O açıdan bakarsanız, yani Franchise Sözleşmesi içerisinde atipik bir durum olarak bunu değerlendirmek çok da abes bir şey olmaz diye düşünüyorum.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Ama, açık pozitif kaynağı nedir tüketici hukukunda?

Oturum Başkanı- Yani, açık kaynak sorarsanız bir şey söyleyemeyiz ama...

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Tüketici hukuku dediğimiz zaman onun temel bir yürürlük kaynağı var, o da Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun.

Oturum Başkanı- Tamam. Orada garanti süresi içerisinde satıcının, hatta satıcı ve üretici müteselsil sorumluluk içerisinde garanti yükümlülüklerini yerine getirme mükellefiyeti var. Bu mükellefiyet bizzat satıcı tarafından yerine getirilebileceği gibi yetkili servisler tarafından da yerine getirilebiliyor. Dolayısıyla, yetkili servisler bir anlamda satıcı ya da üreticinin yardımcısı...

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Yardımcı şahsı, 100. madde anlamında.

Oturum Başkanı- Evet, yardımcı şahsı gibi değerlendirilebiliyor; yani, farklı olarak değerlendirilebilir. Son soru.

Serpil ÇINAROĞLU- Serpil ÇINAROĞLU, Rekabet Uzman Yardımcısıyım. Sözleşme süresi bittikten sonra franchise verene getirilen o bölgede hem kendisinin faaliyette bulunmaması, hem de başka bir teşebbüse franchise vermeme yükümlülüğüyle ilgili olarak rekabet hukuku bağlamında düşüncelerinizi alabilir miyim?

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Bir daha tekrarlar mısınız?

Serpil ÇINAROĞLU- Sözleşme süresi bittikten sonra franchise verene getirilen o bölgede hem kendisinin faaliyette bulunmaması, hem de başka bir teşebbüse franchise vermeme yükümlülüğü.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Ben şimdiye kadar böyle bir yükümlülükle karşılaşmadım hiç.

Serpil ÇINAROĞLU- Ben karşılaştım, bana tuhaf geldi.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Yani, özel olarak bir ikinci defa daha sormamın sebebi şuydu, özür dilerim: Soruyu sorarken franchise verene diye üzerine bastınız.

Serpil ÇINAROĞLU- Evet, ben de tuhaf buldum.

Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR- Hiç karşılaşmadım. Her hâlde rekabet hukuku bakımından pek şansı yoktur.

Oturum Başkanı- Son sorumuzu almıştık Bülent, 6'yı 20 geçiyor, epey de geciktik. Ben kapatmadan önce önümüzdeki ay Perşembe Konferanslarının başlıklarını hatırlatmak istiyorum. 4 Kasım 1999, yani önümüzdeki hafta Perşembe günü Doktor Ali ULUSOY, "Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumunun yeri" başlıklı bir konferans verecek. Ondan sonraki hafta, yani ikinci konferans, Doktor Rüştü BOZKURT tarafından, "Kültürel Kısıtlar ve Olanakların Piyasaya Etkisi" konulu bir konferans verecek 11 Kasım'da. 18 Kasım'da, Ankara Hukuk

Fakültesinden Ceza Hukukçu Hocamız Profesör Doktor Ejder YILMAZ, "Usul Hukukçusu Gözüyle Türk Rekabet Kanunu"nu ele alacak. 25 Kasım 1999 Perşembe günü, Yardımcı Doç. Dr. Saadet İYİDOĞAN, "Bilim, Teknoloji ve Rekabet" konulu bir konferans verecek.

Ben, konferansı kapatmadan önce değerli Hocamıza, gerçekten çok aydınlatıcı, çok yararlı ve bütün arkadaşlar açısından çok faydalı olduğuna inandığım bu konferansından dolayı teşekkür ediyor ve saygılar sunuyorum.