

Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Pazarlamacılık Sözleşmesi Hakkında 4857 Sayılı İş Kanunu Hükümlerinin Uygulanabilirliği*

Battal ŞENER**

Özet: İş sözleşmesinin özel bir türü olan pazarlamacılık sözleşmesi, TBK'nın 448-460. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Her ne kadar doktrinde yer alan bir görüş tarafından, BK'nın 454. maddesindeki seyyar tüccar memurlarını karşıladığı iddia edilse de, her iki kanunun ilgili maddeleri incelendiğinde pazarlamacı ile seyyar tüccar memurların birbirlerine benzemekle birlikte, aynı olmadıkları anlaşılmaktadır. Doktrinde yer alan farklı görüşlere rağmen, pazarlamacılık sözleşmesinin İK'nın 4. maddesinde belirtilen istisnalar arasında yer almaması sebebiyle, pazarlamacıların İK'ya tabi oldukları kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak da pazarlamacılar hakkında öncelikle İK'da yer alan uyuşmazlık konusuyla alakalı özel hükümler uygulanmalıdır. İK'da uyuşmazlığın çözümü ile alakalı uygulanacak herhangi bir özel hüküm bulunmaması halinde ise sırasıyla, TBK'da pazarlamacılık sözleşmelerinin düzenlendiği 448-460. maddeleri arasında yer alan hükümlerin, İK'nın genel hükümlerinin ve en son olarak da TBK'nın 469. maddesi gereğince, TBK'da yer alan iş sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacı, seyyar tüccar memuru, tacir, tacir yardımcısı, iş sözleşmesi.

Salesman Contract and The Applicability of Labour Code No. 4857 Provisions to Salesman Contract

Abstract: Salesman contract is regulated as a specific type of labour contract and issued between Articles 448 and 460 of 6098 numbered new Turkish Code of Obligations (TBK). Although one opinion in doctrine argues that salesman corresponded to traveling salesperson regulated in Article 454 of 818 numbered old Code of Obligations (BK), as both Codes are examined closely, it is understood that salesman and traveling salesperson were similar to each other yet they were not the same. Salesman are subject to Labor Code (İK) by virtue of salesman contract is not included the exceptions regulated Article

* Makale Geliş Tarihi: 05.05.2017

** Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Bölümü Öğrencisi, Diyarbakır 3. İş Mahkemesi Hâkimi.

4 of İK, though different opinions stated in doctrine. Therefore, special provisions set in İK regarding salesman shall primarily be applied to subject matter of dispute. In the absence of any special provisions of İK, Articles between 448-460 of TBK regulating salesman contracts, general provisions of İK and finally general provisions of service contracts in TBK shall be applied respectively.

Keywords: The contract of the salesman, salesman, traveling salesperson, merchant, merchant assistants, labour contract.

Giriş

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹ (TBK) 448 ila 460. maddeleri arasında düzenlenmekte olan "*Pazarlamacılık Sözleşmesi*", TBK ile getirilen önemli yeniliklerden birisidir. Gerçekten de pazarlamacılık sözleşmesinin, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda² (BK) birebir karşılığı bulunmamaktadır. Kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere, pazarlamacılık sözleşmesinin yer aldığı TBK'nın 448-460. maddeleri, mehz İBK'nın 347 ilâ 350a maddeleri esas alınarak hazırlanmıştır³. Hemen belirtelim ki doktrinde yer alan bir görüşe göre, pazarlamacılık sözleşmesi, BK'nın 454. maddesinde⁴ düzenlenmekte olan "*Seyyar Tüccar Memurları*"nı karşılamaktadır (Koç, 2004: 601; Tuncay, 2012: 4; Akdeniz, 2013: 3; Topuz, 2013: 317). Ancak söz konusu görüşü kabul etmemiz mümkün değildir. Zira her ne kadar pazarlamacı ile seyyar tüccar memuru, tacirin bağımlı yardımcılarında olmaları ve işletme dışında faaliyet göstermeleri ile her iki sözleşmenin de devamlı nitelikte olması sebebiyle benzerlik gösterebilirler de, gerek aracı pazarlamacının TBK'nın 452/I. maddesi uyarınca taciri temsil yetkisinin bulunmaması, gerekse de sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacının, TBK'nın 450/II. maddesi uyarınca özel olarak yetkili kılınmadıkça, sattığı malın bedelini tahsil edememesi gibi ödeme günlerini de değiştirememesi sebebiyle pazarlamacı, seyyar tüccar memurundan ayrılmaktadır. Bu nedenle pazarlamacı ile seyyar tüccar memuru birbirlerine benzemekle birlikte, birbirlerinin birebir karşılığı değildirler(Arkan, 2016: 190; Topçuoğlu, 2011: 31-67; Ülgen vd., 2015: 699-700)⁵.

¹ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

² 29.04.1926 tarih ve 359 sayılı Resmi Gazete.

³Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> Erişim tarihi: 31.12.2016.

⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 454. maddesine göre; "(I) Bir müessese için merkezinin haricindeki mahallerde muamele icra eden seyyar memurlar, müessese namına sattıkları malın bedelini almak ve makbuz vermek ve borçluya mehil üta etmek salâhiyetini dahi haiz sayılırlar. (II) Bu salâhiyetin tabdidi, hüsnünîyet sahibi üçüncü şahıslara karşı muteber değildir".

⁵ Ülgen vd.'ne göre; "BK'dan seyyar tüccar memurunun kaldırılması mehz İBK'nın takip edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu kanunda 1971'de yapılan değişiklik ile seyyar tüccar memuru tacir yardımcılarını arasından çıkartılarak özel hizmet sözleşmeleri bölümüne eklenmiştir. BK da aynı sistemi

İş bu çalışmamızda, pazarlamacılık sözleşmeleri ile alakalı TBK'da yer alan hükümler ayrıntılı olarak incelenecek, bu kapsamda doktrinde ve uygulamada karşılaşılabilecek sorunlar ile bunların çözümüne ilişkin görüşlere olabildiğince yer verilmeye çalışılacak, daha sonra pazarlamacılık sözleşmelerine 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁶ (İK) hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı, bu kapsamda pazarlamacılık sözleşmeleri ile alakalı uyumsuzlukları inceleme görevinin İş Mahkemelerine mi, yoksa Asliye Hukuk Mahkemelerine mi ait olduğu konusu irdelenecektir.

Tanımı

TBK'nın 448. maddesine göre; *“Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”*

Unsurları

Bir Ticari İşletmenin Varlığı ve Bu İşletmeyi İşleten Kişiye (Tacire) Bağımlı Olarak Çalışma

Pazarlamacılık sözleşmesi, TBK'nın *“Hizmet Sözleşmeleri”*⁸ başlıklı altıncı

benimsemiştir” (Ülgen vd., 2015: 700). Aksi kanaatte olan Topuz'a göre ise; *“Pazarlamacının işvereni temsil yetkisi kural olarak bulunmadığından hareketle pazarlamacılığın seyyar tüccar memuru olmadığı farklı bir düzenleme olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe pazarlamacı sadece aracılık faaliyeti yürütmektedir. Seyyar tüccar memurunun yetkileri pazarlamacıya tanınmamıştır. Fakat şunu belirtmek gerekir ki, pazarlamacı kendisine yazılı olarak yetki verilmesi durumunda işlem yapabilir ve tahsilat veya süre tanıma gibi yetkileri kullanabilir. Bu nedenle pazarlamacının sadece bu kriterden hareketle seyyar tüccar memuru olmadığının kabul edilmesi isabetli değildir. Pazarlamacılık sözleşmesi 818 sayılı BK'da düzenlenmiş olan seyyar tüccar memurunun çok daha ayrıntı biçimde düzenlenmiş biçimindedir. 6098 sayılı TBK'nın hazırlanmasında Kanun koyucu hizmet sözleşmesi bağlamında özellikle Mevaz Kanun olan İsviçre Borçlar Kanununu takip etmiş ve tıpkı oradaki düzenlemeler gibi yerini değiştirmiştir. Sonuç olarak bağımlı bir tacir yardımcısı şeklindeki yapı devam etmektedir. Pazarlamacılık sözleşmesi seyyar tüccar memurundan başka bir şey değildir”* (Topuz, 2013: 350-351).

⁶ 10.06.2003 tarih ve 25134 sayılı Resmî Gazete.

⁷ Tuncay, düzenlemede geçen *“pazarlamacı”* ifadesini eleştirerek, söz konusu ifade yerine *“ticari gezgin”* ya da *“geziçi tüccar yardımcısı”* ifadelerinden herhangi birisinin kullanılmasının gerektiğini belirtmektedir (Tuncay, 2012: 5). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 19.10.2015 tarih ve 2015/22587 Esas, 2015/28954 Karar sayılı kararında, *“Uygulamada özellikle ilaç, kozmetik, gıda gibi işkollarında pazarlamacı ya da ticari gezgin olarak pek çok çalışan bulunmaktadır”* diyerek Tuncay ile aynı çizgide yer almaktadır (UYAP).

⁸ Doktrinde haklı olarak, TBK'nunda, 4857 sayılı İş Kanunu'nda kullanılan *“iş sözleşmesi”* kavramı yerine, *“hizmet sözleşmesi”* kavramının kullanılması, farklı kanunlar arasındaki aynı hukuki müessesler için terminolojik birliğin sağlanmasını engellediği, böylece karışıklıklara

bölümünün ikinci ayırımında iş sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlenmektedir. İş sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmeleri olan vekalet, eser...vb. sözleşmelerden ayıran temel unsur, işçinin işverene karşı olan kişisel ve hukuki bağımlılığıdır. Pazarlamacılık sözleşmesi de iş sözleşmesinin özel bir türü olduğu için iş sözleşmesinin tüm unsurları gibi bağımlılık unsurunun da pazarlamacılık sözleşmelerinde bulunması gerekmektedir. Ancak az sonra değineceğimiz üzere, pazarlamacılık sözleşmesinin niteliği itibarıyla işyerinden uzakta ifa ediliyor olması, bağımlılık unsuru bakımından diğer iş sözleşmeleriyle arasında birtakım farklılıklar bulunmasına sebebiyet vermektedir. Bununla birlikte işverenin iş organizasyonu içerisinde kalmak şartıyla, bir kişinin iş görme edimini ticari işletmenin dışında yerine getiriyor olması, o kişinin bağımlılık ilişkisi içerisinde çalıştığı kuralını değiştirmemektedir (Doğan, 2016: 320-321). Pazarlamacı, tacirin iş organizasyonu ve işletmesel karar alma özgürlüğü kapsamında, onun denetim ve gözetimi altında, emir ve talimatlarına göre iş görme edimini yerine getirmektedir (Ülgen vd., 2015: 703; Doğan, 2016: 325). Bu kapsamda pazarlamacı, tacir hesabına aracılık yapmak, müşterileri ziyaret ederek ürünler hakkında bilgi vermek ve işveren tarafından belirlenen fiyatları müşterilere iletmekle yükümlüdür (Ülgen vd., 2015: 703; Doğan, 2016: 321-322). Sonuç olarak bağımlılık ilişkisinin bulunmaması halinde, TBK'nun 448. vd. maddeleri anlamında bir pazarlamacılık sözleşmesinin varlığından bahsedilemez (Doğan, 2016: 324)⁹.

Pazarlamacılık sözleşmesinin varlığı için bir ticari işletmenin varlığı ve pazarlamacının da bu ticari işletme adına faaliyette bulunması gerekmektedir (Centel, 2011: 15; Tuncay, 2012: 8; Mollamahmutoğlu vd., 2014: 480; Süzek, 2015: 298; Akdeniz, 2013: 4; Aydoğdu ve Kahveci, 2017: 752)¹⁰. Ancak TBK'nın 448. maddesinde yer alan “*bir ticari işletme*” ifadesi ile kanun koyucunun neyi kast etmek istediği doktrinde tartışmalıdır. Konu ile alakalı olarak doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, maddede geçen “*bir ticari*

sebebiyet verdiği belirtilerek eleştirilmektedir (Koç, 2004: 587; Güneş ve Mutlay, 2011: 235; Yenisey, 2012: 299; Caniklioğlu, 2013: 82). Bu sebeple biz de çalışmamızda terminolojik birliği sağlamak adına “*hizmet sözleşmesi*” kavramı yerine “*iş sözleşmesi*” kavramını kullanacağız.

⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.11.2016 tarih ve 2016/9-1414 Esas, 2016/1072 Karar sayılı kararına göre; “...*pazarlamacılık sözleşmesi hizmet sözleşmelerinin genel hizmet sözleşmesi olan birinci ayırımından hemen sonra düzenlemiştir. Buradan, Kanun Koyucu'nun, pazarlamacılık sözleşmesini, hizmet sözleşmesinin bir türü olarak kabul ettiği sonucuna varabiliriz. Gerekçede de bu busus açık olarak belirtilmiş ve bu sözleşmenin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğu ifade edilmiştir. Kaldı ki, TBK'nun 469. maddesinde de pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bir sözleşmenin pazarlamacılık sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için tanımında yer alan unsurların yanında Türk Borçlar Kanununun 393. maddesinde düzenlenen hizmet sözleşmesine ilişkin unsurlarının da mevcudiyeti aranacaktır*” (UYAP).

¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.11.2016 tarih ve 2016/9-1414 Esas, 2016/1072 Karar (UYAP).

işletme” ifadesinden, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun¹¹ (TTK) 11. maddesindeki ticari işletme kavramı¹² kast edilmektedir (Nihat Yavuz, 2011: 610-611; Tuncay, 2012: 9; Süzek, 2015: 298; Akdeniz, 2013: 4; Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 466; Uygur, 2013: 2088-2089; Topuz, 2013: 301; Aydın ve Kaplan, 2014: 179). Dolayısıyla da esnaf işletmeleri¹³ adına faaliyette bulunan kişiler pazarlamacı olarak kabul edilemezler (Tuncay, 2012: 9; Akdeniz, 2013: 4; Topuz, 2013: 300-301)¹⁴. Konu ile alakalı diğer görüşe göre ise, söz konusu ifade ile iş hukuku anlamındaki işyeri kavramı kast edilmektedir (Centel, 2011: 15). Söz konusu görüşün kabulü halinde, esnaf işletmeleri adına faaliyette bulunan kişiler de pazarlamacı sıfatına sahip olabileceklerdir.

Pazarlamacılık sözleşmesinin TBK’nın “*Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller ve Diğer Tacir Yardımcıları*” başlıklı 12. bölümünde değil de “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlıklı 6. bölümünde düzenlenmiş olması pazarlamacının bir tacir yardımcısı olmadığı anlamına gelmemektedir. Tam tersine pazarlamacının tacire bağımlı olarak çalışması sebebiyle bir bağımlı tacir yardımcısı olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹⁵.

¹¹ 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

¹² TTK’nun 11/I. maddesine göre; “(I) *Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*”.

¹³ TTK’nun 15. maddesine göre; “*İster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır. Ancak, tacirlere özgü 20 ve 53 üncü maddeler ile Türk Medeni Kanununun 950 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü bunlara da uygulanır*”.

¹⁴ Ülgen vd.’ne göre ise; “*Esnafın tarafı olduğu bir pazarlamacılık sözleşmesine ise BK 448 vd. hükümleri ancak kayasen uygulanır*” (Ülgen vd., 2015: 701). Aydın/Kaplan’a göre ise; “*TBK m. 448’de bir işletme veya işyerinden değil de açıkça bir ticari işletme sahibi işveren hesabına işlemler yapılmasına aracılık edilmesinden söz edildiğinden, bu niteliği taşımayan işletmeler için TBK’da yer alan pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Ancak bu durum, esnaf işletmelerinin pazarlamacı çalıştırmayacağı değil çalıştırdıkları takdirde bunlara TBK m. 448-460 hükümlerinin uygulanmayacağı anlamına gelmektedir*” (Aydın ve Kaplan, 2014: 179).

¹⁵ Arkan’a göre; “*..pazarlamacı, işletmenin faaliyet çevresini genişleten, faaliyetlerini işletme merkezi dışındaki yerlere de yayılmasını sağlayan tacir yardımcısıdır, ..pazarlamacı, tacirin bağımlı bir yardımcısıdır. Bu husus, pazarlamacılık sözleşmesinin, BK’nun “Hizmet Sözleşmeleri” ile ilgili Altıncı Bölümü içinde düzenlenmiş olmasından anlaşılabilir*” (Arkan, 2016: 190). Tuncay’a göre; “*..pazarlamacılık sözleşmesinin artık BK’nun tüccar yardımcıları ile ilgili 12. bölümünde yer verilmemesi onun tüccar yardımcısı sayılmasını kesinlikle engellemez (Bak. yeni BK md. 552, 554). Pazarlamacının hizmet akdi bölümü (6. bölüm) içinde, diğer tüccar yardımcılarının ise 12. bölüm içinde yer verilmesinin nedeni (yukarıda söylediğimiz gibi) İsviçre BK’nun yeni şeklinin aynen tercüme edilmek istenmesinin bir sonucudur o kadar*” (Tuncay, 2012: 6). Topçuoğlu göre, “*Pazarlamacı tacirin bağımlı yardımcılarındandır*” (Topçuoğlu, 2011: 32-37). Akdeniz’e göre; “*Pazarlamacı, tacire bağımlı yardımcılarındandır. Zira pazarlamacı, çalışma yöntem ve zamanını serbestçe belirleme yetkisine sahip değildir. TBK’nun tacir yardımcıları bölümünde düzenlenmemesi, pazarlamacının tacir yardımcısı olarak kabul edilmesine engel değildir*” (Akdeniz, 2013: 4). Topuz ise pazarlamacıyı, “*bağımlı tacir*

Her ne kadar pazarlamacılık sözleşmesinin tanımının yapıldığı TBK'nın 448. maddesinde "*ticari işletme sahibi*" ifadesi kullanılmış olsa da tacirin her zaman işletme sahibi konumunda olması mümkün olmadığı için, söz konusu ifadenin kanun koyucunun amacı doğrultusunda "*tacir*" olarak anlaşılması gerekmektedir. Zira bir ticari işletmeyi işleten kişinin tacir veya işveren sıfatına sahip olabilmesi için illa ticari işletmenin sahibi olmasına gerek yoktur (Topçuoğlu, 2011: 34; Akdeniz, 2013: 4)¹⁶.

Tacir tarafından pazarlamacı olarak atanan kişinin, pazarlamacılık yapmak amacıyla kendisine ait bir işyerinin bulunması halinde, pazarlamacılık sözleşmesinin varlığından bahsedilemez (Mollamahmutoğlu vd., 2014: 482; Akdeniz, 2013: 4). Bu durumda taraflar arasındaki sözleşmede süreklilik unsurunun bulunup bulunmamasına bağlı olarak acentelik veya vekâlet sözleşmesinin varlığı gündeme gelecektir. Taraflar arasındaki sözleşmede süreklilik unsuru bulunuyorsa acentelik sözleşmesinin, süreklilik unsuru bulunmuyorsa vekâlet sözleşmesinin varlığının kabulü gerekmektedir (Akdeniz, 2013: 4).

Başkası Adına İş Görmek

Pazarlamacılık sözleşmesinin konusu, TBK'nın 448. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmek veya yazılı anlaşma varsa bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmaktır. Ancak düzenlemede geçen "*her türlü işlemin*" yapılması ifadesinden, pazarlamacının sınırsız bir yetkiye sahip olduğu anlamı çıkartılmamalıdır. Zira söz konusu ifadede, işletmenin faaliyet alanı ile ilgili her türlü işlem kast edilmektedir. Ayrıca TBK'nın 448. maddesinde, pazarlamacılık faaliyetinin işletmenin ürettiği mal ve hizmetlerin münhasıran "*tanıtım*" ve "*satışına*" yönelik bir faaliyet olduğu açıkça belirtilmemiş olsa da, TBK'nın 450/III. maddesinde yer alan "*aldığı siparişleri işverene derbâl ulaştırmak*" ifadesinden, pazarlamacının sadece mal veya hizmet tanıtım ve satışına yönelik faaliyetlerde bulunabileceği, buna karşılık mal veya hizmet "*alımına*" yönelik faaliyetlerin ise pazarlamacılık faaliyeti kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple de TBK'nın 448. maddesinde yer alan "*her türlü işlemin*" ifadesi, işletmenin faaliyet alanı ile alakalı mal satışına veya tanıtımına yönelik her türlü işlem şeklinde anlaşılması gerekmektedir (Arkan, 2016: 190; Tuncay, 2012: 10; Mollamahmutoğlu vd., 2014:

yardımcısı olarak nitelendirmektedir" (Topuz, 2013: 295-296). Aydın ve Kaplan'a göre; "*ticari temsilci, ticari vekil, diğer tacir yardımcıları ve pazarlamacı bağlı tacir yardımcılarıdır*" (Aydın ve Kaplan, 2014: 170-171). Doğan'a göre ise; "*pazarlamacı, iş sahibinin talimatları doğrultusunda işini gören bağımlı tacir yardımcıları konumundadır*" (Doğan, 2016: 323). Ülgen vd. göre ise; "*..pazarlamacının BK'da hizmet sözleşmesinin bir alt türü olarak düzenlenmesi ve ayrıca dış ilişkide temsil yetkisini esas alan bir düzenleme yerine, nisbi ilişkide pazarlamacı ve tacirin hak ve yükümlülüklerini esas alan bir düzenleme şekli, tacir yardımcısı niteliği ile çelişkilidir*" (Ülgen vd., 2015: 699).

¹⁶ Arkan'a göre ise; "*işletme sahibi her zaman tacir konumunda olmayabileceğinden, BK 448'de 'işletme sahibi işveren' tabiri yerine, 'tacir işveren'den söz edilmelidir*" (Arkan, 2016: 190).

481-482; Süzek, 2015: 297; Akdeniz, 2013: 5)¹⁷. Ancak pazarlamacının, karşı tarafın sipariş vermesi veya gerekli yetkiye haiz olması halinde ise sözleşmenin yapılmasına yönelik aktif bir şekilde çalışması da gerektiğinden, söz konusu sonuçlara yönelmeyen mal tanıtımı veya danışma faaliyetleri, pazarlamacılık faaliyeti olarak kabul edilemezler (Akdeniz, 2013: 5).

TBK'nın 448. maddesinde pazarlamacının bir ticari işletme sahibi işveren "hesabına" faaliyette bulunacağı belirtilmektedir. Doktrinde, iş bu düzenlemede geçen "hesabına" ifadesinin "adına" şeklinde anlaşılması gerekip gerekmediği konusunda birtakım tartışmalar bulunmaktadır. Gerçekten de Tuncay'a göre; "Pazarlamacı işlemlere aracılık yaparken işveren hesabına hareket edecektir, adına değil. Böylelikle yaptığı işlemler karşısında pazarlamacı borç altına girmeyecek, bu işlemler doğrudan doğruya işverenin kişiliğinde hüküm doğuracak, dolayısıyla ayrıca bir devir işlemine gerek duyulmayacaktır. Bu durum işverenle pazarlamacı arasında bir doğrudan temsil ilişkisi bulunduğunu göstermektedir. Pazarlamacı işverenin izni olmadıkça kendisi ya da üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık edemez" (Tuncay, 2012: 9-10)¹⁸. Aksi kanaatte olan Akdeniz'e göre ise; "Pazarlamacının gördüğü iş başkasının hesabına olmalıdır. TBK'nın 448. maddesinde pazarlamacının, bir ticari işletme sahibi işveren "hesabına" faaliyette bulunacağı belirtilmiştir. Kanun maddesinde kullanılan "hesabına" sözcüğünün "adına" şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Zira gördüğü işin niteliği gereği pazarlamacının, tacir hesabına faaliyette bulunacağı aşikârdır" (Akdeniz, 2013: 5-6)¹⁹. Topuz'a göre ise; "Pazarlamacı işlemlere aracılık yaparken işveren adına ve hesabına hareket edecektir. Bu durum işverenle pazarlamacı arasında bir doğrudan temsil ilişkisi bulunduğunu göstermektedir" (Topuz, 2013: 301).

Söz konusu tartışmalar hakkındaki görüşümüzü açıklayabilmemiz için öncelikle doğrudan doğruya temsil ve dolaylı temsil kavramlarını açıklamamız gerekmektedir. Temsil kısaca, bir kişinin, bir başka kişi ad ve hesabına hukuki işlem yapması ve bu hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının da ad ve hesabına işlem yapılan kişinin hukuk alanında doğurması olarak tanımlanabilir (Oğuzman ve Öz, 2015: 210; Eren, 2012: 424; Reisoğlu, 2014: 148). Temsil kendi içinde doğrudan doğruya-dolaylı, aktif-pasif ve iradi-kanuni temsil olmak üzere çeşitli alt gruplara ayrılmaktadır. Dolaylı temsil kısaca, temsilcinin, üçüncü kişi ile kendi adına fakat temsil olunan hesabına hukuki işlem yaptığı temsil türü olarak tanımlanabilir (Oğuzman ve Öz, 2015: 211; Eren, 2012: 429; Reisoğlu, 2014: 149; Kılıçoğlu, 2015:

¹⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne ait 19.10.2015 tarih ve 2015/22587 Esas, 2015/28954 Karar sayılı kararına göre; "Aracılığın konusu işletmede üretilen veya verilen hizmetin merkez dışındaki uzak yerlerdeki müşteriler nezdinde tanıtımı ve satılmasıdır" (UYAP).

¹⁸ Söz konusu görüşe karşılık olarak Akdeniz, "aslında yazar, bir yandan pazarlamacının işveren adına hareket etmeyeceğini açıkça ifade etmekte, diğer yandan işverenle pazarlamacı arasında doğrudan temsil ilişkisi olduğunu belirterek kendisiyle çalışmaktadır. Zira doğrudan temsilde pazarlamacı, işveren adına hareket eder" şeklinde eleştiride bulunmaktadır (Akdeniz, 2013: 5-6).

¹⁹ Aynı görüşte olan Arkan'a göre de düzenlemede geçen "hesabına" sözcüğünün "adına" şeklinde anlaşılması gerekmektedir (Arkan, 2016: 189).

238; Nomer, 2015: 123). Dolaylı temsilde temsilci, hukuki işlemi kendi adına, ancak temsil olunan hesabına yaptığından, işlemin hukuki sonuçları temsilci üzerinde gerçekleşmesine rağmen, daha sonra bunlar temsil olunana devredileceğinden ekonomik sonuçlar da temsil edilen üzerinde gerçekleşmiş olacaktır. Ancak bunun için temsilcinin hukuki işlemden doğan hakları temsil olunana temlik etmesi, temsil olunanın da borçları yüklenmesi gerekmektedir (Oğuzman ve Öz, 2015: 212; Eren, 2012: 428-429; Reisoğlu, 2014: 149; Kılıçoğlu, 2015: 238; Nomer, 2015: 123). Doğrudan doğruya temsil ise kısaca, temsilcinin üçüncü kişi ile TBK'nın 40/I. maddesi gereğince temsil olunan adına ve hesabına işlem yapması ve bu hukuki işlemden doğan hak ve yükümlülüklerin de ikinci bir işlem gerek olmaksızın doğrudan doğruya temsil olunana ait olduğu temsil türü olarak tanımlanabilir (Oğuzman ve Öz, 2015: 212; Eren, 2012: 427; Reisoğlu, 2014: 149-150; Kılıçoğlu, 2015: 238-239; Nomer, 2015: 121). Doğrudan doğruya temsilde kural olarak, temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına işlem yaptığını üçüncü kişiye bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde temsil gerçekleşmeyecek ve yapılan işlemde de temsilci sorumlu olacaktır (Oğuzman ve Öz, 2015: 215-216; Reisoğlu, 2014: 149-150; Nomer, 2015: 121-122). Bu kısa açıklamadan sonra tartışma konusuna dönecek olursak, doktrindeki tüm yazarların da hemfikir olduğu üzere pazarlamacı ile tacir arasındaki ilişki bir doğrudan doğruya temsildir. Yukarıda dolaylı temsil ile doğrudan doğruya temsili açıklarken belirttiğimiz üzere, dolaylı temsilde temsilci üçüncü kişi ile temsil olunan hesabına hukuki işlem yapmakta iken, doğrudan doğruya temsil de ise temsilci, üçüncü kişi ile TBK'nın 40/I. maddesi gereğince temsil olunan adına ve hesabına (doktrinde yer alan bir görüşe göre ise temsilcinin, kendisi hesabına ancak temsil olunan adına hukuki işlem yapması da doğrudan doğruya temsil için yeterli kabul edilmelidir (Nomer, 2015: 121)) hukuki işlem yapmaktadır. Pazarlamacı ile tacir arasındaki temsil ilişkisinin de bir doğrudan doğruya temsil olması sebebiyle düzenlemede geçen “*hesabına*” ifadesinin ya TBK'nın 40. maddesi ile uyumlu olarak “*adına ve hesabına*” şeklinde ya da en azından “*adına*” şeklinde olması gerekmektedir. Düzenlemede sadece “*hesabına*” ifadesinin kullanılması tacir ile pazarlamacı arasındaki ilişkinin bir dolaylı temsil olduğuna yönelik yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu sebeple kanaatimizce söz konusu “*hesabına*” ifadesinin, “*adına ve hesabına*” şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

TBK'nın 450/I. maddesine göre pazarlamacı, işverenin izni olmadıkça, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık faaliyetlerinde bulunamaz. Bu sebeple pazarlamacının doğrudan doğruya temsilci olarak veya dolaylı temsilci olarak işlem yapabilmesi için tacirin izninin bulunması gerekmektedir. Her ne kadar madde gerekçesinde²⁰, tacir tarafından verilecek iznin yazılı olması gerektiği

²⁰ Madde gerekçesi aynen şu şekildedir; “*Maddenin birinci fıkrasında, pazarlamacının, haklı bir sebebin, talimata uymamasını zorunlu kılmadıkça, kendisine verilen talimata uygun olarak müşterileri ziyaret etmele yükümlü olduğu; işverenin yazılı izni yoksa, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem*

belirtilmiş olsa da madde metninde buna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple anılan iznin yazılı olmasına da gerek yoktur. İzinin sözlü, hatta ve hatta zımni olarak verilmesi dahi mümkün kabul edilmelidir (Topçuoğlu, 2011: 56; Akdeniz, 2013: 6-19; Topuz, 2013: 319-320).

Süreklilik

Pazarlamacının yaptığı faaliyetin süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Süreklilikten kasıt pazarlamacı ile tacir arasındaki ilişkinin devamlı ve sürekli olmasıdır (Nihat Yavuz, 2011: 610; Centel, 2011: 15; Cevdet Yavuz, 2011: 92; Cevdet Yavuz, 2012: 426; Tuncay, 2012: 9; Mollamahmutoğlu vd., 2014: 481; Süzek, 2015: 298; Topçuoğlu, 2011: 37; Akdeniz, 2013: 6; Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 446; Topuz, 2013: 301; Ülgen vd., 2015: 703; Eren, 2016: 576). Bu sebeple de geçici olarak veya tek bir işlem için ya da belirli veya sınırlı sayıdaki iş/işlemler için faaliyet gösteren kişi, yerine göre simsar, komisyoncu veya vekil olarak kabul edilmelidir (Arkan, 2016: 190; Tuncay, 2012: 9; Topçuoğlu, 2011: 37-38; Akdeniz, 2013: 6; Topuz, 2013: 301; Ülgen vd., 2015: 703; Aydoğdu ve Kahveci, 2017: 752).

Süreklilik unsurunun sözleşmenin akdi sırasında öngörülmüş olması, pazarlamacılık faaliyetinin varlığı için yeterli kabul edilmelidir. Bu sebeple, sözleşmenin herhangi bir nedenle kısa bir süre sonra sona ermesi, onun pazarlamacılık sözleşmesi olarak kabul edilmesine engel değildir (Topçuoğlu, 2011: 38; Akdeniz, 2013: 6; Topuz, 2013: 301).

Sözleşmenin, belirli süreli veya belirsiz ya da kısmi süreli olması süreklilik unsuru açısından önemli değildir (Nihat Yavuz, 2011: 610; Topçuoğlu, 2011: 38; Topuz, 2013: 301; Ülgen vd., 2015: 703).

Haricilik

Pazarlamacının faaliyetlerini ticari işletmenin dışında yerine getirmesi gerekmektedir. Bu anlamda merkez ve varsa şube dışındaki her yer işletmenin dışı sayılır. İşletme dışı sayılmak için illa merkez veya şubenin bulunduğu şehrin dışında faaliyette bulunmaya da gerek yoktur. Aynı şehirde bulunmakla birlikte başka semtlerde faaliyet göstermek de işletme dışı faaliyet olarak kabul edilmelidir. Bu özelliğiyle pazarlamacı, faaliyetlerin işletme merkezi dışındaki yerlere de yayılmasını sağlayan tacir yardımcısıdır (Arkan, 2016: 190; Tuncay, 2012: 9; Mollamahmutoğlu vd., 2014: 481; Akdeniz, 2013: 6-7; Topuz, 2013: 302; Ülgen vd., 2015: 702; Eren, 2016: 576; Aydoğdu ve Kahveci, 2017: 752)²¹. Hemen belirtelim ki merkez

yapamayacağı ve aracılık edemeyeceği belirtilmektedir". Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) için bkz.

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> Erişim tarihi: 31.12.2016.

²¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 19.10.2015 tarih ve 2015/22587 Esas, 2015/28954 Karar sayılı kararında; "Pazarlamacının iş edimi, işverenin işletmesi dışında, onun hesabına her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmektir" diyerek söz konusu unsura işaret etmektedir (UYAP).

dışındaki bir şubede veya sabit bir yerde faaliyet göstermek pazarlamacılık olarak kabul edilemez (Tuncay, 2012: 9; Akdeniz, 2013: 7; Topuz, 2013: 302; Doğan, 2016: 324).

Mehaz İBK'nın 347/II. maddesinde pazarlamacının faaliyetini ağırlıklı olarak seyahat ederek, yani gezici şekilde yerine getirmesi gerektiği, aksi hâlde pazarlamacı sayılamayacağı düzenlenmektedir. Bu nedenle de pazarlamacının zamansal olarak faaliyetlerinin yarısından fazlasını işletme dışında gerçekleştiriyor olması gerekmektedir. Her ne kadar söz konusu fıkra kanunumuza alınmamış olsa da doktrinde, hukukumuz bakımından da bu şartın aranmasının gerektiği öne sürülmektedir (Akdeniz, 2013: 7). Bu kapsamda hem işletme merkezi veya şubesinde hem de ticari işletmenin dışında faaliyette bulunan kişinin, pazarlamacı olarak kabul edilebilmesi için faaliyetlerinin en az %50'sinden fazlasını işletme merkezi veya şubesi dışında gerçekleştirmesi gerekmektedir (Tuncay, 2012: 9; Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 446; Topuz, 2013: 302).

Ücret Karşılığında Faaliyet Göstermek

TBK'nın 448. maddesi gereğince pazarlamacılık faaliyetlerinin bir ücret karşılığında yapılması gerekmektedir. Ücret, pazarlamacılık sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur (Tuncay, 2012: 10; Topçuoğlu, 2011: 38-39; Akdeniz, 2013: 7; Topuz, 2013: 302; Ülgen vd., 2015 703)²². Bu sebeple ücretsiz olarak yapılan pazarlamacılık faaliyetleri hakkında TBK'nın vekâlet hükümlerinin uygulanması gerekmektedir (Akdeniz, 2013: 7).

TBK'nın 454. maddesi gereğince pazarlamacıya ödenecek ücret belirli bir miktar paradan oluşabileceği gibi, belirli bir miktar para ve komisyondan veya sadece komisyondan da oluşabilir.

Pazarlamacılık Sözleşmesinin Şekli ve Kurulması

TBK'nın 449/I. maddesine göre; *“(I) Pazarlamacılık sözleşmesi, sözleşmenin süresini, sona ermesini, pazarlamacının yetkilerini, ücret ve masrafların nasıl ödeneceğini, taraflardan birinin yerleşim yeri yabancı ülkede ise uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin hangisi olduğunu içerir. (II) Yukarıdaki fıkra uyarınca sözleşmede yer alması öngörülen hususlar taraflarca belirlenmemişse, kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşulları uygulanır.”* Söz konusu maddenin ikinci fıkrasından anlaşılabilirdi üzere birinci fıkrada sayılan hususların sözleşmede bulunmaması halinde sözleşme geçersiz sayılamayacak, kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşulları uygulanacaktır²³.

²² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.11.2016 tarih ve 2016/9-1414 Esas, 2016/1072 Karar (UYAP).

²³ Akdeniz'e göre, *“alışılmış hizmet koşulları”* ifadesi *“ticari hayattaki teamüller”* olarak anlaşılmalıdır (Akdeniz, 2013: 9). Kanun koyucu tarafından TBK'nın 449/I. maddesi ile pazarlamacılık sözleşmesinin içeriği hakkında bu kadar ayrıntılı bir hüküm öngörülmesinin

Pazarlamacılık sözleşmesinin şekli konusunda TBK’da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, özellikle pazarlamacılık sözleşmesinde bulunması gereken unsurların düzenlendiği TBK’nın 449/I. maddesinin, pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını gerekli kılıp kılmadığı noktasında birtakım tartışmalar yaşanmaktadır. Konu ile alakalı bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, TBK’nın 449/II. maddesinde yer alan “...sözleşmede yer alması öngörülen hususlar taraflarca belirlenmemişse...” ifadesinden, kanun koyucunun pazarlamacılık sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasını istediği anlaşılmaktadır. Ancak ne söz konusu kanun maddesinde ne de TBK’nın genelinde pazarlamacılık sözleşmesinin şekli konusunda herhangi bir pozitif düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla gerek TBK’nın 12. maddesinde yer alan “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir” hükmü, gerekse de TBK’nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince pazarlamacılık sözleşmeleri hakkında da uygulanması gereken TBK’nın 394. maddesindeki “Hizmet sözleşmesi, kanunda aksine bir hüküm olmadukça özel bir şekle bağlı değildir” hükmü gereğince, pazarlamacı ile tacir arasında akdedilen pazarlamacılık sözleşmesinin geçerliliğinin herhangi bir şekle tâbi olmadığı kabul edilmelidir (Centel, 2011: 12; Cevdet Yavuz, 2011: 93; Cevdet Yavuz, 2012: 427; Tuncay, 2012: 10; Mollamahmutoglu vd., 2014: 481; Süzek, 2015: 298; Akdeniz, 2013: 7-8; Topuz, 2013: 304-305; Ülgen vd., 2015: 701). Hatta pazarlamacılık sözleşmesinin zımnen kurulması dahi mümkündür (Akdeniz, 2013: 7). Konu ile alakalı diğer görüşe göre ise, pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Ancak iş bu görüş de kendi içinde yazılı şeklin geçerlilik mi yoksa ispat şartı mı olduğu konusunda ikiye ayrılmaktadır. Yazılı şeklin bir geçerlilik şartı olduğunu savunan görüşe göre, her ne kadar TBK’da pazarlamacılık sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamış olsa da TBK’nın 448 ve 449. maddeleri gereğince gerek aracı pazarlamacılık gerekse sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacılık sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Ayrıca TBK’nın 453/I. maddesi gereğince pazarlamacının faaliyet alanına ilişkin yetkinin, 454/II. maddesi gereğince komisyon hakkının, 456/I. maddesi gereği tazminat ödeme yükümlülüğünün, 457/I. maddesi gereği harcamaların karşılanması ve 451/III. maddesi gereği garanti yükümlülüğünün şartları, içeriği veya sınırlarının belirlenmesinde de yazılı şekil şartı aranmaktadır. Bu sebeplerle, pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir (Topçuoğlu, 2011: 35-36-39). Diğer görüşe göre ise pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekmele birlikte, buradaki yazılılık şartı bir geçerlilik şartı olmayıp, ispat şartıdır (Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 445).

Yukarıda belirttiğimiz üzere, TBK’nın 449/I. maddesi gereğince, pazarlamacılık sözleşmesinin süresinin sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince, sözleşmenin süresinin taraflarca

gereksiz olduğu, sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca tarafların sözleşmenin içeriğini serbestçe tayin etme hakkına sahip oldukları yönündeki eleştiri için bkz. Akdeniz, 2013: 8-9.

belirlenmemesi halinde kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşullarının uygulanması gerekmektedir. TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, iş sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanması gerektiğinden, pazarlamacılık sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olarak kurulması mümkündür (Tuncay, 2012: 10-11; Mollamahmutoğlu vd., 2014: 481-482; Süzek, 2015: 298).

Tarafları

Pazarlamacılık sözleşmesinde tacir ve pazarlamacı olmak üzere iki taraf bulunmaktadır.

Pazarlamacı

TBK'nın 448. maddesinde işveren hesabına çalışan kişi için “*pazarlamacı*” terimi kullanılmaktadır. Ancak doktrinde yer alan bir görüşe göre, pazarlamacılık sözleşmesi hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlenmektedir. Bu sebeple pazarlamacı da, iş sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlenmiş olan pazarlamacılık sözleşmesi uyarınca çalışan işçidir. Dolayısıyla pazarlamacı yerine işçi kavramı da kullanılabilir (Koç, 2004: 601). Doktrinde yer alan başka bir görüşe göre de pazarlamacı denilince akla genellikle taşınır niteliğindeki bazı malları kendi adlarına ve hesaplarına üçüncü kişilere satan kişiler geldiğinden, pazarlamacı terimi doğru olarak kullanılmamıştır. Bu sebeple “*pazarlamacı*” yerine, BK’da da kullanılan “*seyyar tüccar memuru*” ifadesinin kullanılması gerekmektedir (Tuncay, 2012: 5; Akdeniz, 2013: 9). Ancak yukarıda “*T. Giriş*” bölümünde açıkladığımız üzere, pazarlamacı ile seyyar tüccar memuru birebir aynı kavramlar olmayıp, yakın kavramlardır. Bu sebeple pazarlamacı kavramı yerine seyyar tüccar memuru kavramının kullanılması doğru değildir.

Ticari İşletme Sahibi İşveren (Tacir)

TBK'nın 448. maddesinin lafzından, pazarlamacının, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına çalışacağı, bu sebeple de sözleşmenin karşı tarafının, işletme sahibi olan bir işveren olması gerektiği anlaşılmaktadır (Akdeniz, 2013: 9). Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, düzenlemede yer alan “*ticari işletme sahibi işveren*” ifadesi doğru olarak kullanılmamıştır. Buradaki “*ticari işletme sahibi işveren*” ifadesinden kasıt “*tacir*”dir. Bu sebeple “*ticari işletme sahibi işveren*” ifadesinin “*tacir*” şeklinde anlaşılması gerekmektedir (Topçuoğlu, 2011: 34; Akdeniz, 2013: 4-9)²⁴.

²⁴ Arkan’a göre ise; “*işletme sahibi her zaman tacir konumunda olmayabileceğinden, BK 448’de “işletme sahibi işveren” tabiri yerine, “tacir işveren”den söz edilmelidir*” (Arkan, 2016: 190).

Pazarlamacının Atanması

Pazarlamacı kural olarak ticari işletmeyi işleten kişi, yani tacir tarafından atanmakla birlikte, ticari temsilcinin de işletme için pazarlamacı atama yetkisi bulunmaktadır (Topçuoğlu, 2011: 39; Akdeniz, 2013: 11; Ülgen vd., 2015: 706).

Hemen belirtelim ki pazarlamacının, adına faaliyette bulunduğu işletmenin ticaret siciline kaydedilmesi mümkün değildir (Tuncay, 2012: 11; Akdeniz, 2013: 4-11; Ülgen vd., 2015: 704-705).

Pazarlamacı Türleri ve Bunların Yetkilerinin Kapsamı

Aracı Pazarlamacı ve Onun Sahip Olduğu Yetkinin Kapsamı

TBK'nın 452/I. maddesi gereğince “*Aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir*”. TBK'nın 448. maddesinde aracı pazarlamacının “*her türlü işlemin*” yapılmasına aracılık etmeye yetkili bulunduğu belirtilmekle birlikte, yukarıda belirttiğimiz üzere bu ifadeden, işletmenin faaliyet alanı ile ilgili, özellikle de ticari işletme tarafından üretilen mal ve hizmetlerin satımı ve tanıtıma yönelik faaliyetlerin anlaşılması gerekmektedir (Arkan, 2016: 190; Tuncay, 2012: 10; Mollamahmutoglu vd., 2014: 481-482; Süzek, 2015: 297; Topçuoğlu, 2011: 40; Akdeniz, 2013: 5-12; Ülgen vd., 2015: 708).

İşlem Yapma Yetkisine Sahip Pazarlamacı ve Onun Sahip Olduğu Yetkinin Kapsamı

TBK'nın 452/I. maddesinde yer alan “*aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir*” hükmünden hareketle, taraflar arasında yazılı anlaşma bulunması halinde pazarlamacının işlem yapma yetkisine de sahip olduğu anlaşılmaktadır (Süzek, 2015: 299; Akdeniz, 2013: 12; Topuz, 2013: 307). Buradaki yazılı şekilden kasıt, adi yazılı şekildir (Ülgen vd., 2015: 702). Bu kapsamda özel yetkili pazarlamacı, işletme dışında ziyaret ettiği müşterilerle tacir adına ve hesabına, ticari işletme tarafından üretilen mal ve hizmetlerin satışıyla alakalı olarak hukuki işlemler yapabilecektir (Topçuoğlu, 2011: 41).

Yazılı olarak işlem yapmaya yetkilendirilmiş olan pazarlamacının söz konusu yetkisi, TBK'nın 452/II. maddesi gereğince bu işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsamaktadır. Doktrinde “*Olağan işlem*”den, “*sözleşme konusu edimin ifasına hizmet eden ve tarafları, sözleşme ile ulaşmak istedikleri amaca götürecek bütün işlemler; bir başka deyişle, pazarlamacının üstlendiği edimi tam olarak yerine getirebilmesi için gerekli işlemler*”in anlaşılması gerektiği belirtilmektedir (Akdeniz, 2013: 12-13. Aynı yönde bkz. Topuz, 2013: 308). Bu işlemlerin ne olduğu, dolayısıyla pazarlamacının hangi işlemleri yapmaya yetkili olduğu, işletmenin faaliyetlerini sürdürdüğü ticaret alanına göre farklılık göstereceğinden, her somut olaya göre ayrı değerlendirilmeli ve bu hususta işletmenin faaliyet gösterdiği ticaret alanındaki ticari teamüller göz önünde bulundurulmalıdır (Akdeniz, 2013: 12-13).

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, TBK'nın 452/II. maddesi gereğince işlem yapma yetkisine sahip pazarlamacının söz konusu yetkisi, olağan hukuki işlem ve fiillerle sınırlı olup, olağanüstü nitelikteki hukuki işlem ve fiilleri yapması ise mümkün değildir. Aksi halde pazarlamacı temsil yetkisini aşmış olacaktır. İşte bu sebeple pazarlamacının olağanüstü işlemler konusunda üçüncü kişileri bilgilendirmesi gerekmektedir. Ancak üçüncü kişilerin de özellikle olağanüstü niteliği bariz olan bir işlemi yapan pazarlamacıdan özel yetki belgesini istemesi gerekmektedir. Aksi halde üçüncü kişinin iyi niyet iddiasında bulunması mümkün değildir (Ülgen vd., 2015: 708).

TBK'nın 452/II. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere, pazarlamacının müşterilerden tahsilât yapabilmesi ve ödeme günlerini değiştirilebilmesi için yazılı özel yetkiye sahip olması gerekmektedir²⁵.

Doktrinde, dava açma ve icra takibi başlatma yetkilerinin olağan mı yoksa olağanüstü bir işlem mi olduğu, dolayısıyla TBK'nın 452/II. maddesi kapsamında kendisine tahsilat yetkisi verilen pazarlamacının, para borcunun tahsili için dava açıp açamayacağı, icra takibi başlatıp başlatamayacağı konusu tartışmalıdır. Söz konusu hususta doktrinde yer alan ilk görüşe göre, kendisine tahsilât yetkisi verilen pazarlamacı, işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri yapmakla yetkilendirilmiştir. Bu nedenle para borcunun ödenmemesi durumunda pazarlamacının da aynı ticari temsilci de olduğu gibi, para borcunun tahsili için gerektiğinde müşteriye karşı tacir adına dava açmak veya takip yoluna başvurabilme yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekmektedir (Topçuoğlu, 2011: 42-43; Topuz, 2013: 335). Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise, ticari temsilcinin yetkisi, TBK'nın 548. maddesi gereğince işletmenin konusuna giren tüm olağan ve olağanüstü işlemleri kapsamaktayken, pazarlamacının yetkisi TBK'nın 452/II. maddesi gereğince sadece işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsamaktadır. Bu sebeple de tahsilat yetkisine sahip pazarlamacının, para borcunun tahsili için aynı ticari temsilci gibi tacir adına dava açıp icra takibi başlatabileceğinin kabulü mümkün değildir. Pazarlamacıya tahsil yetkisi verilmiş olması da bu durumu değiştirmemektedir. Dava açmak ve icra takibi başlatmak olağanüstü bir işlem olarak kabul edilmeli ve kendisine tahsil yetkisi verilmiş olsa bile pazarlamacı bunları yapmamalıdır (Akdeniz, 2013: 13; Ülgen vd., 2015: 708).

Pazarlamacının Sahip Olduğu Temsil Yetkisinin Geri Alınması, Sınırlandırılması ve Temsil Yetkisinin Aşılması

TBK'nın 42/I. maddesi gereğince temsil olunan, hukuki bir işlemten doğan temsil yetkisini her zaman sınırlandırılabilir veya geri alabilir hakkına sahiptir. Bu kapsamda

²⁵ Pazarlamacının tahsil yetkisi çerçevesinde yaptığı işlemlerle ilgili "tahsilât" ve "ödeme günlerini değiştirme" imkânının "özel yetki" şartına bağlanmasının, olağan hukuki işlem anlayışını ve tacir yardımcısı olarak pazarlamacının fonksiyonunu daralttığı yönündeki eleştiriler için bkz. Topçuoğlu, 2011: 34.

tacir de herhangi bir haklı sebep olmaksızın pazarlamacıya verdiği temsil yetkisini istediği zaman tek taraflı olarak geri alabilme hakkına sahiptir (Akdeniz, 2013: 14). Ancak hemen belirtelim ki, tacirin herhangi bir haklı sebebe dayanmaksızın temsil yetkisini geri alması, değiştirmesi veya sınırlaması halinde, TBK'nın 42/I-2. cümle hükmü gereğince pazarlamacının, sözleşmeden kaynaklı hakları korunmaktadır. Bu kapsamda tacirin, herhangi bir haklı sebep olmaksızın pazarlamacının temsil yetkisini sınırlandırması, geri alması veya kaldırması pazarlamacılık sözleşmesinin ihlali anlamına gelecektir. Bu sebeple pazarlamacı, bundan kaynaklı zararının tazmini tacirden isteyebileceği gibi, sözleşmeyi haklı sebeple feshetme imkanına da sahip olacaktır (Ülgen vd., 2015: 709). Yine TBK'nın 42/III. maddesi gereğince tacirin, pazarlamacıya vermiş olduğu temsil yetkisini üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı olarak bildirmesi halinde, bu yetkiyi kısmen veya tamamen geri aldığı da üçüncü kişilere bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez (Akdeniz, 2013: 14; Topuz, 2013: 343; Ülgen vd., 2015: 709-710).

Tacir, aracı ve sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının yetkilerini istediği gibi sınırlandırma hakkına sahip olmakla birlikte, yetki kısıtlamasının yazılı olarak yapılması önerilmektedir. Aksi takdirde durumdan haberi olmayan üçüncü kişilerin, pazarlamacının sahip olduğu yetkiye ilişkin iyi niyetleri korunacak ve pazarlamacının yetkisini aşarak yapmış olduğu işlemler taciri bağlayacaktır. Ancak söz konusu yazılı şekli şartı bir geçerlilik şartı olmayıp ispat şartı olduğu için tacirin, üçüncü kişinin pazarlamacının yetkisinin kısıtlandığından haberi olduğunu ispatlaması halinde söz konusu sözleşme ile sorumlu tutulması mümkün değildir (Arkan, 2016: 191; Akdeniz, 2013: 14-15)²⁶.

Pazarlamacının yetkisini aşarak yaptığı hukuki işlemlerin TBK'nın yetkisiz temsil ve vekâlete ilişkin hükümleri dikkate alarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda TBK'nın 45. ve 514. maddeleri gereğince pazarlamacının, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmeden yapmış olduğu hukuki işlemler, taciri veya haleflerini bağlayacaktır. Fakat üçüncü kişilerin, pazarlamacının yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmeleri halinde aynı şeyi söylememiz mümkün değildir. Bu halde iş bu sözleşmelerle tacir bağlı olmayacaktır (Topçuoğlu, 2011: 45; Topuz, 2013: 309; Ülgen vd., 2015: 709-711).

²⁶ Ülgen vd. göre ise pazarlamacının temsil yetkisinin kısıtlanması yazılı şekilde olmalıdır. Ancak yazar farklı olarak buradaki yazılı şekli bir ispat şartı olarak değil, geçerlilik şartı olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla üçüncü kişi iyi niyetli olmasa bile, yani pazarlamacının yetkisini aşarak işlem yaptığını bilse bile, pazarlamacının yetkisi yazılı olarak kısıtlanmadığı için, tacir söz konusu işlemle bağlı olacaktır (Ülgen vd., 2015: 709). Topçuoğlu ve Topuz'a göre ise pazarlamacı, işletme dışında faaliyet gösterdiği için yetkiyi kısıtlayan işlemlerin yazılı olması zorunludur. Ancak söz konusu yazarlar, buradaki yazılı şekli şartını bir ispat şartı mı, yoksa geçerlilik şartı olarak mı kabul ettiklerini açıkça belirtmemektedirler (Topçuoğlu, 2011: 44; Topuz, 2013: 308).

Tacir, pazarlamacının yetkisi olmaksızın hareket ettiği hallerde kural olarak pazarlamacının adına akdettiği sözleşmelerle bağlı olmasa da TBK'nın 46. maddesi gereğince daha sonra bu sözleşmelere onay vererek sözleşmelerin tarafı haline gelebilecektir. Yetkisiz işlemin muhatabı olan müşteri, tacirden uygun bir süre içerisinde söz konusu işlemi onaylayıp onaylamayacağını açıklayabilir. Verilen süre içerisinde tacirin onay vermemesi halinde ise pazarlamacı, yapmış olduğu sözleşmeden üçüncü kişiye karşı şahsen sorumlu olacaktır. Bu durumda pazarlamacı, bu işlemin geçersiz olması sebebiyle müşterinin uğradığı menfi zararları gidermekle yükümlüdür. Hatta kusurunun bulunması ve hakkaniyetin de gerektirmesi halinde TBK'nın 47/II. maddesi gereğince pazarlamacı, diğer zararlar kapsamında müşterinin aynen ifa dahil müspet veya menfi zararları gidermekle de yükümlüdür (Tuncay, 2012: 11; Süzek, 2015: 299; Topçuoğlu, 2011: 45; Akdeniz, 2013: 15; Topuz, 2013: 309; Ülgen vd., 2015: 710-711).

Pazarlamacının Benzer Kişilerden Farkları

Pazarlamacının Acenteden Farkı

TTK'nın 102/I. maddesine göre, *“Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimsese acente denir.”* Söz konusu tanımlamadan hareketle acentenin unsurlarının, ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmamak, bir sözleşmeye dayanarak faaliyet göstermek, faaliyetlerini belirli bir yer veya bölge içinde yapmak, yapılan faaliyetin sürekli olması, faaliyetlerinin konusunun ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmeler olması, faaliyetinin sözleşmelere aracılık etmek veya bunları tacir adına yapmak şeklinde olması, acenteliği meslek edinmek olduğunu söyleyebiliriz (Arkan, 2016: 205-209; Akdeniz, 2013: 15; Ülgen vd., 2015: 773-779; Şener, 2016: 349-350).

Acente ile pazarlamacı arasındaki en önemli farklılık, pazarlamacının tacire bağımlı olarak çalışmasına karşılık acentenin bağımsız olmasıdır. Acente, işletmesine ilişkin iş organizasyonunu kendisi yapar, çalışma saat ve koşullarını kendisi belirler, işletmesinden kaynaklı risklere de kendisi katlanır (Koç, 2004: 601; Arkan, 2016: 190; Nihat Yavuz, 2011: 611; Tuncay, 2012: 7; Akdeniz, 2013: 15; Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 446; Topuz, 2013: 312-313; Ülgen vd., 2015: 705). Bu sebeple acentenin bir ticari işletme sahibi olması halinde temsil ettiği ticari işletme gibi kendisi de tacir sıfatına sahip olacaktır (Tuncay, 2012: 7; Topuz, 2013: 312-313).

Pazarlamacı ile acente arasındaki bir diğer farklılık da gerçek veya tüzel kişilerin acente olabilmesine karşılık, sadece gerçek kişilerin pazarlamacı olup, tüzel kişilerin pazarlamacı olabilmesinin mümkün olmamasıdır. Zira pazarlamacı olabilmek için bir tacire bağımlı olarak çalışmak gerekmektedir. Bu sebeple de tüzel

kişilerin pazarlamacı olabilmesi mümkün değildir (Tuncay, 2012: 7; Cevdet Yavuz, 2012: 427; Topuz, 2013: 304-313; Ülgen vd., 2015: 705).

Acente ile pazarlamacı arasındaki farklılıkların bir diğeri de acentenin faaliyetlerini belirli bir yer veya bölge içinde yürütmesinin zorunlu olmasına rağmen, pazarlamacı için böyle bir zorunluluğun bulunmamasıdır. Ancak hemen belirtelim ki, pazarlamacıya da belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilebildiğinden, söz konusu farklılık bu iki tacir yardımcısını ayırmada yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple yapılan faaliyetin pazarlamacılık mı yoksa acentelik mi olduğunun tespiti bakımından her somut olay ayrı değerlendirmeli ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak aracı kişinin tacire bağımlı mı yoksa bağımsız olarak mı çalıştığı tespit edilmeli, tacire bağımlılık hâlinde pazarlamacılık, bağımsızlık halinde ise acentelik ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir (Akdeniz, 2013: 15-16).

Pazarlamacının Simsardan (Tellal) Farkı

Simsarlık sözleşmesi TBK'nın 520. maddesinde düzenlenmiş olup, söz konusu düzenlemeye göre simsar, taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlenen kişi olarak tanımlanabilir. Yani simsar, sözleşme yapacak kişileri bir araya getirerek aracılık faaliyetinde bulunmaktadır (Arkan, 2016: 193; Akdeniz, 2013: 16; Ülgen vd., 2015: 722-723; Şener, 2016: 306).

Pazarlamacı ile simsar arasındaki en önemli farklılık süreklilik unsurudur. Zira pazarlamacı ile tacir arasında bir iş sözleşmesi bulunduğundan, pazarlamacı tacirin daimî yardımcılarında birisidir. Simsar ise tacire herhangi bir statü ile bağlı olmadığından tacirin bağımsız yardımcılarındadır. Yani simsar ile tacir arasında sürekli değil, geçici bir ilişki bulunmaktadır. Simsarın kendisine ait ayrı bir işletmesi bulunmaktadır ve bu işletme bir ticari işletme niteliğinde ise simsar da tüccar konumundadır (Arkan, 2016: 190; Tuncay, 2012: 7; Akdeniz, 2013: 16; Topuz, 2013: 313; Ülgen vd., 2015: 705-706).

Pazarlamacı ile simsar arasındaki bir diğer farklılık ise, simsarın tarafların her ikisi adına faaliyette bulunabilmesine rağmen, pazarlamacının sadece tacir adına faaliyette bulunabilmesidir (Akdeniz, 2013: 16).

Pazarlamacılık faaliyeti ile simsarlık faaliyeti arasındaki bir diğer temel farklılık, pazarlamacının TBK'nın 452. maddesi gereğince yazılı olmak şartıyla taciri temsil etme yetkisine sahip olmasına rağmen, simsarın, simsarlık sözleşmesini akdettiği kişiyi temsil etme yetkisinin bulunmamasıdır (Akdeniz, 2013: 16).

Pazarlamacının Alım Satım Komisyoncusundan Farkı

Alım satım komisyoncusu TBK'nın 532. maddesinde düzenlenmekte olup, söz konusu düzenlemeye göre alım satım komisyoncusu, ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlenen kişi olarak tanımlanabilir. Söz konusu tanımdan hareketle alım satım

komisyoncusunun unsurları, kendi adına ancak müvekkili hesabına (dolaylı temsil) işlem yapıyor olmak, sözleşme konusunun esas itibarıyla kıymetli evrak ve taşınır alım-satımından oluşması, komisyoncu ile müvekkil arasındaki ilişkinin kural olarak sürekli olmayıp da tek bir sözleşme yapılmasına yönelik olması ve komisyoncusunun bir komisyon (ücret) karşılığında faaliyet göstermesi olarak sıralanabilir (Arkan, 2016: 235-236; Ülgen vd., 2015: 742-745; Şener, 2016: 411-416).

Pazarlamacı ile alım satım komisyoncusu arasındaki temel farklılık, alım satım komisyoncusunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına iş görmesine karşılık, pazarlamacının kendi adına değil, başkası adına faaliyette bulunmasıdır (Akdeniz, 2013: 16; Ülgen vd., 2015: 706).

Pazarlamacı ile alım satım komisyoncusu arasındaki bir diğer temel farklılık süreklilik unsurudur. Zira pazarlamacı ile tacir arasında bir iş sözleşmesi bulunduğundan, pazarlamacı tacirin daimî yardımcılarından birisidir. Alım satım komisyoncusu ise tacire herhangi bir statü ile bağlı olmadığından tacirin bağımsız yardımcılarındadır. Yani alım satım komisyoncusu ile tacir arasında sürekli değil, geçici bir ilişki bulunmaktadır. Bu sebeple alım satım komisyoncusu tacirin bağımsız yardımcılarındadır.

Pazarlamacının Ticari Temsilci ve Ticari Vekilden Farkı

TBK'nın 547. maddesine göre, *“Ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir”*.

Ticari vekil ise TBK'nın 551. maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu maddeye göre, *“Ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir”*.

Yukarıdaki tanımlamalardan anlaşılabilirdiği üzere ticari vekilin, ticari temsilciden farklı olarak ticari temsil yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca TBK'nın 547/II. maddesine göre ticari temsilcinin ticaret siciline tescili gerekmekte iken, ticari vekilin ticaret siciline tesciline gerek bulunmamaktadır (Arkan, 2016: 186-187; Tuncay, 2012: 6-7; Topuz, 2013: 312; Ülgen vd., 2015: 680-694; Şener, 2016: 287-295).

Ticari temsilci ve ticari vekil ile pazarlamacı arasındaki temel farklılık, ticari temsilcinin ve ticari vekilin ticari işletmenin bulunduğu yerde çalışmalarına karşılık, pazarlamacının yukarıda belirttiğimiz üzere ticari işletmenin dışında çalışmasıdır (Tuncay, 2012: 7; Topuz, 2013: 312; Ülgen vd., 2015: 704-705)²⁷. Bunun yanı sıra,

²⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 19.10.2015 tarih ve 2015/22587 Esas, 2015/28954 Karar sayılı kararına göre; *“Pazarlamacı, işletme dışında, uzakta müşterilerin ayağına giderek çalışır ve bir işletmeye bir hizmet akdiyle bağlıdır. Oysa, ticari mümessil ve ticari vekil işletmenin bulunduğu yerde çalışırlar ve işverene bağlılıkları bir iş sözleşmesi ile olabileceği gibi bir vekalet ya da şirket sözleşmesi ile de olabilir”* (UYAP).

tartışmalı olmakla birlikte, pazarlamacı tacire iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışmakta iken, ticari temsilci ve ticari vekil tacire iş sözleşmesinin yanı sıra vekâlet ve şirket sözleşmesi ile bağlı olarak da çalışabilmektedir (Tuncay, 2012: 7). Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz üzere pazarlamacının ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi mümkün değilken, TBK'nın 547/II. maddesine göre ticari temsilcinin ticaret siciline tescili gerekmektedir.

Pazarlamacının Yükümlülükleri

Müşterileri Ziyaret Etme ve Verilen Talimatlara Uyma Yükümlülüğü

TBK'nın 450/I. maddesine göre, *“Pazarlamacı, talimata uymamasını zorunlu kılan haklı bir sebep olmadıkça, kendisine verilen talimata uygun olarak müşterileri ziyaret etmekle yükümlüdür”*. Müşterileri ziyaret etme yükümlülüğü kapsamında pazarlamacının, ayrıca müşterileri tacirle sözleşme yapmaya ikna etmeye yönelik faaliyetlerde de bulunması gerekmektedir (Topçuoğlu, 2011: 40; Akdeniz, 2013: 17; Topuz, 2013: 306). Müşterinin, pazarlamacının faaliyeti sonucunda sözleşmeyi imzalaması veya işi pazarlamacıya vermesi icap sayılır ve sözleşme, tacirin kabul beyanıyla kurulmuş olur (Akdeniz, 2013: 17). Hemen belirtelim ki tacirin, pazarlamacının bulunduğu müşteri ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır (Topçuoğlu, 2011: 40; Topuz, 2013: 306).

Müşterileri ziyaret etmenin kapsamı ve içeriği sözleşmede belirlenebileceği gibi sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmayabilir de. Söz konusu yükümlülüğün kapsamının sözleşmede belirlenmemesi halinde tacir bu hususta pazarlamacıya TBK'nın 450/I. maddesi gereğince tek taraflı ve varması gerekli bir irade açıklaması niteliğinde talimat verebilecek ve pazarlamacı da bu talimat ile bağlı olacaktır. Örneğin tacir, pazarlamacının hangi bölge içerisinde faaliyet göstereceğini belirleyebilir ve pazarlamacıya buna yönde talimat verebilir (Nihat Yavuz, 2011: 612; Akdeniz, 2013: 17). Hemen belirtelim ki talimat, tek taraflı irade açıklaması niteliğinde olduğundan, pazarlamacının kabulüne bağlı değildir. Ancak verilen talimat hukuka aykırı ise veya amaca uygun değilse pazarlamacı tarafından yerine getirilmeyebilir. Yine TBK'nın 450/I. maddesi gereğince pazarlamacı, talimata uymamasını zorunlu kılan haklı bir sebebin bulunması halinde, verilen talimata aykırı davranarak müşterileri ziyaret etmeyebilir. Nelerin haklı neden olduğu konusu kanunda yer almamakla birlikte doktrinde, haklı sebep kavramının sınırlandırılarak uygulanması gerektiği ve ancak talimatlara bağlı kalınması halinde tacire daha fazla zarar verilmesi ihtimalinin bulunması ve yapılacak işlemin tacirin menfaatine uygun olması halinde bir haklı sebebin varlığından söz edilebileceği belirtilmektedir (Topçuoğlu, 2011: 53; Topuz, 2013: 319). Bu kapsamda bayram tatili, ulaşım güçlükleri/kesilmesi, müşteri sayısının azlığı veya herhangi bir müşterinin bulunmaması, pazar veya fuar açılması, müşteri çevresinde bulaşıcı

hastalık bulunması, yöresel tatil, pazarlamacı ile o bölgede bulunan bir kısım müşteriler arasında husumet bulunması, ürünlerin bozulma ihtimalinin bulunması gibi durumlar haklı sebep olarak kabul edilmektedir (Nihat Yavuz, 2011: 612; Akdeniz, 2013: 17; Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 446; Topuz, 2013: 319). Söz konusu haklı sebepler dışında tacirin açık izni olmaksızın pazarlamacının gezi rotasında değişiklik yapması mümkün değildir (Tuncay, 2012: 13; Topuz, 2013: 318). Hemen belirtelim ki, pazarlamacının haklı sebebin varlığı durumunda nasıl davranması gerektiği konusunda tacirden görüş veya izin alması gerekmemekle birlikte, haklı sebebe rağmen talimata aykırı davranış tacire zarar verecekse, mutlaka tacirin izninin alınması gerekmektedir (Topçuoğlu, 2011: 54; Akdeniz, 2013: 17; Topuz, 2013: 319). Bunun yanı sıra TBK'nın 450/II. maddesi gereğince pazarlamacının, işlem yapmaya yetkisinin bulunması halinde, tacirin rızası olmaksızın öngörülen fiyatlar ve diğer işlem koşullarında bir değişiklik yapması da mümkün değildir. Aksi halde, yani pazarlamacı tarafından tacirin rızası olmaksızın öngörülen fiyat ve diğer işlem koşullarında değişiklik yapılarak üçüncü kişilerle işlem yapılmış olması halinde, bu işlemlerden pazarlamacı bizzat sorumlu olacaktır (Tuncay, 2012: 13; Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 447; Topuz, 2013: 318).

Bilgi ve Hesap Verme Yükümlülüğü

TBK'nın 450/III. maddesine göre, *“Pazarlamacı, pazarlama faaliyetleri ile ilgili olarak düzenli biçimde ayrıntılı bilgi vermek, aldığı siparişleri işverene derhâl ulaştırmak ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olayları bildirmekle yükümlüdür”*.

Kanun maddesinde pazarlamacının müşteri çevresini ilgilendiren bütün olayları değil, sadece önemli olanları tacire bildirmekle yükümlü olduğu belirtilmekle birlikte, hangi olayların önemli, hangilerinin önemsiz olduğu konusu metinde yer almamaktadır. Doktrinde, tacirin menfaatini ilgilendiren olayların önemli olduğu belirtilerek, bu kapsamda müşterilerin ödeme yeterlilikleri, müşterilerin teklifleri, ürünler hakkındaki görüş ve şikâyetler, piyasa durumu ve ortaya çıkan değişiklikler, rekabet şartları gibi konuların önemli olduğu kabul edilmektedir (Topçuoğlu, 2011: 54; Akdeniz, 2013: 18; Topuz, 2013: 320; Ülgen vd., 2015: 713).

Pazarlamacının bilgi verme yükümlülüğü, faaliyeti sonucunda öğrendiği bilgilerle sınırlıdır. Yani pazarlamacının söz konusu bilgileri edinmek için aktif olarak çalışma yükümlülüğü bulunmamaktadır (Akdeniz, 2013: 18; Ülgen vd., 2015: 713). Bu kapsamda aracı pazarlamacının sözleşmenin tarafı olacak kişiler ve teklif edilen koşullarla ilgili olarak, sözleşme yapma yetkisini sahip pazarlamacının ise yaptığı sözleşmelerle ilgili olarak tacire bilgi vermesi gerekmektedir (Topçuoğlu, 2011: 54).

Özen Yükümlülüğü

Her ne kadar pazarlamacılık sözleşmesinin düzenlendiği TBK'nın 448 ila 460. maddeleri arasında açıkça pazarlamacının işini özenle yapması gerektiği yönünde

herhangi bir hüküm yer almasa da TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, iş sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu kapsamda TBK'nın 396. maddesinde işçi için öngörülmüş olan özen yükümlülüğü pazarlamacı için de geçerli olduğundan, pazarlamacı, tacire ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür (Akdeniz, 2013: 18).

Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerin yer aldığı TBK'nın 448 ila 460. maddeleri arasında pazarlamacının rekabet yasağı hakkında açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak doktrinde yer alan bir görüşe göre, TBK'nın 450/I. maddesinde yer alan, “Pazarlamacı, işverenin izni olmadıkça, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık edemez” şeklindeki düzenlemede, rekabet yasağı konusunda açık bir ifade yer almasa da söz konusu hüküm aslında rekabet yasağını da düzenlemektedir (Nihat Yavuz, 2011: 612; Cevdet Yavuz, 2011: 94; Tuncay, 2012: 13; Aydın ve Kaplan, 2014: 180)²⁸. Zira söz konusu hüküm ile pazarlamacının, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapması, aracılık faaliyetlerinde bulunması tacirin iznine bağlanmıştır. Diğer görüşe göre ise, bu hususta TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince iş sözleşmesine ilişkin genel hükümlere başvurulması gerekmektedir. Bu sebeple de rekabet yasağının düzenlendiği TBK'nın 396/III. ve 444. maddeleri ile rekabet yasağına aykırı davranışların sonuçlarının düzenlendiği 446. maddelerinin pazarlamacı bakımından da uygulanması gerekmektedir (Topçuoğlu, 2011: 55; Akdeniz, 2013: 19-20).

Söz konusu tartışma ile alakalı olarak görüşümüzü belirtmemiz gerekirse, aslında söz konusu iki görüş arasında konunun esasını ilgilendiren önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Zira söz konusu iki görüş de pazarlamacının tacir ile rekabet etmeme yükümlülüğü altında bulunduğunu kabul etmektedir. Ayrıca her iki görüş de aynı sonuca ulaşmaktadır. Zira TBK'nın 450/I. maddesinde rekabet yasağının düzenlendiğini savunan görüşe göre, rekabet etmeme yükümlülüğü

²⁸ Aksi görüşte olan Akdeniz'e göre, “...söz konusu maddede rekabet yasağı düzenlenmemektedir. Zira anılan maddede rekabete ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Gerçi pazarlamacının kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapmadığı bir durumdan rekabet yasağı da dolaylı olarak çıkmaktadır. Acaba tersi durumda da aynı sonuç doğar mı? Bir başka ifadeyle, tacirin, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapabileceği yönünde pazarlamacıya verdiği izin aynı zamanda ona kendisiyle rekabet etme yetkisini de bahşeder mi? Kanaatimizce bu soruya verilecek cevap olumsuz olmalıdır. Zira bir durumda rekabetten, dolayısıyla rekabet yasağından bahsedebilmek için, kişinin, aynı faaliyet alanı içine giren işleri yapması ve bunun sözleşme veya kanunla açık olarak yasaklanmış olması gerekir. Örneğin ticari mümessiller, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için rekabet yasağının öngörüldüğü 553. maddede açıkça bu kişilerin işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacakları ve kendi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptırılmayacakları belirtilmiştir” (Akdeniz, 2013: 19).

çalışma ilişkisi devam ettiği sürece TBK'nın 396. maddesi gereğince tüm iş sözleşmelerinde, bu kapsamda pazarlamacılık sözleşmelerinde de geçerlidir (Tuncay, 2012: 13). Aksi görüşe göre ise, TBK'nın 450/I. maddesinde rekabet yasağı ile alakalı açık bir ifade bulunmasa da pazarlamacının kendisi veya üçüncü bir kişi hesabına işlem yapmadığı bir durumdan rekabet yasağı da dolaylı olarak çıkmaktadır (Akdeniz, 2013: 19). Bu sebeple kanaatimizce söz konusu tartışmanın konunun esasına ilişkin herhangi bir pratik önemi bulunmamaktadır.

TBK'nın 450/I. maddesi gereğince pazarlamacının, tacirin izni olmaksızın kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem ya da aracılık yapması mümkün değildir. Pazarlamacı ancak tacirin izni ile kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem ya da aracılık yapabilir. Her ne kadar madde metninde pazarlamacıya verilecek iznin şekli konusunda herhangi bir hüküm bulunmasa da madde gerekçesinde bu iznin yazılı olması gerektiği belirtilmektedir²⁹. Bu durum akıllarda bir takım soru işaretlerine sebebiyet verebilecek nitelikte olsa da daha önce yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, madde metninde pazarlamacıya bu amaçla verilecek izne ilişkin bir şekil şartı öngörülmediğinden, iznin yazılı veya sözlü olarak hatta ve hatta zımnî olarak dahi verilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir (Topçuoğlu, 2011: 56; Akdeniz, 2013: 6-19; Topuz, 2013: 319-320).

TBK'nın 450/I. maddesine göre, *“Pazarlamacı, ...işverenin izni olmadıkça, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık edemez”*. Söz konusu hüküm uyarınca pazarlamacı, tacirin izni olmaksızın sadece pazarlamacılık değil, simsarlık, alım satım komisyonculuğu vb. herhangi bir aracılık faaliyetinin yanı sıra, yukarıda belirttiğimiz üzere doğrudan doğruya veya dolaylı temsilci olarak da herhangi bir faaliyette bulunamaz. Aksi takdirde pazarlamacı, tacir ile aralarında bulunan pazarlamacılık sözleşmesini ihlal etmiş olacaktır. Ancak kanaatimizce söz konusu hükmün mutlak bir şekilde uygulanmaması, somut olaya göre farklı değerlendirmeler yapılması gerekmektedir. Örneğin pazarlamacının, tekel hakkına sahip olması halinde veya tekel hakkına sahip olmamakla birlikte, tacirden komisyon değil de sabit bir ücret ya da sabit bir ücretin yanında komisyon aldığı durumlarda, başka bir tacir adına faaliyette bulunabilmesi için mutlak suretle tacirden izin alması gerekmektedir. Zira bu gibi durumlarda tacirin, pazarlamacıdan tüm mesaisini yaptığı işe ayırmasını isteme hakkı bulunmaktadır³⁰. Aksi takdirde pazarlamacı, tacir ile aralarındaki pazarlamacılık sözleşmesini ihlal ve ihmâl etmiş

²⁹ Madde gerekçesi aynen şu şekildedir; *“Maddenin birinci fıkrasında, pazarlamacının, baklı bir sebebin, talimata uymamasını zorunlu kılmadıkça, kendisine verilen talimata uygun olarak müşterileri ziyaret etmele yükümlü olduğu; işverenin yazılı izni yoksa, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamayacağı ve aracılık edemeyeceği belirtilmektedir”*. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> Erişim tarihi: 31.12.2016.

³⁰ Ülgen vd. tarafından ileri sürülen bir görüşe göre; *“...tekel kuralı bulunmadığı takdirde pazarlamacı, üstlendiği yükümlülükleri ihmâl ve ihlal etmediği müddetçe, başkaları için de pazarlamacılık yapabilir”* (Ülgen vd., 2015: 712).

olmanın yanı sıra, sadakat yükümlülüğüne de aykırı davranmış olacaktır. Ancak pazarlamacı tekel hakkına sahip olmamakla birlikte, pazarlamacının faaliyet alanının belirli bir yer veya müşteri çevresi ile sınırlandırılmış olması ve ayrıca pazarlamacıya sadece yaptığı aracılık faaliyetlerine karşılık komisyon verileceğinin kararlaştırılması halinde, pazarlamacının iş bu sınırlı faaliyet alanı ve müşteri çevresi dışında, TBK'nın 450/I. maddesi kapsamında bir faaliyette bulunabilmesi için tacirden izin almasına gerek bulunmamaktadır³¹. Zira kanaatimizce bu durumda kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin düzenleme ve doktrinsel görüşlerin kıyasen uygulanması mümkündür. Doktrinde işçinin kısmi süreli olarak bir veya birkaç iş ilişkisine girip kendi mesleğini icra ettiği durumlarda, rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranmış olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Konu ile alakalı olarak bizim de katıldığımız görüşe göre, bu gibi durumlarda çalışma hakkı ve sadakat yükümlülüğü arasında bir çatışma yaşanmaktadır. İşverenin, işçi ile kısmi süreli iş ilişkisi kurmakla, işçinin rakip işyerlerinde de çalışabileceğini hesaba katması gerekmektedir. Bu sebeple de esaslı bir çıkar çatışması bulunmadığı sürece, bu gibi durumlarda işçinin rekabet etmeme yükümlülüğünün, işveren tarafından zımnen sınırlandırıldığı kabul edilmelidir (Alpagut, 2012: 27; Mollamahmutoğlu vd., 2014: 608-609). Kanaatimizce, pazarlamacıya belirli bir yer veya müşteri çevresi ile faaliyette bulunma yetkisi verilmiş olması halinde de tacirin, pazarlamacının iş bu sınırlı faaliyet alanı ve müşteri çevresi dışında başka tacirler adına da faaliyette bulunabileceğine önceden onay vermiş olduğunun kabulü gerekmektedir. Aksi halde işçinin Anayasal çalışma hak ve özgürlüğü kısıtlanmış olacaktır. Ayrıca TBK'nın 450/I. maddesi uygulanırken, TBK'nın 496. maddesi gereğince pazarlamacılık sözleşmeleri hakkında da uygulanması gereken, TBK'nın 396/III. maddesinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira söz konusu maddeye göre, "İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete giripemez". Söz konusu madde ile işçinin sadakat ve rekabet etmeme yükümlülüklerini ihlal etmemesi şartı ile mevcut işinin yanında başka bir işte daha çalışabileceği düzenlenmektedir. Bu sebeple pazarlamacının faaliyetleri, sadakat borcuna aykırılık oluşturmadığı gibi rekabet etmeme yükümlülüğünü de ihlal etmiyorsa, söz konusu faaliyetlerin TBK'nın 450/I. maddesi kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Sır Saklama Yükümlülüğü

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde özel olarak düzenlenmemiş olsa da

³¹ Aksi kanaatte olan Topçuoğlu ve Topuz'a göre; "Rekabet etmeme yükümlülüğü, hem münbasır bölge ve müşteri grubunu hem de münbasır bölge dışını kapsar. Bu yüzden pazarlamacının satış ve sürüm faaliyetlerini yürüteceği (aracılık etmek veya sözleşme yapmak) yer veya müşteri çevresinin sınırlandırılması, tanımlı faaliyet alanı dışında kendi veya başkaları hesabına dilediği gibi hareket edebilme imkânı vermez" (Topçuoğlu, 2011: 55; Topuz, 2013: 319).

pazarlamacı, TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince, TBK'nın 396/IV. maddesi uyarınca sır saklama yükümlülüğü altındadır. Söz konusu madde uyarınca pazarlamacı, iş gördüğü sırada öğrendiği bilgileri, iş ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin gerektirdiği ölçüde pazarlamacı, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür (Topçuoğlu, 2011: 57; Akdeniz, 2013: 20; Topuz, 2013: 320-321).

Sır saklama yükümlülüğünün ihlal eden pazarlamacıdan, tacir veya işlem yaptığı müşteriler maruz kaldıkları zararların giderilmesini isteyebilirler. Hemen belirtelim ki pazarlamacının sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasının hukuki sonuçları bulunduğu gibi cezai sonuçları da bulunmaktadır (Topçuoğlu, 2011: 57). Gerçekten de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun³² (TCK) 239/I. maddesine göre; *“Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vaktif olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur”*.

Faaliyetleri Kapsamında Elde Ettiklerini Teslim ve İade Etme Yükümlülüğü

Pazarlamacının, hapis hakkı ve takas imkânı saklı kalmak kaydıyla, faaliyetleri kapsamında elde ettiklerini, mümkün olan en kısa sürede tacire teslim ve iade etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda pazarlamacı, tacir veya müşterilerce kendisine verilen nakit para, kıymetli evrak gibi şeyleri, hapis hakkı ve takas imkânı saklı kalmak şartıyla, en kısa sürede tacire teslim etmesi gerekmektedir (Ülgen vd., 2015: 714).

TBK'nın 460/II. maddesine göre; *“Sözleşmenin sona ermesi hâlinde pazarlamacı, pazarlamacılık faaliyetinde bulunması için kendisine verilen örnek ve modelleri, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtları ve diğer belgeleri işverene geri vermekle yükümlüdür. Ancak, pazarlamacının hapis hakkı saklıdır”*. Pazarlamacının hapis hakkının düzenlendiği TBK'nın 458/II. maddesine göre ise; *“Pazarlamacı, araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri alıkoymaz”*. Söz konusu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde pazarlamacının, pazarlamacılık faaliyetlerinde kullanılmak üzere kendisine verilen araç ve taşıma belgeleri, fiyat tarifeleri, müşterilerle ilgili kayıtları ve diğer belgeleri her hal ve koşulda tacire iade etmesi gerekmektedir. Zaten 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun³³ (TMK) 951. maddesi gereğince paraya çevrilmesi mümkün olmayan tarife, belge ve ruhsat gibi şeyler üzerinde pazarlamacının hapis hakkını kullanması mümkün değildir. Bu durumda pazarlamacının hapis hakkının konusu pazarlamacılık faaliyetlerinde

³² 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

³³ 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

bulunmak üzere kendisine verilen örnek ve modellerle sınırlı kalmaktadır (Topçuoğlu, 2011: 56).

İşveren Tacirin İşlerini Görme ve Menfaatlerini Koruma Yükümlülüğü

Daha önceden de belirttiğimiz üzere, pazarlamacılık sözleşmesi ile alakalı hüküm bulunmayan hallerde TBK'nın 469. maddesi gereğince iş sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Bu kapsamda TBK'nın 395. maddesi gereğince pazarlamacının, sözleşmeden veya durumun gereklerinden aksi anlaşılmadıkça, iş görme borcunu bizzat yerine getirmesi gerekmektedir. Bu sebeple pazarlamacının üçüncü bir kişi ile alt pazarlamacılık ilişkisi kurması mümkün değildir (Ülgen vd., 2015: 711).

TBK'nın 469. maddesindeki atıf gereğince pazarlamacılık sözleşmelerinde de uygulanması gerekli olan TBK'nın 396. maddesi gereğince pazarlamacının, yüklendiği işi özenle yapması ve tacirin haklı menfaatlerini koruması da gerekmektedir (Ülgen vd., 2015: 711-712).

Pazarlamacının Hakları

Ücret Hakkı

Pazarlamacının, pazarlamacılık sözleşmesinden kaynaklanan en önemli hakkı şüphesiz ücrettir. TBK'nın 454/I. maddesine göre; *"İşveren, pazarlamacıya sadece belirli bir miktardan veya bu miktarla birlikte komisyondan oluşan bir ücret ödemekle yükümlüdür."*

Sözleşmede ödenmesi gereken ücretin miktarı hakkında herhangi bir hüküm öngörülmemişse, TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince iş sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacağından, TBK'nın 401. maddesi gereği tacir, pazarlamacıya asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür (Akdeniz, 2013: 21; Ülgen vd., 2015: 715).

Ücretin ödeme zamanı konusunda pazarlamacılık sözleşmelerinin düzenlendiği TBK'nın 448 ila 460. maddeleri arasında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince TBK'nın 406/I. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca bireysel iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde daha kısa bir süre öngörülmemiş ise, pazarlamacının ücretinin her ayın sonunda ödenmesi gerekmektedir.

TBK'nın 454/II. maddesine göre, ücretin tamamının veya önemli bir kısmının komisyondan oluşmasına taraflarca karar verilmesi mümkündür. Ancak bu tarz bir anlaşmanın mutlaka yazılı olması ve kararlaştırılan komisyonun da pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması gerekmektedir. Yazılı şekilden kasıt, adi yazılı şekildir (Topuz, 2013: 329; Ülgen vd., 2015: 715).

Taraflar kendi aralarında anlaşarak TBK'nın 454/III. maddesi gereğince iki ay

geçmemek üzere deneme süresi kararlaştırılabilirler. Deneme süresi içerisinde pazarlamacıya ödenecek ücrete taraflar serbestçe karar vereceklerdir. Ancak bu durumda dahi TBK'nın 469. maddesindeki atıf gereğince TBK'nın 401. maddesinin uygulanması gerektiğinden, pazarlamacıya ödenecek ücretin asgari ücretten az olmaması gerekmektedir³⁴. Doktrinde, pazarlamacılık sözleşmelerinde deneme süresi kararlaştırılması halinde, bunun yazılı şekilde yapılması gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır (Tuncay, 2012: 11). Söz konusu görüşün savunucuları, öngörmüş oldukları bu yazıllık şartının bir geçerlilik şartı mı, yoksa ispat şartı mı olduğunu açıkça belirtmemekle birlikte, ifade ediş şekillerinden yazılı şekli bir geçerlilik şartı olarak kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Hemen belirtelim ki söz konusu görüşü kabul etmemiz mümkün değildir. Zira anladığımız kadarıyla söz konusu görüşün temelinde, İK'nın 15. maddesinde düzenlenmekte olan "Deneme Süreli İş Sözleşmesi" ile alakalı yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğu yönündeki görüş yatmaktadır. Oysaki bu görüşün kabulü bizce mümkün değildir. Zira ne İK'da ne de TBK'da deneme süreli iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği yönünde herhangi bir hüküm yer almamaktadır. TBK'nın 12/I. maddesine göre; "Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmедikçe, hiçbir şekle bağlı değildir". Aynı yöndeki İK'nın 8/I. maddesine göre ise; "İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir". Söz konusu yasa maddeleri karşısında deneme süreli iş sözleşmelerinde yazılı şeklin bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi bizce mümkün değildir. Hatta kanaatimizce, söz konusu sözleşmelerde, yazılı şekli bir ispat şartı olarak kabul etmek de mümkün değildir³⁵. Zira ispat konusunun düzenlendiği 6100

³⁴ Tuncay'a göre; "Deneme süresi kararlaştırılmışsa bu süre içinde ücretin belirlenmesi serbest olup herhangi bir sınırlama söz konusu değildir". Söz konusu ifadeden anlaşılabilirdiği kadarıyla yazar, deneme süresi içerisinde belirlenecek ücretin asgari ücretten daha az olabileceğini savunmaktadır (Tuncay, 2012: 11).

³⁵ Aksi görüşte olan Kar'a göre, her ne kadar deneme süreli iş sözleşmesinin şekli konusunda yasada açık bir hüküm bulunmasa da özellikle ispat yükü açısından söz konusu sözleşmelerin yazılı yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda yazılı şekil bir geçerlilik şartı olmayıp, ispat şartıdır (Kar, 2010: 24). Aynı yöndeki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 11.05.2009 tarih ve 2009/15921 Esas, 2009/13019 Karar sayılı ilamına göre; "Deneme süreli kayıt içeren iş sözleşmesini diğer iş sözleşmelerinden ayıran en önemli unsur, deneme süresi öngörmesidir. Asıl olan iş sözleşmesinin deneme süresi söz konusu olmaksızın yapılmasıdır. İş sözleşmesinin deneme süresi kaydıyla yapılmış olması, istisnai bir durumdur. İşçinin işe yeni girmiş olması ise, tek başına, deneme süresinin taraflarca öngörülmüş olduğunun delili sayılmaz. İşçinin işe girdiği tarihten başlayarak iki ay geçmeden iş sözleşmesini, kendisinin veya işverenin ihbar öneli vermeden feshetmesi, deneme süresi kaydını göstermez. Bunun içindir ki, başkaca delil ve belirtiyile kanıtlanmış olmadıkça, deneme süresinin varlığını iddia eden taraf, istisnai durumu ileri sürmüş olduğundan, bu iddiasını ispatla yükümlü tutulmalıdır. Zira, kurala aykırı bir durumu iddia eden, iddiasını ispatla yükümlüdür. Deneme süreli iş sözleşmesinin şekli konusunda yasada açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak özellikle ispat yükü açısından yazılı yapılması gerekir. Yazılı yapılması geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır. Dosya içinde davacı ile davalı arasında deneme kaydı iş sözleşmesi yapıldığına dair yazılı bir belgeye rastlanmamıştır. İş sözleşmesinin deneme süreli kayıt içerdiğini, davalı işveren yazılı belge ile kanıtlanmalıdır. Bu konuda kayıt

S. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun³⁶ (HMK) 192. maddesine göre; “*Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir*”. Deneme süreli iş sözleşmelerinin yazılı delille ispat edilmesi gerektiği yönünde TBK ve İK'da herhangi bir hüküm bulunmadığına göre, yazılılık şartı deneme süreli iş sözleşmelerinde ispat şartı olarak da kabul edilemez. Sonuç olarak, HMK'nın 190. maddesi gereğince sözleşmede bir deneme süresinin kararlaştırıldığına ispatı, bunu ileri süren tarafa düşmekle birlikte, ispat için illa yazılı delile gerek bulunmamakta, her türlü delil ile deneme süreli iş sözleşmesinin varlığı ispatlanabilmelidir (Aynı yönde bkz. Soyer, 2008: 29; Mollamahmutoğlu vd., 2014: 507-508).

Sözleşmenin tacire veya müşteriye ilişkin herhangi bir sebeple kurulamamış olması halinde pazarlamacı yine de ücrete hak kazanacaktır. Zira TBK'nın 450. maddesinde pazarlamacının yükümlülükleri arasında sözleşmenin kurulmasını sağlama gibi bir yükümlülük yer almamakta, sadece pazarlamacıya müşterileri ziyaret etmek ve onların tacir ile sözleşme yapmaları yönünde gayret göstermek konusunda yükümlülük yüklenmektedir (Topçuoğlu, 2011: 40; Akdeniz, 2013: 21).

TBK'nın 408. maddesi gereğince pazarlamacı, iş görme edimini tacirin kusuru yüzünden yerine getiremese veya tacir pazarlamacının edimini kabulde temerrüde düşse bile, pazarlamacı yine de ücrete hak kazanacaktır. Bu durumda tacir, pazarlamacıdan edimini daha sonra yerine getirmesini de isteyemez. Ancak pazarlamacının, edimini yerine getirememekten dolayı yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların ücretinden indirilmesi gerekmektedir. Ayrıca burada TBK'nın 456. maddesine de dikkat edilmelidir. Zira söz konusu maddeye göre, “(I) *Pazarlamacının pazarlama işlerini yürütmesi, kendi kusuru olmaksızın imkânsız hâle gelir ve sözleşme veya kanun gereği bu hâlde bile kendisine ücret ödenmesi gerekirse ücret, sabit ücrete ve komisyonun kaybı sebebiyle ödenebilecek uygun tazminata göre belirlenir. Ancak komisyon, ücretin beşte birinden az ise, komisyon kaybı sebebiyle tazminat ödenmeyeceği yazılı olarak kararlaştırılabilir.* (II) *Pazarlamacı, pazarlama işlerini kendi kusuru olmaksızın yürütme imkânını bulamamasına karşın ücretinin tamamını almışsa, işverenin istemi üzerine, kendisinin yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işleri onun işletmesinde yapmakla yükümlüdür*”. Söz konusu hükmün ikinci fıkrası uyarınca tacirin pazarlamacıdan müşterileri telefonla aramasını istemesi pazarlamacılık faaliyetlerine uygun bir iş olarak kabul edilirken, pazarlamacının işletme kantininde çalışmasının istenmesi pazarlamacılık faaliyetlerine uygun bir iş olarak kabul edilmemektedir (Akdeniz, 2013: 22). Pazarlamacıya teklif edilen iş, pazarlamacının yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek bir iş değilse pazarlamacı söz konusu işi yapmakla yükümlü değildir.

sunulamadığına göre iş sözleşmesinin deneme süreli olmadığı kabulü ve dolayısı ile davacının ihbar tazminatı ve sendikal tazminat isteklerinin incelenmesi gerekir” (Kar, 2010: 23).

³⁶ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

Komisyon Hakkı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, TBK'nın 454/I. maddesi uyarınca taraflarca ücretin tamamının veya önemli bir kısmının komisyonun oluşmasına karar verilebilir. Ancak TBK'nın 454/II. maddesi gereğince ücretin tamamının veya önemli bir kısmının komisyonun oluşacağına ilişkin anlaşmanın adi yazılı olması ve kararlaştırılan komisyonun da pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması gerekmektedir (Ülgen vd., 2015: 715). Madde metninde ücretin önemli bir kısmından kastın ne olduğu belli değildir. Ancak doktrinde, TBK'nın 456 ve 459. madde hükümleri dikkate alınarak, komisyonun toplam ücretin en az beşte birini oluşturması halinde, ücretin önemli bir kısmının komisyonun oluştuğu kabul edilmektedir (Ülgen vd., 2015; 715). Yine madde metninde her ne kadar *“kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması”* gerektiği belirtilmiş ise de bu uygun karşılığın neye göre ve nasıl belirleneceği hususu madde metninde yer almamaktadır. Doktrinde, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığının, pazarlamacının öğrenim durumu, yüklendiği taahhüt, sorumluluğunun kapsamı, pazarlamacının yetenekleri, işletmenin cirosuna olan katkısı ve işletmedeki pozisyonu gibi kıstasları esas alarak her olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir (Tuncay, 2012: 10; Süzek, 2015: 299; Akdeniz, 2013: 22; Topuz, 2013: 302-303).

Komisyon miktarının neye göre ve nasıl belirleneceği konusu tamamen tarafların arasındaki anlaşmaya bağlıdır. Örneğin taraflarca komisyonun pazarlamacının aracılık ettiği veya yaptığı sözleşmelerin sayısına göre tespit edilmesine karar verilebileceği gibi, bunların para cinsinden karşılığına göre de tespit edilmesine karar verilebilir (Topçuoğlu, 2011: 47; Akdeniz, 2013: 22; Topuz, 2013: 330; Ülgen vd., 2015: 715).

Komisyonun ödeme zamanı konusunda pazarlamacılık sözleşmelerinin düzenlendiği TBK'nın 448 ila 460. maddeleri arasında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple de TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince, TBK'nın 406/II. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca daha kısa bir süre kararlaştırılmamış veya aksine bir adet yoksa, işçinin komisyonunun her ayın sonunda ödenmesi gerekmektedir.

Pazarlamacı, normal komisyon ücretinin yanı sıra buna ek olarak TBK'nın 455/I. maddesi uyarınca *“belirli bir pazarlama alanı veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi sadece kendisine verilmişse, kendisinin veya işverenin bu alan veya çevrede yaptığı bütün işlerde kararlaştırılmış ya da alışılmış olan komisyonun ödenmesini”* de isteyebilir. Buna karşılık aynı maddenin ikinci fıkrası gereği *“belirli bir pazarlama alanı veya belirli müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi pazarlamacıyla birlikte başkalarına da verilmişse, pazarlamacıya sadece kendisinin aracılık ettiği veya bizzat yaptığı işler için komisyon ödenir”*. Ancak taraflarca böyle bir hâlde dâhi pazarlamacıya özel bölge komisyonu ödeneceği kararlaştırılabilir (Akdeniz, 2013: 23).

Komisyon hakkının doğumu konusunda, pazarlamacılık sözleşmesinin

düzenlendiği TBK'nın 448 ila 460. maddeleri arasında herhangi bir hüküm bulunmadığından, TBK'nın 469. maddesi gereğince iş sözleşmelerine ilişkin genel hükümlere başvurulması gerekmektedir. TBK'nın 404/I. maddesine göre; *"İşçiyeye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin istem hakkı doğar"*. TBK'nın 455/III. maddesine göre ise; *"Komisyonun muaccel olması anında, yapılan işin değeri henüz kesin olarak belirlenemiyorsa komisyon, önce alınmış olan en az değeri üzerinden, geri kalamı ise, en geç işin yerine getirilmesinde ödenir"*. TBK'nın 455/III. maddesinin gerekçesine göre; *"Fıkrayı karşılayan kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 349b maddesinin üçüncü fıkrasında pazarlamacı tarafından yapılan işin değerinin henüz kesin olarak belirlenememesi durumunda ödenecek komisyonun belirlenmesinde, bu işin ticarî işletme sahibi işveren tarafından takdir edilen en az değerinin göz önünde tutulması kabul edildiği hâlde, Tasarıda "alınmış olan en az değeri" ifadesi kullanılarak bu değerlendirme objektif bir ölçüye bağlanmıştır"*³⁷.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, TBK'nın 404/I. maddesi gereğince tacir ile müşteri arasında sözleşmenin kurulması ile birlikte pazarlamacı, komisyon ücretine hak kazanacaktır. Bununla birlikte sözleşmenin sonradan herhangi bir sebeple ifa edilmemesi halinde pazarlamacının komisyon hakkının bundan etkilenip etkilenmeyeceğine de değinmekte fayda vardır. Bu durumda, yani sözleşmenin sonradan herhangi bir sebeple ifa edilmemesi halinde, öncelikle taraflar arasında imzalanan pazarlamacılık sözleşmesine bakmak gerekmektedir. Zira TBK'nun 26. maddesi gereğince tarafların, sözleşme içeriğini serbestçe belirleme hakları bulunmaktadır. Eğer pazarlamacılık sözleşmesinde bu yönde bir hüküm varsa, öncelikle bu hükmün uygulanması gerekmektedir. Pazarlamacılık sözleşmesinde bu konu ile alakalı herhangi bir düzenlemenin bulunmaması halinde ise, ifanın yerine getirilmemesinin haklı bir gerekçeye dayanıp dayanmadığı ve ifayı kimin yerine getirmediğine bakmak gerekmektedir. Zira TBK'nın 404/III. maddesine göre; *"İşçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, işveren tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmeye veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmeye, ücret istemine yönelik hak sona erer. Sadece kısmi ifa hâlinde, ücretten orantılı olarak indirim yapılır"*. Bu kapsamda sözleşme, tacir tarafından haklı bir sebep olmaksızın veya tacirden kaynaklanan bir sebepten ötürü müşteri tarafından haklı bir sebeple yerine getirilmemiş ise, pazarlamacının komisyon hakkı bundan etkilenmeyecektir. Müşteriden kaynaklanan haklı bir sebepten ötürü sözleşmenin ifa edilmemiş olması halinde ise tacir tarafından daha sonra ifa davası açılıp açılmadığına bakılması gerekmektedir. Eğer tacir ifa davası açarak ifayı veya zararlarını tazmin ettirmiş ise bu durumda da pazarlamacının komisyon hakkının varlığını sürdürdüğü kabul edilmelidir. Fakat taraflardan herhangi biri sözleşmede öngörülen edimini, kusursuz imkânsızlık sebebiyle ifa edememişse borç ilişkisi sona ereceğinden pazarlamacının

³⁷ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> Erişim tarihi: 31.12.2016.

komisyon hakkı da ortadan kalkacaktır (Topçuoğlu, 2011: 49-50; Topuz, 2013: 335). Yine tacirin herhangi bir kusuru olmaksızın sözleşmenin ifa edilmemesi halinde de pazarlamacının komisyon hakkı sona erecektir.

Masraf İsteme Hakkı

TBK'nın 457. maddesine göre; "(I) Pazarlamacı, aynı zamanda birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunuyorsa, aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça, her işveren, pazarlamacının harcamalarına eşit olarak katılmakla yükümlüdür. (II) Harcamaların tamamen veya kısmen sabit ücrete veya komisyona dâhil edilmesine ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür". Söz konusu hükümden hareketle pazarlamacının, üstlendiği faaliyetin gereği gibi yerine getirilmesi için yapmak zorunda kaldığı harcamaları tacirden isteme hakkına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda pazarlamacı, başta seyahat harcamaları olmak üzere, konaklama, yeme içme, iletişim gibi harcamalarını tacirden isteyebilir (Topçuoğlu, 2011: 51; Akdeniz, 2013: 24; Topuz, 2013: 336). Hemen belirtelim ki pazarlamacının, TBK'nın 453. maddesi kapsamında tekel hakkına sahip olup olmamasının, masrafların ödenmesi bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır (Topçuoğlu, 2011: 59).

TBK'nın 457/I. maddesi gereğince pazarlamacı, aynı zamanda birden fazla tacir hesabına faaliyette bulunuyorsa taraflar, masrafların nasıl karşılanacağını serbestçe kararlaştırabilirler. Sözleşmede aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, her bir tacir, pazarlamacının masraflarına eşit şekilde katılmakla yükümlüdür. Söz konusu hükümden anlaşılabilirdiği üzere, birden fazla tacir adına faaliyette bulunan pazarlamacının yapmış olduğu masrafların tacirler arasında eşit şekilde değil de daha farklı bir oranda karşılanacağı yönündeki anlaşmanın adı yazılı olarak yapılması gerekmektedir ve buradaki yazılılık şartı da TBK'nın 12. maddesi gereğince bir geçerlilik şartıdır.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, TBK'nın 457/I. maddesinde geçen "işveren" ifadesinden kasıt, TBK'nın 448. maddesinden farklı olarak tacir değil, İK'nın 2/I. maddesindeki anlamıyla "işveren"dir (Topçuoğlu, 2011: 51)³⁸. Ancak söz konusu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira bilindiği üzere kanunlar soyut hükümler içerdiklerinden bazen bir kanun maddesi ile ilgili birtakım uyumsuzluklar çıkabilmektedir. Bu durumda söz konusu kanun maddesinin yorumlanması gerekmekte olup, bu konuda çeşitli görüş ve metotlar bulunmaktadır. Bir kanun maddesini yorumlanırken öncelikle onun sözüne, yani metnin kendisine bakılmalıdır. Buna lafzi yorum yöntemi denilmektedir. İş bu yorum yönteminde, kanun metninde kullanılan kelimeler ve noktalama işaretleri dikkate alınarak kanunun anlamı saptanmaya çalışılmaktadır. Ancak, kanun koyucunun kullandığı kelimelere aşırı derecede önem veren ve kanun koyucunun kullandığı kelimelerin

³⁸ Yazar aynen şu ifadeleri kullanmaktadır; "YBK m. 457/1 hükmünden anlaşıldığına göre pazarlamacı, birlikte çalıştığı tacir dışında, tacir sıfatını taşıması şart olmayan başkaca işverenler hesabına da aracılık faaliyetleri veya sözleşmeler yapabilecektir".

hepsini titiz bir şekilde inceledikten sonra kullandığını varsayan bu görüşle tek başına yetinilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, iş bu lafzi yorum metodu yanında kanun koyucunun yorumlanan kanun maddesini koyarken neyi amaçladığına da önem veren tarihsel yorum metodunu da dikkate almak gerekmektedir. Tarihsel yorum metodunda, yasa koyucunun söz konusu kanun hükmünü koyma amacı önemli olduğundan, kanunun gerekçesi ve parlamento görüşme tutanakları gibi bilgi ve belgelere büyük önem verilmektedir. Ayrıca tarihsel yorum metodunun yeni çıkan kanun hükümlerinin yorumlanmasında daha sağlıklı sonuçlar verdiği de bir gerçektir. Zira çok uzun bir süre önce çıkan bir kanun, uygulama içinde objektif bir amaç kazanmış olduğundan, artık kanunun uygulama içinde kazandığı anlama dikkat edilmesi gerekmektedir (Umar, 1997: 131-132; Adal, 2005: 178; Sözer, 2008: 64; Güriz, 2009: 65-67; Gözler, 1998: 168-169; Gözler, 2010: 214-215; Mollamahmutoglu vd., 2014: 130-132). Bu kısa açıklamadan sonra asıl konumuza dönecek olursak, her ne kadar madde metninde *“birden fazla işveren”* ifadesi kullanılmış olsa da söz konusu maddenin gerekçesine baktığımızda, *“Tasarının iki fıkradan oluşan 457 inci maddesinde, pazarlamacının harcamalarından ticarî işletme sahibi işverenlerin sorumlulukları düzenlenmektedir”* denildiğini görmekteyiz. Görüleceği üzere kanun koyucu söz konusu madde gerekçesinde de aynı TBK’nın 448. maddesinin metninde olduğu gibi *“ticarî işletme sahibi işveren”* ifadesini kullanmaktadır. Madde metnindeki *“birden fazla işveren”* ifadesi kanaatimizce kanun koyucunun dikkatsizliğinden kaynaklanmaktadır. Zira kanunun gerekçesinde yukarıda belirttiğimiz gibi *“ticarî işletme sahibi işveren”* ifadesini kullandıktan sonra altında yine *“birden fazla işveren”* ifadesi kullanılmaya devam edilmiştir. Açıkladığımız sebeplerle maddenin gerekçesinden, yasa koyucunun TBK’nın 457/I. maddesinde yer alan *“birden fazla işveren”* ifadesini yanlışlıkla kullandığı, aslında TBK’nın 448. maddesinde olduğu gibi *“birden fazla ticarî işletme sahibi işveren”* ifadesini kullanmak istediği anlaşılmaktadır. Bu sebeple de yukarıda pazarlamacılık sözleşmesinin taraflarını incelerken yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda *“birden fazla işveren”* ifadesinin *“birden fazla tacir”* olarak anlaşılması gerekmektedir.

Hapis Hakkı

TBK’nun 458. maddesine göre, *“(I)Pazarlamacılık ilişkisinden doğan muaccel alacaklar ile tacirin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, henüz muaccel olmayan alacakların güvence altına alınması için pazarlamacı, taşınurlar, kıymetli evrak ve tahsil yetkisine dayanarak müşterilerden almış olduğu paralar üzerinde hapis hakkına sahiptir. (II)Pazarlamacı, araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri alıkoyamaz”*.

Söz konusu düzenlemeden anlaşılacağı üzere pazarlamacının hapis hakkı muaccel alacaklar ile sınırlı değildir. Tacirin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde muaccel olmayan alacaklar için de pazarlamacı hapis hakkını kullanılabilir. Bu kapsamda pazarlamacı, pazarlama sözleşmesinden doğan bütün muaccel alacakları (ücret, komisyon veya masraf gibi) ile tacirin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde muaccel olmayan alacakları kendisine ödeninceye kadar, pazarlamacılık ilişkisi

sebebiyle tacire ait olup da zilyetliğinde bulundurduğu taşınır eşya, kıymetli evrak ve tahsil yetkisi çerçevesinde uhdesinde bulundurduğu para üzerinde hapis hakkına sahiptir (Topçuoğlu, 2011: 52; Topuz, 2013: 324-325; Ülgen vd., 2015: 718.). Ancak hemen belirtelim ki, TMK'nın 951. maddesi gereğince, niteliği gereği paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınır mallar üzerinde hapis hakkının kullanılması mümkün olmadığı gibi, alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslimi sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hallerde de hapis hakkının kullanılması mümkün değildir. Ancak TMK'nın 952. maddesi gereğince ödemededen aciz, taşınırın tesliminden sonra meydana gelmiş veya daha önce meydana gelmiş olmakla beraber bu durumu teslimden sonra öğrenmiş olan pazarlamacı, tacirin talimatları ile bağdaşmasa veya o şeyi belli bir yönde kullanma yükümlülüğü bulursa dahi, hapis hakkını kullanabilir (Topçuoğlu, 2011: 52; Topuz, 2013: 325; Ülgen vd., 2015: 718).

TBK'nun 458/II. maddesi gereğince pazarlamacının, zilyetliğinde bulundurduğu araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeler üzerinde hapis hakkını kullanması mümkün değildir. Bu sebeple pazarlamacının zilyetliğinde bulundurduğu araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri tacire iade etmesi gerekmektedir.

Pazarlamacının hapis hakkından ileriye yönelik olarak feragat etmesi veya taraflar arasında yapılan anlaşma uyarınca pazarlamacının hapis hakkı konusunda kanuna nazaran öngörülen sınırlandırmalar geçersiz kabul edilmelidir (Ülgen vd., 2015: 718.).

Tekele Hakkı

TBK'nın 453/I. maddesine göre; *“Pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilmiş ve aksine yazılı anlaşma da yapılmamışsa işveren, başkalarına aynı alan veya çevrede faaliyette bulunma yetkisi veremez; ancak, kendisi üçüncü kişilerle işlem yapabilir.”* Söz konusu düzenlemeden tacirin tek taraflı olarak pazarlamacıya tekele hakkı verebileceği, bunun için illa yazılı bir anlaşma bulunmasına da gerek bulunmadığı anlaşılmaktadır³⁹. Ancak hemen belirtelim ki, acentelik sözleşmesinden farklı olarak, pazarlamacılık sözleşmesinde tekele kuralı çift yönlü değildir. Bu sebeple tacir, üçüncü kişiler ile bizzat işlem yapabilir (Ülgen vd., 2015: 717).

TBK'nın 453/I. maddesi gereğince tacir, tek taraflı olarak pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verebilir. Bu durumda aksine yazılı bir anlaşma bulunmuyorsa tacir, aynı alanda

³⁹ Akdeniz'e göre; *“sözleşmenin, pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükümlerinin” ifadesinden pazarlamacının tekele hakkı için bir anlaşmanın varlığının şart olduğu şeklinde bir sonuç çıkmaktadır. Kanaatimizce söz konusu hak, iki taraf arasındaki bir anlaşmadan doğabileceği gibi tacirin pazarlamacıya tek taraflı verdiği bir yetki ile de doğabilir”* (Akdeniz, 2013: 25).

veya çevrede başkalarına da faaliyette bulunma yetkisi veremez. Doktrinde söz konusu düzenlemede kullanılan “başkaları” teriminin sadece başka pazarlamacıları değil, tacirin başka şekilde görevlendirdiği ve kendileriyle ilişki içinde olduğu kişileri de kapsadığı kabul edilmektedir. Bu kapsamda tacirin bir başka bağımlı ya da bağımsız tacir yardımcısını da aynı alanda veya müşteri çevresinde görevlendiremeyeceği belirtilmektedir (Akdeniz, 2013: 26). Ancak pazarlamacının tekel hakkının acentelerde olduğu gibi, aynı ticaret dalı esasına göre ve fiilen faaliyet göstermiş olduğu ürün veya hizmet ile sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Bu sebeple pazarlamacının, fiilen satışına aracılık ettiği veya işvereni temsilen sattığı ürün ya da hizmet grubu dışında, tacirin, tekel hakkına konu olan yer ya da müşteri çevresinde doğrudan ya da bağımlı veya bağımsız tacir yardımcıları vasıtasıyla dolaylı olarak faaliyette bulunması, tekel hakkının ihlali anlamına gelmemektedir (Ülgen vd., 2015: 717).

Tarafların karşılıklı anlaşması halinde tekel hakkı, her zaman kısıtlanabileceği gibi, kaldırılabilir de. Ancak TBK’nın 453/I. maddesi gereğince, tekel hakkının kısıtlanması veya kaldırılmasına ilişkin anlaşmaların yazılı olması gerekmektedir. Buradaki yazılılık şartı bir geçerlilik şartıdır. Bu sebeple tekel hakkının daha sonradan kısıtlanması veya kaldırılmasına yönelik sözleşmelerin yazılı olarak yapılmaması halinde iş bu sözleşmeler geçerli kabul edilemez (Ülgen vd., 2015: 717). Bunun ile birlikte TBK’nın 453/II. maddesinde tacirin tek taraflı olarak tekel hakkını değiştirmesine imkân veren özel bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten de TBK’nın 453/II. maddesine göre; “Sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep varsa işveren, söz konusu hükmü, sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülmüş olsa bile, bu süreye uymadan tek taraflı olarak değiştirebilir; ancak, bu durumda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkı saklıdır”. Söz konusu düzenlemenin kaynağı olan mehaz İBK’nın 349/II. maddesi dikkate alınarak pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin sözleşme hükmünün ancak dürüstlük kuralına göre geçerli, objektif, haklı ve kabul edilebilir bir sebep uyarınca değiştirilebileceği kabul edilmelidir (Tuncay, 2012: 14; Süzek, 2015: 300; Akdeniz, 2013: 26; Topuz, 2013: 327-328; Ülgen vd., 2015: 717)⁴⁰. Ancak bu durumda pazarlamacıya, tazminat isteme ve iş sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkı tanınmaktadır.

İleride göreceğimiz üzere, doktrinde pazarlamacılık sözleşmelerine İK hükümlerinin uygulanması gerektiği savunan görüşe göre, TBK’nın 453/II. maddesi, İK’nın 22. maddesine göre genel kanun içerisinde yer alan özel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla da TBK’nın 453/II. maddesi, İK’nın 22. maddesinde öngörülen değişiklik feshinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Bu sebeple işveren konumunda bulunan tacir, İK’nın 22. maddesindeki prosedüre uymaksızın, yani işçi konumunda olan pazarlamacı ile aralarındaki sözleşme hükümlerini (pazarlama

⁴⁰ Aksi görüşte olan Nihat Yavuz’a göre; “işverenin dayandığı sebebin haklı olması gerekmemektedir” (Nihat Yavuz, 2011: 615).

alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükümleri) işçiye yazılı olarak bildirmek ve işçi tarafından da altı iş günü içerisinde yazılı olarak kabul edilmek şartına bağlı olmaksızın değiştirebilir (Tuncay, 2012: 14; Süzek, 2015: 300; Topuz, 2013: 327).

Tekel hakkı bakımından, pazarlamacının aracı veya sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacı olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır (Topçuoğlu, 2011: 45; Akdeniz, 2013: 26; Topuz, 2013: 326).

Pazarlamacının Sorumluluğu

Pazarlamacının sorumluluğu hakkında pazarlamacılık sözleşmesinin düzenlendiği TBK'nın 448 ila 460. maddeleri arasında herhangi bir hüküm bulunmadığından, TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince işçinin sorumluluğunun düzenlendiği TBK'nın 400. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Söz konusu maddeye göre, "(I) İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. (II) Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur".

TBK'nın 451/I. maddesi gereğince pazarlamacı, kural olarak sözleşme kurulduktan sonra tacir veya üçüncü kişinin sözleşmeye aykırı davranışlarından sorumlu tutulamaz. Gerçekten de söz konusu maddeye göre, "*Pazarlamacının, müşterilerin ödememelerinden veya diğer yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olacağına ya da alacağı tahsili için yapılacak masrafları tamamen veya kısmen karşılayacağına ilişkin anlaşmalar, kesin olarak hükümsüzdür*". Hemen belirtelim ki maddede sayılan hâller sınırlı sayıda değildir. Dolayısıyla niteliği gereği tacir tarafından katlanılması gereken her türlü riskin pazarlamacı tarafından üstlenilmesi sonucunu doğuran bütün anlaşmaların da söz konusu madde uyarınca geçersiz sayılması gerekmektedir (Akdeniz, 2013: 27). Ancak TBK'nın 451/II. maddesine göre, "*Pazarlamacı, kendi müşteri çevresiyle işlem yapıyorsa, müşterilerin borçlarını ifa etmemesi durumunda, işverenin her bir işlemde uğrayacağı zararın dörtte birini geçmemek üzere karşılamayı, uygun bir ek komisyon kararlaştırılması koşuluyla yazılı olarak üstlenebilir*". Söz konusu düzenleme uyarınca sözleşme yapma yetkisine sahip ve kendi müşteri çevresiyle işlem yapan pazarlamacı, yazılı olmak şartı ile müşterilerinin edimini taahhüt edebilir. Ancak bunun için tacirin, müşterilerinin edimini taahhüt eden pazarlamacıya "*uygun sayılabilecek miktarda*" bir ek komisyon ödemesi de gerekmektedir. Ayrıca "*pazarlamacının kendi müşteri çevresi*" ile de işlem yapması gerekmektedir. Bu sebeple düzenlemede geçen "*pazarlamacının kendi müşteri çevresi*" kavramının da açıklanması gerekmektedir. "*Pazarlamacının kendi müşteri çevresi*" ifadesinden pazarlamacının çalışmaya başlamadan ya da başladıktan sonra piyasa faaliyetleri sonucunda edindiği ve güvendiği, ödeme gücü ve sadakatine inandığı kimselerin anlaşılması gerekmektedir (Topçuoğlu, 2011: 55; Akdeniz, 2013: 29; Topuz, 2013: 323). Ancak söz konusu şartların bir arada bulunması halinde dahi pazarlamacının zararın tamamından sorumlu tutulması mümkün değildir. Pazarlamacı en fazla tacirin her

bir işlemde uğrayacağı zararın dörtte birini üstlenebilir.

TBK'nın 451/III maddesine göre ise, “*Sigorta sözleşmelerinde aracılık yapan pazarlamacılar, bir primin tamamının veya bir kısmının ödenmemesi sebebiyle, bunun tahsili için dava veya icra takibi yoluna başvurulması durumunda, bu amaçla yapılacak masrafların en çok yarısını karşılayacaklarını, yazılı olarak üstlenebilirler*”. Buna göre yazılı olmak şartı ile pazarlamacı, ödenmeyen bir prim borcunun tahsili için açılan davaların veya başlatılan icra takiplerinin masraflarının en çok yarısını karşılamayı üstlenebilir. Ancak hemen belirtelim ki, söz konusu düzenleme uyarınca aracı pazarlamacının, ödenmeyen prim borcunun tahsili için açılan davaların veya başlatılan icra takiplerinin masraflarını üstlenmesi halinde, TBK'nın 451/II. maddesinden farklı olarak ek komisyon talebinde bulunması mümkün değildir (Topçuoğlu, 2011: 54-55).

Zamanaşımı

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerin yer aldığı TBK'nın 448 ila 460. maddeleri ile TBK'nun 469. maddesinde yapılan atıf gereğince pazarlamacılık sözleşmeleri hakkında da uygulanması gereken iş sözleşmelerinin düzenlendiği TBK'nın 393 ila 447. maddeleri arasında zamanaşımı konusunda özel bir düzenleme yer almadığından, pazarlamacılık sözleşmeleri hakkında da TBK'nın zamanaşımı konusundaki genel hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu sebeple pazarlamacının ücret alacağı TBK'nın 147. maddesi uyarınca 5 yılda, diğer alacaklar hakkındaki istemleri ise TBK'nın 146. maddesi gereğince 10 yılda zamanaşımına uğrayacaktır (Akdeniz, 2013: 29; Ülgen vd., 2015: 722).

Pazarlamacılık Sözleşmesinin Sona Ermesi

Sona Erme Sebepleri

TBK'da pazarlamacılık sözleşmesinin düzenlendiği 448-460. maddeleri arasında sözleşmenin sona ermesine ilişkin olarak sadece TBK'nın 459. maddesindeki düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre; “(I) *Komisyon, sabit ücretin en az beşte birini oluşturuyor ve önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkileniyorsa işveren, bir önceki mevsimin sona ermesinden beri kendisiyle çalışmaya devam eden pazarlamacının sözleşmesini, yeni mevsim sırasında iki aylık fesih süresine uyararak feshedebilir. (II) Aynı koşullar altında pazarlamacı da, kendisini bir önceki mevsim sonuna kadar çalıştırmış ve bundan sonra da çalıştırmaya devam eden işverene karşı, bir sonraki mevsimin başlamasına kadar olan dönemde, iki aylık fesih süresine uyararak sözleşmeyi feshedebilir*”.

Söz konusu hüküm haricinde TBK'nın 469. maddesindeki atıf gereğince pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesi ile alakalı olarak, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerin de uygulama alanı bulacağı açıktır. Bu kapsamda, TBK'nın 440. maddesi gereğince pazarlamacının/tacirin ölümüyle ve TBK'nın 430. maddesi gereği pazarlamacılık sözleşmesinin belirli süreli olması halinde aksi

kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde pazarlamacılık sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. TBK'nın 431. maddesi gereği belirsiz süreli pazarlamacılık sözleşmelerinde ise taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı da bulunmaktadır. Bunların yanında, TBK'nın 435. maddesi gereğince haklı sebeplerin bulunması halinde, sözleşme ister belirli ister belirsiz süreli olsun taraflardan her biri sözleşmeyi derhâl feshedebilir (Tuncay, 2012: 15; Akdeniz, 2013: 30; Cevdet Yavuz, 2012: 430; Ülgen vd., 2015: 719).

Şimdi kısaca söz konusu sona erme sebepleri üzerinde duralım.

Taraflardan Birisinin Ölümü

TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince, pazarlamacılık sözleşmeleri hakkında da uygulanması gereken TBK'nın 440. maddesine göre, pazarlamacının ölümüyle birlikte pazarlamacılık sözleşmesi de kendiliğinden sona erecektir. Tacirin ölümü halinde ise durum biraz farklıdır. Gerçekten de TBK'nın 441/I. maddesi gereğince tacirin ölümü halinde sözleşmedeki yerini mirasçıları alacağından, tacirin ölümü kendiliğinden pazarlamacılık sözleşmesini sona erdirmeyecektir. Ancak TBK'nın 441/II. maddesi uyarınca pazarlamacılık sözleşmesi ağırlıklı olarak tacirin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, o zaman tacirin ölümüyle birlikte sözleşme de kendiliğinden sona erecektir (Topçuoğlu, 2011: 60; Topuz, 2013: 337; Ülgen vd., 2015: 720).

Tacirin İflası

Her ne kadar tacirin iflasının pazarlamacılık sözleşmesini sona erdireceğine dair kanunda açık bir düzenleme bulunmasa da niteliği ve sonuçları dikkate alındığında, tacirin iflasının pazarlamacılık sözleşmesini kendiliğinden sona erdirdiği kabul edilmelidir. Zira iflasına karar verilen tacirin, mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkacağından, tacirin işletmenin konusuna giren işlemleri yapması mümkün değildir. Bu sebeple de tacirin iflasına karar verilmiş olması halinde pazarlamacının, onu borç altına sokacak veya malvarlığının mevcut durumunu değiştirecek işlemler yapması düşünülemeyeceğinden, tacirin iflasına karar verilmesi halinde pazarlamacılık sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğinin kabulü gerekmektedir (Topçuoğlu, 2011: 60-61; Topuz, 2013: 338; Ülgen vd., 2015: 720).

Sözleşme Süresinin Sona Ermesi

TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince, pazarlamacılık sözleşmeleri hakkında da uygulanması gereken TBK'nın 430/I. maddesine göre, pazarlamacılık sözleşmesinin belirli bir süre için yapılmış olması halinde kural olarak öngörülen sürenin dolması ile birlikte pazarlamacılık sözleşmesi de kendiliğinden sona erecektir. Bu durumda tarafların ayrıca bir fesih bildiriminde bulunmalarına da gerek yoktur. Ancak TBK'nın 430/II. maddesi uyarınca belirli süreli pazarlamacılık sözleşmesi, öngörülen sürenin dolmasına rağmen taraflarca halen devam ettiriliyorsa, bu durumda pazarlamacılık sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye

dönüşmüş olacaktır. Yine TBK'nın 430/IV. maddesi gereğince tarafların, belirli süreli pazarlamacılık sözleşmesinin fesih bildiriyle sona ermesini kararlaştırmalarına rağmen, her iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamış ise, pazarlamacılık sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşecektir (Topçuoğlu, 2011: 61; Topuz, 2013: 339; Ülgen vd., 2015: 719).

Fesih Bildirimi

TBK'nın 431. maddesi gereğince, taraflardan her biri fesih sürelerine uymak şartıyla istediği zaman pazarlamacılık sözleşmesini sona erdirebileceği gibi, tacir ayrıca TBK'nın 432/IV. maddesi gereğince fesih bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödemek suretiyle de pazarlamacılık sözleşmesini sona erdirebilir (Topçuoğlu, 2011: 62-63; Topuz, 2013: 340).

Derhal Fesih

Pazarlamacılık sözleşmesi ister belirli ister belirsiz süreli olsun, dürüstlük kuralı gereğince sözleşmeyi sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek nitelikte haklı sebepleri bulunan taraf, TBK'nın 435. maddesi gereğince pazarlamacılık sözleşmesini derhal sona erdirebilir (Topçuoğlu, 2011: 63; Topuz, 2013: 340; Ülgen vd., 2015: 720). Bu kapsamda hileli davranışlarda bulunmak, rekabet yasasını ihlal etmek, bilgi verme yükümlülüğünü ihlal etmek, ücret ve komisyonu eksik ödemek, masrafları ödememek pazarlamacılık sözleşmesinin derhal feshi için birer haklı sebep olarak kabul edilebilir (Topçuoğlu, 2011: 64, Topuz, 2013: 341).

TBK'nın 436. maddesinde sadece işçi tarafından ileri sürülebilecek bir derhal fesih sebebi düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre; *"İşverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilir"*. TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince, iş bu düzenlemenin pazarlamacılık sözleşmelerinde de uygulanabilmesi gerekmektedir. Bu sebeple pazarlamacı da tacirin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ve kendisine alacaklarını karşılayacak tutarda teminat verilmemesi halinde pazarlamacılık sözleşmesini derhal feshedebilir. Her ne kadar düzenlemede *"derhal"* ifadesi kullanılmış olsa da sözleşmenin feshedilebilmesi için tacirin ödeme güçsüzlüğü içinde bulunmasının yanı sıra, pazarlamacıya *"uygun bir süre içinde"* sözleşmeden doğan haklarını karşılayabilecek miktarda bir teminat verilmemiş olması da gerekmektedir. *"Uygun süre"* nin, dürüstlük kuralına göre belirlenmesi gerekmektedir (Topçuoğlu, 2011: 64-65; Topuz, 2013: 338-339).

Mevsim Dönemlerinden Etkilenen İşlere Mahsus Sona Erme

TBK'nın pazarlamacılık sözleşmelerinin düzenlendiği 448-460. maddeleri arasında düzenlenmiş olan tek özel fesih sebebi TBK'nın 459. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu fesih sebebi her iki taraf için de geçerlidir. Buna göre; *"(I) Komisyon, sabit ücretin en az beşte birini oluşturuyor ve önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkileniyorsa işveren, bir önceki mevsimin sona ermesinden beri kendisiyle çalışmaya devam eden pazarlamacının sözleşmesini, yeni mevsim sırasında iki aylık fesih süresine uyarak feshedebilir."*

(II) Aynı koşullar altında pazarlamacı da kendisini bir önceki mevsim sonuna kadar çalıştırmış ve bundan sonra da çalıştırmaya devam eden işverene karşı, bir sonraki mevsimin başlamasına kadar olan dönemde, iki aylık fesih süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilir”. Hemen belirtelim ki söz konusu fesih hakkının kullanılabilmesi için pazarlamacıya konu işin illa mevsimlik bir iş olmasına gerek bulunmamaktadır. Pazarlamacının ücretinin sabit bir ücret ile birlikte komisyondan oluşması ve komisyonun sabit ücretin en az beşte birini oluşturması şartı ile pazarlamacının ücret hakkının mevsimlik dalgalanmalardan etkilenmesi, hükmün uygulanabilmesi için yeterlidir (Topçuoğlu, 2011: 65; Topuz, 2013: 341-342). Bu tarz bir pazarlamacılık sözleşmesinin bulunması halinde her iki taraf da iki aylık fesih süresine uyarak pazarlamacılık sözleşmesini feshedebilir.

Sona Ermenin Özel Sonuçları

TBK'nın 460. maddesine göre; “(I) Sözleşmenin sona ermesi hâlinde, pazarlamacının bizzat yaptığı veya yapılmasına aracılık ettiği bütün işlemler ile kabul ve yerine getirme zamanına bakılmaksızın, sözleşmenin sona ermesine kadar işverene iletilen bütün siparişler için komisyon ödenir. (II) Sözleşmenin sona ermesi hâlinde pazarlamacı, pazarlamacılık faaliyetinde bulunması için kendisine verilen örnek ve modelleri, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtları ve diğer belgeleri işverene geri vermekle yükümlüdür. Ancak, pazarlamacının hapis hakkı saklıdır”.

Doktrinde, pazarlamacılık sözleşmesinin son bulması hâlinde, TTK'nın 122/V. maddesinde yer alan “bu hüküm, hakekaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır” hükmü gereğince, TBK'nın 453. maddesi kapsamında pazarlamacıya tekel hakkı verilmiş olması ve TTK'nın 122. maddesinde sayılan şartların da bulunması halinde pazarlamacının da denkleştirme tazminatı talebinde bulunabileceği, buna karşılık pazarlamacının sadece kendisine verilen müşteri listesine göre iş görmüş olup, işletmeye yeni müşteriler kazandırmamış veya işletmeye yeni müşteri kazandırmamış olmakla birlikte söz konusu müşterilerle olan iş ilişkilerini önemli oranda genişletmemiş olması halinde ise denkleştirme tazminatı talebinde bulunamayacağı kabul edilmektedir (Akdeniz, 2013: 31; Ülgen vd., 2015: 721).

Hukuki Niteliği

Pazarlamacılık sözleşmesi, iki tarafa tam borç yükleyen, rıza-i, sürekli ve tipik bir sözleşmedir (Akdeniz, 2013: 9; Zevkililer ve Gökyayla, 2013: 445; Ülgen vd., 2015: 701; Eren, 2016: 577).

TBK'nın genel gerekçesinin “Hizmet Sözleşmeleri” başlıklı altıncı bölümünde, “Pazarlamacılık Sözleşmesi” 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almamış olmakla birlikte,

uygulamada çok sık karşılaşılan, hizmet sözleşmesinin özel bir türüdür” denilmektedir⁴¹. Söz konusu gerekçede açıkça belirtildiği üzere, kanun koyucu, pazarlamacılık sözleşmesini iş sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul etmektedir. Ancak doktrinde, kanun koyucunun bu iradesi dikkate alınmayarak pazarlamacılık sözleşmesinin iş sözleşmesinin özel bir türü olup olmadığı konusu tartışılmaktadır.

Konuyla ilgili olarak doktrinde yer alan baskın görüşe göre, pazarlamacılık sözleşmesi, iş sözleşmesinin özel bir türüdür⁴².

Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre ise, pazarlamacılık sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda ikili bir ayırım yapılmalıdır. Bu ayırım doğrultusunda aracı pazarlamacılık sözleşmesi hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul edilmelidir. Zaten kanun koyucunun iradesi de bu yöndedir. Ancak sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacılık sözleşmesi için aynı şeyi söylemek pek mümkün değildir. Zira sözleşme yapma yetkisini barındıran pazarlamacılık sözleşmeleri, vekâlet yetkisini de içerdiğinden bir nevi vekâlet sözleşmesi olarak da kabul edilmelidirler⁴³.

⁴¹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> Erişim tarihi: 31.12.2016.

⁴² Söz konusu görüşü savunan yazarların ifadeleri aynen şu şekildedir: Tuncay’a göre; “...6098 sayılı TBK pazarlamacılık sözleşmesi olarak tanımlanan yeni bir iş sözleşmesi türü getirmiştir. ...pazarlamacı da hesabına çalıştığı tüccara bir hizmet akdiyle bağlıdır” (Tuncay, 2012: 15). Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal’a göre; “Pazarlamacılık sözleşmesi iş sözleşmesinin unsurlarını içeren ancak diğer iş sözleşmelerinden farklı olarak taahhüt edilen işin doğası gereği işyeri dışında ifasının mümkün olduğu bir iş sözleşmesidir” (Mollamahmutoğlu vd., 2014: 482). Zevkliler/Gökyayla’ya göre, pazarlamacılık sözleşmesi, iş sözleşmesinin özel bir türüdür (Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 445). Topuz’a göre; “pazarlamacılık sözleşmesi kanun koyucu tarafından kanunun gerekçesinde de ifade edildiği gibi bilinçli bir tercih olarak hizmet sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmiş bulunmaktadır” (Topuz, 2013: 347). Aydın/Kaplan’a göre; “Pazarlamacılık sözleşmesi, iş sözleşmesinin unsurlarını içeren, ancak diğer iş sözleşmelerinden farklı olarak taahhüt edilen işin doğası gereği işyeri dışında ifasının olanaklı olduğu bir iş sözleşmesi türüdür” (Aydın ve Kaplan, 2014: 177). Doğan’a göre; “...Türk Borçlar Kanunu’nun pazarlamacılık sözleşmesini hizmet sözleşmesi içerisinde düzenlemesi ve 469. maddede “Pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır.” hükmü, Kanun koyucunun pazarlamacılık sözleşmesini hizmet sözleşmesi olarak öngördüğü sonucunu ortaya çıkarmaktadır” (Doğan, 2016: 324). Ülgen vd. göre; pazarlamacılık sözleşmesi “Hizmet/iş sözleşmesinin bir alt türüdür (BK 448, 449/2); onu tipik hizmet sözleşmelerinden ayıran unsur ise iş görme ediminin (aracılık/akit yapma) işletmenin dışında ve geçici olarak icra edilmesidir” (Ülgen vd., 2015: 701). Eren’e göre ise; “Pazarlamacılık sözleşmesi, hizmet sözleşmesinin özel bir türü”dür (Eren, 2016: 576).

⁴³ Söz konusu görüşün savunucularından Topçuoğlu’na göre; “Pazarlama sözleşmesi, kanunun sistematigi bakımından hizmet sözleşmesinden hemen sonra düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun pazarlama sözleşmesini, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz. Aracı pazarlamacı için pazarlama sözleşmesinin hizmet sözleşmesi şartları çerçevesinde muamele görmesi doğrudur. Tacirin emir ve talimatı altında, işletmenin merkez veya şubesi dışındaki yerlerde aracılık faaliyetlerini yürüten aracı pazarlamacının taciri temsil yetkisi yoktur. Sözleşme yapma yetkisine sahip

Doktrinde yer alan son görüşe göre ise, pazarlamacılık sözleşmesinin bir nevi iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir (Çelik vd., 2016: 191).

Yargıtay kararlarına baktığımızda ise, yüksek mahkemenin de pazarlamacılık sözleşmesini iş sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul ettiğini görmekteyiz. Gerçekten de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 25.03.2015 tarih ve 2015/7412 Esas, 2015/11911 Karar sayılı kararında, “...Uyumsuzluk taraflar arasında iş ilişkisi olup olmadığı ve bu kapsamda iş mahkemesinin görevli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır... Somut olayda, dosya kapsamında yeminli olarak dinlenen davacı tanığı... beyanları dikkate alındığında, davacının davalı yanında aracı ile davalının ürettiği malları pazarladığı, pazarlamacılık sözleşmesi ile çalıştığı, bağımluluk ilişkisi dikkate alındığında taraflar arasında iş ilişkisi olduğu, ...anlaşılmaktadır. Bu nedenle taraflar arasında işçi işveren ilişkisi bulunduğu anlaşıldığından” diyerek pazarlamacılık sözleşmesinin bir nevi iş sözleşmesi olduğunu belirtmiştir⁴⁴.

pazarlamacının ise vekâlet veya temsil yetkisi bağı göz ardı edilemez... Pazarlama sözleşmesine uygulanacak hüküm bulunmayan hâllerde, kanun ve hizmet sözleşmesi genel hükümlerinin (YBK m. 393-447) uygulanması kabul edilmiştir (YBK m. 449/2). Gerçekten, sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının temsil yetkisine sahip olması, vekâlet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde yetkilendirilebilmesi ihtimalinin varlığı karşısında, uygulanacak hükümlerin hizmet sözleşmesi ile sınırlandırılması doğru ve yeterli olmayacaktır. Hal ve şartlara göre sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacıya hizmet sözleşmesinden başka vekâlet sözleşmesi hükümlerinin de uygulanması ihtiyacı doğabilecektir” (Topçuoğlu, 2011: 36). Topçuoğlu ile aynı görüşte olan Akdeniz’e göre ise; “...iş görme sözleşmelerinin bir diğer türü de vekâlet sözleşmesidir. TBK’nın 502. maddesinin 1. fıkrasına göre “vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir”. Vekâlet sözleşmesinde vekil, belli bir sonucu mutlaka elde edilebilmesi için değil, fakat belli bir yönde çalışmak için taahhüt altına girer. Ancak vekilin yaptığı faaliyeti sayesinde, vekâlet verenin yararına bir sonuç ortaya çıkabileceği gibi, böyle bir sonuç da çıkmayabilir. Burada önemli olan, vekilin belli bir yönde işi özenle ve sadakatle görmeye çalışmasıdır. Bu yönüyle vekâlet sözleşmesi hizmet sözleşmesine yaklaşmaktadır. Ancak vekâlet sözleşmelerinde vekil çoğu kez temsil yetkisini de haiz olmaktadır. Kanaatimizce pazarlamacılık sözleşmesinin hukuki niteliği hizmet sözleşmesinden ziyade vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Kanun Koyucu, pazarlamacının çoğu kez temsil yetkisini haiz olarak iş gördüğünü göz ardı etmiştir. Bu yüzden pazarlamacılık sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi kapsamında değil de, ticari temsilci ve vekil gibi vekâlet ilişkileri başlığı altında ve onlar gibi bir tacir yardımcısı türü olarak düzenlenmesi gerekirdi. Bununla birlikte Kanun Koyucu’nun pazarlamacılık sözleşmesini hizmet sözleşmeleri bölümünde düzenlemesi, bu kişilerle hizmet sözleşmesi dışında başka sözleşme tipleri akdedilmesine engel değildir”. Ancak yazar, TBK’nun 469. maddesi gereğince, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde iş sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacak olması karşısında, pazarlamacılık sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak yapılan tartışmaların pek bir önemi olmadığını da belirtmektedir (Akdeniz, 2013: 10-11).

⁴⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 25.03.2015 tarih ve 2015/7412 Esas, 2015/11911 Karar (UYAP). Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 19.10.2015 tarih ve 2015/22587 Esas, 2015/28954 Karar (UAYP). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.11.2016 tarih ve 2016/9-1414 Esas, 2016/1072 Karar sayılı kararına göre ise; “...pazarlamacılık sözleşmesi hizmet sözleşmelerinin genel hizmet sözleşmesi olan birinci ayırımından hemen sonra düzenlenmiştir. Buradan,

Söz konusu hususta ki görüşümüzü belirtmemiz gerekirse, gerek kanun sistematüğinden gerekse de TBK'nın genel gerekçesinin “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlıklı altıncı bölümünde yer alan ifadelerden, pazarlamacılık sözleşmesinin, iş sözleşmesinin özel bir türü olduğunun kabulü gerekmektedir. Pazarlamacılık sözleşmesini tipik iş sözleşmesinden ayıran unsur ise sözleşmenin işyerinde değil de işyeri dışında ifa ediliyor olmasıdır. Pazarlamacılık sözleşmesinin bir nevi vekâlet sözleşmesi olduğuna yönelik görüşe gelecekte olursak, söz konusu hususta öncelikle vekâlet sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki ayrıma değinmek gerekmektedir. Zira iş sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi birbirlerine çok benzemekte, bu sebeple de çoğu zaman birbirleri ile karıştırılmaktadırlar. TBK'nın 502/I. maddesine göre; “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Söz konusu tanımdan da anlaşılabilir ki üzere vekâlet sözleşmesi, genel bir iş sözleşmesidir. Kural olarak vekâlet sözleşmesi ivazsız bir sözleşme olmakla birlikte, TBK'nın 502/III. maddesi gereğince sözleşme veya teamül varsa vekil ücret talebinde de bulunabilmektedir. Vekilin bir iş görme taahhüdünde bulunması ve karşılığında da ücret talep etmesi halinde vekil ile işçi kavramları birbiri ile karıştırılabilmektedir. Söz konusu iki sözleşmeyi birbirinden ayırt etmeye yarayan temel kriter ise bağımlılık unsurudur. İşçi, işverenin işletmesinin bir parçası, bir ögesi olduğu için işverenin hesabına ve onun sorumluluğunda, yani işverene bağımlı olarak çalışmaktadır. Vekil de ise bu tarz bir bağımlılık bulunmamaktadır. Tam tersine vekil, müvekkilden bağımsızdır. Zira vekâlet ilişkisinde müvekkil, doğrudan doğruya işin şekli ve cereyanına yönelik olarak talimat veremez. Ayrıca işçi, işverenin denetim ve gözetimi altında işini ifa ederken, vekil üzerinde müvekkilin bu tarz bir denetim ve gözetim yetkisi bulunmamaktadır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: 411-415; Eren, 2016: 718; Aydoğdu ve Kahveci, 2017: 796). Pazarlamacılık sözleşmesinin bir nevi vekâlet sözleşmesi olduğu savunan görüş de bağımlılığın, pazarlamacılık sözleşmesinin temel unsurlarından birisi olduğu kabul etmektedir. Pazarlamacı tacire bağımlı olarak çalışmakla birlikte, onun emir ve talimatları ile de bağlıdır. Ayrıca pazarlamacı, tacirin denetim ve gözetimi altında bulunmaktadır. Bu durum karşısında pazarlamacılık sözleşmesinin bir nevi vekâlet sözleşmesi olduğunu savunmak bizce mümkün değildir. Ayrıca her ne kadar, işlem yapma yetkisine sahip pazarlamacının taciri temsil yetkisi bulursa da bu husus tek başına pazarlamacılık sözleşmesini bir nevi vekâlet sözleşmesi olarak kabulüne gerekçe gösterilemez. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere pazarlamacı, bir bağımlı tacir yardımcısıdır ve bundan kaynaklı olarak da taciri temsil yetkisine sahiptir. Bağımlı tacir yardımcıları ile tacir arasındaki hukuki ilişki genellikle bir iş sözleşmesine dayanmakla birlikte, TBK'nın 554. maddesi gereğince bu ilişkinin

Kanun Koyucu'nun, pazarlamacılık sözleşmesini, hizmet sözleşmesinin bir türü olarak kabul ettiği sonucuna varabiliriz. Gereğince de bu husus açık olarak belirtilmiş ve bu sözleşmenin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğu ifade edilmiştir. Kaldı ki, TBK'nın 469. maddesinde de pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacağı hüküm altına alınmıştır” (UYAP).

vekâlet, ortaklık ya da benzeri bir sözleşmeye dayanması da mümkündür. Ancak vekâlet sözleşmesi ile bağımlı tacir yardımcısı sıfatı kanunun lafzı bakımından söz konusu olabilir ise de vekâlet sözleşmesinin vekile sağladığı bağımsızlık niteliği ile bağımlı tacir yardımcılarının bağımlı olma niteliği birbiriyle pek uyumlu değildir (Aydın ve Kaplan, 2014: 170-171). Bu sebeple kanaatimizce, pazarlamacılık sözleşmesinin bir nevi vekâlet sözleşmesi olduğu savunmak bizce mümkün değildir.

Hemen belirtelim ki pazarlamacılık sözleşmesi, her ne kadar TBK sistematüğinde iş sözleşmeleri bölümünde düzenlenmiş olsa da bu durum pazarlamacılar ile iş sözleşmesi dışında başka bir tip sözleşme yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Tacir ile işletme dışında çalışarak işlemlere aracılık edecek kişi arasında, sözleşmeden açıkça anlaşılacak şartı ile TBK'nın 26. ve 449/II. maddeleri gereğince, pazarlamacılık sözleşmesinden farklı bir sözleşme tipi de imzalanabilir. Bunda yasal herhangi bir engel bulunmamaktadır (Tuncay, 2012: 6, Akdeniz, 2013: 11).

Pazarlamacılık Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler

Daha önce de belirttiğimiz üzere, TBK'nın “*Hizmet Sözleşmeleri*” ile alakalı kısmı, BK'na nazaran çok ayrıntılı hükümler barındırmaktadır. Bu durum karşısında doktrinde, TBK'nın hizmet sözleşmesine ilişkin kısmının İK'ya nazaran genel kanun içindeki özel kanun niteliğine sahip olduğu, bu sebeple de pazarlamacılık sözleşmeleri hakkında İK hükümlerinin değil, TBK hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde görüşler ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu tartışmalara bir de TBK'nın 469. maddesinde yer alan, “*Pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır*” şeklindeki düzenleme de eklendiğinde tartışmaların boyutu giderek artmaktadır.

Söz konusu tartışmaların çalışmalarımızın temelini oluşturması sebebiyle, doktrin ve uygulamada yer alan görüşleri kategorize etmeksizin, birebir olarak değinmenin daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

Konu ile alakalı olarak Tuncay'a göre; “...4857 sayılı İşK md. 4, İş Kanunu'nun kapsamı dışında bıraktığı işler arasında pazarlamacılık işini saymamıştır. O zaman denebilir ki, pazarlamacılık sözleşmesi İşK kapsamındadır. Oysa yeni BK md. 448 vd. pazarlamacılık sözleşmesini hizmet akdinin özel bir türü olarak düzenlemekle kalmamış md. 464 “pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır” hükmünü getirmiştir. O zaman da “bu sözleşmeye artık BK hükümleri uygulanacaktır” mı diyeceğiz? O halde sorunun sağlıklı bir çözüme kavuşturulması yeni BK ile İşK arasındaki ve her iki kanundaki hükümler arasındaki hiyerarşik ilişkinin tespitine bağlıdır. Diğer bir ifade ile, 01.07.2012'de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 2003'te yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu karşısında ne ölçüde genel kanundur? Bunun önemi şuradadır ki, eğer BK eskiden olduğu gibi İş

Kanunu/kanunları karşısında genel kanundur dersek o zaman sadece İşK'nda hüküm bulunmayan hallerde BK'ndaki hükümler uygulanabilecektir. Eğer 6098 sK hem sonraki hem de pazarlamacılıkla ilgili özel hükümler getiren Kanundur dersek pazarlamacılık sözleşmesi İşK kapsamı dışında kalacağından bugüne kadar İşK kapsamında faaliyetini sürdüren binlerce "geçici tüccar yardımcısı" (yeni adıyla pazarlamacı) birdenbire İşK kapsamı dışında kalacak ve İşK ile getirilen bazı ileri haklardan (kıdem tazminatı, işe iade hakkı, bazı haklı fesih nedenleri, yıllık ücretli izin gibi) yoksun kalacaklardır. Ya da İşK ile TBK arasında birbirine zıt hükümler bulunduğu hangi hükümler uygulanacaktır? Bu sorunun pazarlamacıyı mağdur etmeden çözülmesi gerekir düşüncesindeyiz. Bu konuda normlar çatışması hakkındaki bilgilere bir göz atmak gerekir... İş Hukukunda genel kanun-özel kanun ilişkisine değinecek olursak BK'nun eskiden olduğu gibi yine iş kanunları (4857 sayılı İşK, 854 sayılı Deniz İşK, 5953 sayılı Basın İşK) karşısında genel kanun olduğu, ancak bireysel iş kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde BK hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Borçlar K. hükümlerinin İşK'nda açık hüküm bulunmayan hallerde uygulanmasının nedeni iş kanunlarının işçiyi daha fazla koruyan ve daha ayrıntılı hükümlerle donanmış olduğu gerçeğidir. Ancak 01.07.2012'de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı TBK öncekine nazaran çok daha ayrıntılı ve işçiyi daha fazla koruyan yeni hükümler getirmiş bulunmaktadır. Ayrıca pazarlamacılık sözleşmesi, evde hizmet sözleşmesi gibi iş kanunlarında yer almayan yeni sözleşme tiplerine de yer vermiş bulunmaktadır. O halde yukarıda sözü edilen genel kanun-özel kanun, genel hüküm-özel hüküm ve önceki kanun-sonraki kanun ilişkileri düşünülerek BK ile İşK'nda aynı konuyu düzenleyen fakat çelişen hükümler bakımından 6098 sayılı TBK'nun 4857 sayılı İşK'na üstün tutulması gerektiğini söyleyebiliriz. Önemli bir şartla, BK hükümlerinin işçinin daha lehine hükümler taşıması halinde. Çünkü kanun koyucunun genel kanun dahi olsa işçi aleyhine hükümler getirdiği düşünülemez. Esasen 6098 sayılı Kanun'un gerekçesinde 6. bölüm altında "Hizmet sözleşmeleri, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır. Bu işçiler ile İş Kanunu'nun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklar yaratılmamaya çalışılmıştır" sözlerinden BK'na tâbi işçinin dahi mümkün olduğu kadar korunmak istendiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, 6098 sayılı Kanunun gerekçesinde yer alan "pazarlamacılık sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almamış olmakla birlikte, uygulamada çok sık karşılaşılan, hizmet sözleşmesinin özel bir türüdür" sözlerinden kanun koyucunun uygulamada pek çok geçici tüccar yardımcısı bulunduğunu bildiği ve bunların hizmet akdiyle çalıştırıldıklarını kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Kanun koyucunun bugüne kadar İşK kapsamında çalışan bu kişilerin faaliyet biçiminin özelliğinden ötürü ayrıntılı hükümlere yer vermeyi istediği ve bunu da Borçlar Kanunu içinde yaptığı anlaşılmaktadır. Ancak bu durum bizce halen İşK kapsamında çalışan pazarlamacıların 01.07.2012'den sonra BK kapsamında çalışacakları sonucunun kabulüne yol açmaz. Sonuç olarak pazarlamacılık sözleşmesi İşK md. 4'teki istisnalar arasında sayılmadığı için İşK kapsamında bir sözleşmedir. Ancak İşK'nda bu sözleşmeye ilişkin özel hükümler bulunmadığı ölçüde 6098 sayılı yeni BK'nun hükümleri uygulanacaktır. Yeni BK'nun pazarlamacılık sözleşmesi ile ilgili maddelerinde (md. 448-468) hüküm bulunmayan hallerde gidilecek olan hizmet sözleşmesinin genel hükümleri (md. 469) 4857 sayılı İşK'nun özel hükümlerine ters düşmeyecek ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Bu yorum tarzının biraz zorlama havası

taşıdığıni itiraf edelim. Aslında en iyi çözüm 4857 sayılı İşK'nda sayılan iş türleri arasında bir hüküm eklenerek pazarlamacılık sözleşmesinden söz edilmesi en doğrusudur”(Tuncay, 2012: 15-17).

Süzek'e göre ise; “Daha önce de görüldüğü gibi bir kişinin iş görme edimini işverenin işletmesinin dışında yerine getirmesi, işverenin örgütlediği iş organizasyonunun içinde yer alması koşuluyla o kişinin bağımlılık ilişkisi içinde çalıştığı gerçeğini kural olarak değiştirmez. Pazarlamacılar iş akdi (hizmet sözleşmesi) ile çalıştıklarına ve bu çalışma türü İK 4’de belirtilen istisnalar arasında yer almadığına göre, bu sözleşmeyle çalışanlara İş Kanunu uygulanır. Borçlar Kanununun 448. maddesinin gereğesinde vurgulandığı gibi “uygulamada sıkça karşılaşılan” bu işlerde çalışan kişilerin İş Kanununun dışına çıkarılması amaçlanmamış, söz konusu faaliyet biçiminin taşıdığı özellikler nedeniyle BK’da düzenlemelere yer verilmiştir. Kanımıza göre, bu konuda yasanın amacı, evde çalışanlarda olduğu gibi İş Kanunu ile Borçlar Kanunu hükümlerinin birlikte uygulanmasıdır. Bu durumda pazarlamacılar İş Kanununda yer alan haklardan yararlanacaklar, borçlarla yükümlü olacaklardır. İK’da boşluk bulunan hallerde sözleşmelere BK’da düzenlenmiş kurallar (BK 448 vd.), burada hüküm bulunmaması durumunda ise genel hizmet sözleşmesi hükümleri (BK 469, 393 vd.) uygulanacaktır. İş Kanunu hükümleri ile BK’da yer alan pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin kurallar arasında bir çelişkinin veya farklı düzenlemenin (örneğin, sözleşmenin belirli süreli olarak kurulabilmesi veya iş akdinin feshi konusunda) bulunması halinde, bu kurallar sonraki kanun içinde yer aldıklarından ve genel kanun içinde özel hüküm niteliği taşıdıklarından İK’na göre öncelikle uygulama alanı bulurlar” (Süzek, 2015: 297-298)⁴⁵.

Alpagut’a göre; “İş Kanunu Türk Borçlar Kanunu ilişkisi bu açıdan değerlendirildiğinde, İş Kanununda açıkça düzenlenmiş konularda özel kanun olarak İş Kanunu uygulanacak, Borçlar Kanununa gidilemeyecektir. Borçlar Kanununun genel gereğesinde, Kanunun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalan işçileri kapsadığı açıkça belirtilmekle birlikte, İş Kanunu kapsamında evde hizmet sözleşmesi pazarlamacılık sözleşmesinin düzenlenmemiş olması karşısında bu konuda bir boşluğun varlığından hareketle bu hükümler uygulanacaktır. Ancak, bu bağlantının kurulması nedeniyle ilk anda pazarlamacılık sözleşmesinin tümüyle iş kanununun kapsamı dışında bir hizmet sözleşmesi türü olarak değerlendirilmesi de mümkündür”(Alpagut, 2011: 918-919).

Ülgen vd.’ne göre; “Pazarlamacılık, niteliği ve sistematik olarak BK’da bulunduğu yer itibarıyla hizmet sözleşmesinin özel bir türüdür. Dolayısıyla pazarlamacı hakkında öncelikle özel hüküm niteliğindeki BK 448-460 hükümleri uygulanır. İş ilişkide bu hükümler yanında İşK hükümleri, özel hüküm bulunmayan hallerde ise BK’nun genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri tatbik edilir” (Ülgen vd., 2015: 704). “Pazarlamacı ile işveren arasındaki pazarlamacılık sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklar, taraflar BK ile birlikte hizmet sözleşmesi bağlamında İşK’ya da tabi oldukları için iş mahkemelerinde görülür (İşMahK 1).

⁴⁵ Caniklioğlu da, Süzek’in söz konusu görüşünü; “...pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin bazı hükümler açısından boşluk değil de, İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu arasında farklı hükümler bulunduğu hem sonraki hüküm hem de genel kanundaki özel kural olması sebebiyle Türk Borçlar Kanunundaki hükümlerin uygulanması gerektiği”ni belirterek desteklemektedir (Caniklioğlu, 2013: 80).

Ancak taraflar sözleşmesel ilişkisinin sona ermesini izleyen dönem için bir rekabet yasağı anlaşması akdetmişlerse (BK 444-447) bundan doğan davalar (TK 4/1-c) ile, denkleştirme bedeli ödeneceği kabul edilirse açılacak dava (TK 4/1-a) mutlak ticari dava olarak nitelendirildiğinden, asliye ticaret mahkemesinde görülecektir (TK 5)” (Ülgen vd., 2015: 722).

Aydın/Kaplan’a göre; “...pazarlamacılık sözleşmesinin TBK’da ayrıca düzenlenmiş olması bu tür bir sözleşme ile çalışanlara İK hükümlerinin uygulanamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira, pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanların İK’nın kapsamı dışında kaldığını iddia etmek son derece güçtür ve İK’da bu iddiayı destekleyecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. TBK’da yer alan hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinde olduğu gibi, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde İK’nın kapsamında yer alan işçilere ancak İK’da boşluk bulunması durumunda uygulanmalıdır. Bu nedenle, pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışmakta olan kişilere öncelikle İK uygulanmalı ve boşluk bulunması durumunda da sırasıyla TBK’da yer alan pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümler ile hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanmalıdır” (Aydın ve Kaplan, 2014: 179).

Mollamahmutoğlu vd. göre; “Pazarlamacılık sözleşmelerine İş Kanunu hükümleri uygulanamaz; TBK. md. 469’a göre, pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin genel hükümleri uygulanır” (Mollamahmutoğlu vd., 2014: 484).

Akdeniz’e göre; “Pazarlamacılık sözleşmesine öncelikle mevzuatımızda yer alan emredici hükümler uygulanır. İkinci olarak, özel hukukta geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince pazarlamacı ile tacir arasında akdedilen sözleşme hükümleri uygulanır. Daha sonra TBK’da pazarlamacılık sözleşmesi için özel olarak öngörülmüş olan 448 ilâ 460. maddeleri uygulanmalıdır. Bu maddelerde hüküm bulunmaması hâlinde ise TBK’nın 469. maddesi gereğince hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacaktır” (Akdeniz, 2013: 11).

Topuz’a göre ise; “...pazarlamacılık sözleşmesi kanun koyucu tarafından kanunun gerekçesinde de ifade edildiği gibi bilinçli bir tercih olarak hizmet sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda bu sözleşmeye yine TBK’daki genel hizmet sözleşmesinin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ortaya konmuştur. O halde TBK eskiden beri İşK kapsamında yer alan seyyar tüccar memurunu bu kapsamdan çıkarma yönünde bir irade ortaya koymuştur. İşK’na göre hem genel kanun hem sonraki kanun hem de pazarlamacılık hususunda özel hükümler ortaya konan pazarlamacılar TBK kapsamındaki işçiler olarak muamele göreceklendir. Kısaca yukarıda da açıkladığımız gerekçelerle pazarlamacılara TBK hükümlerinin uygulanacağını düşünmekteyiz. Tüm bu gerekçelerle bundan böyle pazarlamacılık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ticari dava kapsamına dahil olmayacak, görevli mahkeme artık asliye ticaret mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemeleri olacaktır” (Topuz, 2013: 347-350).

Yargıtay içtihatlarına baktığımızda ise, yüksek mahkemenin, pazarlamacılık sözleşmelerine İK hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde kararlar verdiğini görmekteyiz. Gerçekten de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 19.10.2015 tarih ve 2015/22587 Esas, 2015/28954 Karar sayılı kararına göre; “4857 sayılı İş Kanunu’nun 4. maddesinde, İş Kanunu’nun kapsamı dışında bıraktığı işler arasında pazarlamacılık ve evde (ev hizmeti dışında) hizmet işini saymamıştır. Aynı konu hem genel hem de özel kanunda

düzenlenmiş ise kural, özel kanun önce uygulanır. Genel kanun hükümleri ancak özel kanunda hüküm bulunmayan durumlarda devreye girer. Özel kanun hem özel olduğu hem de sonraki kanun olduğu için uygulama önceliğine sahiptir. Ancak özel kanun daha eski tarihli, genel kanun yeni tarihli ise hangi kanunun uygulama önceliğine sahip olduğunu belirlemek oldukça güç bir iştir. Yorum metotlarına başvurmak ve kanun koyucunun nihai iradesini ortaya çıkarmak gerekir. TBK. eskiden olduğu gibi yine iş kanunları (4857 sayılı İş K., 854 sayılı Deniz İş K., 5953 sayılı Basın İş K.) karşısında genel kanundur. Ancak bireysel iş kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde BK. hükümlerinin uygulanması gerekir. 6098 sayılı TBK. öncesine nazaran çok daha ayrıntılı ve işçiyi daha fazla koruyan yeni hükümler getirmiş bulunmaktadır. Kanun koyucunun bugüne kadar İş K. kapsamında çalışan bu kişilerin (pazarlamacı-evde hizmet sözleşmesi ile) faaliyet biçiminin özelliğinden ötürü ayrıntılı hükümlere yer vermeyi istediği ve bunu da Borçlar Kanunu içinde yaptığı anlaşılmaktadır. Bir anlamda bu sözleşme türleri ile ilgili özel hükümler getirmiştir. Ancak bu İş Kanunu hükümleri kapsamında kalmadığı anlamına gelmez. Nitekim şu an tıbbi tanıtım temsilcilerinin sözleşmeleri pazarlamacılık sözleşmesi niteliğinde olmakla birlikte, iş güvencesi yönünden 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabii tutulmaktadırlar. Sonuç olarak; pazarlamacılık sözleşmesi İş Kanunu'nun 4. maddesindeki istisnalar arasında sayılmadığı için İş Kanunu kapsamında bir sözleşmedir. Ancak İş Kanunu'nda bu sözleşmeye ilişkin özel hükümler bulunmadığı ölçüde 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri öncelikle uygulanacak, bulunmadığı takdirde önce İş Kanunu'nu sonra ise Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurulacaktır”⁴⁶.

⁴⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 19.10.2015 tarih ve 2015/22587 Esas, 2015/28954 Karar (UYAP). Aynı yönde Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 15.04.2013 tarih ve 2013/7715 Esas, 2013/6559 Karar sayılı karara göre; “...Uyuşmazlık, taraflar arasındaki ilişkinin İş Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda iş mahkemesinin görevi noktasında toplanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 1'inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, 4 üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, işverenler ile işveren vekillerine ve işçilerine, çalışma konularına bakılmaksızın bu Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1 inci maddesi uyarınca, İş Kanununa göre işçi sayılan kişilerle işveren veya işveren vekilleri arasında, iş akidinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir. Davanın 16.01.2012 tarihinde açılmasından sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 448 vd. maddelerinde pazarlamacılık sözleşmesi düzenlenmiştir. TBK'daki bu düzenlemeler genel nitelikte olup davacının yaptığı iş 4857 sayılı Kanunun 4. maddesindeki istisnalar içerisinde de yer almadığından uyuşmazlığın iş mahkemesinde çözülmesi gerekir. Mahkemece işin esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi isabetsizdir” (UYAP). Aynı yönde bkz. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 06.05.2013 tarih ve 2013/10193 Esas, 2013/6740 Karar (UYAP), Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 26.11.2013 tarih ve 2013/5412 Esas, 2013/20356 Karar (UYAP), Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 25.03.2015 tarih ve 2015/7412 Esas, 2015/11911 Karar (UAYP). Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 13.11.2013 tarih ve 2013/12772 Esas, 2013/17936 Karar sayılı kararına göre; “...Davacı, davalı şirkette pazarlamacı olarak işe başladığında kendisinden alınan senedin teminat senedi olduğunu iddia ettiğine göre somut olayda uyuşmazlığın işçi işveren ilişkisinden kaynaklandığı ve böylece davanın iş mahkemesinin görevi dâhilinde olduğu gözetilmeden aslye ticaret mahkemesince yargılama yapılarak yazılı şekilde hüküm

Konu ile alakalı olarak görüşümüzü belirtmemiz gerekirse, TBK'nın 469. maddesinde yer alan *"Pazarlamacılık ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır"* hükmünün yukarıda⁴⁷ belirtmiş olduğumuz lafzi yorum metoduna göre yorumlanması halinde, pazarlamacıların İK kapsamında çıkartılmış olduğu ve bu sebeple de haklarında İK hükümlerinin uygulanmaması gerektiği gibi bir sonuca ulaşılmaktadır. Ancak, kanun koyucunun kullandığı kelimelere aşırı derecede önem veren ve kanun koyucunun kullandığı kelimelerin hepsini titiz bir şekilde inceledikten sonra kullandığını varsayan bu görüşün her zaman doğru sonuçlar verdiği pek söylenemez. Bu sebeple, iş bu lafzi yorum metodu yanında kanun koyucunun yorumlanan kanun maddesini koyarken neyi amaçladığına da önem veren tarihsel yorum metodunu da dikkate almak gerekmektedir. Bu kapsamda kanunun genel gerekçesine baktığımızda *"Hizmet sözleşmeleri, 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır. Bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık yaratılmamaya çalışılmıştır"*⁴⁸ denildiğini görmekteyiz. Söz konusu ifadeler dikkate alındığında bize göre kanun koyucunun amacı, pazarlamacıyı İK kapsamından çıkartıp TBK hükümlerine tabi tutmak değil, tam tersine İK hükümlerinden yararlanamayan işçilerin haklarını olabildiğince İK kapsamındaki işçilerinkine yaklaştırmaktır. Aksi takdirde, yani pazarlamacıların İK kapsamında değil de TBK kapsamında kalan işçiler olduklarının kabulü halinde, pazarlamacılar büyük hak kayıplarına uğrayacaklardır. Zira bu durumda pazarlamacıların kıdem tazminatı gibi birtakım haklarının kaybetmeleri söz konusu olacağı gibi, işe iade davası açmaları da mümkün olmayacağından iş güvencesinden de yoksun kalacaklardır. İş hukuku öğretisinde bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira iş hukukunun temelinde zayıf olan işçiyi koruma düşüncesi bulunmaktadır. Ayrıca doktrinde yer alan, TBK'nın İK'ya nazaran yeni tarihli olması ve TBK'nın da pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin daha ayrıntılı hükümlerin yer alması sebebiyle, TBK'nın yeni ve aynı zamanda özel kanun veya en azından pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerin genel kanun içindeki özel hükümler olduğundan bahisle pazarlamacılar hakkında İK hükümleri uygulanamayacağı yönündeki görüşün kabulü de kanaatimizce mümkün değildir. Zira burada olduğu gibi genel kanunun yeni tarihli, özel kanunun ise eski tarihli olması halinde olaya uygulanacak hükmün tespiti için yorum ilkelerine, somut olayın özelliklerine ve özellikle de amaca uygun yorum yöntemine başvurularak kanun koyucunun amacının belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda genel nitelikli yeni kanunun farklı bir

kurulması doğru görülmemiştir" (UYAP). Benzer yönde bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 14.10.2010 tarih ve 2010/1698 Esas, 2010/11303 Karar (UYAP). Pazarlamacı hakkında İK'nun 22. maddesinin uygulanması gerektiğine dair bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 27.01.2011 tarih ve 2009/1641 Esas, 2011/1040 Karar (UYAP).

⁴⁷ IX. 3. Masraf İsteme Hakkı başlıklı bölüm.

⁴⁸ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> Erişim tarihi: 31.12.2016.

düzenleme getirmekle neyi amaçladığının, başka bir deyişle önceki özel kanunu bertaraf mı etmek istediği, yoksa her iki kanunun birlikte mi uygulanmasını istediğinin tespit edilmesi gerekmektedir (Süzek, 2015: 256-257). Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanunun gerekçesinden kanun koyucunun amacının İK'yı ortadan kaldırıp yerine TBK'nın iş sözleşmeleri ile alakalı kısımlarını getirmek olmadığı, tam tersine İK'dan yararlanamayan işçilerin haklarını İK kapsamında kalan işçilere yaklaştırmak olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca pazarlamacılık sözleşmesi İK'nın 4. maddesinde belirtilen istisnalar arasında da yer almamaktadır. Bu sebeplerle pazarlamacıların İK'ya tabi olduklarının kabulü ile pazarlamacılar hakkında öncelikle İK'da yer alan uyuşmazlık konusuyla alakalı özel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. İK'da özel hüküm bulunmayan hallerde ise TBK'da pazarlamacılık sözleşmesinin düzenlendiği 448 ila 460. maddeleri arasında yer alan hükümlerin uygulanması, söz konusu maddeler arasında uyuşmazlığın çözümü ile alakalı uygulanacak herhangi bir düzenlemenin bulunmaması halinde ise İK'nın genel hükümlerinin, orada da uygulanabilecek herhangi bir düzenlemenin bulunmaması halinde ise TBK'nın 469. maddesi gereğince, TBK'da yer alan iş sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Söz konusu yorum kanaatimizce yasa koyucunun amacına en uygun olan yorumdur.

Sonuç

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK ile BK'da bulunmayan bir takım yeni düzenlemeler getirilmiş bulunmaktadır. TBK ile getirilen yeni düzenlemelerden birisi de TBK'nın 448-460. maddeleri arasında düzenlenmekte olan "*Pazarlamacılık Sözleşmesi*"dir. Her ne kadar doktrinde pazarlamacılık sözleşmesinin, BK'nın 454. maddesinde düzenlenmekte olan "*Seyyar Tüccar Memurları*"nı karşıladığı iddia edilse de, aslında "*Pazarlamacılık Sözleşmesi*"nin BK'da birebir karşılığı bulunmamaktadır. Zira pazarlamacı ile seyyar tüccar memuru, tacirin bağımlı yardımcılarından olmaları ve işletme dışında faaliyet göstermeleri ile her iki sözleşmenin de devamlı nitelikte olması sebebiyle benzerlik gösterebilirler de, gerek aracı pazarlamacının TBK'nın 452/I. maddesi uyarınca taciri temsil yetkisinin bulunmaması, gerekse de sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacının, TBK'nın 450/II. maddesi uyarınca özel olarak yetkili kılınmadıkça, sattığı malın bedelini tahsil edememesi gibi ödeme günlerini de değiştirememesi sebebiyle pazarlamacı, seyyar tüccar memurundan ayrılmaktadır. Bu nedenle pazarlamacı ile seyyar tüccar memuru birbirlerine benzemekle birlikte, birbirlerinin birebir karşılığı değildirler.

Doktrinde, "*Pazarlamacılık Sözleşmesi*"nin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler yer alsa da gerek TBK'nın sistematüğinden gerekse de genel gerekçesinin "*Hizmet Sözleşmeleri*" başlıklı altıncı bölümünde yer alan ifadelerden, pazarlamacılık sözleşmesinin, iş sözleşmesinin özel bir türü olduğu, ancak sözleşmenin işyerinde değil de işyeri dışında ifa ediliyor olması sebebiyle tipik iş sözleşmelerinden ayrıldığı anlaşılmaktadır.

TBK'nın "*Hizmet Sözleşmeleri*" ile alakalı kısmının, BK'ya nazaran çok ayrıntılı hükümler barındırması ve TBK'nın 469. maddesinde yer alan, "*Pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır*" hükmü sebebiyle, pazarlamacılık sözleşmeleri hakkında İK hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce, pazarlamacılık sözleşmesinin İK'nın 4. maddesinde belirtilen istisnalar arasında da yer almaması sebebiyle pazarlamacıların İK'ya tabi oldukları kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak da pazarlamacılar hakkında öncelikle İK'da yer alan uyuşmazlık konusuyla alakalı özel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. İK'da özel hüküm bulunmayan hallerde ise sırasıyla TBK'da pazarlamacılık sözleşmesinin düzenlendiği 448 ila 460. maddeleri arasında yer alan hükümlerin uygulanması, söz konusu maddeler arasında uyuşmazlığın çözümü ile alakalı uygulanacak herhangi bir düzenlemenin bulunmaması halinde ise İK'nın genel hükümlerinin, orada da uygulanabilecek herhangi bir düzenlemenin bulunmaması halinde ise TBK'nın 469. maddesi gereğince, TBK'da yer alan iş sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Söz konusu yorum kanaatimizce yasa koyucunun amacına en uygun olan yorumdur.

KAYNAKÇA

- ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016.
- ADAL, Erhan; Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı, İstanbul 2005.
- AKDENİZ Umut, Pazarlamacılık Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII., Y. 2013, Sa. 4.
- ALPAGUT Gülsevil, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, LEGAL İHD, 2011/31.
- ALPAGUT Gülsevil, İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, Sayı: 25.
- AYDIN Sema – KAPLAN Hasan Ali, Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4.
- AYDOĞDU Murat – KAHVECİ Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2017.
- CANIKLIOĞLU Nursen, Türk Borçlar Kanunu - İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu 10. Yılında İş Kanunu Semineri, İstanbul 15 Kasım 2013.
- CENTEL Tankut, Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması, TİSK Akademi, 2011/II.
- ÇELİK Nuri – Caniklioğlu Nursen – Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.
- DOĞAN Sevil, İş Sözleşmelerinde Bağımlılık Unsuru Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Ankara 2016.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), Ankara 2012.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), Ankara 2016.
- GÖZLER Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş (Genel Teori), Ankara 1998.
- GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş (Hukuka Giriş), Bursa 2010.
- GÜRİZ, Adnan; Hukuk Başlangıcı, Ankara 2009.
- GÜNEŞ Başak – MUTLAY Faruk Barış, Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/I, Sayı 30.
- KAR Bektaş, Deneme Süreli İş Sözleşmesi, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş, Ankara 2010.
- KILIÇOĞLU M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- KOÇ Sedef, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Hizmet Sözleşmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/I, Cilt I.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi – ASTARLI Muhittin – BAYSAL Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2014.
- NOMER N. Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015.

- OĞUZMAN M. Kemal - ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul 2015.
- REİSOĞLU Sefa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014.
- SOYER Polat, Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/I.
- SÖZER Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, İzmir 2008.
- SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2015.
- ŞENER Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016.
- TOPÇUOĞLU Metin, Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. II, Yıl 2011.
- TOPUZ Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, Yıl 2013.
- TUNCAY A. Can, Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, Mart 2012, S. 2.
- UMAR, Bilge; Hukuk Başlangıcı, İzmir 1997.
- UYGUR Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2013, Cilt II.
- ÜLGEN Hüseyin – HELVACI Mehmet – KENDİGELEN Abuzer – KAYA Arslan – ERTAN N. Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.
- ÜSTÜNDAĞ Mustafa Emir, Hukukta Yorum Metodları, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011.
- YAVUZ Cevdet, Yeni (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmeleri (Hizmet Sözleşmeleri), İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011.
- YAVUZ Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2012.
- YAVUZ Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Akara 2011.
- YENİSEY Doğan Kübra, Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012.
- ZEVKLİLER Aydın – GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

