

Doğrudan Teknoloji Transferinin Bir Çeşidi Olarak Uluslararası Franchise Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk

Applicable Law to Substance of International Franchise Agreements as a Kind of Direct Technology Transfer

Arş. Gör. Gökçe KELAHMET^(*)

Özet:

Günümüz küreselleşen toplumsal yapısında, teknoloji transferi birden çok devlet arasındaki etkileşimde önemli bir yere sahip olmaya başlamıştır. Uluslararası mecrada söz konusu teknolojinin piyasalara sürülmesi, sahip olduğu teknolojiyi transfer edenin ve bu teknolojiyi alanın ortaya çıkabilecek risk ve avantajları da paylaşıp üstlenmeleri adına lisans hakkının kullanılmasına ilişkin sözleşmelerin akdedilmesi, adi veya ticari iş birliklerinin kurulması yolu ile gerçekleştirilmektedir. *Franchise* sözleşmesinin içinde barındırdığı unsurlar, bu sözleşmeye teknoloji transferini de kapsayan bir sözleşme olma niteliği kazandırmaktadır. Farklı ülkelerdeki gerçek ve tüzel kişiler arasında ticari bir ilişki ve sistem kuran *franchise* sözleşmeleri son yıllarda daha çok rağbet görmeye başlamıştır. *Franchise* sözleşmeleri kendine özgü sözleşmeler olup, sözleşmenin taraflarına yüklediği borçlar ve edimler önem arz etmektedir. Bu bağlamda, uluslararası mecrada akdedilen *Franchise* sözleşmelerine ilişkin olarak ortaya çıkan uyumsuzluklarda sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku tespit etmeye yönelik olan bu akademik çalışma yapılmış ve bu husus karşılaştırmalı olarak Roma I Tüzüğü ve 5718 Sayılı MÖHUK hükümleri kapsamında değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Uluslararası Franchise Sözleşmesi, Doğrudan Teknoloji Transferi, Uygulanacak Hukuk, Roma I Tüzüğü, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu.

Abstract:

In today's globalizing societies, transfer of a technology started to has an important role on interaction between states Technology transfer. In international area, an existing technology is being launched to markets through; concluding agreements between parties to exercise rights related to license and connectively undertake any risk or share any advantages or, establishing joint ventures or commercial partnerships. As it is addressed in detail within this article, the facts and elements of franchise agreements qualified them as agreements contain technology transfer. On the other hand, even though franchise agreements became more popular within last decade to establish trade relations and system between persons, companies and cooperation from different states; due to the that franchise agreements are *sui generis* contracts, parties' rights and obligations have importance. Within all above mention facts, this article points out law applicable to substance of international franchise agreements as a kind of direct technology transfer and evaluate this issue under Rome I Regulation and Turkish International Private and Procedural Law (Act No. 5718) comparatively.

Keywords:

International Franchise Agreements, Direct Technology Transfer, Applicable Law, Rome I Regulation, Turkish International Private and Procedural Law.

^(*) Çaç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, gokce.kelahmet@mids.ch
Makale geliş tarihi: .03.10.2018 - Makale kabul tarihi: 14.12.2018

Giriş

Teknolojinin ülkeler arasında transferi; üretime, dağıtımına ve iş modeline ilişkin teknolojik ve bilimsel metotların yabancı yatırımların yapılması, uluslararası ticari iş birliklerinin kurulması veya sözleşmelerin kurulması, sınai hakların kullanım hakkının verilmesi, teknik destek ve/veya teknik eğitim yolu ile bir kurumdan, kuruluş-tan veya ülkeden bir diğerine aktarılması olarak tanımlanabilmektedir¹. Uluslararası mecrada söz konusu teknolojinin piyasalara sürülmesi ise, sahip olduğu teknolojiyi transfer edenin ve bu teknolojiyi alanın ortaya çıkabilecek risk ve avantajları da paylaşım üstlenmeleri adına lisans hakkının kullanılmasına ilişkin sözleşmelerin akdedilmesi, adi veya ticari ortaklıkların kurulması veya iş birliği yolu ile gerçekleştirilmektedir. Çalışmanın ilk bölümünde, teknoloji transferi olgusu, teknoloji transferi ve transfere konu olan şeylerin özelliklerine göre transfer edilen teknolojilerin sınıflandırılmasına değinilecek ve uluslararası teknoloji transferinin tanımı yapılacaktır.

Franchise sözleşmesi hem ücret hem sistem hem de gayri maddi mallara ilişkin unsurları bir arada içinde barındırmakta ve bu unsurlar *franchise* sözleşmesine teknoloji transferini de kapsayan bir sözleşme olma niteliği kazandırmaktadır. Farklı ülkelerdeki gerçek ve tüzel kişiler arasında ticari bir ilişki ve sistem kuran *franchise* sözleşmeleri son yıllarda daha çok rağbet görmeye başlamıştır. *Franchise* sözleşmeleri kendine özgü sözleşmeler olup, sözleşmenin taraflarına yüklediği borçlar ve edimler önem arz etmektedir. Bu sebeple, çalışmanın ikinci bölümünde *franchise* sözleşmesinin maddi hukuk boyutu değerlendirilecektir. Öncelikle Türk hukukunda kanunlarla düzenlenmemiş olan ve kendine özgü yapısı sebebi ile önem arz eden *franchise* sözleşmesinin doktrinde yapılan tanımlamaları ve sözleşmenin Türk hukukundaki hukuki niteliğine ilişkin görüşler ele alınacaktır. Bu çerçevede, *franchise* sözleşmesinin unsurları ve bu unsurların teknoloji transferi ile olan ilişkisine değinilecek, sonrasında ise bu unsurlar kapsamında sözleşmenin taraflarının birbirini karşılayan nitelikteki borçları ile karakteristik edimin tespiti konuları ele alınacaktır.

Son bölümde ise bu araştırmanın temel konusunu oluşturan *franchise* sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun tespiti konusu ele alınacaktır. *Franchise* sözleşmesine uygulanacak hukuka ilişkin Türk hukukunda şu an yürürlükte olan 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nda² özel bir düzenleme bulunmamaktadır. *Franchise* sözleşmesinin kendine özgü yapısı sebebi ile, herhangi bir uyuşmazlığın çıkması halinde, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak olan hukukun tespiti de önem arz etmektedir. Bununla beraber, *franchise* sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hu-

¹ Dictionary of International Trade, (<https://www.globalnegotiator.com/international-trade/dictionary/technology-transfer/>, erişim 10 Mart 2018)

² RG., 12 Aralık 2017, Sa. 26728.

kuk Avrupa Birliği Hukukunda önemli bir yeri haizdir. Avrupa Birliği içinde ticari ve hukuki sözleşmelerden doğan uyumsuzluklara aynı hukukun uygulanması ve Avrupa Birliği Hukuku'nun yeknesaklaştırılması adına atılmış olan adımlardan en günceli Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka ilişkin Roma Tüzüğüdür. Çalışmanın devamında, *franchise* sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk, uygulanacak hukukun taraflarca seçilmiş olması durumu ile, ilgili kanuni düzenlemelerde yer alan hükümler ele alınacak olup, tarafların herhangi bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK'ta ve Roma Tüzüğünde yer alan hükümler değerlendirilip kanımızca bir sonuca varılacaktır.

I. Teknoloji Transfer Olgusu ve *Franchise* Sözleşmesi

A. Teknoloji Transferi

Teknoloji transferi, bir üretime veya dağıtıma ilişkin bilimsel metotların yabancı yatırım, uluslararası ticaret, sınai hakların lisansının verilmesi, teknik destek veya eğitim yolu ile teknolojinin bir kurumdan, kuruluştan veya ülkeden bir diğerine aktarılması olarak tanımlanabilmektedir³. Teknoloji transferinde teknolojiyi sağlayan ve teknolojiyi alan taraflar mevcuttur. Teknolojiyi sağlayan taraf için teknoloji transferi ideolojik, politik, ticari veya ekonomik amaçlar ile yapılırken, teknolojiyi alan için ise ürün alma, eğitim, ekonomik ve politik amaçlar ön plandadır⁴.

Teknoloji transferinin gerçekleştirilmesinde kullanılan yöntemler teknolojik analizler, yatırım kaynakları ve teknolojiyi alan şirketin teknolojiyi uygulamaya yönelik teknik kapasitesine bağlı olarak seçilmektedir. Teknoloji transferine ilişkin yöntem seçilirken teknolojinin karmaşıklığı dikkate alınmalıdır. Transfer konusu teknoloji ne kadar karmaşık ise, teknolojiyi sağlayan ve alan taraf arasındaki bağlantı ve ilişki de bir o kadar yakın olmalıdır.

Teknoloji transferi öyle bir olgudur ki, teknolojiyi içinde barındıran veya teknolojiyi üreten ekipmanların teknolojiyi veren tarafça alana ulaştırılması ile sona ermemektedir. Ekipmanların ulaştırılmasının yanında, teknolojiyi sağlayan gerçek ve tüzel kişilerin teknolojilerindeki ve işlerindeki asıl değişiklikler bilginin, becerilerin ve fikri sınai hakların transferi ile teknolojiyi alan tarafından uygulamaya konabilecektir⁵.

³ Dictionary of International Trade, (<https://www.globalnegotiator.com/international-trade/dictionary/technology-transfer/>, erişim 10 Mart 2018)

⁴ DRUMMOND, Jane / STEFANOVIC, Pavao, Transfer of High Technology to Developing Countries, International Institute for Aerospace Survey and Earth Sciences, 1986, s. 441, (<https://pdfs.semanticscholar.org/68c2/ce2b1a1bf8de138114a25c7f9ffb8803bb6.pdf>, erişim 14 Mart 2018).

⁵ KUZNIATSOV, Denis, Technology Transfer Methods Business Development, Technology Transfer, 2013, s. 4 (<http://innodigest.com/technology-transfer-methods/>, erişim 10 Mart 2018).

Uluslararası mecrada söz konusu teknolojinin piyasalara sürülmesi ise, her iki tarafın ortaya çıkabilecek risk ve avantajları da paylaşıp üstlenmeleri adına lisans hakkının kullanılmasına ilişkin sözleşmelerin akdedilmesi, adi veya ticari iş birliklerinin kurulması yolu ile gerçekleştirilmektedir⁶. Ancak, uluslararası alanda teknolojinin transferi, uluslararası ticaretteki mal alım satımı gibi bir malın bir depodan diğer bir depoya aktarımı ile kısıtlı değildir.

Uluslararası transfere konu olan teknolojiyi çok keskin hatları ile olmasa da beş farklı kategoriye ayırabilmek mümkündür. İlk olarak, üretim sürecinin hammadde alımından ürünün pazarlamasına kadar tüm aşamalarını kapsayan üretim teknolojisinin transferi söz konusu olmaktadır. İkinci olarak, teknolojiyi alan ve daha az gelişmiş ülkenin yeni teknoloji yaratma kapasitesine katkıda bulunan yenileme teknolojisinin; üçüncü olarak, gayri maddi mallar olarak sınıflandırılan, patent, marka, *know-how* ve telif haklarına ilişkin aktiflerin transferi ile bilgi teknolojisinin transfer edildiği görülmektedir. Dördüncü kategori de ise, teknolojiyi transfer eden yabancı yatırımcının, transferi alan yerli yatırımcı bünyesinde kendi yöneticilerini veya teknisyenlerini istihdam etmesi sonucu, pazarlama, finansman, iş modeli ve yönetim yeteneklerinin aktarımının yapıldığı insan teknolojisinin transferi karşımıza çıkmaktadır. Son olarak da, fabrika, makine, donanım ve teçhizat ile malzeme teknolojisinin transfer edildiği görülmektedir⁷.

İşte bir tarafta teknolojiyi alan ile diğer tarafta teknolojiyi verenin, sıklıkla patenti alınmış belirli bir işlem sürecinin veya ürünün, devir, lisans veya transferi için aralarında imzaladıkları sözleşmelere teknoloji transfer sözleşmeleri denilmektedir. Örneğin teknoloji transfer sözleşmeleri, yaygın bir biçimde, daha geniş içerikli bir *franchise* sözleşmesinin veya kişiler arasında kurulmuş ortaklığın bir parçasını oluşturabilmektedir.

Sonuç olarak, her ne şekilde olursa olsun, teknoloji transferinin yapıldığı sözleşmeler, teknoloji sağlayanın ürününün, hizmetinin veya işletim sürecinin gelişmesine ve daha da ticarileşmesine olanak sağlamaktadır. Teknolojiyi alan taraf bakımından ise, kendi ülkesindeki pazarda gelişmiş ve ispatlanmış bir teknoloji ile kendi nam ve hesabına hızlı iş yapıp, daha çok kitleye daha hızlı bir şekilde ulaşmasına ve rekabetin yüksek olduğu yerli pazarda iyi bir yer edinmesine olanak sağlamaktadır.

⁶ DRUMMOND / STEFANOVIC, s. 441.

⁷ Uluslararası Teknoloji Transferi ve Türkiye, (<http://www.1bilgi.com/iktisat/4899/uluslararasi-teknoloji-transferi-ve-turkiye.html>, erişim 10 Mart 2018).

B. Franchise Sözleşmesi

1. Franchise Sözleşme'nin Tanımı ve Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Günümüz modern hukuk sistemlerinde yasa koyucular borçlar hukuku alanında kişilere irade serbestisi ilkesi çerçevesinde sözleşme akdetme imkânı tanımışlardır. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, irade muhtariyetinin maddi hukuktaki yansıması ile milletlerarası özel hukuktaki yansıması farklılık arz edebilmektedir⁸. Maddi hukuk boyutunda irade serbestisi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁹ 26. maddesinde kişilere tanınmıştır. Borçlar hukuku alanında irade serbestisinin akit serbestisi ve sözleşmenin içeriğini belirleyip düzenleme şeklinde ortaya çıkan iki yönü bulunmaktadır.

Akit serbestisi, sadece sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü değil, akdin karşı tarafını seçme, sözleşmeyi değiştirme ve ortadan kaldırma ve akdin konusunu serbestçe belirleyebilme hürriyetini de içermektedir¹⁰. Tip serbestisi, yani sözleşme içeriğini belirleme ve düzenleme, kişilerin isterlerse kanunla düzenlenmiş bir sözleşmenin hükümlerini içeren bir sözleşme yapabilme veya kanunda öngörülen bazı sözleşmeleri birleştirerek veya karıştırarak da kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme akdedebilme serbestisini içermektedir. Bu serbestinin sınırları ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi ile ortaya konulmuştur. İlgili hüküm uyarınca taraflar, kanunun emredici kurallarına, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun ve konusu imkânsız olmayan sözleşmeler akdetmede serbesttirler¹¹.

İşte Türk hukukunda kanunla düzenlenmemiş olan *franchise* sözleşmesi bu irade serbestisi ilkesi kapsamında, kanunda düzenlenmiş ve düzenlenmemiş birden çok sözleşmeye ait unsurların bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Kanunda tanımı yapılmamış olan *franchise* sözleşmesi birçok yazar tarafından tanımlanmış ve doktrinde sözleşmenin hukuki niteliğine dair görüşler ortaya konmuştur.

*Eren, franchise sözleşmesini; "ödemeyi üstlendiği bir bedel karşılığında, franchise verenin franchise alana, kendi imaj, isim, marka ve işareti altında, mevcut pazarlama ve organizasyon sistemlerini, ticari ve teknik deneyim ve bilgilerini kullanmak suretiyle mal ve hizmet edimlerinin satım ve sağlanmasına, pazar sürümünün artırılmasına ilişkin belirli bir iş konseptinden yararlanma hakkını sürekli olarak devretmeyi üstlendiği kendine özgü isimsiz bir sözleşme"*¹² olarak tanımlamıştır.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I (B)(2).

⁹ RG., 04 Şubat 2011, Sa. 27836.

¹⁰ YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Baskı, İstanbul, 2013, s. 4-7.

¹¹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 4-7.

¹² EREN, Fikret, İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1 S. 1, s. 67-129, 2015, s. 69, (<http://hukuk2.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/2.fikreteren.pdf>, erişim 1 Şubat 2018).

Eren yapmış olduğu tanım kapsamında *franchise* sözleşmesini: tarafların her birinin borcunun diğer tarafın borcunu karşılması sebebi ile tam iki tarafa borç yükleyen ve ivazlı; kurulması tarafların üstlendikleri edimlerin teslim ve ifasına değil de karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olmasına bağlı olduğundan rızai bir sözleşme olarak nitelendirmiştir¹³. *Eren*'e göre, *franchise* sözleşmesi taraflara daha sonra tamamlayıcı diğer sözleşmeleri yapma hak ve borcunu yüklediğinden genel nitelikli yani çerçeve bir sözleşme olup, bu sözleşme kanunda düzenlenmediğinden ve kanunda düzenlenmiş ve düzenlenmemiş bir çok sözleşmenin unsurları içinde barındığından kendine özgü isimsiz bir sözleşmedir¹⁴.

Yargıtay *franchise* sözleşmesini önüne gelen dava konusu bir olayda; "*bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dahilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli bir iş ilişkileri bütünü olup, birbirinden bağımsız iki taraf arasında kurulan*"¹⁵ sözleşme olarak tanımlamıştır. Görüldüğü üzere, Yargıtay, *franchise* sözleşmesini sürekli, iki taraflı bir sözleşme olarak nitelendirmiştir.

Gürzumar ise yaptığı tanımda *franchise* sözleşmesini; "*franchise verenin, kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise alanın ise, hem (söz konusu sistemin içerdiği ve franchise verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşme olarak*" nitelemiş ve tanımlamıştır¹⁶.

Yukarıdaki açıklamalar da göz önünde bulundurularak *franchise*, *franchising* ve *franchise* sözleşmesi aşağıdaki şekillerde tanımlanabilir. *Franchise*, sistemi

¹³ EREN, s. 69.

¹⁴ EREN, s. 72; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, İstanbul, 2012, s. 46.

¹⁵ Yargıtay 19. HD., 2001/819 E., 2001/4917 K., 25.06.2001 tarihli kararı, (Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶ ÖZTÜRK, Pınar, Franchise Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, Yargıtay Yayınları, C. 24, Sa. 4, s. 458- 489, 1998, s. 459, (<http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ekim1998.pdf>, erişim 9 Mart 2018).

oluşturan haklara ilişkin çerçeve bir paketi ifade eder. Bu bağlamda, bir tarafın bir mal veya hizmete ilişkin marka/patent/lisans hakkına sahip olduğu ve diğer tarafa bu hakların kullanımını devrederek yabancı bir ülkede mal veya hizmetin o ülkedeki tüzel veya gerçek kişi tarafından kendi nam ve hesabına, belirlenmiş standartlara ve iş modeline uygun olarak üretebilmesini ve/veya işletebilmesini ve pazara sunmasını sağlayan sisteme *franchising* denilmektedir¹⁷. *Franchising* sistemi ise bir sözleşme ile kurulmaktadır. Bu sözleşmeler, *franchise* alanın ödemeyi taahhüt ettiği belirli bir bedel karşılığında, başka birçok hakkın ve edimin *franchise* veren tarafından *franchise* alana verildiği ve devredildiği, beraberinde teknolojinin de doğrudan transferini içeren *franchise* sözleşmeleridir¹⁸.

Diğer bir ifade ile, *franchising*, bir pazarlama modeli olup, pazarlanan mal ve/veya hizmetin üretimi, sunumu ve son aşamada piyasaya sürülmesi için kurulan bir sistemdir. Bu sistem ile, *franchise* alan teşebbüs *franchise* verenin oluşturduğu tanınmış, kendini ispat etmiş bir marka adı altında ve o markanın belirlemiş olduğu kurallar çerçevesinde *franchising* konusu olan üretmiş olduğu mal ve/veya hizmeti sunmayı, dağıtmayı taahhüt etmektedir. Bu yönü ile içerisinde vekalet/iş görme sözleşmesi barındıran *franchise* sözleşmesi, *franchise* verenin belirli bir ücret karşılığında sahip olduğu ürün/hizmet/markanın ve marka adının kullanımını da içeren hakları devrettiği, teknik destek ve eğitim sağladığı, ürün temini ve pazarlama tekniklerine ilişkin hakları imtiyazlı olarak *franchise* alana vermeyi taahhüt ettiği için bir nevi lisans sözleşmesidir¹⁹.

Türkiye’de hâlihazırdaki yabancı *franchise* sistemlerine örnek olarak Domino’s, Burger King, Wyndham Hotels and Resorts, Dunkin Donuts, KFC ve Hilton verilebilir²⁰. Türkiye’den yurt dışına verilen yerli *franchise* sistemlerine Haremlique İstanbul, Selamlıque İstanbul, Seyidoğlu, Komagene, Simit sarayı örnek verilebilir²¹.

2. Franchise Sözleşmesinin Unsurları ve Teknoloji Transferi ile İlişkisi

Franchising, belirli bir bedel karşılığında *franchise* verenin sahip olduğu marka / lisans / patent / *know-how*’a ilişkin hakların kullanımını *franchise* alana devrettiği bir

¹⁷ ÂRVASİ, Zerrin, Franchise Sözleşmesi -Contract of Franchising, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 4, s. 135-151, 2000, s. 135, (<http://www.ankarabrosu.org.tr/siteler/ankarabrosu/tekmakale/2000-4/6.pdf>, erişim 9 Mart 2018).

¹⁸ ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema, Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 72

¹⁹ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 74.

²⁰ 2016 En iyi 100 Global Bayilik Veren Firmalar Listesi, Mor Fikirler Haber Sitesi, (<https://morfikirler.com/2016-en-iyi-100-global-bayilik-veren-firmalar-listesi/>, erişim 15 Mart 2018).

²¹ Yurtdışında Franchise Veren Firmalar, Habertürk Gazetesi, Ekonomi Haberleri, 22 Haziran 2016, (<http://www.haberturk.com/ekonomi/is-yasam/haber/1257375-yurtdisinda-franchise-veren-firmalar>, erişim 15 Mart 2018).

sistemdir. Bu sistem kapsamında *franchise* veren, *franchise* konusu ürün ve hizmetler ile ürün ve hizmetlerin üretim ve sunumuna ilişkin teknolojinin işletilmesi ve yönetilmesi için tecrübelerini *franchise* alanla paylaşmaktadır²². *Franchise* veren, *franchise* alana bu alanda destek ve eğitim verirken bir yandan da *franchise* alanı üretim ve sunum aşamasında denetlemektedir. Diğer taraftan *franchising* sistemi içerisinde *franchise* alan ise belirli bir ücret ödemeyi taahhüt ederek kendi nam ve hesabına işbu malların üretimini ve satımını veya hizmetlerin sunumunu *franchise* verenin belirlediği standartlara ve iş modeline uygun şekilde yapmayı üstlenmektedir²³.

Franchise sözleşmesi bu bağlamda bir iş modeli ve *franchise* sistemi oluşturmaktadır. Bu sistemin ana hatları ile pazarlama stratejisi, gayri maddi mallar, ücret ve *franchise* organizasyonu olmak üzere dört ana unsurdan oluştuğunu söyleyebiliriz²⁴. Bu noktada, sözleşmenin taraflar arasında kurulmasına imkân veren sistemin içerdiği karma nitelikteki unsurların *franchise* sözleşmesine doğrudan teknoloji transferini de içeren bir sözleşme olma niteliğini kazandıran yönlerini ele almakta fayda vardır.

Franchise verenin gayri maddi mallarını içeren hizmet, iş modeli veya ürüne ilişkin hakların kullanımı *franchise* alana devretmesi, *franchise* alanın söz konusu mal ve hizmetleri *Franchise* verenin sahip olduğu teknoloji ve *franchise* organizasyonunu oluşturan iş modeli çerçevesinde mal ve hizmetin aslına uygun olacak şekilde, üretmesi ve sunması ile bu üretimini ve sunumunu hukuka ve *franchise* verenin iç kural ve prosedürlerine, pazarlama stratejisine uygun olarak gerçekleştirmesi *franchise* sözleşmesinin en önemli unsurlarındandır²⁵.

Gayri maddi malların; iş sahibinin ürün ve hizmete ilişkin bilgi ve tecrübelerini ve geniş anlamda lisansa ilişkin; patent, marka, logoyu içerdiği söylenebilir²⁶. Bu noktada teknoloji transferi bakımından gayri maddi mallara ilişkin kullanım hakkının, *know-how*'ın, söz konusu gerçek veya tüzel kişilerin sınıai alanda ve özellikle ticari, teknik bilgi ve tecrübelerinden oluştuğu dikkate alınacak olur ise, *franchise* sözleşmesinin malların üretimine veya hizmetin sunulmasına imkân veren makine, donanım ve teçhizat ile malzeme ve bilgi teknolojisinin doğrudan transferini içerdiğini söyleyebilmek mümkün olacaktır²⁷. Buna ek olarak, kimi

²² JAFARIEH, Hamid, Technology Transfer To Developing Countries: A Quantitative Approach, The University of Salford PhD Thesis, July 2001, s. 52. (<http://usir.salford.ac.uk/2101/1/400950.pdf>, erişim 7 Mart 2018).

²³ JAFARIEH, s. 52.

²⁴ İRGE ERDOĞAN, Burcu, Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 17-19.

²⁵ İRGE ERDOĞAN, s. 19.

²⁶ İRGE ERDOĞAN, s. 21.

²⁷ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 71.

franchise sistemlerinde, *franchise* alanın *franchise* sistemine daha hızlı ve kolay entegre edilebilmesi, *franchise* verenin pazarlama stratejisinin denetlenebilir bir şekilde *franchise* alan tarafından uygulanmasının sağlanması açısından, *franchise* verenin kendi üst düzey yöneticilerini veya teknisyenleri *franchise* alan şirket bünyesinde istihdam ettiği görülebilmektedir. İşte bu durumda da taraflar arasındaki bu sistemde insan teknolojisinin de transfer edildiğini söyleyebilmek mümkün olacaktır.

Özetle, çalışmanın ilk bölümünde bahsetmiş olduğumuz teknoloji transferleri bakımından ele alınacak olursa *franchise* sözleşmesi, üretim teknolojisinin, yenileme teknolojisinin, insan teknolojisinin, malzeme teknolojisinin ve bilgi teknolojisinin tümünün veya bir kısmının transferini içeren bir sistemin kurulması için akdedilen özellikli bir sözleşmedir²⁸.

Bu şekilde bir *franchising* sisteminin kurulması için akdedilen ve birden çok teknolojinin de transfer edildiği *franchise* sözleşmelerinin; sürekli bir sözleşme olması, *franchise* veren ile *franchise* alan arasında kurulan sistemin yapısı, *franchise* verenin *franchise* alana verdiği eğitim ve teknik destek dolayısıyla, teknoloji transferinin gerektirdiği yenilenme ve devamlılık olgusu ile de uyumlu olduğunu söyleyebiliriz. Buna paralel olarak, *franchise* sözleşmelerin uluslararası ticari hayatta daha geniş bir pazarda iş yapabilmek ve mevcut işi büyütebilmek için başvurulan en popüler metotlardan biri olmuştur²⁹.

3. Tarafların Borçları ve Karakteristik Edim Borçlusunun Tespitine İlişkin Görüşler

3.1. Sözleşmenin Tarafları ve Tarafların Borçları

Franchise sözleşmesi, ürettiği ve sahip olduğu mal veya hizmetin marka/lisan/ürün sahibi olan *franchise* veren ile sözleşme uyarınca bu ürün/hizmeti *franchise* verenin sistemini benimseyerek imtiyazlı olarak üretip piyasa sürecek veya hizmeti tüketiciye sunacak *franchise* alan gerçek veya tüzel kişiler arasında akdedilmektedir. Uygulamada *franchise* verene "*franchisor*", *franchise* alana "*franchisee*" de denilmektedir³⁰. *Franchise* sözleşmeleri, kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş sözleşme tiplerini içinde barındıran kendine özgü ve tam iki tarafa borç yükleyen, sürekli bir sözleşmedir. Bu nitelikleri haiz olduğundan *franchise* sözleşmesinin taraflara yüklediği hak ve borçlar önem arz etmektedir.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm (I)(1) Teknoloji Transferi.

²⁹ EMERSON, Robert, W., An International Model for Vicarious Liability in Franchising, 2015, s. 2, (<http://www.alsb.org/wp-content/uploads/2016/01/NP-2015-An-Intl-Model-for-Vicar-Liab-Emerson.pdf>, erişim 13 Mart 2018).

³⁰ TORUN, Zeliha, Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmelerinin İncelenmesi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Haziran, 2012, s. 8, (<http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/126/Torun%2C%20Zeliha.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, erişim 10 Mart 2018).

Öyle ki, tarafların her birinin borcu diğer tarafın hakkını ihtiva etmektedir³¹. Bu sebeple bu bölüm içerisinde sadece tarafların borçlarına değinilecektir.

Franchise sözleşmesinin asli unsurlarından bir tanesini, *franchise* verenin sahip olduğu *franchise* sisteminde yer alan ve sözleşme konusunu oluşturan tüm gayri maddi malları *franchise* alana kullandırma ve *franchise* alanı bunlardan yararlandırma yükümlülüğüdür³². Patent, marka, *know-how*, ticaret unvanı ve işletme adı, *franchise* verenin, *franchise* alana kullandırma borcu altında olduğu gayri maddi mallar ve haklarıdır. Bununla beraber, *franchise* verenin işin yönetimi ve organizasyonu ile ilgili *franchise* alana eğitim, bilgi ve destek verme, *franchise* konusu ürün ve hizmetle ilgili reklam verme borcu da asli edim borcudur³³.

Franchise verenin bu borçlarını ise; *franchise* alanın *franchise* verenin kendisine sunduğu gayri maddi malları ve hakları kullanma ve sözleşme konusu malların üretimini, hizmetlerin sunumunu ve sürümünü *franchise* verenin aktardığı *know-how*'a uygun yapma, *franchise* verenden veya onun belirlediği tedarikçilerden gerekli malzemeleri alma, *franchise* verenin talimatlarına uyma ve denetimlerine katlanma, *franchise* verenin menfaatlerini koruma ve sadakat borcu karşılamaktadır³⁴. İşte, *franchise* alanın kendisine kullanım hakkı devredilen gayri maddi malları *franchise* verenin işletme modeline, kalitesine ve kendisine aktarılan *know-how*'a uygun olarak kullanma, sözleşme konusu mal ve hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapma borcu *franchise* alanın asli edim borçlarındadır.

Franchise alanın asli edim borçlarından bir tanesini de ücret ödeme borcu oluşturur. *Franchise* alan *franchise* sözleşmesi kapsamında *franchise* verene iki farklı ücret ödemeyi taahhüt eder. Birinci ücret, *franchise* alanın sözleşmenin kuruluşu sırasında, *franchise* verenin vereceği destek, yardım ve *know-how* aktarımı gibi sebeplerle ödemeyi üstlendiği giriş/başlangıç ücretidir. İkinci ücret ise, *franchise* verenin gayri maddi malları kullandırma borcuna karşılık dönemsel olarak ve sürekli ödeyeceği *royalty* bedelidir³⁵.

Franchise sözleşmelerinin her iki taraf için de barındırdığı büyük avantajlar vardır. *Franchise* veren, sahip olduğu ürün ve hizmetlerin satımını ve sunumunu farklı ülkelerde kendi şirketini kurmak zahmeti olmaksızın yapabilmekte ve daha az masrafa katlanmaktadır. *Franchise* alan ise, *franchise* konusu ürün ve hizmet ile kanıtlanmış bir iş modeli ve yönetimle işletmeye ilişkin bilgi ve tecrübe edin-

³¹ EREN, s. 72; OĞUZMAN / ÖZ, s. 46.

³² ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 72-73; İRGE ERDOĞAN, s. 29-33.

³³ ARVASI, s. 144-146.

³⁴ İRGE ERDOĞAN, s. 36-40.

³⁵ İRGE ERDOĞAN, s. 36.

mektedir³⁶. Buna karşın, *franchise* alan bakımından sözleşmenin dezavantajları ağır basmaktadır. Öyle ki, *franchise* alan, teknolojinin, iş modelinin ve gayri maddi malların hak sahibi olan *franchise* verene gerek ticari gerekse hukuki olarak bağımlıdır, *franchise* alan, *franchise* verenin dâhili kurallarını ve prosedürlerini takip etmek durumunda kalmaktadır³⁷. Çoğu zaman, *franchise* alanın hammadde-leri, malzemeleri ve diğer ürünleri belirli sağlayıcılardan alması gerekliliği söz konusu olmaktadır.

3.2. Karakteristik Edim Borçlusunun Tespitine İlişkin Görüşler

Yukarıda açıklandığı üzere, *franchise* sözleşmesinde tarafların borçları karşılıklı olup, sözleşme taraflarına birden çok hak ve borç yüklemektedir. Bu noktada aşağıda ele alınacağı üzere, hangi tarafın borcunun sözleşmenin ağırlıklı edimi olduğu, sözleşmeyi karakterize eden edim olduğu konusu tartışılmakta olup, bu sözleşmelerden doğan kanunlar ihtilafında hangi hukukun uygulanacağını tespiti açısından karakteristik edim borçlusunun tespiti çalışma konumuz açısından önem arz etmektedir.

Karakteristik edim teorisi, hukukumuzda tanımı yapılmamış bir kavram olmakla beraber, teknik anlamda bu teori *Savigny*'den yaklaşık bir yüzyıl sonra, İsviçre doktrininde hukukçu *Schnitzer* tarafından savunulmuş ve ortaya konmuştur³⁸. *Schnitzer*'e göre, karakteristik edim, taraflardan birisinin ekonomik hayat-taki işlevi nedeni ile üstelendiği edim olup, sadece sözleşmenin türüne bağlı değildir. Karakteristik edimin tespitinde, tarafların ekonomik ve sosyolojik olarak edimini ifa şekli ve yeri de göz önüne alınmalıdır³⁹. İsviçre kanton mahkemeleri ve Federal Mahkemesi de zamanla uygulamada karakteristik edim teorisini geliştirmiştir⁴⁰.

Karakteristik edim kavramı doktrininde, karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde, akdi karakterize eden, sözleşmeye adını veren, sözleşmeye hukuki özelliği-

³⁶ KUZNIATSOV, s. 4.

³⁷ KUZNIATSOV, s. 4.

³⁸ D'OLIVEIRA, Hans Ulrich Jessurun, Characteristic Obligation in the Draft - EEC Obligation Convention, 25 Am. J. Comp. L., s. 303-331, 1977, s. 309, (<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amcomp25&div=20&id=&page=&collection=journals>, erişim 12 Aralık 2018); ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır B., Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul, 2016, s. 346, dn. 229 (naklen); yazara göre sözleşme, en sıkı mülki ilişki içinde bulunduğu hukuka tabidir.

³⁹ ÖZEL, Sibel, Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, s. 582, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22 S. 2, s. 577-618, (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/99479>, erişim 12.12.2018).

⁴⁰ SARGIN, Fügen, Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50 Sa. 2, s. 37-95, 2001, s. 37, (http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id=38&sayi_id=290, erişim 9 Mart 2018).

ni ve ağırlığını veren, diğer edime göre daha riskli konumda bulunan edim olarak tarif edilmektedir⁴¹.

İki taraflı sözleşmelerde, sözleşmeyi karakterize eden edimin hangi edim olduğu, ilerleyen bölümlerde de ele alınacağı üzere, kanunlar ihtilafında tarafların herhangi bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını tespit edilmesi bakımından önem arz etmektedir⁴². *Franchise* sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusunun tespitine ilişkin doktrindeki tartışmalara geçmeden önce, Türk doktrininde yazarların ilgili sözleşmelerde karakteristik edimin hangi edim olduğunu sözleşmenin tipini ve niteliğini değerlendirerek ortaya koyduğu görüşleri ele almakta fayda vardır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin edimi sadece para ödemek ise karakteristik edimin tespiti güçlük arz etmemektedir. Çünkü bir tarafın edimi sadece para ödemek iken, diğer tarafın borcu buna karşılık bir şey yapma, yapmama, bir hakkın veya şeyin kullanımı olarak karşımıza çıkmaktadır. Modern ticari hayatta, akdedilen sözleşmelerin pek çoğunda taraflardan birinin edimi para ödemektir, bu sebeple para edimlerinin sözleşmenin karakterini belirlediği söylenemez. Bu sebeple, doktrinde kabul gören görüşe göre, *tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karakteristik edim, para ödemesi dışındaki genellelikle, hukukî muamelenin ağırlık merkezini ve sosyo-ekonomik fonksiyonunu oluşturan karşı edimdir*⁴³. *Diğer bir ifade ile edimlerden birinin para olduğu sözleşmelerde, karşı tarafın ediminin karakteristik olduğu genellelikle kabul edilmektedir*⁴⁴.

Karma tipli ve kendine özgü sözleşmeler açısından, tarafların borçlarından hangisinin akdi karakterize eden ve diğerine göre daha riskli edim olduğunu belirlemek zorlaşmaktadır. Nitekim bu tip sözleşmelerde borç ilişkileri her ne kadar taraflara karşılıklı edimler yüklese de bu edimler birden fazla olmaktadır. Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere bu tip sözleşmeler kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmiş birden çok sözleşmenin unsurlarını içerir ve bu unsurlar iç içe girmiştir.

Doktrindeki bir görüşe göre; bu sözleşmeler bakımından, her ne kadar iki tarafın birden çok edimi olsa da, karakteristik edim olarak nitelendirilecek edim,

⁴¹ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 195-196; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 30, Sa. 1-2, s. 27-88, 2010, s. 52, dn. 89, (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iumhmohb/article/view/1019012117>, erişim 12 Mart 2018).

⁴² Bkz. Başlık II(C)

⁴³ NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku Kanunlar İhtilafı Hukuku, 22.Bası, İstanbul, 2017, s. 330-331; SARGIN, s. 47.

⁴⁴ SARGIN, s. 47.

borç ilişkisini karakterize eden edim, tarafın ifası ile sözleşmeyi nitelendiren, sözleşmeye hukuki özelliğini veren fiili içeren edimdir⁴⁵.

Doktrindeki bir diğer görüş ise; kendine özgü karma yapıli sözleşmelerde kimi zaman tarafların karşılıklı edimlerinin benzer nitelikli olmasından bahisle bu tip bir ayırımın yapılmasının her zaman kolay ve taraflar açısından hakkaniyetli olmadığı yönündedir. Bu görüşü destekleyen yazarlar, her sözleşmenin kendi özelliği ve o anki sözleşme hal ve şartları dikkate alınarak, karma tipi oluşturan sözleşmelerden birinin seçilerek karakteristik edim olarak adlandırılmasının gerekli olduğunu belirtmektedirler. Diğer bir ifade ile karşılıklı edimler arasında hakkaniyetli bir seçim yaparak karakteristik edimin seçilmesini savlamaktadırlar⁴⁶.

Bu noktada *franchise* sözleşmesini ele alacak olur isek, kendine özgü bir sözleşme olması sebebi ile doktrin de karakteristik edimin *franchise* alanın mı yoksa *franchise* verenin edimi mi olduğu konusunda da bir görüş birliğine varılmamıştır.

Doktrinde karakteristik edimin *franchise* verenin edimi olduğunu savunan görüşe göre; *franchise* verenin edimi sadece yarattığı ve sahibi olduğu sisteme ilişkin markanın kullanılmasını devretmekten ibaret olmayıp, *franchise* alana bu hususta eğitim ve destek vermek, *franchise* alanı denetlemek edimleri de vardır. Buna karşın, *franchise* alan ise sadece sermaye ve emek koymakta, sermaye ve emeğin nasıl yönetileceğine ve işletileceğine dahi *franchise* veren karar vermektedir. *Franchise* alanın bundan başka bir edimi söz konusu olmamakta ve sözleşmede daha pasif bir konumda bulunmaktadır. Ayrıca, *franchise* sözleşmesinde alınan riskler karşılaştırıldığında bu bakımdan *franchise* verenin daha büyük bir riski göze aldığı ifade edilmektedir⁴⁷. Bu sebeplerle, *franchise* verenin ediminin daha ağırlıklı, rizikolu ve sözleşmeyi karakterize eden edim olduğu savunulmaktadır⁴⁸.

Doktrinde yer alan ve bizim de katıldığımız farklı bir görüşe göre; *franchise* sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt etmeye yarayan *franchise* sistemini karakterize eden edim *franchise* alanın edimidir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; *franchise* alan *franchise* sözleşmesi ile kendisine kullanım hakkı devredi-

⁴⁵ NOMER, s. 331; D'OLIVEIRA, s. 311 ve 313;

⁴⁶ SARGIN, s. 79, görüş için bkz. dn. 154

⁴⁷ İRGE ERDOĞAN, s. 135-156, dn. 204.; TÜRKMEN, Sevgi, Franchising Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2015, s. 49, dn. 159, Amerikan hukukunda ise *franchise* sözleşmelerinde, *franchise* verenin ediminin genellikle karakteristik edim kabul edildiği görülmektedir. (http://www.rehberhukuk.net/uploads/files/SEVG%C4%B0%20T%C3%9CRKMEN_FRANCHISING%20S%C3%96ZLE%C5%9EMELER%C4%B0-%20.pdf, erişim 9 Mart 2018).

⁴⁸ ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGENMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Basi, İstanbul, 2018, s. 283.

len gayri maddi malları kullanmayı, *franchise* sistemine dâhil mal ve hizmetleri *know-how*'a uygun olarak kendi nam ve hesabına üretip, sunumunu yapıp piyasaya sürmeyi, *franchise* verenin denetimlerine katlanmayı ve bunlarla beraber bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Dolayısıyla, *franchise* alanın taahhüt ettiği bu fiiller *franchise* sistemine haiz edimler olup, *franchise* alanın bu edimleri ifa etmesi sözleşmenin karakteristik özelliğini ortaya koymaktadır⁴⁹.

Bununla beraber teknoloji transferinin de gerçekleştiği *franchise* sözleşmeleri bakımından, teknolojinin transfer edildiği ve teknolojinin kullanıldığı fabrikalar var ise, bu fabrikalar önem arz etmektedir⁵⁰. *Franchise* sözleşmelerinde teknolojiyi alan taraf yine *franchise* alan olduğundan, *franchise* alanın bu teknolojiyi kullanarak fabrikasında ediminin önemli bir kısmını ifa ettiğini ve karakteristik edim teorisini geliştiren *Schnitzer*'in de tanımlamasını göz önünde bulunduracak olursak, *franchise* alanın ediminin karakteristik edim olduğu görüşüne katıldığımızı yinelemek isteriz.

II. *Franchise* Sözleşmesi'nin Esasına Uygulanacak Hukuk

A. Genel Olarak

Son yirmi yılda teknolojideki hızlı gelişmeler, küreselleşmede yaşanan artış ve ticari hayatta daha büyük pazarlara ulaşma isteğinin yaygınlaşması ile uluslararası *franchise* sözleşmelerine daha sık rastlamaktayız. Yabancı unsurlu *franchise* sözleşmelerinde, milli *franchise* sözleşmelerinden farklı olarak, kültürel, dilsel ve ülkeler arası mevcut hukuki düzenlemelerdeki farklılıklar sebebi ile uygulamada daha karmaşık problemlerle karşılaşılmaktadır⁵¹. Bu sebeple, *franchise* sözleşmesi, uluslararası düzeyde akdedildiğinde bu kendine özgü sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda da uygulanacak hukukun tespiti önemli bir konu haline gelmiştir.

Doktrinde yabancılik unsuru içeren sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin "sübjektif" ve "objektif" olmak üzere birbirinden farklı iki görüş savunulmaktadır. Sübjektif görüşü destekleyen yazarlara göre; sözleşmeden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukukun temelinde tarafların irade serbestisi prensibi yatmaktadır ve bu çerçevede seçim yapmış oldukları hukukun uygulanması gerekliliği savunulmaktadır⁵². Objektif görüşü kabul eden yazarlar ise, toplum menfaatini taraf iradesinden üstün tutmakta ve sözleşmeden doğan uyumsuzluklara uygula-

⁴⁹ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 197-244.

⁵⁰ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 197 - 244.

⁵¹ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 153.

⁵² ŞANLI / ESEN / ATAMAN FIGENMEŞE, s. 264; NOMER, s. 319.

nacak hukukun objektif bağlama kurallarının nazara alınması ile yapılması gerektiğini öne sürmektedirler⁵³.

Kanaatimizce, her iki görüş özellikle *franchise* sözleşmeleri ele alındığında uygulama bakımından değinilmesi gereken hususlar vardır. Sübjektif görüş bağlamında; tarafların, yani teknoloji transferinin yapıldığı gelişmiş ülkedeki *franchise* veren şirket ile transferin yapılacağı daha az gelişmiş ülkedeki *franchise* alan şirketin, pazarlık gücünün eşit olmadığı bu sözleşmelerde hakkaniyetli ve her iki tarafa eşit mesafede, menfaatleri dengeleyici ve taraflarca üzerinde ekonomik baskıdan yoksun bir şekilde müzakere edilebilmiş bir hukuk seçiminin yapılabilceğini söylemek ne yazık ki pek de kolay değildir. Diğer bir ifade ile, günümüz ticari hayatı, ülkeler arası ekonomik dengesizlikler ve güç dengeleri dikkate alındığında teknoloji transferini yapıldığı ve fikri sınai hakların kullanımının devrini içeren *franchise* sözleşmesi için sübjektif görüşü destekleyebilmek pek de mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan uygulanacak hukukun sadece “*sözleşmenin kurulduğu yer*”, “*sözleşmenin ifa yeri*”, “*mutad mesken*”, “*iş yeri*”, “*yerleşim yeri*”, “*daha sıkı ilişki*” ve “*lex fori*” objektif bağlama kurallarınca tespit edilmesini ileri süren objektif görüşe de tam anlamıyla katılabilmemiz mümkün değildir. Çünkü günümüzde hala objektif bağlama kuralı olarak yer verilen “*sözleşmenin kurulduğu yer*”, “*sözleşmenin ifa yeri*”, “*mutad mesken*”, “*iş yeri*”, “*yerleşim yeri*” ve “*daha sıkı ilişki*” kavramlarının nitelendirilmesi her ülke hukukunda veya hâkimin hukukunda (*lex fori*) farklılık gösterebilmektedir⁵⁴. Bununla beraber, özellikle özel hukuk ilişkilerinde tarafların iradesine karşılık toplum menfaatini ön planda tutmak, ticari hayatın özelliklerine ve serbestliğine gölge düşürür nitelikte olabilecektir.

Açıklanan sebeplerle, her bir görüşe tek başına uygulama alanı vermek yerine, günümüzde pek çok hukuk nizamında sözleşmelerden doğan kanunlar ihtilafına ilişkin düzenlemelerde her iki görüşe de yer verilmektedir. Tarafların bir seçim yapmış olmaları halinde, sübjektif görüşün desteklediği irade serbestisi ön planda tutulmakta iken; tarafların seçim yapmamış olmaları halinde akde uygulanacak hukukun tespitinde objektif görüş uygulama alanı bulmaktadır⁵⁵.

Nitekim, milletlerarası özel hukukta *lex obligations* diğer bir ifade ile akit statüsü olarak nitelendirilen, sözleşmenin kuruluş ve hükümlerine uygulanacak hukuk, ilk olarak tarafların bir seçim yapmış olmaları halinde tarafların seçtiği hukuka tabi olmakta, tarafların herhangi bir seçim yapmamış olmaları halinde

⁵³ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 280, dn. 416(naklen); ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 153-154.

⁵⁴ Özellikle *common law* da “habitual residence/mutad mesken” kavramı yerine “domicile” kavramı kullanılmakta ve farklı şekilde nitelendirilmektedir.

⁵⁵ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 154.

lex obligations kanun koyucular tarafından belirlenmiş objektif bağlama kuralları çerçevesinde tespit edilmektedir.⁵⁶

Bu bağlamda, sonuç olarak *franchise* sözleşmeleri kanunda tanımlanmamış ve birden çok sözleşme tipini içeren kendi özgü bir sözleşmedir. Bu sebeple *franchise* sözleşmelerinde hukuk seçimi ile tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde uygulanacak hukuk ve bu hukukun tespiti çalışmamız bakımından önem arz etmektedir. Bu bölümde tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları ve yapmamış olmaları halinde *franchise* sözleşmelerinden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin Roma I Tüzüğü'nün ilgili maddeleri ile 5718 sayılı MÖHUK kapsamında yapılan düzenlemeler ele alınacaktır.

B. Tarafların Hukuk Seçimi - Sübjektif Bağlama Kuralı

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçmeleri; sözleşmenin hangi hukuk kurallarına göre yorumlanacağını, tarafların sözleşmenin ifasını gerçekleştirirken uyacakları usulü ve taraflar arası sürdürebilir bir güven ilişkisini öngörülebilir kılması açısından önem arz etmektedir⁵⁷.

Uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi hâlinde, tarafların irade serbestisi prensibi kapsamında seçtikleri bu hukuk sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta uygulama alanı bulacak ve önceden yapılan bu hukuk seçimi, taraflardan birinin ileride uyuşmazlık çıktığında kendilerine en uygun olduğunu düşündükleri maddi hukuk kurallarının uygulanmasını sağlayacakları bir ülke mahkemesinde dava açma imkanlarını (*forum shopping*) ortadan kaldıracaktır⁵⁸.

Taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku açıkça veya zımnen seçebilirler. Diğer bir ifade ile, tarafların belirli bir hukukun uygulanmasına yönelik karşılıklı ve birine uygun iradesi olsa da, bu hukuku açıkça belirtmedikleri, yani uygulanacak hukuku zımni olarak seçtikleri durumlar da söz konusu olabilmektedir.

Ancak bu noktada, irade muhtariyetinin maddi hukuktaki yansıması ile milletlerarası özel hukuktaki yansımasının birbirinden farklı olduğunu bu noktada belirtmekte fayda vardır. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraflar iç hukuktaki irade serbestisi kapsamında sadece emredici kuralların izin verdiği ölçüde ve ancak akdin tamamlayıcı hükümlerinde sözleşme serbestisine sahipken, milletlerarası özel hukukta irade serbestisine daha geniş bir etki tanınmaktadır⁵⁹.

⁵⁶ İRGE ERDOĞAN, s. 75-76.

⁵⁷ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 154.

⁵⁸ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 155.

⁵⁹ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 156; ÇELİKEL / ERDEM, s. 337.

Milletlerarası özel hukukun konusuna giren sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde tarafların sahip olduğu irade serbestisi ise, konunun içeriği gereği, sözleşmenin taraflarına aynı zamanda aralarındaki ilişkiye hangi yabancı hukukun uygulanacağını seçebilme hakkını da kapsamaktadır⁶⁰.

Diğer bir ifade ile milletlerarası özel hukukta irade serbestisi, taraflarca aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen yabancı hukukun tüm emredici, tamamlayıcı ve yedek hukuk kurallarının uygulanmasını da kapsamaktadır⁶¹. Bu yönü ile milletlerarası özel hukukta, taraflarca seçilen hukuk bir bağlama kurulu tayin etme özelliğini sağlamaktadır⁶². Nitekim, 5718 Sayılı MÖHUK'un 2. maddesinin 4. fıkrası ile; tarafların, milletlerarası özel hukuk kapsamında yer alan sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmeleri halinde, seçtikleri hukukun, aksi kararlaştırılmadıkça sadece maddi hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ve o ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmayacağı hüküm altına alınmıştır. Tarafların seçtikleri hukukun sadece maddi hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına alınmasının altında yatan sebep ise, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağını kabul edilmesi ve atıf teorisinin dikkate alınması halinde, tarafların hiç seçmediği ve hakkında hiç bilgi sahibi olmadıkları veya öngöremedikleri bir hukukun ilişkilerine uygulanmasının önüne geçilmesini sağlamaktır⁶³.

Sonuç olarak, milletlerarası özel hukukta da yer verilen bu irade serbestisi kapsamında, taraflar arası güven ilişkisinin ve öngörülebilirliğinin sağlanması adına *franchise* sözleşmelerinde genel olarak bir hukuk seçimi yapıldığı görülmektedir. Nitekim irade serbestisi prensibi uluslararası özel hukuk kurallarında ve Türk kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde yer bulmaktadır.

1. Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü

Teknolojinin doğrudan transferini ve bir nevi lisans sözleşmesini de içinde barındıran *franchise* sözleşmesi Avrupa Birliği Hukuku'nda özel olarak yer bulmuştur. Bu düzenleme, sözleşmeden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukukun yeknesaklaştırılması ve ortaya çıkan ihtiyaçlar sebebi ile düzenlenmiş ve Avrupa Birliği ülkelerinde akitler hukukunun belirleyicisi niteliğinde olan "Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü (Roma I Tüzüğü)"dür⁶⁴.

Roma I Tüzüğü her sözleşme bakımından uygulama alanı bulmamaktadır. Tüzüğün 1. maddesinin ilk fıkrasında da belirttiği üzere, Tüzük sadece ticari

⁶⁰ ÇELİKEL / ERDEM, s. 338.

⁶¹ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 157.

⁶² ÇELİKEL / ERDEM, s. 341.

⁶³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 30-31.

⁶⁴ Council Regulation (EC) No593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal of the European Union L177/6, 04.07.2008.

ve hukuki konulardaki sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde kanunlar ihtilafı problemlerinin çıktığı her uyuşmazlıkta uygulanma alanı bulacaktır. Roma I Tüzüğü'nün 2. maddesi, Tüzük hükümleri kapsamında tespit edilen hukukun üye devletin hukuku olsun veya olmasın uygulama alanı bulacağını düzenlemektedir.

Tüzüğü'nün 3. maddesinde, taraflara sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçme imkan veren irade serbestisine yer verilmiştir. Öyle ki, maddenin 1. fıkrasında akitten doğan borç ilişkilerinin öncelikle taraflarca seçilen hukuka tabi olacağı hüküm altına alınmıştır. Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile, tarafların aralarında akdettikleri sözleşmelerine uygulanmasını istedikleri hukuku açıkça veya zımnen seçim yapabilmelerine olanak verilmiş ve günümüzdeki hukuk düzenlerinde yaygın olarak kabul edilen irade serbestisi benimsenmiştir⁶⁵.

Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesinin 2. fıkrasında ise, tarafların diledikleri zaman hukuk seçimi yapmalarına olanak tanınmıştır. Aynı hüküm içerisinde tarafların seçtikleri bu hukuku, asıl sözleşmesinin şekli geçerliliğine ve üçüncü kişilerin haklarına etki etmeyecek şekilde istedikleri zaman değiştirebilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Tüzüğü'nün 3. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında ise tarafların yapacağı hukuk seçimine belirli sınırlamalar getirilmiştir. Maddenin 3. fıkrası hükmünde; seçim sırasında sözleşmenin tüm unsurları tek bir ülkeye işaret ediyor ise, taraflar bundan başka bir yabancı hukuku seçmiş olsalar dahi, bu durumun diğer tüm unsurların toplandığı ülke hukukunun emredici kurallarının uygulanmasına engel olamayacağını düzenlenmiştir. Devam eden fıkrada ise, tarafların hukuk seçimi sırasında sözleşmenin bütün unsurlarının bir veya birden çok üye devlette toplanması hali düzenlenmiş ve bu halde hukuk seçiminin Avrupa Birliği hukukunun emredici hukuk kurallarının engellemeyeceği belirtilmiştir.

Tüzüğü'nün yer verdiği bu irade serbestisi ticari ve hukuki sözleşmeleri içeren genel bir hüküm niteliğindedir. Tüzük sadece hukuk seçimi yapılmamış olması halinde özellikli bazı sözleşmeler bakımından özel hükümlere yer vermiş olup, hukuk seçiminin taraflarca serbestçe yapılmasını kabul eden hüküm bakımından 5718 sayılı MÖHUK'ta yer verildiği gibi bazı sözleşme tipleri bakımından özel düzenlemelere yer vermemiştir.

2. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MÖHUK'un 24. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, taraflar sözleşme ile herhangi bir bağlantısı olsun olmasın istedikleri zaman hukuk seçimini yapabilirler.

⁶⁵ GARD NEWS, EU law - Rome I - Law applicable to contractual obligations, Sa. 198, 2010 s. 32, (<http://www.gard.no/Content/3516989/Gard%20News%20198.pdf>, erişim 11 Mart 2018).

MÖHUK'un 24. maddesinin 3. fıkrasında ise, taraflara bu şekilde istedikleri zaman hukuk seçimi yapabilme serbestisinin sınırı üçüncü kişilerin haklarına halel gelmemesi ve hukuk seçiminin sözleşmenin kurulmasından belirli bir süre sonra yapılması veya seçilmiş hukukun değiştirilmesi halinde kazanılmış haklarının saklı tutulması olarak belirlenmiştir.

MÖHUK m.24 kapsamında belirtilen hukuk seçiminin kapsamı ise doktrinde birtakım tartışmalara sebebiyet vermiştir. Kimi yazarlara göre, bir devlet mahkemesinin örneğin *lex mercatoria*'yı bir hukuk sistemi olarak kabul etmiş olması ve tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerine *lex mercatoria*'nın uygulanması yönünde seçim yapmış olmaları halinde *lex mercatoria*'nın uygulanabileceği yönündedir⁶⁶. Aksini kabul eden ve bizim de katıldığımız görüşe göre, bu kavram, yani "taraflarca seçilebilecek olan hukuk" belirli bir devlete ait hukuk düzenini ifade etmektedir. *Lex Mercatoria* veya *Unidroit* gibi evrensel uygulama alanına sahip ve belirli bir devlet tarafından iç hukuk kuralı haline getirilmemiş olan bu kuralların MÖHUK'un 24. madde hükmünde düzenlenen "hukuk"un dışında kalmaktadır⁶⁷.

Ancak, *lex mercatoria*'yı içeren ve düzenleyen uluslararası bir sözleşme usulüne uygun olarak ilgili devlet tarafından kabul edilip iç hukuk düzeninde yürürlüğe girmiş ise, artık MÖHUK'un 24. maddesinde düzenlenen "hukuk"un kapsamına girecektir. Çünkü, tarafların milletlerarası ticari ilişkilerine dair sözleşmelerinde *lex mercatoria*'yı kabul etmeleri teknik anlamda bir hukuk seçimi olmayıp, sözleşme hükmü olarak kabul edilebilecektir. Sözleşme'ye uygulanacak hukuk bu bağlamda objektif bağlama kurallarına belirlenebilecektir. Bu şekilde belirlenen hukukun izin verdiği ölçüde bahse konu evrensel prensibin sözleşmelerdeki irade muhtariyeti kapsamında değerlendirilmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz⁶⁸.

Milletlerarası özel hukuk mevzuatımızda, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından genel ve özel nitelikleri haiz farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Yukarıda açıkladığımız MÖHUK'un 24. madde hükmü genel nitelikte bir hüküm olup, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunu ayrıntılı olarak düzenlemiştir. "*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri*" ifadesine madde metninde ve başlığında yer verilmiş, ne var ki maddede ve kanun gerekçesinde bu kavramın kullanımı ile ne kastedildiği açıklanmamıştır⁶⁹.

⁶⁶ AYGÜL, Mesut, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Sa. 3-4, s. 4 5 vd., (<http://dergipark.gov.tr/suhfd/issue/26634/281097>, erişim 14 Mart 2018).

⁶⁷ NOMER, s. 320; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 269.

⁶⁸ İRGE ERDOĞAN, s. 125-126; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 269.

⁶⁹ İRGE ERDOĞAN, s. 80-81.

MÖHUK'un 24. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ve genel hüküm niteliğinde olan sözleşmelere ilişkin düzenlemeye göre, akitten doğan borç ilişkileri tarafların açıkça seçtikleri hukuka tabi olacaktır. Hükümün devamında ise zımni hukuk seçimi düzenlenmiştir. Taraflarca açık bir hukuk seçimi olmamasına karşın, durumun hal ve şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşabilen zımni hukuk seçiminin de geçerli olacağı diğer modern devletler özel hukuku kanunlarının düzenlemesi ile paralel olarak ilgili madde kapsamında hükme bağlanmıştır.

Bununla beraber, MÖHUK'un 25 ve 29. maddeleri arasında bazı sözleşme tipleri için özel hükümlere yer verilmiştir⁷⁰. MÖHUK'un 28. maddesinde ise, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin tarafların seçtiği hukuka tabi olacağı düzenlenmiştir. MÖHUK 28. madde hükmü fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmiştir. İlgili madde hükmü kapsamında düzenlendiği üzere taraflar fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçebilirler.

Gerek MÖHUK m.24(1) ve gerekse MÖHUK m.28(1) hükmü, akit statüsü bakımından, ilk olarak tarafların hukuk seçimini düzenlemekte ve herhangi bir seçim yapılmış olması halinde bu hukukun uygulanacağını hüküm altına almışlardır. Bu iki düzenlemede tarafların hukuk seçimine öncelik verildiği için uygulanacak hukukun bu şekilde tayin edildiği durumlarda iki hüküm arasında uygulamada bir farklılık ortaya çıkmamaktadır. Ancak aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, her iki maddenin devam eden fıkralarında, yani tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumlar bakımından, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tespitinde farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu farklılıklar *franchise* sözleşmesinin hangi madde hükmü kapsamına girdiği yönündeki görüşlerin değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Franchise sözleşmesinin hangi maddenin uygulama alanına gireceğine ilişkin görüşleri tartışmadan ve kanaatimizi belirtmeden önce, bu bölümde son olarak, yukarıda da bahsettiklerimizden özetle yabancı unsurlu *franchise* sözleşmelerinde de taraflara sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçmeleri bakımından gerek MÖHUK'ta gerekse Roma I Tüzüğünde irade serbestisi getirilmiştir. Yine her iki düzenleme de açık ve zımni hukuk seçimine olanak tanımıştır. Bu seçimi tarafların istedikleri zaman değiştirebilecekleri hususu, her iki düzenlemede de üçüncü kişilerin haklarını saklı tutmak kaydı ile kabul edilmiştir.

⁷⁰ İRGE ERDOĞAN, s. 75-76.

C. Seçim Yapılmamış Olması Halinde *Franchise* Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukukun Tespiti- Objektif Bağlama Kuralı

Kural olarak *Lex Obligations*, diğer bir ifade ile akit statüsü olarak nitelendirilen sözleşmenin kuruluş ve hükümlerine uygulanacak hukukun, ilk olarak tarafların bir seçim yapmış olmaları halinde tarafların seçtiği hukuka tabi olacağını belirtmiş⁷¹. Tarafların aralarında akdettikleri sözleşmeye uygulanacak olan hukuku açık veya örtülü bir biçimde seçmemiş olmaları halinde ise, doktrindeki ağırlık görüş, uygulanacak hukukun her ülke hukukunca kabul edilen objektif bağlama kuralları çerçevesinde tespit edileceği yönündedir⁷².

Ancak bu durumda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitine yönelik devletlerin hukuk sistemlerinde bir birlik bulunmamaktadır⁷³. Bu konuda genel nitelikli olan sözleşmelere ilişkin önerilen objektif bağlama noktaları ise, “sözleşmenin ifa yeri”, “sözleşmenin yapıldığı yer”, “borçlunun yerleşim yeri hukuku” veya “mutat meskeni hukuku” ya da “işyeri hukuku”, “en sıkı ilişkili hukuk” ve “*lex fori*” olmuştur⁷⁴.

Genel nitelikte önerilen objektif bağlama noktalarına ek olarak, taraflarca bir seçimin yapılmamış olması halinde uygulanacak hukukun tespiti için, doktrinde teknoloji transfer sözleşmeleri bakımından daha karakteristik nitelendirmeler içeren bağlama kurallarını ortaya koymuş görüşler de mevcuttur. Doktrindeki bu görüşler; teknolojiyi alanın ülkesinin hukukunun, akdin yapıldığı -genellikle taraflardan birinin işyerinin bulunduğu- yer hukukunun, tescil yeri hukukun, hâkimin hukukunun (*lex fori*), karakteristik edim teorisine göre en sıkı irtibatlı hukukun tayini ile bu hukukun uygulanmasını savunan görüşler olarak sınıflandırılabilir⁷⁵.

Franchise sözleşmelerinde genel olarak hukuk seçimi yapıyor olsa da hukuk seçimi yapılmamış olması halinde hangi hukukun uygulanacağı ciddi bir problemdir. Bu açıdan, tarafların bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, *franchise* sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukukun tespiti bakımından objektif bağlama kuralı getirmiş olan Roma I Tüzüğü'nü ve bu bağlamda doktrinde farklı görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuş MÖHUK'un 24. ve 28. madde hükümlerini ele almakta fayda vardır.

⁷¹ IRGE ERDOĞAN, s. 75-76.

⁷² PITEGOFF, Thomas, M., International Franchising, New York State Bar Association, Franchise, Distribution and Licensing Law, 2002, NY, s. 10, (<https://www.leclairryan.com/files/Uploads/Documents/International-Franchising-2002.pdf>, erişim 17 Mart 2018).

⁷³ PITEGOFF, s. 10.

⁷⁴ ÇELİKEL / ERDEM s. 345.

⁷⁵ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 193-196; franchise sözleşmesinde karakteristik edim borçlusunun franchise alanın edimi olduğunu savunan bu görüşün dayandığı esaslar için bkz. dn. 31.

1. Roma I Tüzüğü

Roma Sözleşmesinden sonra Avrupa Birliği komisyonunca kabul edilip yürürlüğe giren Roma I Tüzüğü tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin uygulanacak objektif bağlama kurallarını içeren yeni düzenlemeler getirmiştir⁷⁶. Roma I Tüzüğünde düzenlenen ve akdi borçlara uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının, uygulanacak maddi hukuk kurallarını gösteren kurallar olmadığını ve Tüzüğün ilgili maddelerinin maddi hukukun nasıl tespit edileceğini gösteren hukuk kuralları olduğunu belirtmekte fayda vardır⁷⁷.

Roma I Tüzüğünün 4. maddesi, karakteristik edimin daha belirlenebilir olduğu sözleşmeler bakımından ve karma tipli sözleşmelerde olduğu gibi karakteristik edimin belirlenebilir olmasının kolay olmadığı sözleşmeler bakımından karakteristik edimin hangi edim olacağına ilişkin doktrinde yaşanan tartışmaları dikkate almıştır⁷⁸. Tüzüğün önsözünün 19. paragrafında karakteristik edimin tanımı yapılmıştır. Buna göre karakteristik edim; sözleşmeye hukuki niteliğini kazandıran, sözleşmeye ağırlığını veren edimdir.

Ancak Tüzüğün 4. maddesi tarafların herhangi bir seçim yapmamış olmaları halinde uygulanacak hukuka ilişkin, konusu fikri sınai hakları da barındıran sekiz adet uluslararası sözleşme için ve her sözleşme tipine özgün olacak şekilde kesin ve sert objektif bağlama kuralları getirmiş, bu sözleşme tipleri bakımından karakteristik edim borçlusu belirtilmemiştir⁷⁹. Tüzüğün 4. maddesinde düzenlenen sözleşmelerden birkaçına örnek verecek olur isek; bunlar *franchise* sözleşmesi, mal satım sözleşmeleri, hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmeler ve distribütörlük sözleşmeleridir. Tüzük aynı madde içerisinde bu sözleşmelere uygulanacak olan hukukların; *franchise* alanın, satıcının, servis sağlayıcısının veya distribütörün mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku olduğunu hüküm altına almıştır. Madde hükmü içerisinde her ne kadar hizmet sağlama sözleşmelerine yer verilmiş ise de, Tüzüğün önsözünün 17. paragrafında, *franchise* sözleşmeleri ve distribütörlük sözleşmeleri hizmet sağlama sözleşmeleri olsa da bu iki sözleşmenin özel hükümlere tabi olacağı düzenlenmiştir⁸⁰.

⁷⁶ MARTINEZ-LUNA, William, F., Applicable Law to Distribution Contracts in the European Union Regulation 593/2008 (Rome I), 28 International Law, Revista Colombiana Derecho Internacional, s. 247-282, 2016, s. 250, (<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n28/n28a05.pdf>, erişim 12 Mart 2018).

⁷⁷ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 123.

⁷⁸ MARTINEZ-LUNA, s. 250-251.

⁷⁹ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, A., The Law Governing International Property Licensing Agreements (A Conflict of Laws Analysis), Researcher Handbook on Intellectual Property Licensing, Edward Elgar Publishing, s. 312-336, 2013, s. 322-323, (http://eprints.ucm.es/18063/1/pdemiguelasensio-IP_Licensing_2013.pdf, erişim 15 Mart 2018).

⁸⁰ EMERSON, s. 7.

Tüzükte belirli sözleşme tipleri bakımından karakteristik edim borçlusunun belirtilmemiş olmasının ve sadece objektif bağlama kurallarının belirtilmesiyle yetinilmiştir. Doktrinde yer alan bir görüşe göre bunun altında yatan sebep; eğer bir sözleşme Tüzüğün 4. maddesinin 1. fıkrasında sayılan sözleşmelerden bir tanesi ise, bu sözleşme bakımından karakteristik edim borçlusunun kim olduğuna dair yaşanacak uyuşmazlıklar önemini yitirecek ve madde içerisinde düzenlendiği şekliyle belirlenmiş ilgili ülke hukuku o sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacaktır⁸¹. Sözleşmelerden doğan ilişkilere uygulanacak hukukun bu nevi belirli objektif bağlama kuralları ile düzenlenmesi ise, karakteristik edim borçlusunun tayininin tartışmalı olduğu *franchise* ve distribütörlük gibi sözleşmeler bakımından hukuki öngörülebirliliği arttıracaktır⁸².

İşte *franchise* sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun spesifik olarak düzenlendiği Tüzüğün 4. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca: “... tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları halinde..... (e) *franchise* sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara *franchise* alanın mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır”. Diğer bir ifade ile Tüzüğün 4. maddesinin ilgili fıkra hükmü, kanunlar ihtilafı halinde, yetkili mahkemenin sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulayacağı hukukun sözleşmeyi ifa eden ana aktörün, yani *franchise* alanın mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku olacağını hüküm altına almıştır⁸³.

Tüzük 19. madde hükmü içerisinde “*mutad mesken*” kavramının, sırası ile birinci fıkra hükmünde tüzel kişiler için, ikinci fıkra hükmünde ise gerçek kişileri için tanımına yer vermiştir. Tüzük, tüzel kişiliğe haiz olsun veya olmasın tüzel kişilerin mutad meskenlerinin idare merkezlerinin bulunduğu yer olduğunu, gerçek kişiler içinse ticari işlerini yürütmek adına hareket ettikleri durumda mutad meskenlerinin esas iş yeri merkezinin bulunduğu yer olduğunu belirtmiştir.

Tüzük 4. maddenin 1. fıkrasının (e) bendinde taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde *franchise* sözleşmeleri bakımından özel objektif bağlama kuralı olarak *franchise* alanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını düzenledikten sonra, aynı maddenin 4. Fıkrasında; maddenin 1 ve 2. Fıkrası kapsamında uygulanacak hukukun tespit edilememesi halinde sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak olan hukukun, sözleşme ile “*en sıkı irtibatlı*” olan hukuk olduğunu belirtmiştir. En sıkı ilişkili hukukun ne olduğu ise tüzük kapsamında tanımlanmamış ancak Tüzüğün önsözünün 16. paragrafında hâkime bu hukuku belirlemek hususunda takdir yetkisi verilmiştir⁸⁴.

⁸¹ DE MIGUEL ASENSIO, s. 323-324.

⁸² DE MIGUEL ASENSIO, s. 322-324.

⁸³ EMERSON, s. 7-8.

⁸⁴ İRGE ERDOĞAN, s. 180-181.

Bununla beraber aynı maddenin 3. fıkrasında olayın tüm hal ve şartlarından sözleşmenin maddenin 1 ve 2. fıkrasında belirtilen hukuklardan daha yakın bir ülke hukuku ile daha sıkı ilişkide olacağı anlaşılıyorsa “*daha sıkı ilişkili*” hukukun objektif bağlama kuralı olarak kabul edileceği ve o sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

2. 5718 Sayılı MÖHUK'ta Yer Alan Hükümler

Önceki bölümde MÖHUK m.28(1) hükmünün daha özel bir düzenleme getirdiğini ve fikri mülkiyete ilişkin sözleşmelerde, m.24(1) hükmünün ise genel hüküm niteliğinde olduğunu ve genel olarak sözleşmelerde, taraflara sözleşmelerinden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçmek konusunda serbesti tanıdığını ve tarafların böyle bir seçim yapmış olmaları halinde uygulanacak hukukun bu hukuk olduğunu önceki bölümde belirtmiştik.

Ancak bu iki madde hükmü, tarafların herhangi bir seçim yapmamış olmaları halinde, uygulanacak hukukun tespiti için farklı bağlama noktaları ortaya koymuştur. Bu noktada, *franchise* sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş, kendine özgü ve çerçeveye bir sözleşme olmasından ötürü genel hüküm niteliğinde olan 24. maddenin mi, yoksa *franchise* sözleşmelerinin teknoloji transferi ile beraber sınai hakların devrini ve kullanımını da kapsadığı durumlar göz önüne alındığında, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen ve daha özel nitelikli olan MÖHUK m.28 hükmünün mü uygulanma alanı bulacağı doktrinde tartışılmaktadır.

Diğer bir ifade ile, *franchise* sözleşmelerinde, özellikle *master franchise* sözleşmelerinin büyük bir çoğunluğunda sözleşme konusu malların piyasa sürülmesi, *know-how*'ın aktarılması *franchise* alanın eğitimi ve desteklenmesinin yanı sıra sözleşme konusu hizmet ve mallara ilişkin fikri sınai hakların kullanılmasının devrinin de sıkça yapıldığı görülmektedir⁸⁵. Bu noktada lisans hakkının devrini içeren *franchise* sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK'ta yer alan hangi kuralın uygulanması ile yapılacaktır? Diğer bir ifade ile, genel nitelikli olan ve sözleşmeden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.24 hükmü mü, yoksa özellikle olarak fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.28 hükmü mü uygulama alanı bulacaktır?

Franchise sözleşmesinde edimlerinden birisinin lisans hakkının kullanılmasından dolayı, *franchise* sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tayini aşamasında bir görüş birliğinin sağlanmasını zorlaştırmaktadır⁸⁶. Her iki madde hükmüne ilişkin ortaya atılan görüşleri tartışmadan

⁸⁵ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 239; İRGE ERDOĞAN, s. 70-74.

⁸⁶ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 243; İRGE ERDOĞAN s. 145-150.

önce, ilgili madde hükümlerini ele almakta fayda vardır. Ancak sonrasında, tarafların hukuk seçimi yapmadığı *franchise* sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespitinin hangi objektif bağlama kuralları kapsamında yapılacağını belirleyebilmek adına *franchise* sözleşmesinin hangi madde hükmü kapsamında yer aldığına dair bir kanaate varmanın isabetli olacağını düşünmekteyiz.

MÖHUK m.24(4) hükmü, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde objektif bağlama kuralını düzenlemektedir. Tarafların subjektif olarak hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, akdi borç ilişkisine uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralına göre tespitini düzenlemektedir.

MÖHUK'un 24. maddesinin 4. fıkrasında tarafların bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde "*en sıkı ilişkili*" hukukun uygulama alanı bulacağı hüküm altına alınmıştır. En sıkı ilişkili hukuk ise, her somut olayda olayın özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenmesi gerekmektedir⁸⁷. Roma I Tüzüğüne olduğu gibi, MÖHUK m.24(4) kapsamında objektif bağlama kuralı olarak belirlenen "*en sıkı ilişkili*" hukuk ifadesinin tanımı yapılmamıştır. Ancak MÖHUK m.24(4) hükmünde objektif bağlama kuralı olarak en sıkı ilişkili hukukun hangi hukuk olduğunun tespiti açısından "*karakteristik edim*" karinesi getirilmiştir. Madde hükmü uyarınca; bu hukukun tespitinde karakteristik edim borçlusunun "*mutad meskeni*"nin, söz konusu faaliyet ticari veya mesleki ise karakteristik edim borçlusunun "*işyeri*"nin, işyerinin birden çok olduğu durumlarda "*sözleşme ile daha sıkı ilişki olan işyeri*"nin, işyeri bulunmadığı takdirde ise "*yerleşim yeri*"nin dikkate alınacağı düzenlenmiştir.

Madde 24(4) son cümle ise, hakim tarafından somut olayda, yukarıda belirtilen objektif bağlama kuralı ile tespit edilen hukuktan başka bir hukukun sözleşme ile "*daha sıkı ilişkili*" olduğu tespit edilir ise ve bu durum halin şartlarından açıkça anlaşılıyor ise, hakime "*daha sıkı ilişkili*" hukuku sözleşmeden doğan ilişkiye serbestçe uygulama imkânı veren istisnai bir kural getirilmiştir.

Görüldüğü üzere MÖHUK m.24(4) hükmünde kanun koyucu objektif bağlama kuralı olarak her bir sözleşme bakımından o sözleşme ile "*en sıkı ilişkili*" hukukun uygulanacağı esasını benimsemiştir. En sıkı ilişkili hukukun tespitinde ise, yukarıda bahsettiğimiz üzere "*karakteristik edim*" karinesini esas almıştır. Bu sebeple tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde aralarında akdettikleri sözleşmeye uygulanacak hukukun MÖHUK m.24(4) kapsamında tespit edileceği durumlarda, ilk yapılması gereken karakteristik edimin tespit edilmesi olacaktır.

⁸⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 55.

MÖHUK m.24(4)'te objektif bağlama kuralı olarak tespit edilen en sıkı ilişkili hukuk sözleşmenin tamamı için belirlenip, yine tamamı için uygulama alanı bulacaktır⁸⁸. Diğer bir ifade ile tarafların herhangi bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde hangi ülke hukukun uyuşmazlığa uygulanacağı, "...*hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun olması durumu ayrık olmak üzere...*"⁸⁹, karakteristik edim kavramı çerçevesinde belirlenecektir⁹⁰.

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk ise MÖHUK'un 28. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrası, tarafların açık veya zımnî bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde akit statüsünü belirleyecek objektif bir bağlama kuralı getirmiştir. MÖHUK m.28(2) uyarınca; "*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tâbi olur.*"

MÖHUK m.24 hükmü ile m.28 hükmünün getirdiği objektif bağlama kuralarını karşılaştırmalı olarak *franchise* sözleşmesine uyguladığımızda, sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukukların farklılık arz etmektedir. Şöyle ki;

- (i) MÖHUK m.24 uyarınca uygulanacak hukuk, çalışmamızın içerisinde kanaate vardığımız üzere *karakteristik edim borçlusunun*, yani *franchise* alanın sözleşmenin kurulduğu andaki mutad meskeni / iş yeri / yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukuku olacak iken,
- (ii) MÖHUK m.28 uyarınca bu hukuk, fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden, yani *franchise verenin*, sözleşmenin kuruluş anındaki işyeri/mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku olacaktır.

Bu noktada doktrindeki tartışmaları ele alacak olur isek;

Doktrindeki bir görüşe göre, MÖHUK m.28'de fikri haklara ilişkin sözleşmelerle ilgili düzenlemeye özel olarak yer verilmiştir. Bu sebeple, fikri mülkiyet haklarının devrini ve kullanımını içermesi sebebi ile yabancı unsurlu *franchise* sözleşmelerine uygulanacak hukukun MÖHUK m.28 hükmündeki objektif bağlama kuralları ile tespit edilecektir⁹¹. Yazar her ne kadar *franchise* sözleşmelerinin MÖHUK m.28'in uygulama alanına gireceğini belirtmişse de, ilgili madde hükmünde tüm fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler için hakkı devreden

⁸⁸ İRGE ERDOĞAN, s. 130-131.

⁸⁹ 5718 Sayılı MÖHUK m.24(4).

⁹⁰ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 195.

⁹¹ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 244-245.

veya kullanımını devredenin edimine öncelik verilerek tek bir objektif bağlama noktasının öngörülmesini isabetli bulmamıştır. Yazar ilgili madde hükmünü mevcut hali ile yerinde bulunmadığını, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin de MÖHUK m.24(4)'de düzenleme alanı bulan genel kurala tabi tutulmasının daha isabetli olacağını ifade etmiş ise de, MÖHUK m.28'de yer alan kuralın kapsamının geniş olduğunu belirtmiş ve madde kapsamının "*fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler*" yerine "*sözleşmenin esas konusunun fikri mülkiyet haklarının transfer edilmesi veya devredilmesi olan sözleşmeler*" şeklinde daraltılmasının daha uygun olduğunu savunmuştur⁹².

Diğer bir görüş ise, *franchise* sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş, çerçeve ve karma nitelikli bir sözleşme olduğu hususları göz önüne alındığında, yabancı unsurlu *franchise* sözleşmelerinin genel hüküm niteliğinde olan ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanması öngörülen MÖHUK m.24'ün kapsamında değerlendirilmesinin daha uygun olacağı yönündedir⁹³.

Franchise sözleşmesi, *franchise* verenin *franchise* alana pazarlama, dağıtım, iş modeli, hizmet sunumu veya ürün, marka, üretim, reklam ağını oluşturan bir sistem sunan, kanunda düzenlenmemiş kendine özgü yapısı olan, çerçeve bir sözleşmedir. Bununla beraber, sözleşme kapsamında *franchise* alana devredilen sadece bir gayri maddi malların kullanım hakkı değildir. Gayri maddi unsurun yanında *franchise* sözleşmesi ile asıl olan *franchise* alan ile *franchise* veren arasında bir sistem kurulmasını sağlamaktır.

Bu özellikleri de dikkate alındığında, kanımızca, *Franchise* sözleşmesinin, MÖHUK m.28 ile düzenlenen özel hükmün uygulama alanına değil, MÖHUK m.24'ün uygulama alanına sokulması gerekmektedir. Şöyle ki, teknolojinin transferi ile fikri sınai hakların kullanımının da devrini içeren *franchise* sözleşmesi, her ne kadar fikri sınai hakların devrini içeriyor olsa da, kanun koyucunun ortaya koyduğu iradeye bakılacak olur ise, kanun koyucu özel olarak sadece belirli sözleşmeleri MÖHUK m.25 ve 29 arasında düzenlemiştir. *Franchise* sözleşmesi ise bu özel nitelikli maddelerde düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, *kanımızca* sözleşmenin MÖHUK m.24 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla beraber, MÖHUK'un Roma I Tüzüğü'nün maddelerine paralel nitelikli düzenlemeler içerdiğini göz önünde bulunduracak olur isek, MÖHUK kapsamına da Tüzüğü'nün 4. maddesinde yer verildiği şekilde *franchise* sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukukun "*franchise* alanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku" olacağını düzenleyen özel nitelikli kesin ve net bağlama kuralı getirebilir.

⁹² ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 243-245.

⁹³ İRGE ERDOĞAN, s. 151-152.

Bu şekilde bir düzenlemenin yakın zamanda yapılıp yapılmayacağı belirsizdir. Ancak MÖHUK'un mevcut düzenlemeleri bakımından *franchise* sözleşmesine dair *kanaatimiz*; *franchise* sözleşmelerinden doğan borç ilişkilerinde, tarafların bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinin genel hüküm niteliğinde olan MÖHUK m.24 kapsamında düzenlenen objektif bağlama kuralları ile tespit edileceği yönündedir.

Franchise sözleşmelerinin mevcut MÖHUK m.24'ün uygulama alanına gireceğine ilişkin görüşlerimizi belirttikten sonra, ilgili madde hükmünü uygulayarak *franchise* sözleşmelerinin hangi hukuka tabi olacağını da belirtmek de fayda vardır. Taraflarca hukuk seçimi yapılmış olmaması halinde, MÖHUK m.24(4) kapsamında hangi ülkenin hukukun uygulanacağını tespitinin karakteristik edime göre yapıldığını belirtmiştik. Uygulanacak hukukun tespiti bakımından karakteristik edim borçlusunun tespitinde ileri sürülen diğer bir görüşü de son olarak ele almakta fayda vardır. Çalışma içerisinde ayrıntılı olarak değinildiği üzere, doktrindeki bir görüşe göre; *franchise* sözleşmesinde alınan riskler karşılaştırıldığında *franchise* verenin daha büyük bir riski göze aldığı ifade edilmektedir⁹⁴. Bu sebeplerle, *franchise* verenin ediminin daha ağırlıklı, rizikolu ve sözleşmeyi karakterize eden edim olduğu savunulmaktadır⁹⁵. Doktrin yer alan ve bizim de katıldığımız görüşe göre "...karakteristik olan edim, "sözleşme kategorisi" için karakteristik olandan ibarettir ve teorinin sunduğu metod, bir milletlerarası unsurlu hukukî ilişkinin, onun fonksiyonel dahili organizasyona göre yerleştirilmesindeki temel fikir ile ilgilidir. Dolayısıyla, ekonomik ve sosyolojik açıdan "en esaslı borç"un yerine getirildiği sosyal düzende etkili olan hukuk, sözleşmeye uygulanabilir hukuk olacaktır⁹⁶".

Yukarıda açıklanan sebeplerle; doktrinde bizim de katıldığımız *franchise* sözleşmeleri bakımından karakteristik edimin *franchise* alanın edimi olduğu görüşleri ve *teknoloji transferini içeren franchise sözleşmelerinde franchise alanın ülkesinde yer alan franchise sözleşmelerine ilişkin yasal düzenlemeleri de göz önünde bulundurarak*⁹⁷, *franchise* sözleşmesinde karakteristik edim borçlusunun *franchise* alan olduğu yönündeki kanaatimizi bir kez daha tekrarlamakta fayda vardır.

Sonuç olarak, bu bağlamda yabancı unsurlu *franchise* sözleşmelerine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemiş olması halinde, bu hukuk MÖHUK

⁹⁴ İRGE ERDOĞAN, s. 135-156, dn. 204.; TÜRKMEN, s. 49, dn. 159; Amerikan hukukunda ise *franchise* sözleşmelerinde, *franchise* verenin ediminin genellikle karakteristik edim kabul edildiği görülmektedir.

⁹⁵ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGENMEŞE, s. 283.

⁹⁶ SARGIN, s. 46, bkz. dn. 37/38.

⁹⁷ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 238.

m.24(4) hükmü uyarınca ticari ve mesleki faaliyette bulunan *franchise* alanın işyeri, işyerinin bulunmadığı takdirde yerleşim yeri ülke hukukun tatbik edileceğini; ancak bu noktada son cümlede düzenlendiği üzere halin şartlarından sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukuk olduğuna dair ve o somut olayın özelliklerine göre söz konusu sözleşmeye uygulanması yönünde hâkimin takdiri oluşur ise daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabileceğini belirtmekte fayda vardır.

Sonuç

Son yıllarda yaşanan teknolojik gelişmeler, insanlar ve ülkeler arasındaki etkileşimin küreselleşmesi, ticari hayatta yer alan kişilerde de kendi ülkeleri dışında daha çok pazara ulaşma isteğini arttırmıştır. Yabancı yatırımcıların ise sahibi oldukları ürün ve hizmetleri yabancı pazarlara daha az masraflı ve daha avantajlı bir şekilde sunmak istemeleri onları pazarına girmek istedikleri ülkede, o ülkenin iç hukuk kurallarına daha aşına olan yerli kişilerle bir sistem kurmaya yönlendirmiştir.

Bu sistem ise, bir tarafın bir mal veya hizmete ilişkin marka/patent/lisans hakkına sahip olduğu ve diğer tarafa bu hakların kullanımını devrederek yabancı bir ülkede mal veya hizmetin o ülkedeki tüzel veya gerçek kişi tarafından kendi nam ve hesabına, belirlenmiş standartlara ve iş modeline uygun olarak üretebilmesini ve/veya işletebilmesini ve pazara sunmasını sağlamakta olan *franchising* sistemi olarak adlandırılmaktadır.

Görüldüğü üzere, *franchising* sistemi her ne kadar daha az masraflı ve avantajlı olsa da, kendi içinde teknik ve hukuki olarak karışık bir sistemdir. *Franchising* sistemi bir tarafta *franchise* veren ile *franchise* alan arasında imzalanan teknolojinin de doğrudan transfer edildiği nitelikteki *franchise* sözleşmesi ile kurulmaktadır.

Franchise sözleşmesi bünyesinde üretim teknolojisinin, yenileme teknolojisinin; pazarlama, finansman, iş modeli ve yönetim yeteneklerinin aktarıldığı insan teknolojisinin; fabrika, makine, donanım ve teçhizat ile malzeme teknolojisinin; son olarak da gayri maddi mallar olarak sınıflandırılan, patent, marka, *know-how* ve telif haklarına ilişkin aktiflerin transferi ile bilgi teknolojisinin hepsinin bir arada veya bir kısmının transferini içeren bir sistemin kurulması için akdedilen özellikli bir sözleşmedir.

Franchise sözleşmeleri Türk maddi hukukunda kanunlarla tanımlanmamış olup doktrinde özetle; kişilerce kanunda düzenlenmiş ve düzenlenmemiş birden çok sözleşmenin unsurlarının bir araya getirilmesinden meydana gelen kendine özgü, tam iki tarafa borç yükleyen, sürekli ve çerçeve bir sözleşme olarak nitelendirilmiştir.

Bununla beraber, *franchise* sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen ve kendine özgü bir sözleşme olması sebebi ile karakteristik edimin hangi edim olduğu konusunda da doktrinde fikir birliği sağlanamamıştır. Öyle ki, hukukumuzda karakteristik edim teorisinin tanımı yapılmamıştır. Doktrinde bu edim karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde, akdi karakterize eden, sözleşmeye adını veren, sözleşmeye hukuki özelliğini ve ağırlığını veren, diğer edime göre daha riskli konumda bulunan edim olarak tarif edilmektedir.

Franchise sözleşmesi bakımından ele alındığında, *franchise* alan *franchise* sözleşmesi ile kendisine kullanım hakkı devredilen gayri maddi malları kullanmayı, *franchise* sistemine dâhil mal ve hizmetleri *know-how*'a uygun olarak kendi nam ve hesabına üretip, sunumunu yapıp piyasa sürmeyi, *franchise* verenin denetimlerine katlanmayı ve bunlarla beraber bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Dolayısıyla, doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, *franchise* alanın taahhüt ettiği bu fiiller *franchise* sistemine haiz edimler olup, *franchise* alanın bu edimleri ifa etmesi sözleşmenin karakteristik özelliğini ortaya koymaktadır.

Maddi hukuk boyutu bir tarafta, milletlerarası ticaretin gelişmesi ile yabancı unsurlu *franchise* sözleşmelerinin artması, gerek Türk hukukunda gerekse Avrupa Birliği Hukuku'nda dikkat çekmiş ve bu sözleşmelere uygulanacak hukukun hangi hukuk olacağı konusu tartışılmaya başlanmıştır. Öncelikli olarak gerek Türk kanunlar ihtilafı kurallarında, gerekse Roma I Tüzüğünde yabancı unsurlu sözleşmelerde kişilere sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçmek konusunda irade serbestisi getirilmiştir.

Milletlerarası özel hukukta sözleşmenin kuruluş ve hükümlerine uygulanacak hukuk, ilk olarak tarafların bir seçim yapmış olmaları halinde tarafların seçtiği hukuka tabi olmakta, tarafların herhangi bir seçim yapmamış olmaları halinde kanun koyucular tarafından belirlenmiş objektif bağlama kuralları çerçevesinde tespit edilmektedir.

Bu irade serbestisine Türk hukukunda 5718 sayılı MÖHUK'un sözleşmelele ilişkin genel hüküm niteliğinde olan 24. maddesinde ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeleri düzenleyen özel nitelikli 28. madde hükmü içerisinde yer verilmiştir. Avrupa Birliği Hukuku'nda ise Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesinde irade serbestine yer verilmiş ve akitten doğan borç ilişkilerinin öncelikle taraflarca seçilen hukuka tabi olacağı hüküm altına alınmıştır.

Taraflarca herhangi bir seçim yapılmamış olması halinde ise, Roma I Tüzüğünde *franchise* sözleşmelerine ilişkin özel bir objektif bağlama kuralı getirilmiştir. Tüzük m.4/1(e)'de *franchise* alanın mutat meskenin bulunduğu ülke hukukun uygulanacağı, devam eden fıkralarda ise maddenin 1 ve 2. fıkrası kapsamında uygulanacak hukukun tespit edilememesi halinde sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak olan hukukun, sözleşme ile "*en sıki iritibatl*" olan hukuk olduğunu belirtmiştir.

Türk hukukunda ise, akitten doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinin, *franchise* sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş, kendine özgü ve çerçeveye bir sözleşme olmasından ötürü genel hüküm niteliğinde olan 24. maddede belirlenmiş objektif bağlama kurallarına göre mi, yoksa *franchise* sözleşmelerinin teknoloji transferi ile beraber sınai hakların devrini ve kullanımını da kapsadığı durumlar göz önüne alındığında, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen ve daha özel nitelikli olan MÖHUK m.28 hükmünde yer verilen objektif bağlama kurallarına göre mi belirleneceği konusunda doktrinde bir fikir birliğine varılamamıştır.

Franchise sözleşmesi, *franchise* verenin *franchise* alana pazarlama, dağıtım, iş modeli, hizmet sunumu veya ürün, marka, üretim, reklam ağını oluşturan bir sistem sunan, kanunda düzenlenmemiş kendine özgü yapısı olan, çerçeveye bir sözleşmedir. Bununla beraber, sözleşme kapsamında *franchise* alana devredilen sadece bir gayri maddi malların kullanım hakkı değildir, gayri maddi unsurunun yanında *franchise* sözleşmesi ile asıl olan *franchise* alan ile *franchise* veren arasında bir sistem kurulmasını sağlamaktır. *Franchise* sözleşmesi bu yönleri ile ele alındığında sözleşme, *kanımızın*, *franchise* sözleşmesinin MÖHUK m.28 ile düzenlenen özel hükmün uygulama alanına sokulması yerine MÖHUK m.24'ün uygulama alanına sokulması yönünde olduğunu belirtmek isteriz.

Bununla beraber, MÖHUK'un Roma I Tüzüğü'nün maddelerine paralel nitelikli düzenlemeler içerdiğini göz önünde bulunduracak olur isek, MÖHUK kapsamına da Tüzüğü'nün 4. maddesinde yer verildiği şekilde *franchise* sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukukun "*franchise* alanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku" olacağını düzenleyen özel nitelikli kesin ve net bağlama kuralı getirebilir.

Bu şekilde bir düzenlemenin yakın zamanda yapılıp yapılmayacağı belirsizdir. Ancak MÖHUK'un mevcut düzenlemeleri bakımından *franchise* sözleşmesine dair *kanaatimiz*; *franchise* sözleşmelerinden doğan borç ilişkilerinde, tarafların bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinin genel hüküm niteliğinde olan MÖHUK m.24 kapsamında düzenlenen objektif bağlama kuralları ile tespit edileceği yönündedir.

Bu bakımdan sonuç olarak, *franchise* sözleşmelerinde karakteristik edimin *franchise* alanın edimi olduğu yönündeki kanaatimizi dikkate alarak, taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa, MÖHUK m.24 kapsamında, ticari bir faaliyet ihtiva eden *franchise* sözleşmelerine; *franchise* alanın sözleşmenin kuruluşu anındaki "*işyeri*" hukuku, birden çok işyerinin bulunması halinde "*sözleşme ile en sıkı ilişkili iş yerinin*" bulunduğu ülke hukuku, bu bulunmadığı takdirde, *franchise* alanın "*yerleşim yeri*" hukuku uygulanacaktır. Ancak eğer halin bütün şartlarına göre daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa bu halde sözleşmeye takdiri hakimde olmak üzere bu hukuk uygulanacaktır.

Kaynakça

A. Kitap, Makale ve Tebliğler

- ÂRVASI, Zerrin, Franchise Sözleşmesi -Contract of Franchising, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 4, s. 135-151, 2000, (<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tek-makale/2000-4/6.pdf>, erişim 9 Mart 2018).
- AYGÜL, Mesut: Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması, Selçuk Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Sa. 3-4, s. 45 vd., (<http://dergi-park.gov.tr/suhfd/issue/26634/281097>, erişim 14 Mart 2018).
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır B., Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul, Mart 2016.
- ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema, Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, 2013.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, A., The Law governing International Property Licensing Agreements (A Conflict of Laws Analysis), Researcher Handbook on Intellectual Property Licensing, Edward Elgar Publishing, s. 312-336, 2013, (http://eprints.ucm.es/18063/1/pdemiguelasensio-IP_Licensing_2013.pdf, erişim 15 Mart 2018).
- D'OLIVEIRA, Hans Ulrich Jessurun, Characteristic Obligation in the Draft - EEC Obligation Convention, 25 Am. J. Comp. L., s. 303-331, 1977, (<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amcomp25&div=20&id=&page=&collection=journals>, erişim tarihi, 12 Aralık 2018).
- DRUMMOND, Jane / STEFANOVIC, Pavao, Transfer of High Technology to Developing Countries, International Institute for Aerospace Survey and Earth Sciences, 1986, (<https://pdfs.semanticscholar.org/68c2/ce2b1a1bf8de1381114a25c7f9ffb8803bb6.pdf>, erişim 14 Mart 2018).
- EMERSON, Robert, W., An International Model for Vicarious Liability in Franchising, 2015, (<http://www.alsb.org/wp-content/uploads/2016/01/NP-2015-An-Intl-Model-for-Vicar-Liab-Emerson.pdf>, erişim 13 Mart 2018).
- EREN, Fikret, İsimli Bazı Sözleşme Türleri, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1 Sa. 1, s. 67-129, 2015, (<http://hukuk2.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/2.fikreteren.pdf>, erişim 1 Şubat 2018).
- İRGE ERDOĞAN, Burcu, Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, İstanbul, 2016.
- JAFARIEH, Hamid, Technology Transfer to Developing Countries: A Quantitative Approach, The University of Salford PhD Thesis, July 2001, (<http://usir.salford.ac.uk/2101/1/400950.pdf>, erişim 7 Mart 2018).
- KUZNIATSOV, Denis, Technology Transfer Methods Business Development, Technology Transfer, 2013, (<http://innodigest.com/technology-transfer-methods/>, erişim 10 Mart 2018).

- MARTINEZ-LUNA, William, F., Applicable Law to Distribution Contracts in the European Union Regulation 593/2008 (Rome I), 28 International Law, Revista Colombiana Derecho Internacional, s. 247-282, 2016, (<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n28/n28a05.pdf>, erişim 12 Mart 2018).
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 10. Baskı, s. 46.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 30, Sa. 1-2, s. 27-88, 2010, (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmhohb/article/view/1019012117>, erişim 12 Mart 2018).
- ÖZEL, Sibel, Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, s. 582, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22 Sa. 2, s. 577-618, (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/99479>, erişim 12.12.2018)
- ÖZTÜRK, Pınar, Franchise Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, Yargıtay Yayınları, C. 24, Sa. 4, s. 458- 489, 1998, (<http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ekim1998.pdf>, erişim 9 Mart 2018).
- PITEGOFF, Thomas, M., International Franchising, New York State Bar Association, Franchise, Distribution and Licensing Law, 2002, NY, (<https://www.leclairryan.com/files/Uploads/Documents/International-Franchising-2002.pdf>, erişim 17 Mart 2018).
- SARGIN, Fügen, Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım, Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, Sa. 2, s. 37-95, 2001, (http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id=38&sayi_id=290, erişim 9 Mart 2018).
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİĞENMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, İstanbul, 2018.
- TORUN, Zeliha, Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmelerinin İncelenmesi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2012, (<http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/126/Torun%2C%20Zeliha.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, erişim 10 Mart 2018).
- TÜRKMEN, Sevgi, Franchising Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2015, (http://www.rehberhukuk.net/uploads/files/SEVG%C4%B0%20T%C3%9CRKMEN_FRANCHISING%20S%C3%96ZLE%C5%9EMELER%C4%B0-%20.pdf, erişim 9 Mart 2018).
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Baskı, İstanbul, 2013.

B. Diğer Kaynaklar

- 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5718.pdf>, erişim 5 Mart 2018).
- Council Regulation (EC) No: 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal of the European Union L177/6, 04.07.2008, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>, erişim 11 Mart 2018).
- Dictionary of International Trade, (<https://www.globalnegotiator.com/international-trade/dictionary/technology-transfer/>, erişim 10 Mart 2018).
- GARD NEWS: EU law - Rome I - Law applicable to contractual obligations, S. 198, 2010 s. 32, (<http://www.gard.no/Content/3516989/Gard%20News%20198.pdf>, erişim 11 Mart 2018).
- Uluslararası Teknoloji Transferi ve Türkiye, (<http://www.1bilgi.com/iktisat/4899/uluslararasi-teknoloji-transferi-ve-turkiye.html>, erişim 10 Mart 2018).
- Yargıtay 19. HD., 2001/819 E., 2001/4917 K., 25.06.2001 tarihli kararı, Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-2001-819.htm>, erişim 12 Mart 2018).
- Yurtdışında Franchise Veren Firmalar, Habertürk Gazetesi, Ekonomi Haberleri, 22 Haziran 2016, (<http://www.haberturk.com/ekonomi/is-yasam/haber/1257375-yurtdisinda-franchise-veren-firmalar>, erişim 15 Mart 2018).
- 2016 En iyi 100 Global Bayilik Veren Firmalar Listesi, Mor Fikirler Haber Sitesi, (<https://morfikirler.com/2016-en-iyi-100-global-bayilik-veren-firmalar-listesi/>, erişim 15 Mart 2018).