

PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİ

Umut AKDENİZ*

ÖZET

Bu çalışma, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) altıncı bölümünün ikinci ayrımında 448 ile 460. maddeler arasında, hizmet sözleşmelerinin özel bir türü olarak düzenlenen pazarlamacılık sözleşmesinin, tanımı, unsurları, hukuki niteliği, pazarlamacının hak ve borçları, sorumlulukları, pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesi hakkında bilgi vermeyi amaç edinmiştir. 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 (TBK.m.448). Aslında, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun (EBK) 454. maddesinde pazarlamacı, seyyar tüccar memuru adıyla düzenlenmişti. Ancak, seyyar tüccar memuru eski Borçlar Kanunu'nda tek bir maddede ve bağımlı tacir yardımcıları sayılan ticari mümessil, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılığı ile beraber düzenlenmesine karşılık yeni kanunda bu kısımdan alınarak hizmet sözleşmeleri ile ilgili bölüme eklenmiş, adı da "pazarlamacı" olarak değiştirilmiş ve hakkında ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Ancak, pazarlamacı, tacire bağlı yardımcılardandır. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun tacir yardımcılığı bölümünde düzenlenmemesi, pazarlamacının tacir yardımcısı olarak kabul edilmesine engel değildir. Bu nedenle, pazarlamacının, ticari işletme organizasyonu içerisindeki yeri ve rolü dikkate alındığında hizmet sözleşmesi kapsamında değil de "diğer tacir yardımcılığı" başlığı altında düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

Anahtar Kelimeler: Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacı, tacir, aracılık, sözleşme yapma yetkisi

THE CONTRACT OF THE SALESMAN

ABSTRACT

With this article it is aimed to examine the definition, elements, legal character, rights and obligations, liability of salesman, termination of the contract of the salesman which is regulated as an specific type of contract of service and issued between Articles 448 and 460 in sixth section, second part of the 6098 numbered new Turkish Code of Obligations (TBK) that enter into force in 1 July 2012. The contract of salesman is a contract that salesman undertakes to intermediate all transactions

* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
Bu çalışmada 31.09.2013 tarihine kadar yayınlanmış eserlerden yararlanılmıştır.

or to do the stuff determined in a written agreement and to work off the business cooperation and on behalf of the employer who owns a business cooperation where the employer undertakes to pay the fee (TBK m. 448). In Article 454 of 818 numbered old Code of Obligations (EBK), salesman was regulated under the name of traveling salesperson. Although EBK regulated traveling salesperson with the other dependent merchant assistants such as commercial representative, commercial agent and other merchant assistants in a single article; TBK regulates this term as salesman and issued under the part of contract of service in detailed provisions. However, the salesman is a dependent merchant assistant. Despite TBK is not regulating salesman in merchant assistant part, the salesman is assumed as a merchant assistant. Therefore, according to the statute in business cooperation, the salesman shall be regulated in scope of "merchant assistant", not the contract of service.

Keywords: *The contract of the salesman, salesman, merchant, intermediation, the authority to enter into a contract*

GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)¹ altıncı bölümünün ikinci ayrımında yer alan 448 ilâ 460. maddelerde, hizmet sözleşmelerinin özel bir türü olarak pazarlamacılık sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu düzenleme yapılırken İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 347 ilâ 350a maddeleri mehz alınmıştır².

¹ Resmî Gazete Tarih: 04.02.2011- Sayı: 27836.

² İsviçre'de doktrin, pazarlamacı için öngörülmüş olan özel hükümlerin eskimiş ve gereksiz olduğu görüşündedir, REHBİNDER, Manfred, Das Obligationenrecht, Berner Kommentar, VI/2/2/2, Der Arbeitsvertrag (OR 331-355), Bern, 1992, Art.347, 16; İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerinin doğrudan kaynağı 01.01.1972 yılında İBK'da yapılan revizyonla yürürlükten kalkan 1941 tarihli HRAG (BG vom 13. Juni 1941 über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden) olup; söz konusu kanunun amacı, o dönemde komisyon ücretlerinde oluşan düzensizliği belli bir düzen altına almaktır. Zira birinci dünya savaşı sonrasında ortaya çıkan küresel ekonomik kriz dolayısıyla oluşan geçim sıkıntısı, pazarlamacıların işsiz kalmamak uğruna sadece komisyon ücreti karşılığında çalışmaya razı olmalarına neden olmuştur. Bir süre sonra piyasada artan rekabet, pazarlamacıların aldıkları bu komisyon ücretlerinin, masraflarını dâhi karşılamaya yetmez hâle gelmesine yol açmıştır. Çünkü, akdedilen çoğu sözleşmede masrafların tazmini hakkında bir hüküm öngörülüyor ve bu masraflara pazarlamacılar katlanmak zorunda kalıyorlardı. Bu durum, bazı pazarlamacıların rekabet ortamını bozacak şekilde hukuka aykırı davranmalarına ve saldırgan satış yöntemlerine başvurmalarına neden oluyor ve bundan müşteriler de olumsuz etkileniyorlardı. Kanun Koyucu, rekabet ortamını yeniden tesis etmek, tüketiciyi korumak ve pazarlamacıların tacir tarafından sömürülmesini engellemek amacıyla söz konusu kanunu çıkarmış ve bu kanunda pazarlamacılar bakımından sabit bir ücret öngörmüş (HRAG 9/II) ve onların masraflarının da tazmin edilmesi gerektiğini (HRAG.m. 13-14) hükmüne bağlamıştır. Ancak günümüzde bu hükümler gerekliliklerini ve güncel olma özelliklerini yitirmişlerdir. Zira, kanunun çıkış amaçlarından biri olan rekabetin korunması, rekabet

Esasen pazarlamacı, yeni TBK ile yürürlükten kaldırılan 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun (EBK) 454. maddesinde seyyar tüccar memuru adıyla hüküm altına alınmıştı³. Anılan madde “bir müessese için merkezinin haricindeki mahallerde muamele icra eden seyyar memurlar, müessese namına sattıkları malın bedelini almak ve makbuz vermek ve borçluya mehil ita etmek salahiyetini dahi haiz sayılırlar. Bu salahiyetin tahdidi, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı muteber değildir” şeklindeydi. Seyyar tüccar memurunun EBK’da tek maddede düzenlenmesine karşılık yeni kanunda pazarlamacılık sözleşmesi için ayrıntılı hükümler sevk edilmiştir. Ancak seyyar tüccar memuru eski kanunda bağımlı tacir yardımcıları sayılan ticari mümessil, ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları ile beraber 449. ve 456. maddeler arasında düzenlenmişken, yeni TBK’da buradan alınarak hizmet sözleşmeleri ile ilgili bölüme eklenmiş ve adı da “pazarlamacı” olarak değiştirilmiştir.

I. TANIMI

Pazarlamacılık sözleşmesi, TBK’nın 448. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye 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”.

hukuku ile zaten sağlanmaktadır. Diğer yandan, pazarlamacıların korunması ve onların sömürülmelerinin engellenmesi de genel hizmet sözleşmesinin işçiyi koruyan hükümleri ile sağlanabilir, REHBINDER, Art. 347, 16.

³ Pazarlamacının, seyyar tüccar memurundan farklı olmadığı hususunda bkz. TUNCAY, Can, Pazarlamacı (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri, *Çimento İşveren Dergisi*, Mart 2012, S.2, (<http://www.ceis.org.tr/dergi/2012mart/makale1.pdf>, erişim tarihi: 04.06.2013), s. 5; pazarlamacı ile seyyar tüccar memurunun faaliyet biçimleri açısından benzedikleri yönünde bkz. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011, s. 182; pazarlamacının, tüm özellikleri taşımamakla beraber “seyyar tüccar memuru” yerine öngörüldüğü yönünde bkz. BOZER, Ali; GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, İkinci Bası, Ankara, 2013, s. 80; 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nda (EBK) düzenlenmeyen pazarlamacının, seyyar tüccar memurunun fonksiyonunu ikame edeceği yönünde bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı, *SDÜHFD*, C. I, S. 2, s. 30, 31; pazarlamacının, EBK’da yer alan seyyar tüccar memurunun basit bir devamı olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. DEMİRKAPI, Ertan, Pazarlamacının Garanti Yükümlülüğü Açısından “Kendi Müşteri Çevresi” Kavramı ve Eleştirisi, *Ersin Çamoğlu’na Armağan*, İstanbul, 2013, s. 63.

II. UNSURLARI

1. Ticari İşletmenin Varlığı ve Bu İşletmeyi İşleten Kişiye (Tacire) Bağlı Olmak

Bir kimsenin pazarlamacı ve akdedilen sözleşmenin de pazarlamacılık sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle bir ticari işletmenin varlığı gerekir. Pazarlamacı, faaliyetlerini bu işletme altında yürütmelidir. Dolayısıyla esnaf işletmeleri için atanan kişiler pazarlamacı sıfatını haiz olmazlar.

Pazarlamacı, tacire bağlı yardımcılardandır⁴. Zira pazarlamacı, çalışma yöntem ve zamanını serbestçe belirleme yetkisine sahip değildir. TBK'nın tacir yardımcıları bölümünde düzenlenmemesi, pazarlamacının tacir yardımcısı olarak kabul edilmesine engel değildir⁵. Ancak TBK'nın 448. maddesinde "tacir" yerine "ticari işletme sahibi" ifadesi kullanılmıştır. Doktrinde, kanun maddesinde kullanılan bu ifade yerine "tacir işveren"⁶ veya "tacir"⁷ terimlerinin kullanılmasının gerektiği ifade edilmektedir⁸. Zira işletme sahibi her zaman tacir konumunda olmayabilir⁹. Ticari işletmeyi işleten kişinin, yani tacirin, söz konusu işletmenin sahibi olmaması hâlinde pazarlamacının da bu sıfatı kazanamaması gibi bir sonuç doğacaktır¹⁰. Kanun Koyucu'nun amacının bu yönde olmadığı, dolayısıyla "işletme sahibi" ifadesinin de tacir şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Tacir tarafından atanan kişinin pazarlamacılık yapmak üzere kendisine mahsus bir işyerinin mevcudiyeti hâlinde pazarlamacılık sözleşmesinden bahsedilemez¹¹. Bu hâlde, akdedilen sözleşme süreklilik özelliği taşıyorsa acentelik sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.

⁴ ARKAN, s. 182; TOPÇUOĞLU, s. 37.

⁵ TUNCAI, s. 6; aksi görüş için bkz. AYOĞLU, Tolga, Bağımlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Anlamında Getirdiği Yenilikler, Sempozyum*, İstanbul, 2012, s. 47, 48.

⁶ ARKAN, s. 183, dnp. 1.

⁷ DEMİRKAPI, s. 63.

⁸ Aynı durum ticari mümessil (TBK.m.547) ve ticari vekil (TBK.m.551) için de söz konusudur. Zira, orada da "işletme sahibi" ibaresi kullanılmıştır.

⁹ BOZER/GÖLE, s. 80.

¹⁰ Ticari işletmeyi işleten kişinin, işletmenin sahibi olup olmaması, bu kişinin tacir sıfatının belirlenmesi bakımından herhangi bir önemi haiz değildir. Zira TTK'nın 12. maddesinin ilk fıkrasına göre, bir gerçek kişinin tacir sayılabilmesi için, ticari bir işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletmesi gerek ve yeterlidir.

¹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; ASTARLI, Muhittin, *İş Hukuku*, Ankara, 2012, s. 427.

Pazarlamacının, adına faaliyet gösterdiği işletmenin ticaret siciline kaydedilmiş olması da gerekmemektedir¹².

2. 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. Her ne kadar, pazarlamacılık faaliyetinin işletmenin ürettiği mal ve hizmetlerin münhasıran "satışına" yönelik bir faaliyet olduğu 448. maddede açıkça belirtilmemiş olsa da belirtmek gerekir ki pazarlamacı sadece mal ve hizmet satımına yönelik faaliyet de gösterebilir. Buna karşılık, mal veya hizmet "alımına" yönelik bir faaliyet, pazarlamacılık faaliyeti değildir¹³. Nitekim, pazarlamacının yükümlülüklerinin düzenlendiği TBK'nın 450. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "aldığı siparişleri işverene derhâl ulaştırmak" ifadesi de bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Dolayısıyla TBK'nın 448. maddesinde yer alan "her türlü işlemin" ifadesindeki işlem sözünün de bu şekilde, yani satıma yönelik her türlü işlem şeklinde anlaşılması gerekir.

Belirtilmesi gereken diğer bir husus, pazarlamacının faaliyetinin, işlemin tamamlanmasına yönelik bir faaliyet olması gerektiğidir. Yani pazarlamacı, karşı tarafın sipariş vermesi veya gerekli yetkiyi haiz ise sözleşmenin akdi hususunda aktif olarak çalışmalı; faaliyeti bunlara yönelik olmalıdır. Dolayısıyla söz konusu sonuçlara yönelmeyen mal tanıtımı veya danışma faaliyetleri pazarlamacılık faaliyeti sayılmaz¹⁴.

Pazarlamacının gördüğü iş başkası adına olmalıdır. TBK'nın 448. maddesinde pazarlamacının, bir ticari işletme sahibi işveren "hesabına" faaliyette bulunacağı belirtilmiştir. Kanun maddesinde kullanılan "hesabına" sözcüğünün "adına" şeklinde anlaşılması gerekmektedir¹⁵. Zira gördüğü işin

¹² TRUNİGER, Philipp, Schweizerisches Obligationenrecht, 2009, Art.347, 3, s. 826; MEYER, Beat, Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Diss., Zürich, 1978, s. 6.

¹³ Aynı yönde Rehbindler, Art. 347, 2; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.427; TUNCAY, s. 10; aksi görüş için bkz. MEYER, s. 7.

¹⁴ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titelsbis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) (İBK'nın iş sözleşmeleri ile ilgili kısmında yapılan revizyona ilişkin 25 Ağustos 1967 tarihli gerekçe) BBL 1967 II s. 409; REHBİNDER, Art. 347, 3; MEYER, s. 7.

¹⁵ ARKAN, s. 182, dpn. 1; pazarlamacının işletme adına hareket etmesi gerektiği yönünde TRUNİGER, Art.347, 3, s. 826; MEYER, s. 12; aksi yönde TUNCAY, s. 9, aslında yazar, bir yandan pazarlamacının işveren adına hareket etmeyeceğini açıkça ifade etmekte, diğer yandan işverenle pazarlamacı arasında doğrudan temsil ilişkisi olduğunu belirterek kendisiyle

niteliği gereği pazarlamacının, tacir hesabına faaliyette bulunacağı aşikârdır¹⁶.

TBK'nın 450. maddesinin 1. fıkrasına göre pazarlamacı, işverenin izni olmadıkça, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz. Her ne kadar gerekçede,¹⁷ verilecek iznin yazılı olacağı belirtilmiş olsa da, madde metninde buna ilişkin bir belirleme ve sınırlama olmadığından, anılan iznin yazılı olmasına gerek yoktur.

Pazarlamacı, tacir hesabına ve kendi adına işlem yapabilir mi? Bir başka deyişle, pazarlamacı dolaylı temsilci olarak hareket edebilir mi? Kanaatimizce pazarlamacının, faaliyetlerini kendi adına yapamaması gerekir¹⁸. Zira, böyle bir durumda pazarlamacı, komisyoncu sayılır.

3. Süreklilik

TBK'nın 448. maddesinde verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere, pazarlamacının yaptığı faaliyet süreklilik arzetmelidir¹⁹. Dolayısıyla geçici olarak veya tek bir işlem için faaliyet gösteren kişi yerine göre simsar veya vekil sayılır²⁰.

Süreklilik unsurunun sözleşmenin akdi sırasında öngörölmüş olması, pazarlamacılık faaliyetinin varlığı için yeterlidir. Bu nedenle, sözleşmenin herhangi bir nedenle kısa bir süre sonra sona ermesi, onun pazarlamacılık sözleşmesi olarak kabulüne engel değildir²¹.

4. Haricilik

Pazarlamacı, faaliyetlerini ticari işletmenin dışında yerine getirmelidir. Bu anlamda, merkez ve varsa şube dışındaki her yer işletmenin dışı sayılır. Bu özelliğiyle pazarlamacı, faaliyetlerin işletme merkezi dışındaki yerlere de

çalışmaktadır. Zira doğrudan temsilde pazarlamacı, işveren adına hareket eder.

¹⁶ İBK'nın, TBK'ya alınmayan 347. maddesinin 2. fıkrasında, işlemleri kendi hesabına yapan kişinin pazarlamacı sayılmayacağı özel olarak hüküm altına alınmıştır.

¹⁷ TBK.m.450'ye ilişkin gerekçe, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı, Şubat, 2008, s. 448.

¹⁸ Aynı yönde REHBİNDER, Art. 347, 6; aksi yönde MEYER, s. 11.

¹⁹ Belirtmek gerekir ki TBK'nın 448. maddesine kaynaklık eden ve pazarlamacılık sözleşmesini tanımlayan Mevaz İBK'nın 347. maddesinin 1. fıkrasında, TBK'nın 448. maddesindeki "sürekli olarak" ifadesi yer almamasına rağmen maddenin ikinci fıkrasında geçici ve tesadüfî faaliyetlerin pazarlamacılık faaliyeti sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

²⁰ Aynı yönde TOPÇUOĞLU, s. 37, 38.

²¹ REHBİNDER, Art. 347, 10; aksi yönde İBK Gerekçesi (Botschaft), s. 409.

yayımlamasını sağlayan tacir yardımcısıdır²². Merkez dışındaki bir şubede veya sabit bir yerde faaliyet göstermek pazarlamacılık olarak nitelendirilemez²³.

İBK'nın 347. maddesinin 2. fıkrasında pazarlamacının, faaliyetini ağırlıklı olarak seyahat ederek, yani gezici şekilde (*Reisetätigkeit*) yerine getirmesi gerektiği, aksi hâlde pazarlamacı sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle pazarlamacının, zamansal olarak faaliyetlerinin yarısından fazlasını işletme dışında gerçekleştiriyor olmasının gerektiği ifade edilmektedir²⁴. Belirtmek gerekir ki söz konusu fıkra kanunumuza alınmamıştır. Ancak hukukumuz bakımından da bu şartın aranmasının gerektiği kanaatindeyiz.

5. Ücret Karşılığında Faaliyet Göstermek

TBK'nın 448. maddesinde pazarlamacılık faaliyetinin bir ücret karşılığında yapılacağı; ücretin, sözleşmenin zorunlu bir unsuru olduğu hüküm altına alınmıştır. Ücretsiz yapılan pazarlamacılık faaliyetleri hakkında TBK'nın vekâlet hükümleri uygulanmalıdır.

III. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE KURULMASI

Kanun Koyucu, pazarlamacılık sözleşmesinin şekli hakkında herhangi bir hüküm öngörmemiştir. Genel hizmet sözleşmesi hükümleri arasında yer alan 394. maddede de hizmet sözleşmesinin, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekle bağlı olmadığı açık olarak hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla TBK'nın 12. maddesinde yer alan “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir” hükmü gereğince pazarlamacı ile tacir arasında akdedilen sözleşmenin herhangi bir şekle tâbi olmadığını söyleyebiliriz²⁵. Pazarlamacılık sözleşmesi, tarafların karşılıklı, birbirine uygun irade beyanları ile kurulur (TBK.m.1/1). Pazarlamacılık sözleşmesinin zımnen kurulması da mümkündür.

²² ARKAN, s. 182.

²³ TUNCAY, s. 9.

²⁴ STREIFF, Ullin, VON KAENEL, Adrian, Arbeitsvertrag- Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, 2012, Art. 347, 2; TRUNİGER, Art.347, 2, s. 826; MEYER, s. 8; REHBİNDER, Art. 347, 8.

²⁵ Aynı yönde MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 427; TUNCAY, s. 10, yazar, sözleşmenin yazılı yapılması gerektiğini ancak, yazılı şeklin geçerlilik koşulu olmadığını belirtmektedir; aksi yönde bkz. TOPÇUOĞLU, s. 35, 36, 39. Kanaatimizce, son yazarın, çalışmasının belirtilen sayfalarında, pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı yapılmasının zorunlu olduğuna kanıt olarak ileri sürdüğü hususların geçerliliklerinin yazılı anlaşmaya bağlı olması, sözleşmenin kendisinin de yazılı olması gerektiği sonucunu doğuramaz.

Mehaz İBK’da ise pazarlamacılık sözleşmesinin kural olarak yazılı yapılması gerektiği ve yazılı anlaşmanın, 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 içermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (İBK.m.347a/1). Sözleşmenin yazılı düzenlenmemesi hâlinde ise belirtilen hususlar hakkında kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşullarının uygulanacağı belirtilmiştir (İBK.m.347a/2). Ayrıca, sözlü anlaşma da yapılabileceği, ancak sözlü anlaşmanın sadece iş ilişkisinin başlangıcı bakımından geçerli olduğu ve kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşullarına aykırı sözlü anlaşma hükümlerinin geçersiz olduğu, yani bunların geçerliliklerinin ancak kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşullarına aykırı olmamaları hâline hasredilmiş olduğu hüküm altına alınmıştır (İBK.m.347a/3). Bu nedenle doktrinde İBK.m.347’nin düzenleyici bir hüküm olmadığı, zira bu maddede yer alan yazılı şeklin kısmi bir geçerlilik koşulu olduğu haklı olarak belirtilmektedir²⁶. Buna karşılık, TBK bakımından bir önceki paragrafta da belirttiğimiz üzere, kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşullarına aykırı sözlü anlaşma hükümleri dâhi geçerlidir. Belirtmek gerekir ki TBK’nın 449. maddesine ilişkin gerekçede yer alan “...birinci fıkrada belirtilen hususların **sözleşme metninde** yer almaması durumunda...” ifadesinden aslında Kanun Koyucu’nun pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği düşüncesinde olduğu sonucuna varılmaktadır. Ancak kanun maddesinde buna ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiştir.

Her ne kadar TBK’nın 449. maddesinin başlığı “Kurulması” olsa da maddede pazarlamacılık sözleşmesinin kurulması değil, içeriği düzenlenmiştir. Buna karşılık, Mehaz İBK’nın anılan maddenin kaynağı olan 347a maddesinin başlığı “Kurulma ve İçerik” (*Entstehung ve Inhalt*) şeklindedir. Bir önceki paragrafta belirttiğimiz üzere, İBK’dan farklı olarak TBK’da pazarlamacılık sözleşmesinin şekli hakkında herhangi bir hüküm öngörülmediğinden, bu maddenin başlığı da sadece “içerik” olmalıydı. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında pazarlamacılık sözleşmesinin, 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 içereceğinden bahsedilmektedir. Esasen Kanun Koyucu tarafından, sözleşmenin içeriği hakkında bu kadar ayrıntılı bir hüküm öngörülmesi gereksizdir. Zaten sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca

²⁶ REHBİNDER, Art. 347a, 1; aksi yönde TUNCAY, s. 10.

taraf, sözleşmenin içeriğini serbestçe tayin etme hakkına sahiptirler. Kaldı ki maddenin ikinci fıkrasında da, sözleşmede yer alması öngörülen hususlar taraflarca belirlenmemişse, kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşullarının²⁷ uygulanacağı belirtilmiştir. Yani Gerekeçe’de²⁸ de belirtildiği üzere, birinci fıkrada sayılan hususların sözleşmede yer almaması, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır.

IV. TARAF LARI

1. Pazarlamacı

TBK’nın 448. maddesinde işveren hesabına çalışan kişi için “pazarlamacı” terimi kullanılmıştır. Kanaatimizce bu terim tercihi yerinde olmamıştır. Zira pazarlamacı denilince akla genellikle taşınır niteliğindeki bazı malları kendi adlarına ve hesaplarına üçüncü kişilere satan kişiler gelir ve bunlar seyyar tüccar memurlarından farklıdır²⁹. Bu nedenle TBK’da “pazarlamacı” yerine, yerleşmiş bir ifade olması sebebiyle EBK’da kullanılan “seyyar tüccar memuru” ifadesinin kullanılması daha uygun olurdu³⁰. Nitekim İBK’da pazarlamacılık sözleşmesi için “Handelsreisendenvertrag” terimi kullanılmıştır. Bu terim Türkçe’ye “gezici tüccar sözleşmesi” şeklinde çevrilebilir.

2. Tacir

TBK’nın 448. maddesinde yer alan tanımda pazarlamacının bir ticari işletme sahibi işveren hesabına çalışacağı, yani sözleşmenin karşı tarafının işletme sahibi olan bir işveren olacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce bu ifade tarzı da yerinde olmamıştır. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu kişi, ticari işletmenin sahibi olmayabilir. Dolayısıyla bu ifadenin tacir şeklinde anlaşılması ve kullanılması daha uygundur.

V. HUKUKİ NİTELİĞİ

Pazarlamacılık sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen, rızai, tipik sözleşmelerdendir. Diğer yandan Kanun Koyucu, pazarlamacılık sözleşmesini TBK’nın “özel borç ilişkileri”nin yer aldığı ikinci kısmının altıncı bölümü

²⁷ Kanaatimizce, “alışılmış hizmet koşulları” ibaresinden ticari hayattaki teamüller anlaşılmalıdır. Benzer yönde BOZER/GÖLE, s. 82.

²⁸ TBK.m.449’a ilişkin gerekçe, s. 447.

²⁹ TEOMAN, Ömer, Tacir Yardımcıları, *Mehmet Somer’e Armağan*, İstanbul, 2006, s. 245.

³⁰ Pazar satıcısını çağrıştıran “pazarlamacı” ibaresi yerine “ticari gezgin” ya da “gezici tüccar yardımcısı” ibarelerinin kullanılmasının daha uygun olacağı yönünde bkz. TUNCAY, s. 5.

olan hizmet sözleşmelerinin genel hizmet sözleşmesi olan birinci ayrımından hemen sonra düzenlemiştir³¹. Buradan, Kanun Koyucu'nun, pazarlamacılık sözleşmesini, hizmet sözleşmesinin bir türü olarak telâkki ettiği sonucuna varabiliriz. Gerekçe'de de bu husus açık olarak belirtilmiş ve bu sözleşmenin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğu ifade edilmiştir³².

Pazarlamacılık sözleşmesi gerçekten hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir mi? Yoksa, EBK'da vekâletin özel bir türü olarak düzenlenen seyyar tüccar memurluğu gibi vekâlet sözleşmesinin özel bir türü müdür? Zira iş görme sözleşmelerinin bir diğer türü de vekalet 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 sonucun 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 çalışmasıdır³³. 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 nitelendirilmelidir³⁴. 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 gerekirdi³⁵. Bununla birlikte Kanun Koyucu'nun pazarlamacılık sözleşmesini hizmet sözleşmeleri bölümünde düzenlemesi, bu kişilerle hizmet sözleşmesi dışında başka sözleşme tipleri akdedilmesine engel değildir³⁶.

³¹ Kanun Koyucu'nun, bu şekilde bir düzenleme tercih nedeninin, diğer tacir yardımcılarının aksine işletme dışında çalışan pazarlamacının hukukunu işverene karşı hizmet sözleşmesi hükümlerinin yardımıyla koruma arzusu olduğu yönünde bkz. TUNCAY, s. 6.

³² TBK Gerekçesi, s. 446; aynı yönde Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.427; pazarlama sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olduğu, dolayısıyla, tacirin işveren, pazarlamacının da işçi statüsünde olduğu yönünde bkz. AYHAN, Rıza; ÖZDAMAR, Mehmet; ÇAĞLAR, Hayrettin, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticarî İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s. 346.

³³ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987, s. 39; Yargıtay 13.HD'nin 05.2.1991 tarih ve E:1990/7902- K:1991/1070 sayılı kararı, YKD, C.XVII, S. 5, s. 731.

³⁴ Aynı yönde TOPÇUOĞLU, s. 30, 36.

³⁵ Aynı yönde TOPÇUOĞLU, s. 32.

³⁶ TUNCAY, s. 6.

Belirtmek gerekir ki pazarlamacılık sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin yapılan bu inceleme ve tespitler TBK'nın 469. maddesi karşısında pratik açıdan bir önemi haiz değildir. Zira söz konusu maddeye göre pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacaktır.

VI. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

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. Pazarlamacılık sözleşmelerine İş Kanunu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır³⁷. İsviçre'de İş Kanunu'nun pazarlamacıya uygulanamayacağı özel olarak hüküm altına alınmıştır (ArG 3).

VII. PAZARLAMACININ ATANMASI

Pazarlamacı kural olarak ticari işletmeyi işleten kişi, yani tacir tarafından atanır. Bunun yanında, ticari mümessilin de işletme için pazarlamacı atama yetkisi vardır³⁸.

Pazarlamacının, ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerek olmadığı gibi mümkün de değildir (TST.m.27/1).

³⁷ Uygulanmayacağı yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 429; TUNCAY ise, pazarlamacılık sözleşmesinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesindeki istisnalar arasında sayılmaması nedeniyle İş Kanunu kapsamında bir sözleşme olduğu, söz konusu kanunda pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin özel hükümler bulunmadığı ölçüde 6098 sayılı yeni TBK'nın hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir. Bununla birlikte, yazarın kendisi dâhi bu tür bir yorum tarzının aslında zorlama olduğunu kabul etmekte ve İş Kanunu'nda sayılan sözleşme türleri arasına pazarlamacılık sözleşmesinin de eklenmesini teklif etmektedir, TUNCAY, s. 17; İş Kanunu ve TBK arasındaki öncelik sonralık ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Ejder, Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), *Sicil (İş Hukuku Dergisi)*, Haziran 2011, s. 22 vd.

³⁸ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 346; TOPÇUOĞLU, s. 39.

VIII. PAZARLAMACI TÜRLERİ VE BUNLARIN YETKİLERİNİN KAPSAMI

1. Aracı Pazarlamacı ve Onun Sahip Olduğu Yetkinin Kapsamı

TBK'nın 452. maddesinin 1. fıkrasına göre aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir. Pazarlamacının hangi işlemlere aracılık edebileceği 450. maddede belirtilmiştir. Anılan maddeye göre aracı pazarlamacı “her türlü işlemin” yapılmasına aracılık etmeye yetkilidir. Bu ibarenin, işletmenin faaliyet alanı ile ilgili işlemler olarak anlaşılması gerekir³⁹. Ayrıca, yukarıda da zikrettiğimiz üzere, söz konusu işlemlerin, münhasıran ticari işletme tarafından üretilen malların satışına, yani pazarlanmasına yönelik de olması gerekir.

2. İşlem Yapma Yetkisine Sahip Pazarlamacı ve Onun Sahip Olduğu Yetkinin Kapsamı

Pazarlamacı işlem yapma yetkisine de sahip olabilir. Nitekim TBK.m.452/1'de “aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir” ifadesi yer almaktadır. Demek ki bu yönde yazılı anlaşmanın olduğu durumda pazarlamacı işlem yapmaya da yetkili hâle gelecektir. Daha doğru bir ifadeyle, pazarlamacı yazılı olarak yetkili “kılındığı” hâllerde işlem yapmaya da yetkili olur. Zira TBK.m.452/1'de ki “anlaşma” terimini teknik anlamıyla iki taraflı bir anlaşma olarak anlamamak gerekir. Burada tek taraflı irade beyanı söz konusudur⁴⁰. Ancak, bu temsil yetkisinin yazılı olarak verilmesi gerekir. Zira anılan maddenin 2. fıkrasında yer alan “pazarlamacı, işlem yapmaya yetkili kılınmışsa ...” ifadesi de bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

Pazarlamacı işlem yapmaya yetkili kılınmışsa, söz konusu yetkisi, bu işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsar; özel yetki verilmedikçe müşterilerden tahsilât yapamaz ve ödeme günlerini değiştiremez (TBK.m.452/2)⁴¹. “Olağan işlem”, sözleşme konusu edimin ifasına hizmet eden ve tarafları, sözleşme ile ulaşmak istedikleri amaca

³⁹ TUNCAI, s. 10.

⁴⁰ REHBİNDER, Art. 348b, 4.

⁴¹ Pazarlamacının, yaptığı işlemlerle ilgili tahsilât yapabilmesi ve ödeme günlerini değiştirebilmesinin özel yetkiye bağlanması, olağan hukuki işlem anlayışını ve tacir yardımcısı olarak pazarlamacının fonksiyonunu daraltacağı gerekçesiyle doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir, TOPÇUOĞLU, s. 34; gerçekten de TBK'nın 552. maddesinde düzenlenmiş olan “Diğer Tacir Yardımcıları”na dâhi tahsilât yapabilme imkânı tanınmışken bu imkânın pazarlamacıya tanınmaması yerinde olmamıştır.

götürecek bütün işlemler;⁴² bir başka deyişle, pazarlamacının üstlendiği edimi tam olarak yerine getirebilmesi için gerekli işlemler⁴³ olarak tarif edilebilir. Bu işlemlerin ne olduğu; dolayısıyla pazarlamacının hangi işlemleri yapmaya yetkili olduğu, işletmenin faaliyetlerini sürdürdüğü ticaret dalına göre farklılık göstereceğinden; her somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalı ve bu hususta işletmenin faaliyet gösterdiği ticaret alanındaki ticari teamüller göz önünde tutulmalıdır⁴⁴.

Her ne kadar TBK'nın 452. maddesinin 2. fıkrasında açık olarak ifade edilmemişse de pazarlamacının müşterilerden tahsilât yapabilmesi ve ödeme günlerini değiştirebilmesi için ona verilmesi gereken özel yetkinin de yazılı olması gerekir⁴⁵.

Doktrinde Topçuoğlu, kendisine tahsilât yetkisi verilen pazarlamacının, para borcunun ödenmemesi durumunda müşteriye karşı, tacir adına dava ve takip yoluna da başvurabilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁶. Yazar, Kanun Koyucu'nun pazarlamacıyı, işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri yapmakla yetkilendirdiğini, bu nedenle pazarlamacının, para borcunun tahsili için gerektiğinde dava açmak ve açılan davalarda taciri savunmak gibi usul işlemlerini de yapabileceğini ifade etmekte; zira ticari temsilcinin de aynı yetkiye sahip olduğunu belirtmektedir. Yazar tarafından örnek olarak verilen ticari temsilcinin yetkisi, işletmenin konusuna giren tüm olağan ve olağanüstü işlemleri kapsar. Buna karşılık pazarlamacının yetkisi, sadece işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri yapmakla sınırlıdır. Pazarlamacıya tahsil yetkisi verilmiş olması bu durumu değiştirmez. Bu nedenle kanaatimizce dava ve takip olağanüstü işlem sayılmalı ve kendisine tahsil yetkisi verilmiş olsa bile pazarlamacı bunları yapmaya yetkili olamamalıdır.

Tahsil ve ödeme günlerini değiştirme yetkisine sahip pazarlamacı, ödemeyi teminat altına alan işlemleri yapmaya; örneğin, rehin, kefalet gibi şahsi yahut ayni teminatları da kabule yetkili sayılmalıdır⁴⁷. Kendisine tahsil yetkisi verilen pazarlamacı, mevcut para borcu için ödeme vasıtası olarak

⁴² TOPÇUOĞLU, s. 41.

⁴³ REHBİNDER, Art.348b, 7

⁴⁴ MEYER, s. 44, 45.

⁴⁵ STREİFF/VON KAENEL, Art.348b, 5; MEYER, s. 47.

⁴⁶ TOPÇUOĞLU, s. 42, 43.

⁴⁷ TOPÇUOĞLU, s. 43.

ya nakit para ya da çek kabul edebilir⁴⁸. Buna karşılık pazarlamacının çek dışındaki diğer kambiyo senetlerini almaya yetkili olmaması gerekir⁴⁹. Zira kambiyo senetlerinden sadece çek bir ödeme vasıtasıdır.

Pazarlamacıya verilen tahsil yetkisi, kendisine, müşteri ile ibra sözleşmesi yapma gibi borcu sona erdirecek tasarruflarda bulunma veya sözleşmeyi değiştirme imkânını bahşetmez⁵⁰. Zira sözleşmenin sona erdirilmesi ile sonuçlanacak işlemler olağanüstü işlem sayılır. Bu hususta, sözleşmenin feshi ve sözleşmeden dönme gibi hâller de olağanüstü işlem olarak nitelendirilmelidir⁵¹.

3. Pazarlamacının Sahip Olduğu Temsil Yetkisinin Geri Alınması, Sınırlandırılması ve Bu Yetkinin Aşılması

Tacir, pazarlamacıya verdiği temsil yetkisini istediği zaman tek taraflı olarak geri alabilme imkânına sahiptir. Zira temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir (TBK.m.42/1). Bu durumun sözleşmeyi sona erdirmeye etkisi bakımından, sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacı ile bu yetkiyi haiz olmayan pazarlamacı arasında bir ayırım yapmak gerekir. Zira sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının bu yetkisinin geri alınması, sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurmaz. Böyle bir hâlde pazarlamacı sadece işlemlere aracılık yapmakla yetkili kalır. Ancak işlemlere sadece aracılık yapmaya yetkili pazarlamacının bu yetkisinin geri alınması sözleşmenin de feshi anlamına gelir⁵².

Temsil olunan, verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığı da onlara bildirmelidir. Aksi takdirde yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez (TBK.m.42/3).

Tacir, aracı ve sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının yetkilerini istediği şekilde sınırlandırabilir. Bu hususta herhangi bir sicile tescil veya ilan şartı yoktur. Ancak yetki kısıtlamasının yazılı olması şarttır⁵³. Pazarlamacının yetkisinin sınırlandırılması hâlinde durumdan haberi olmayan müşterilerin, pazarlamacının o zamana kadar sahip olduğu yetkiye halen sahip

⁴⁸ REHBİNDER, Art.348b, 7.

⁴⁹ Aksi yönde bkz. MEYER, s.47.

⁵⁰ REHBİNDER, Art.348b, 7; TOPÇUOĞLU, s. 43.

⁵¹ TOPÇUOĞLU, s. 41.

⁵² MEYER, s. 46, dñn. 10.

⁵³ TOPÇUOĞLU, s. 44.

olduğuna ilişkin iyiniyetleri korunur⁵⁴ ve bu hâlde pazarlamacının yetkisini aşarak yaptığı işlemler taciri bağlar. Bu nedenle bu tür sınırlandırmaların pazarlamacıya verilen yetki belgesinde açıkça belirtilmesi gerekir⁵⁵.

Pazarlamacı, tacir adına yetkisi olmaksızın da hareket edebilir. Yetkisiz temsilin (falsus procurator) söz konusu olduğu bu hâlde temsil olunan (tacir) kural olarak pazarlamacının yetkisi olmaksızın adına akdettiği sözleşmeler nedeniyle sözleşmenin tarafı hâline gelmez. Ancak tacir, pazarlamacının yetkisi olmadığı hâlde onun adına akdettiği sözleşmelere sonradan icazet verebilir (TBK.m.46).

IX. PAZARLAMACININ BENZER KİŞİLERDEN FARKLARI

1. Pazarlamacının Acenteden Farkı

Acente 6102 sayılı TTK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanmıştır. Bu tanımdan acentenin unsurlarını; ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaması, bir sözleşmeye dayanarak faaliyet göstermesi, faaliyetlerini belirli bir yer veya bölge içinde yapması, yaptığı faaliyetin sürekli olması, faaliyetlerinin konusunun ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmeler olması, faaliyetinin sözleşmelere aracılık etmek veya bunları tacir adına yapmak olması, acenteliği meslek edinmesi olarak sayabiliriz.

Acente ile pazarlamacı arasındaki en önemli farklılık, acentenin bağımsız olmasıdır⁵⁶. Acente, işletmesine ilişkin iş organizasyonunu kendisi yapar; çalışma saat ve koşullarını kendisi belirler. İşletmesinden kaynaklı risklere de kendisi katlanır⁵⁷. Buna karşılık, pazarlamacı tacire bağımlı olarak iş görür.

Acente ile pazarlamacı arasındaki bir diğer farklılık; acentenin faaliyetlerini belirli bir yer veya bölge içinde yürütmesinin zorunlu olmasına karşılık⁵⁸ pazarlamacı için böyle bir zorunluluğun olmamasıdır. Ancak

⁵⁴ MEYER, s. 46.

⁵⁵ REHBİNDER, Art.348b, 7.

⁵⁶ Aynı yönde REHBİNDER, Art.347, 11; MEYER, s.15, TUNCAY, s.7; STREİFF/VON KA-ENEL, Art.347, 3.

⁵⁷ REHBİNDER, Art.347, 13.

⁵⁸ Belirli bir yer ve bölge içinde faaliyet göstermeyi acentenin unsurları arasında sayan görüş için bkz. KAYIHAN, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 2003, s. 33; İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), İstanbul, 2001, s. 128; aksi görüş için bkz. KINACIOĞLU, Naci, Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 1963, s. 15; ARKAN, s. 199.

pazarlamacıya da belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilebildiğinden, söz konusu farklılığın bu iki kişiye ayırmada etkisi zayıftır.

Yapılan faaliyetin pazarlamacılık mı yoksa acentelik mi olduğunun tespiti bakımından, her somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalı ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu değerlendirmede, aracı kişinin tacire bağımlı veya bağımsız olup olmadığı belirleyici olacaktır⁵⁹. Tacire bağımlılık hâlinde pazarlamacılık, bağımsızlıkta ise acentelik ilişkisinin varlığından bahsedilir.

2. Pazarlamacının Simsardan Farkı

TBK'nın 520 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan simsar,⁶⁰ taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlenir. Yani simsar, sözleşme yapacak kişileri bir araya getirerek aracılık faaliyetinde bulunur. Pazarlamacılık faaliyeti de esasen aracılık olmakla birlikte pazarlamacı bazı durumlarda temsil yetkisini de haizdir (TBK.m.452). Buna karşılık simsarın, simsarlık sözleşmesini akdettiği kişi ad ve hesabına hareket etme yetkisi, yani onu temsil etme yetkisi yoktur⁶¹.

Pazarlamacı ile simsar arasındaki en önemli fark süreklilik noktasındadır. Pazarlamacı, tacirin daimi bir yardımcısı olmasına karşılık simsar geçici olarak iş görür. Son olarak, simsar taraflardan her ikisi için de faaliyette bulunabilirken, pazarlamacının müşteri hesabına hareket etmesi mümkün değildir.

3. Pazarlamacının Alım Satım Komisyoncusundan Farkı

Alım satım komisyoncusu TBK'nın 532. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Alım satım komisyoncusunun, ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına iş görmesine (kıymetli evrak ve taşınırların alım veya satımı) karşılık pazarlamacı kendi adına değil başkası adına faaliyet gösterir.

⁵⁹ MEYER, s. 16.; REHBİNDER, Art.347, 11; STREİFF/VON KAENEL, Art.347, 3.

⁶⁰ EBK'da kullanılan "tellal" terimi yerine yeni TBK'da "simsar" terimi tercih edilmiştir. Ayrıca 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 100 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan ticaret işleri tellah 6102 sayılı yeni TTK'ya alınmamıştır.

⁶¹ KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, I.Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 506.

X. PAZARLAMACININ BORÇLARI

1. Müşterileri Ziyaret Etme ve Verilen Talimatlara Uyuma Yükümlülüğü

Pazarlamacının ilk ve en önemli borcu müşterileri ziyaret etmektir. Zira 450. maddenin ilk fıkrasında pazarlamacının, müşterileri ziyaret etmekle yükümlü olduğu açık olarak hüküm altına alınmıştır. Müşterileri ziyaret etmekle yükümlü bulunan pazarlamacı ayrıca üstlendiği işin doğası gereği müşterileri tacirle sözleşme yapmaya ikna etmeye çalışmalı ve bu yönde gayret göstermelidir⁶². Müşterinin, pazarlamacının faaliyeti sonucunda sözleşmeyi imzalaması veya işi pazarlamacıya vermesi icap sayılır ve sözleşme, tacirin kabul beyanıyla kurulmuş olur⁶³.

Müşterileri ziyaret etmenin kapsamı ve içeriği sözleşmede belirlenmiş olabilir. Sözleşmede belirlenmemişse bu hususta işverenin pazarlamacıya talimat verebileceği ve pazarlamacının da tacirin kendisine verdiği talimat ile bağlı olduğu belirtilmiştir (TBK.m.450/1). Örneğin tacir, pazarlamacının hangi bölge içerisinde faaliyet göstereceğini belirleyebilir ve pazarlamacıya buna ilişkin talimat verebilir. Talimat verilmesi hususunda TBK'nın 399. maddesi de uygulama alanı bulabilecektir. Bu maddede işverenin, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabileceği ve onlara özel talimat verebileceği; işçilerin de bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorunda oldukları hüküm altına alınmıştır.

Pazarlamacı, ancak talimata uymamasını zorunlu kılan haklı bir sebep varsa verilen talimata aykırı davranabilir (TBK.m.450/1). Bayram tatili, ulaşım güçlükleri veya ulaşımın sekteye uğraması, müşteri sayısının azlığı veya herhangi bir müşterinin bulunmaması, pazar veya fuar açılması gibi durumlar haklı sebebe örnek teşkil ederler⁶⁴. Kural olarak haklı sebebin varlığı durumunda pazarlamacının, nasıl davranması gerektiği hakkında tacirin görüşünü veya iznini alması gerekmez⁶⁵. Ancak haklı sebebe rağmen talimata aykırı davranış tacire zarar verecekse mutlaka onun izni alınmalıdır⁶⁶. Bundan başka faaliyet bölgesinin sözleşmeyle belirlenmiş olması hâlinde de pazarlamacı bölge değişikliği sonucunu doğuracak bir talimat ile bağlı değildir. Böyle bir değişiklik için pazarlamacının kabulü gerekir⁶⁷.

⁶² TOPÇUOĞLU, s. 33; REHBİNDER, Art.348, 5.

⁶³ MEYER, s. 42; STREIFF/VON KAENEL, Art.348b, 3; TOPÇUOĞLU, s. 33.

⁶⁴ İBK Gerekeçesi, (Botschaft), s. 410.

⁶⁵ MEYER, s. 34.

⁶⁶ TOPÇUOĞLU, s. 54.

⁶⁷ Aynı yönde REHBİNDER, Art.348, 3.

Pazarlamacı işlem yapmaya yetkiliyse, talimatta öngörülen fiyatlara ve diğer işlem koşullarına uymak zorundadır; işveren razı olmadıkça bunlarda değişiklik yapamaz (TBK.m.450/2).

2. Bilgi ve Hesap Verme Yükümlülüğü

TBK'nın 450. maddesinin 3. fıkrası uyarınca pazarlamacı, pazarlama faaliyetleri ile ilgili olarak tacire düzenli biçimde ayrıntılı bilgi vermek, aldığı siparişleri kendisine derhâl ulaştırmak ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olayları bildirmekle yükümlüdür.

Kanun maddesinde açıkça vurgulandığı üzere pazarlamacı, müşteri çevresini ilgilendiren bütün olayları değil, sadece önemli olanlarını tacire bildirmekle yükümlüdür. Tacirin menfaatini ilgilendirmesi hâlinde olayın önemli olduğu söylenebilecektir. Zira işletmesinin başarısı için bu bilgiye sahip olması tacir bakımından önem arz edebilir. Önemli bilgilere örnek olarak, müşterilerin ödeme ahlâkı, yani borçlarına sadakati veya finansal yeterliliklerine ilişkin bilgiler ya da müşterilerin istekleri, ürünler hakkındaki görüş ve şikâyetleri gösterilebilir. Pazarlamacının bilgi verme yükümlülüğü, faaliyeti sonucunda öğrendiği bilgilere ilişkin olanlarla sınırlıdır. Başka bir deyişle, pazarlamacının söz konusu bilgileri edinmek amacıyla aktif olarak çalışma gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁸.

3. Özen Yükümlülüğü

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde özel olarak öngörülme de TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf neticesinde işçi için öngörülmüş olan 396. madde gereğince pazarlamacı yüklendiği işi özenle yapmak zorundadır.

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 (TBK.m.396/2).

4. Kendi veya Üçüncü Kişiler Hesabına İşlem Yapmama Yükümlülüğü

TBK'nın 450. maddesinin 1. fıkrası uyarınca pazarlamacı, tacirin izni olmadıkça kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık edemez. Her ne kadar madde gerekçesinde pazarlamacıya verilecek bu iznin

⁶⁸ REHBİNDER, Art.348, 9.

yazılı olması gerektiği ifade edilmişse de madde metninde buna ilişkin bir belirleme yapılmadığından, izne yönelik beyanın yazılı veya sözlü olması fark etmez; hatta bu iznin zımni olarak verilmesi de mümkündür⁶⁹.

Doktrinde, esasen TBK'nın 450. maddesinde rekabet yasağının düzenlendiği belirtilmektedir⁷⁰. Ancak söz konusu maddede rekabet yasağı düzenlenmemektedir. Zira anılan maddede rekabete ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır⁷¹. 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 yaptıramayacakları belirtilmiştir.

5. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Yukarıda da belirttiğimiz üzere pazarlamacının rekabet etme yasağı pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde açık olarak düzenlenmediği için bu hususta TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereğince genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere başvurmamız gerekir.

Nitekim TBK'nın 396. maddesinin 3. fıkrasında işçinin, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamayacağı ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, pazarlamacı bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

⁶⁹ Aynı yönde TOPÇUOĞLU, s. 56; İBK'da ise tacir tarafından verilecek iznin yazılı olması gerektiği hüküm altına alınmıştır bkz.m.348/1.

⁷⁰ TUNCAI, s. 13; TOPÇUOĞLU, s. 56; STREIFF/VON KAENEL, Art.348, 3.

⁷¹ REHBİNDER, Art.348, 11, yazar'a göre, burada rekabet yasağından başka bir durum söz konusudur. Zira, söz konusu hükümde belirtilen yasak, pazarlamacının tacire karşı sözleşme dolayısıyla üstlendiği hizmet yükümlülüğünü ihmal etmesini engelleme amacıyla getirilmiştir. Bu sayede pazarlamacı, zamanını sadece bu yükümlülüğü yerine getirmek için harcayacaktır.

TBK'nın 396. maddesinin 3. fıkrasında, pazarlamacılık sözleşmesinin devamı sırasındaki rekabet etmeme yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. TBK'nın 444. maddesinde ise işçinin, sözleşme bittikten sonra da rekabet etmeyeceğini taahhüt edebileceği belirtilmiştir. Anılan maddeye göre fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra⁷² herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir. Bu taahhüt, 469. maddede yapılan atıf gereği pazarlamacı tarafından da verilebilecektir.

Rekabet yasağına aykırı davranan pazarlamacı, bunun sonucunda tacirin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlü olur (TBK.m.446/1).

6. Sır Saklama Yükümlülüğü

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde özel olarak öngörülme de pazarlamacı, TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf neticesinde uygulanması gereken 396. maddenin 4. fıkrası uyarınca sır saklama yükümlülüğü altındadır. Anılan madde uyarınca pazarlamacı, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde pazarlamacı, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.

XI. PAZARLAMACININ HAKLARI

1. Ücret Hakkı

Pazarlamacının, pazarlamacılık sözleşmesinden kaynaklanan en önemli hakkı ücrettir. İşveren, pazarlamacıya sadece belirli bir miktardan veya bu miktarla birlikte komisyondan oluşan bir ücret ödemekle yükümlüdür (TBK.m.454/1).

⁷² TBK'nın 447. maddesinin 2. fıkrasının "sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer" şeklindeki ifadesinden ilk bakışta bu maddede sözleşmenin devamı sırasındaki rekabet yasağının düzenlendiği intibai oluşmaktadır. Ancak belirttiğimiz üzere, buradaki rekabet etme yasağı sözleşme sonrasına ilişkindir. EBK'nın aynı durumun düzenlendiği maddesinde (m.352/2) "...dava ikame edilemez" ifadesi yer almaktaydı. Bu bakımdan yeni kanunda da "rekabet yasağı sona erer" ifadesi yerine "rekabet yasağı hüküm ifade etmez" denilmesi daha uygun olurdu.

Sözleşmede, ödenmesi gereken ücretin miktarı hakkında herhangi bir hüküm öngörülmemişse, TBK'nın 401. maddesi gereğince tacir, pazarlamacıya asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.

Ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağının kararlaştırılması da mümkündür. Buna ilişkin anlaşmanın yazılı olması ve kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması şarttır (TBK.m.454/2). Deneme süresi için ödenecek ücret, serbestçe kararlaştırılabilir. Ancak deneme süresi iki ayı geçemez.

Sözleşmenin tacire veya müşteriye ilişkin sebeplerle kurulamamış olması pazarlamacının ücret hakkını etkilemeyecektir. Zira pazarlamacı, müşterileri ziyaret etmek ve onların tacir ile sözleşme yapmalarını temin etmek için gayret göstermekle yükümlüğünü yerine getirmiş olur⁷³.

Tacir, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, pazarlamacıya ücretini ödemekle yükümlü olup, pazarlamacının edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, pazarlamacının, bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir (TBK.m.408).

TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereği uygulanması gerekli 409. madde uyarınca uzun süreli bir hizmet ilişkisinde pazarlamacı, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse tacirin, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için kendisine hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlü olması da söz konusu olabilir.

Ücretin muacceliyeti hakkında pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin kısımda herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle ücret, hizmet sözleşmelerinin genel hükümleri arasında yer alan 406. madde gereğince, aksine âdet olmadıkça her ayın sonunda muaccel olacaktır. Ancak hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir.

TBK'nın 456. maddesinde "pazarlama faaliyetinin engellenmesi" başlığı altında pazarlamacının, pazarlama işlerini yürütmesinin kendi kusuru olmaksızın imkânsız hâle gelmesi düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, maddenin başlığı "pazarlama faaliyetinin engellenmesi" olmasına rağmen maddede pazarlama işlerinin yürütülmesinin imkânsız hâle gelmesinden

⁷³ TOPÇUOĞLU, s. 40.

söz edilmektedir⁷⁴. Pazarlama faaliyetinin engellenmesi imkânsızlıktan daha kapsamlıdır⁷⁵. Zira imkânsızlık durumu mevcut olmasa dâhi pazarlama faaliyetinin engellenebilmesi söz konusu olabilir. Buna karşılık, pazarlama faaliyetinin imkânsız olduğu her durum aynı zamanda da pazarlama faaliyetinin engellenmesidir. 456. maddeye göre pazarlamacının, pazarlama işlerini yürütmesi kendi kusuru olmaksızın imkânsız hâlde 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.

Pazarlamacı, pazarlama işlerini kendi kusuru olmaksızın yürütme imkânını bulamamasına karşın ücretinin tamamını almışsa, tacirin istemi üzerine, kendisinin yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işleri onun işletmesinde yapmakla yükümlüdür (TBK.m.456/2). Örneğin, müşterilerin telefonla aranması pazarlamacılık faaliyetine uygun bir iş sayılabilecekken, pazarlamacının işletme kantininde çalıştırılması bu kapsamda değerlendirilemez⁷⁶.

2. Komisyon Hakkı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağının kararlaştırılması da mümkündür. Komisyon, pazarlamacının aracılık ettiği veya yaptığı sözleşmelerin sayısına göre belirlenebileceği gibi bunların para cinsinden karşılığına göre de tespit edilebilir⁷⁷.

Ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağına ilişkin anlaşmanın yazılı olması ve kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması şarttır (TBK.m.454/2). Pazarlamacının faaliyetinin “uygun” karşılığı olan komisyonun miktarı her olayda ayrı değerlendirilmelidir. Bu hususta pazarlamacının yetenekleri, işletmenin cirosuna katkısı ve işletmedeki pozisyonu, uygun komisyonun belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılabilir⁷⁸.

⁷⁴ Buna karşılık, Mevaz İBK'nın, TBK.m.456'nın karşılığı olan 349c maddesinin başlığı ve içeriği uyum içindedir.

⁷⁵ TOPÇUOĞLU, s. 50.

⁷⁶ REHBİNDER, Art.349c, 4.

⁷⁷ MEYER, s. 75, 77; TOPÇUOĞLU, s. 47.

⁷⁸ MEYER, s. 73; REHBİNDER, Art.349a, 6.

Kararlaştırılan komisyonun, ücretin “önemli bir kısmını” oluşturup oluşturmadığının kararı nasıl verilecektir? Zira işin ifası sonucunda pazarlamacının aldığı komisyon bir süre sonra sözleşmede kararlaştırılan sabit ücreti aşabilir; yani fiili olarak pazarlamacının ücretinin önemli bir kısmının komisyondan oluştuğu bir durum ortaya çıkabilir. Bu durumda sözleşmede kararlaştırılan sabit ücretin makûl olup olmadığına bakılmalıdır. Sözleşmenin akdi sırasında kararlaştırılan sabit ücretin makûl olmadığı ve komisyon ücretinin de fiili olarak sözleşmede kararlaştırılan sabit ücreti aştığı bir durumda, komisyon ücreti pazarlamacının faaliyetine uygun bir oranda değilse, yazılı olarak kararlaştırılmamış olsa dâhi pazarlamacı, komisyon ücretinin faaliyetinin uygun karşılığı olan orana yükseltilmesini talep edebilmelidir.

Normal komisyon ücreti yanında pazarlamacı ayrıca, TBK'nın 455. 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.

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 (TBK.m.455/2). Ancak taraflar böyle bir hâlde dâhi pazarlamacıya özel bölge komisyonu (*Bezirkprovisionen*) ödeneceğini kararlaştırabilirler⁷⁹.

Komisyon hakkının doğumu bakımından pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin kısımda herhangi bir hüküm öngörülmediği için TBK'nın 469. maddesi gereğince hizmet sözleşmelerinin genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Hizmet sözleşmelerinin genel hükümleri arasında yer alan 404. maddede, işçiye belirli işler için aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin buna ilişkin istem hakkının doğacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla pazarlamacının komisyon hakkı, aracılık konusu işlemin geçerli olarak kurulmasıyla doğar. Ancak aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca, pazarlamacının aracılığı suretiyle tacir ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, tacir tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse, ücret istemine yönelik hak sona

⁷⁹ REHBİNDER, Art.349b, 2.

erer. Sadece kısmi ifa hâlinde ücretten orantılı olarak indirim yapılır. TBK'nın 404. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, her kısma ilişkin ücret isteminin bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir.

Komisyonun muaccel olması anında, yapılan işin değeri henüz kesin olarak belirlenemiyorsa komisyon, önce alışılmış olan en az değeri üzerinden, geri kalanı ise, en geç işin yerine getirilmesinde ödenir (TBK.m.455/3).

Ücret gibi komisyonun muacceliyeti hakkında da pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin kısımda herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle hizmet sözleşmelerinin genel hükümleri arasında yer alan 406. madde gereğince komisyon, aksine âdet olmadıkça her ayın sonunda muaccel olacaktır. Ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir.

3. Masraf İsteme Hakkı

TBK'nın 457. maddesinin 1. fıkrasında pazarlamacının, aynı zamanda birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunuyorsa, aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça, her işverenin, pazarlamacının harcamalarına eşit olarak katılmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla pazarlamacının, üstlendiği faaliyetin gereği gibi yerine getirilmesi için yapmak zorunda kaldığı harcamaları da tacirden isteme hakkına sahip olduğu söylenebilir. Tacir, pazarlamacının seyahat harcamaları başta olmak üzere, konaklama, yeme içme, iletişim gibi harcamalarına katlanmakla yükümlüdür⁸⁰.

TBK'nın 457. maddesinin 2. fıkrasına göre harcamaların tamamen veya kısmen sabit ücrete veya komisyona dâhil edilmesine ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür⁸¹.

TBK'nın 415. maddesine göre pazarlamacı, işin görülmesi için tacirle anlaşarak tacirin veya kendisinin sağladığı bir taşıma aracı kullanıyorsa, taşıtın işletilmesi ve bakımı için gerekli olağan giderler, hizmet için kullanıldığı ölçüde tacir tarafından karşılanır. Pazarlamacı, tacirle anlaşarak, işin görülmesinde kendi motorlu aracını kullanıyorsa, tacir ayrıca bu araçla

⁸⁰ MEYER, s. 92; TOPÇUOĞLU, s. 51.

⁸¹ TBK.m.414/3'te ise, aynı sonucu doğuran anlaşmaların "geçersiz" oldukları ifade edilmiştir. Buna karşın İBK'da, hem TBK.m.414/3'e karşılık gelen 327a/3'te hem de TBK.m.457'e karşılık gelen 349d/2'de bu anlaşmalar için "geçersiz" anlamına gelen "nichtigkeit" sözcüğü kullanılmıştır.

ilgili vergiyi, zorunlu mali sorumluluk sigortası primini ve aracın yıpranması karşılığında uygun bir tazminatı hizmet için kullandığı ölçüde pazarlamacıya ödemekle yükümlüdür.

Pazarlamacının yapmış olduğu giderlerden doğan alacağı, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa, her defasında ücretle birlikte ödenmelidir (TBK.m.416/1).

Pazarlamacı, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için düzenli olarak masraf yapıyorsa, kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verilir (TBK.m.416/2).

4. Hapis Hakkı

TBK'nın 458. madde hükmüne göre pazarlamacılık ilişkisinden doğan muaccel alacaklar ile tacirin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, henüz muaccel olmayan alacakların güvence altına alınması için pazarlamacı, taşınırlar, kıymetli evrak ve tahsil yetkisine dayanarak müşterilerden almış olduğu paralar üzerinde hapis hakkına sahiptir.

Pazarlamacı, araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri alıkoyamaz.

5. Tekel Hakkı

TBK'nın 453. maddesine göre pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilmiş ve aksine yazılı anlaşma da yapılmamışsa tacir, başkalarına aynı alan veya çevrede faaliyette bulunma yetkisi veremez; ancak, kendisi üçüncü kişilerle işlem yapabilir. Anılan maddenin ilk fıkrasındaki “pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilmiş” ifadesinden bu hakkın tacirin tek taraflı bir yetkisiyle verilebileceği anlaşılıyor ise de ikinci fıkrasındaki “sözleşmenin, pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün” ifadesinden pazarlamacının tekel 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 doğabilir⁸². Ayrıca bu anlaşmanın veya yetkinin yazılı olmasına gerek yoktur.

⁸² Aksi görüş için bkz. REHBİNDER, Art.349, 1, yazar, tekel hakkının doğumu için iki taraf arasında bir anlaşmanın gerektiği, ancak bu anlaşmanın mutlaka yazılı olması gerektiği, sözlü olarak ya da zimnen dâhi kurulabileceği görüşündedir.

Pazarlamacıya, belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde ya da belirli bir alandaki belirli bir müşteri çevresinde⁸³ faaliyet gösterme yetkisi verilebilir. Bu durumda tacir, aynı alan veya çevrede başkalarına da faaliyette bulunma yetkisi veremez. Söz konusu maddede kullanılan “başkaları” terimi içine sadece başka pazarlamacılar değil, tacirin başka şekilde görevlendirdiği ve kendileriyle ilişki içinde olduğu kişiler de girer. Örneğin tacirin bir acenteyi de aynı alanda veya müşteri çevresinde görevlendirmesi mümkün değildir⁸⁴.

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 (TBK.m.453/2). Sözleşmenin, pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebebin, dürüstlük kuralına göre geçerli, objektif, haklı ve kabul edilebilir bir sebep olması gerekir⁸⁵. TBK’nın 453. maddesinin 2. fıkrasına kaynak teşkil eden İBK’nın 349/2 hükmünde bu sebebin esaslı bir sebep (*ein begründeter Anlass*) olması gerektiği belirtilmiştir.

Sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün tacir tarafından tek taraflı olarak değiştirilmesi durumunda pazarlamacıya tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. Bunun nedeni, kısmen veya tamamen komisyon karşılığında çalışan pazarlamacının gelirinin bundan doğrudan etkilenecek olmasıdır⁸⁶.

Tekel hakkı bakımından, pazarlamacının aracı veya sözleşme yapma yetkisine sahip olması arasında fark yoktur⁸⁷.

XII. PAZARLAMACININ SORUMLULUĞU

Pazarlamacının sorumluluğu hakkında, TBK’nın 469. maddesinde yapılan atıf uyarınca işçinin sorumluluğuna ilişkin olarak öngörülmüş olan TBK’nın 400. maddesi uygulanır. Anılan maddeye göre işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur (TBK.m.400/1). Bu sorumluluğun

⁸³ MEYER, s. 50, dph. 3.

⁸⁴ TRUNİGER, Art.349, 2, s. 831; REHBİNDER, Art.349, 2.

⁸⁵ TUNCAY, s. 14; MEYER, 52; REHBİNDER, Art.349, 4; STREİFF/VON KAENEL, Art.349, 4; KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2011, s. 314.

⁸⁶ REHBİNDER, Art.349, 5.

⁸⁷ TOPÇUOĞLU, s. 45.

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.m.400/2).

TBK'nın 451. maddesine göre pazarlamacının, müşterilerin ödememelerinden veya diğer yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olacağına ya da alacağın tahsili için yapılacak masrafları tamamen veya kısmen karşılayacağına ilişkin anlaşmalar, kesin olarak hükümsüzdür⁸⁸. Anılan maddede sayılan hâller sınırlı değildir. Dolayısıyla niteliği gereği tacirin katlanması gereken her türlü riskin pazarlamacı tarafından üstlenilmesi sonucunu doğuran bütün anlaşmalar aynı kapsamda değerlendirilerek geçersiz sayılmalıdır⁸⁹.

Mehaz İBK'nın, TBK'nın 451. maddesine kaynak teşkil eden maddesinin (m.348a) başlığı "Delcredere"dir. İsviçre doktrininde, İBK.m.348a'da düzenlenmiş olan bu sorumluluk üstlenmesinin garanti mi yoksa kefalet mi olduğu konusunda, bunun, garantiden ziyade kefalet olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁰. Mehaz İBK'nın aksine TBK'nın 451. maddesinin başlığı "Garanti" olup, madde gerekçesinde de pazarlamacının işletme sahibi işverene verebileceği "garanti"den bahsedilmektedir. Bu nedenle kanunumuz bakımından üstlenilen bu yükümlülüğün niteliğinin garanti olduğunu söyleyebiliriz. Belirtelim ki bunun kefalet olarak düzenlenmesi hizmet sözleşmelerinde işçinin korunması amacına daha uygun olurdu. Zira kural olarak sorumluluğunun niteliğinin kusur sorumluluğu olan pazarlamacının (bkz.TBK.m.400; İBK.m.321e) TBK'nın 451. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen durumda sorumluluğu kusursuz sorumluluğa dönüşmekte, dolayısıyla aleyhine bir durum ortaya çıkmaktadır⁹¹. Pazarlamacının aleyhine olan bu durum, ancak bunun kefalet olarak kabul edilmesiyle hafifletilebilir. Zira, kefalet fer'i (asıl alacağına bağlı), garanti ise bağımsızdır.

Pazarlamacının, sadece aracı olarak hareket ettiği ve işlemin bizzat tacir tarafından yapıldığı durumlar için garanti yükümlülüğünün öngörülmesi

⁸⁸ Söz konusu maddenin öngörülme nedeninin, iş hukukunda geçerli olan işçinin korunması ilkesi uyarınca pazarlamacının, işveren tarafından haksız sözleşme koşulları altında çalışmaya zorlanmasını engellenmesi olduğu belirtilmektedir, DEMİRKAPI, s. 69; benzer yönde TUN-CAY, s. 13.

⁸⁹ DEMİRKAPI, s. 68.

⁹⁰ REHBİNDER, Art.348a, 2.

⁹¹ REHBİNDER, Art.348a, 2.

mümkün değildir⁹². Zira söz konusu hükümde (m.451) açıkça pazarlamacı tarafından gerçekleştirilen işlemlerden bahsedilmektedir.

Pazarlamacı, kendi müşteri çevresiyle işlem yapıyorsa, müşterilerin borçlarını ifa etmemesi durumunda, işverenin her bir işlemde uğrayacağı zararın dörtte birini geçmemek üzere karşılamayı, uygun⁹³ bir ek komisyon kararlaştırılması koşuluyla yazılı olarak üstlenebilir⁹⁴.

Kanun maddesinde kullanılan “pazarlamacının kendi müşteri çevresi” kavramının anlamı üzerinde durmak gerekir. Karahan, “kendi müşteri çevresi” ibaresinin, pazarlamacının, işveren hesabına çalışmaya başlamadan önce, ayrı ticari alanda faaliyet gösterirken oluşturduğu müşteri portföyünü ifade ettiğini belirtmektedir. Yazar, önceden gelen bu müşteri çevresiyle ilgili pazarlamacının yakın bilgi sahibi olduğu, onların yükümlülüklerini yerine getirme ve ödeme alışkanlıklarını daha iyi bildiği düşüncesiyle Kanun Koyucu’nun onun garanti verme yasağına ilişkin yükümlülüğünün kapsamını daralttığı görüşündedir⁹⁵.

Demirkapı ise, kanun maddesinde kullanılan “kendi müşteri çevresi” ifadesini konu alan makalesinde, bu ifade için İBK’da “*Privatkunde*” teriminin kullanılmış olduğunu ve bu ifadenin de İsviçre doktrininde⁹⁶ “tüketici” anlamında, yani işlemin diğer tarafının, işlemi kendi kişisel veya ailevi ihtiyacı için gerçekleştiren kimse olarak kabul edildiğini belirtmektedir⁹⁷. Yazar, “kendi müşteri çevresi” kavramının, müşteri topluluğunun esasen ticari işletmeye ve dolayısıyla tacire bağlı olduğu esasını reddeden bir kavram olduğunu, TTK’nın genel sistemine uymadığını; bu nedenle, pazarlamacının kendi müşteri çevresi kavramının, kaynak kanuna uygun olarak “tüketici” olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir⁹⁸.

⁹² Aynı yönde DEMİRKAPI, s. 71.

⁹³ “Uygun” teriminin kapsamı somut olayın şartları göz önüne alınarak TMK.m.2 çerçevesinde belirlenir, KARAHAN, s. 318.

⁹⁴ Pazarlamacının garanti yükümlülüğü altına girebilmesi bakımından kefalet sözleşmesine ilişkin TBK.m.603’ün uygulanması gerektiği yönünde bkz. DEMİRKAPI, s. 71, dpn. 36.

⁹⁵ KARAHAN, s. 318.

⁹⁶ Nitekim bu yönde TRUNİGER, Art.348a, 3; REHBİNDER, Art.348a, 3; MEYER, s. 110, dpn. 12.

⁹⁷ DEMİRKAPI, s. 73, 74.

⁹⁸ DEMİRKAPI, s. 78, 79.

Topçuoğlu ise bu kavramı, pazarlamacının piyasa faaliyetleri sonucunda edindiği ve güvendiği, ödeme gücü ve sadakatine inandığı kimseler olarak anlamak gerektiğini belirtmektedir⁹⁹.

Kanaatimizce de son görüşe hak vermek ve “pazarlamacının kendi müşteri çevresi” kavramını, pazarlamacının çalışmaya başlamadan ya da başladıktan sonra piyasa faaliyetleri sonucunda edindiği ve güvendiği, ödeme gücü ve sadakatine inandığı kimseler olarak anlamak gerekir. Demirkapı'nın ifade ettiği gibi, kanunumuz bu hususta kaynak kanundan ayrılmıştır. Bu ayrılma ister bilinçli bir tercih olsun ister olmasın, kanaatimizce yerinde olmuştur. Zira anılan kavramın Mevaz kanunda olduğu gibi “tüketici” olarak anlaşılması hâlinde, pazarlamacının daha önce işlem yaptığı ve güvendiği, fakat tüketici olmayan kişiler bakımından garanti yükümlülüğü altına girememesi gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Diğer yandan pazarlamacının, tüketici de olsa hiç tanımadığı ve ödeme alışkanlıklarını bilmediği kişiler bakımından garanti yükümlülüğü altına girmesine yol açabilecektir. Bu düşünce tarzı iş hukukunun işçiyi korumaya yönelik yapısına da uygundur. Kanaatimizce pazarlamacının “kendi müşteri çevresi” ile TBK'nın 453. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “belirli bir müşteri çevresi” kavramı arasında bu yönüyle fark vardır.

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 (TBK.m.451/3).

XIII. ZAMANAŞIMI

Ne pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde ne de TBK'nın 469. maddesinde yapılan atıf gereği pazarlamacılık sözleşmelerine de uygulanması kabil genel hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerde, zamanaşımı konusunda özel bir hüküm öngörülmüştür. Dolayısıyla pazarlamacılık sözleşmesinde zamanaşımı bakımından TBK'nın zamanaşımı konusundaki genel hükümleri uygulama alanı bulur. TBK'nın 146. maddesi gereğince pazarlamacının ücret alacağı dışındaki istemler 10 yılda zamanaşımına uğrar. Pazarlamacının ücret alacağı ise 147. madde uyarınca 5 yılda zamanaşımına uğrayacaktır.

⁹⁹ TOPÇUOĞLU, s. 55.

XIV. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. Sona Erme Sebepleri

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde, sözleşmenin sona erme sebebine ilişkin olarak “özel fesih süresi” başlığı altında tek bir hükme yer verilmiştir (TBK.m.459). Bu maddenin ilk fıkrasına göre komisyon, sabit ücretin en az beşte birini oluşturuyor ve önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkileniyorsa işveren, bir önceki mevsimin sona ermesinden beri kendisiyle çalışmaya devam eden pazarlacının sözleşmesini, yeni mevsim sırasında iki aylık fesih süresine uyararak feshedebilir.

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 (TBK.m.459/2).

Bunun dışında, TBK'nın 453. maddesinin 2. fıkrasında da pazarlamacıya sözleşmeyi haklı sebeple sona erme hakkı tanınmıştır. Anılan madde hükmüne 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 tarafı olarak değiştirebilir. Ancak, böyle bir durumda pazarlacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirme hakkı saklı tutulmuştur.

Yukarıdaki maddeler dışında pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesi bakımından, TBK'nın 469. maddesindeki atıf uyarınca genel hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Buna göre sözleşme, pazarlacının ölümüyle kendiliğinden sona erer (TBK.m.440). Bunun dışında, pazarlamacılık sözleşmesi belirli süreli ise aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer (TBK.m.430). Belirsiz süreli pazarlamacılık sözleşmelerinde ise taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyararak feshetme hakkı vardır (TBK.m.431). Diğer yandan, sözleşme, ister belirli ister belirsiz süreli akdedilmiş olsun, taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir (TBK.m.431/1). Bu hususta, sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır (m.431/2). Sözleşmeyi haklı sebeple fesheden tarafın, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır.

2. Sona Ermenin Özel Sonuçları

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 (TBK.m.460/1).

TBK'nın 460. maddesinde öngörülen komisyonun ödenmesi gereken zaman hakkında hükümde herhangi bir belirleme yapılmadığından vade, 469. maddede yapılan atıf gereğince uygulanması gereken TBK'nın 442. maddesine göre belirlenir. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre sözleşmenin sona ermesiyle, sözleşmeden doğan bütün borçlar muaccel olur.

TBK'nın 460. maddesinin 2. fıkrasında, sözleşmenin sona ermesi hâlinde pazarlamacının, pazarlamacılık faaliyetinde bulunması için kendisine verilen örnek ve modelleri, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtları ve diğer belgeleri işverene geri vermekle yükümlü olduğu; ancak pazarlamacının hapis hakkının saklı olduğu hüküm altına alınmıştır. TBK'nın 469. maddesindeki atıf uyarınca uygulanabilecek olan TBK'nın 443. maddesinin varlığı karşısında bu hükmün gereksiz olduğunu söylemek yanlış olmaz¹⁰⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki pazarlamacılık sözleşmesinin son bulması hâlinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinde, esasen acente için öngörülmüş olan denkleştirme tazminatına bazı durumlarda pazarlamacının da talebe yetkili olması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira anılan maddenin 5. fıkrasında, hükmün, hakkaniyete aykırı düşmedikçe tekel hakkı veren benzer sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan özellikle TBK'nın 453. maddesine göre pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verildiği ve aksine yazılı anlaşma da yapılmadığı, yani tekel hakkı tanındığı ve TTK'nın 122. maddesinde sayılan şartların da sağlandığı bir durumda pazarlamacının denkleştirme isteyebileceği söylenebilecektir¹⁰¹. Buna karşılık, sadece kendisine verilen müşteri listesine göre iş gören, yani işletmeye yeni müşteriler kazandırmadığı bir durumda ise pazarlamacı, anılan tazminatı ancak söz konusu müşterilerle olan iş ilişkilerini önemli bir şekilde genişlettiği, yani bunun yeni müşteri sağlamaya denk sayılabileceği¹⁰² hâllerde isteyebilmelidir.

¹⁰⁰ Nitekim bu yönde REHBİNDER, Art.350a, 7.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. ARKAN, s. 185.

¹⁰² ARKAN, s. 221.

SONUÇ

Esasen pazarlamacı, yeni TBK ile yürürlükten kaldırılan 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun (EBK) 454. maddesinde seyyar tüccar memuru adı altında düzenlenmişti. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda seyyar tüccar memuru tek maddede düzenlenmesine karşılık 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda pazarlamacılık sözleşmesi için ayrıntılı hükümler sevk edilmiştir. Seyyar tüccar memurunun, EBK'da bağımlı tacir yardımcıları sayılan ticari mümessil, ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları ile beraber 449. ve 456. maddeler arasında düzenlenmişken yeni kanunda buradan alınarak hizmet sözleşmeleri ile ilgili bölüme eklenmesi ve adının "pazarlamacı" olarak değiştirilmesi kanaatimizce yerinde olmamıştır. Zira söz konusu hükümlerin iktibas edildiği İsviçre'de dâhi doktrin, bu maddelerin güncelliklerini yitirdiğini ve bu nedenle gereksiz olduklarını haklı olarak ifade etmekteyken, bunların yeni TBK'da yer alması yerinde bir tercih olmamıştır. Kanaatimizce pazarlamacının, ticari işletme organizasyonu içerisindeki yeri ve rolü dikkate alındığında hizmet sözleşmesi kapsamında değil de "diğer tacir yardımcıları" başlığı altında düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011
- AYHAN, Rıza; ÖZDAMAR, Mehmet; ÇAĞLAR, Hayrettin, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticarî İşletme Hukuku, Ankara, 2012
- AYOĞLU, Tolga, Bağımlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Anlamında Getirdiği Yenilikler, Sempozyum*, İstanbul, 2012, s. 46-52)
- BOZER, Ali; GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, İkinci Bası, Ankara, 2013
- DEMİRKAPI, Ertan, Pazarlamacının Garanti Yükümlülüğü Açısından “Kendi Müşteri Çevresi” Kavramı ve Eleştirisi, *Ersin Çamoğlu'na Armağan*, İstanbul, 2013
- İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), İstanbul, 2001
- KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, I.Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968
- KAYIHAN, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 2003
- KINACIOĞLU, Naci, Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 1963
- MEYER, Beat, Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Diss., Zürich, 1978
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, Ankara, 2012
- REHBİNDER, Manfred, Das Obligationenrecht, Berner Kommentar, VI/2/2/2, Der Arbeitsvertrag (OR 331-355), Bern, 1992
- STREIFF, Ullin; VON KAENEL, Adrian, Arbeitsvertrag- Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, 2012
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara, 1987
- TEOMAN, Ömer, Tacir Yardımcıları, *Mehmet Somer'e Armağan*, İstanbul, 2006, (s. 221-304)
- TOPÇUOĞLU, Metin, Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı, *SDÜHFD*, C. I, S. 2, (s. 27-70)

TRUNİGER, Philipp, Schweizerisches Obligationenrecht, 2009

TUNCAY, Can, Pazarlamacı (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri, *Çimento İşveren Dergisi*, Mart 2012, S. 2, (s. 4-17) (<http://www.ceis.org.tr/dergi/2012mart/makale1.pdf>, erişim tarihi: 04.06.2013)

YILMAZ, Ejder, Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), *Sicil (İş Hukuku Dergisi)*, Haziran 2011 (s. 22 vd.)