

TİCARÎ İŞLETMELERİN ÜRÜN KİRASİ SÖZLEŞMELERİNE KONU TEŞKİL ETMESİ VE BUNUN BENZER HUKUKİ İLİŞKİLER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. İpek SAĞLAM (*)

§ 1. Giriş

I. Sorunun Ortaya Koyulması

1. Çalışmanın Konu ve Amacı

Ticarî işletme çeşitli unsurların bir araya getirilmesinden oluşan yaşayan bir organizmadır. Ne var ki ticarî işletmenin değeri, kendisini oluşturan unsurların değerinin basit bir toplamından ibaret değildir. Sistemimizde bir malvarlığını bütünüyle kapsayan tek bir mülkiyet hakkı söz konusu olamaz. O halde özel bir malvarlığı oluşturan ticarî işletmenin sahibi olmaktan söz edildiği zaman, gerçekte, bu işletmeyi oluşturan çeşitli unsurların her biri üzerinde ayrıca söz konusu olacak hak sahipliği kastedilmektedir¹. Bir taci-

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Aynî haklara özgü belirlilik ilkesi ve aynî hakların bir malvarlığını bütün olarak kapsamayıp, her bir malvarlığı unsuru üzerinde bağımsız olarak söz konusu olabileceği hakkında bkz: OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Yenilenmiş Ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası, İstanbul 2012, s. 26; TEKİNAY, Selâhaddin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Attilâ, Tekinay Eşya Hukuku Cilt I, Yeniden İncelenmiş Ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 1989, s. 12; AKER, Halit, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012, s. 98; ÖZEN, Burak, “Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak “Ticari İşletme””, Ünal TEKİNALP’e Armağan, C.II, s. 708; EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 52; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynî Haklar, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Konya 2012, s. 145; ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2012, s. 110; AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2012, s. 27; ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 10. Baskı, İzmir 2012, s. 15; SİRMEN, Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 36-37. Ne var ki ticarî işletmeyi oluşturan unsurlar aynî hak konusu olabilecek değerlerden ibaret olmadığına göre (örneğin işletme bünyesinde çeşitli alacakların, fikrî hakların bulunması mümkündür), işletme bünyesindeki unsurların

rin ticarî işletmesi üzerindeki sahiplik fonksiyonu, bu işletmenin bünyesindeki her bir malvarlığı unsurunu kapsamına alır. Diğer taraftan ticarî işletmenin varlığının korunması, söz konusu işletmenin değişen şartlara sürekli olarak uyarlanması gerektirir. Bu uyarlanma, tacirin ticarî işletmesini koşulların gerektirdiği biçimde işletmesi (dinamik bir idare fonksiyonu) yoluyla hayata geçirilir. Ticarî işletmeyi kendi hesabına ve hasarı kendisine ait olmak üzere işleten kişi, buna bağlı rizikoları da taşır. İşletmeyle ilgili olarak alınan yanlış kararlar ve işletme bünyesinde oluşacak kayıplar, maddî sonuçlarını, işletmeyi kendi hesabına işleten kişinin malvarlığı üzerinde doğuracaktır. Söz konusu kişi, yanlış kararların olumsuz maddî sonuçlarından kendi malvarlığıyla (veya malvarlığının bir kısmıyla) sorumlu olacaktır. Böylelikle tacirin ticarî işletmeyle ilgili olarak, işletmeye bağlı rizikoları taşıma fonksiyonundan da söz edilmesi olanaklı hale gelir. Sonuçta tacirin fonksiyonları, sahiplik, idare ve işletme rizikolarını taşımak olarak ifade edilebilecek üç köşeli bir formülle gösterilebilir².

Tacir, ticarî işletmeyle ilgili olarak idare fonksiyonunu yerine getirmek istemiyorsa veya yerine getiremeyecekse, çeşitli olanaklara sahiptir. O, işletmeyi bir başkasına devredebilir, bir konzern³ yapılanmasına dâhil edebilir veya işletmenin idaresini bir idareciye bırakabilir. Ticarî işletmeyle ilgili olarak sahiplik fonksiyonu bırakılmak istenmiyorsa, buna karşılık idare ve riziko taşıma fonksiyonları başkasına aktarılmak isteniyorsa, işletmeyi ürün kirasına konu yapmak yegâne yol olarak görünmektedir. İşletmesini ürün kirasına veren kişi, söz konusu işletme üzerinde sahiplik konumunu koruyacak, buna karşılık idare fonksiyonunu bütünüyle, riziko karşılama fonksiyonunu büyük ölçüde kiracıya aktarmış olacaktır⁴.

her birinin maliki olmaktan söz etmek yerine, bu unsurların her birinin sahibi olmaktan söz etmek daha yerindedir. Ayrıca eşya hukukundaki belirlilik ilkesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin 3. fıkrası arasındaki çelişkiye ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: AKER, s. 107 vd.

² Ticarî işletme üzerindeki sahiplik, idare ve riziko taşıma fonksiyonları hakkında bkz. LINDENMEYER, Christoph, Die Unternehmenspacht, Diss., Bern 1983, s. 21.

³ Konzern, Alman hukuk sisteminde ortaya çıkmış iktisadî bir kavramdır. Çeşitli özel işletmeler ve devlet kurumları, borçlar hukuku sözleşmeleri, ortaklık ana sözleşmeleri, pay sahipliği ilişkileri bir idare altına alınır, kurulan bu sistem konzern olarak adlandırılır. Bu kavram için bkz: TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s. 18.

⁴ İşletmeyi ürün kirasına veren, işletmeyle ilgili bütün rizikolardan kurtulmuş sayılmaz. Zira işletmenin değerini koruması ve sürekliliği büyük ölçüde ürün kiracısının faaliyetlerine bağlı olacaktır. LINDENMEYER, s. 22, dpn. 2.

Bir ticarî işletmenin ürün kirasına konu edilmesi, kiracı için, söz konusu işletmeyi, önemli bir maddî yatırım yapmaksızın kendi hesabına ve rizikosu kendisine ait olmak üzere işletebilme olanağını sağlamaktadır. Diğer taraftan ürün kirası sözleşmesi, kira konusu işletmeyi bir konzern yapılanmasına dâhil etmek için araç olarak kullanılabilir. Bu yolla işletmeler üzerindeki pay sahipliği ilişkisi değişmeden, ana ortaklık-yavru ortaklık kurgusu oluşturulabilir⁵.

Ürün kirası sözleşmesi aracılığıyla ticarî işletme üzerindeki idare ve riziko taşıma fonksiyonlarının kiracıya aktarılması ve sözleşme sona erdikten sonra bu fonksiyonların kiraya verene geri dönmesi, çalışmamızın merkezini oluşturacak ve sınırlarını belirleyecektir.

2. Konunun İşlenme Biçimi

Ticari işletmenin ürün kirasına konu edilmesi, Türkiye’de öğretisi ve uygulamanın üzerine yoğun biçimde eğildiği bir sorun olmamıştır⁶. Buna karşılık İsviçre ve Alman öğretileri konuyla yakından ilgilenmiş ve Fransa da özel bir kanun kabul edilmiştir⁷. Bu nedenle konu geniş ölçüde karşılaştırmalı hukuk çalışması yapmayı gerektirmektedir.

⁵ LINDENMEYER, s. 22.

⁶ Bu konuya ilişkin çalışmalar için bkz: ALTAŞ, Hüseyin, Hasılat Ve Şirket Kirası (BK. Mad. 270-298), Ankara 2009; CANSEL, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku Ve Alman Medeni Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara 1953; ARKAN SERİM, Azra, Hasılat Kirasında Tarafların Hak Ve Borçları, İstanbul 2010; ÖZTÜRK, Gülay, Teoride Ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara 2010; AKER, H., Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012.

⁷ İsviçre ve Alman öğretileri için bkz: KLINGLER, Louis, Die Unternehmenspacht, Diss., Zurich 1943; KLEIN-BLENKERS, Friedrich, Das Recht Der Unternehmenspacht, Köln 2008; FOERSTER, Martin, Geschäftsraum-Miete Oder Unternehmens-Pacht Die Rechtlichen Grundlagen Von Bestand- Verträgen Über Geschäftsraumlichkeiten, Wien 2006; HERRMANN, Horst, Die Unternehmenspacht, Erscheinungsbild Und Rechtsstruktur, Nürnberg 1962; OPPENLÄNDER, Frank, Die Unternehmenspacht, Insbesondere Das Verhältnis Von Pächter Und Verpächter Bei Der Verpachtung Eines Unternehmens, Diss., Stuttgart 1974; MINDER, Matthias, Die Übertragung Des Mietvertrags Bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), Einschliesslich des Verhältnisses Von Art.263 OR Zum Fusionsgesetz (FusG), Schulthess 2010; STRAUB, Peter Andreas, Der Gastgewerbliche Mietvertrag, Diss., Zürich 1988; CEBULLA, Mario, Die Pacht Nichtsächlicher Gegenstände, Berlin 1999; HÜRLMANN-KAUP, Bettina, Grundfragen Des Zusammenwirkens Von Miete Und Sachenrecht, Habilitation, Schulthess 2008; HIGI, Peter, Obligationenrecht, Teilband V 2b (Die Pacht, Art. 275-304 OR), Hrsg. GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg, 3. Aufl., Zürich, 2000. Fransa’da ticarî işletme kirası genel olarak; Ticaret Kanunu’nun (Code de Commerce) L144-1 ile L144-13. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Ayrıca ticari işletme kirasına ilişkin özel bir Kanun da mevcuttur. “Ticari İşletmelerin Ve Esnaf İşletmelerinin Kira-

Diğer taraftan ticarî işletmeyi konu alan ürün kirasına uygulanacak hükümlerin belirlenmesi de gereklidir. Bu türden bir ürün kirasıyla birlikte ticarî işletmeye ilişkin fonksiyonların farklılaşması ve başka ellerde toplanması, Borçlar Kanunumuzdaki ürün kirasına ilişkin yasal modelin çerçevesini çatlatmaktadır. Öyle ki ürün kirasına ilişkin hükümlere, satış sözleşmesine, lisans sözleşmesine ve sözleşmenin devrine ilişkin hükümler pek sık olarak eşlik edebilmektedir. Borçlar Kanunumuzdaki ürün kirasına ilişkin hükümlerin, tarımsal taşınmazların bu türden bir kira sözleşmesine konu yapılmasına göre biçimlendirilmiş olması da gözden kaçırılmaması gereken bir olgudur⁸. Bu olgu, ürün kirası sözleşmesinin konusunun ticarî işletme olması durumunda pek çok sorunun cevapsız kalmasına yol açmaktadır. Bu sorunu aşmak için, karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanma zorunluluğunun yanında, benzer hukukî kurumlara ilişkin bir araştırma yapılması ve bu kurumlardan kıyas yoluyla uygulanacak hükümlerin devşirilmesi kaçınılmaz görünmektedir.

II. Kavramsal Sınırların Belirlenmesi

1. Ürün Kirası Kavramı

Ürün kirasına ilişkin yasal tanım, OR Art. 275 hükmünde yer almaktadır. Bu tanım şu şekildedir:

“Ürün kirası sözleşmesiyle kiraya veren, yararlanmaya elverişli bir eşya veya hakkı, kullanması ve ürün veya gelir elde etmesi için kiracıya bırakmayı, kiracı da bunun karşılığında kira bedeli ödemeyi borçlanır”.

Bu yasal tanımdan ürün kirası sözleşmesine ilişkin üç unsur çıkarılabilmektedir. Bu unsurlar şöyle sıralanabilir:

— Ürün kirasının konusu: Yarar elde etmeye elverişli eşya ve haklar ürün kirasına konu olabilecektir.

lanmasına İlişkin 56-277 Sayılı 20 Mart 1956 Tarihli Kanun (Loi n°56-277 du 20 Mars 1956 Relative A La Location Des Fonds De Commerce Et Des Établissements Artisans)”. Bu Kanun 21 Eylül 2000 tarihinde değişikliğe uğramıştır.

⁸ AKER, s. 35; ALTAŞ, s. 86; SAĞLAM, İpek, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1015; EREN, Fikret/BAŞPINAR, Veysel, Toprak Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2005, s. 211; ŞAHİN, Ayşe, “Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları Ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt 2, İstanbul 2009, s. 1401.

- Ürün kirasının konusunu oluşturacak mal veya hak, kullanması ve ürün veya gelir elde edebilmesi için kiracıya bırakılacaktır. Bu unsur ürün kirası sözleşmesinin sürekli sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmesi gerektiğini de göstermektedir.
- Kiracı, elde ettiği kullanma ve yararlanma (ürün veya gelir elde etme) yetkisi karşılığında kira bedeli ödeyecektir⁹.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 357/f.1 uyarınca; “*Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Kısacası ürün kirası sözleşmesinin konusunu ürün getiren taşınmazlar, taşınmazlar, ürün getiren haklar ve ticarî işletmeler oluşturur.

2. Ticarî İşletme Kavramı

Ticarî işletmeye ilişkin çeşitli tanım denemeleri yapılabilir. Bu tanım denemelerinden ticarî işletme kirası sözleşmesinin konusunu belirlemede etkili olacaklar üzerinde durmak amaca elverişli olur. Ticarî işletme kirası, işletme ve risk taşıma fonksiyonlarının kiracıya aktarılması sonucunu doğurduğundan, yapılacak tanım bu olguyu göz önünde tutmalıdır. Bu bakımdan çıkış noktası olarak Ulrich'in yaklaşım biçimi üzerinde durulabilir. Ulrich ticarî işletmeyi “dinamik bir sistem” olarak ifade ederek¹⁰, ticarî işletme kirasının konusu olan ticarî işletmeyi, çeşitli unsurların bir araya getirilmesinden oluşan bir bütün olarak algılama olanağını bize vermiştir. Lindenmeyer bir adım daha atarak, Ulrich'in ifade biçimine ticarî işletmeyi oluşturan unsurları da ekleyerek şu şekilde bir tanım yapmıştır: “*Ticarî işletme, çalışma gücünü ortaya koymuş insanlar, döner ve yatırım malvarlığı unsurları, teknik bilgiler, çeşitli ilişkiler, alacaklar, borçlar, para ve goodwill'den*¹¹ oluşan dinamik bir sistemdir”¹².

⁹ Ürün kirası sözleşmesinin belirtilen bu unsurları için bkz. LINDENMEYER, s. 24. Yazar aynı yerde, İsviçre hukuk çevresinde ürün kirası deyimini tarımsal taşınmazların kiralanmasına hasretmek ve başka alanlarda gerçekleşen kira ilişkilerinde bu terimi kullanmamak eğiliminin olduğunu belirtmektedir.

¹⁰ ULRICH, Hans, Die Unternehmung Als Produktives Soziales System, 2. A., Bern 1970, s. 155.

¹¹ Good will (peştemaliye); işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeridir. Ticarî işletmeye ait malvarlığını oluşturan eşya ve hakları bir arada tutan, hepsinin bir bütün olarak algılanmasını mümkün kılan ve tacir tarafından zamanla yaratılan diğer değerlerdir. Örneğin ti-

Pozitif hukuk çerçevesinde ticarî işletmenin bir tanımı yoktur. İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü 52/III hükmünde işletmeye ilişkin şöyle bir tanım vardır: “*Bu tüzük anlamında işletme, sürekli bir biçimde kazanç elde etmeye özgülümlenmiş faaliyete denir*”. İsviçre Federal Mahkemesi, Tüzüğün bu tanımına, “*organizasyon*” unsurunu eklemiştir¹³. Federal Mahkemenin yaptığı bu rötuşla birlikte işletmenin tanımı şu şekilde belirecektir: *İşletme sürekli olarak kazanç elde etme amacına yönelmiş, bağımsız, ekonomik bir faaliyetin düzenli bir organizasyon içerisinde ortaya koyulmasıdır*.

Ticarî işletme kirası bakımından organizasyon unsuru asıl olacak, diğer unsurlar bağımlı bir nitelik taşıyacaktır¹⁴.

13.01.2011 tarihli ve 6102 No’lu Türk Ticaret Kanunu’nun 11/f.1 maddesinde, 6762 Sayılı eski Türk Ticaret Kanunu’ndan farklı olarak ticarî işletme açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre: “*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*.” 8604 Sayılı Karar ile yürürlüğe konulan ve 98-11548 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilen Ticaret Sicil Tüzüğü 14/II’ye göre ise; “*Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanunu’nun 17. Maddesinde belirtilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticarî işletme sayılamaz*” denerek ticari işletmeler dolaylı yoldan tanımlanmıştır.

Gerçekten de bir işletme; bir girişimci tarafından ekonomik avantaj sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız bir biçimde bir araya getirilmesidir. Ticarî işletmelerin yürüttüğü faaliyet mutlaka, gelir sağlama amacı gütmeli, devamlılık arz etmeli; esnaf faaliyeti düzeyini aşmalı ve bağımsızlık unsuru içermelidir¹⁵.

carî itibar, müşteri çevresi, işletmenin organizasyonu, deneyim ve ilişkiler bütünü bu kapsamdadır. Bu kavrama, ticarî işletmenin çekirdeği ismini veren yazar için bkz: ÖZEN, Burak, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s. 438. (ÖZEN, (İntifa) olarak adlandırılacaktır).

¹² LINDENMEYER, s. 25.

¹³ BGE 84 I 187 vd.

¹⁴ LINDENMEYER, s. 26. Ticarî işletmeye dahil olan organizasyon unsuru ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz: AKER, s. 81 vd.; KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 23. Bası, Konya 2012, s. 25 vd.

¹⁵ Ticarî işletme tanımı için bkz: ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Ondördüncü Tıpkı Basım, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2010, s. 20; KAYIHAN, Şaban/YASAN, Mustafa, 6335 Sayılı Kanun İle Güncellenmiş Yeni Türk Ticaret Kanu-

3. Ticarî İşletme Üzerindeki Hak

Ticarî işletmenin kendisi, bir hak süjesi değildir. Ticarî işletme açısından söz konusu olabilecek tartışma, bir hak objesi olup olamayacağı noktasında ortaya çıkar. Ticarî işletmenin sahiplik durumunun kime ait olduğu da ayrıca tartışılabilir. Yalnız ilişkilerde, ticarî işletmenin sahiplik durumunun kime ait olduğunu belirlemek bir sorun oluşturmazken, geniş yetkilerle donatılmış bir yöneticiler ekibinin faaliyette bulunduğu büyük işletmelerde sorun karmaşıklaşır. Bu tür olgularda, ticarî işletmeyi oluşturan unsurlar üzerindeki tasarruf yetkisi, çok defa, ticarî işletmenin sahibi olarak görülebilecek kişi veya kişilerde değildir. Tasarruf yetkisi profesyonel yöneticiler eliyle kullanılırken, ticarî işletmenin sahibi olarak görülebilecek kişiler, sadece, kazanç elde etmekle yetinirler. Böylelikle ticarî işletmedeki yönetim düzeniyle, malvarlığı düzeni arasında bir bölünme ortaya çıkmış olur¹⁶.

Öncelikle ticarî işletmenin hukukî bir birlik oluşturup oluşturmadığı sorunu üzerinde bir açıklık kazanılması gereklidir. Ticarî işletmeyi hukukî bir birlik sayma, giderek bir hak objesi olarak algılama yönünde çabalayanlar görülmemiş değildir¹⁷. Örneğin Oppikofer, daha 1927 yılında böylesine bir çabayı ortaya koymuş, ticarî işletmenin ticaret siciline kayıt edilmesiyle birlikte eşya hukuku açısından bir birlik olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazarın fikrine göre, bir ticarî işletmenin ticaret siciline kaydı bir dönüşüme (kurucu bir etkiye) yol açmalıdır. Ticaret siciline kayıt anından itibaren ticarî işletme, kendisini oluşturan unsurlardan ayrı, bağımsız bir hak objesi kimliği kazanmalıdır¹⁸. Oppikofer'in bu düşüncesi bugüne kadar yaşama geçirilememiş, eşya hukukuna özgü belirlilik ilkesi ticari işletmenin

nuna Göre Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 45-50.

¹⁶ LINDENMEYER, s. 26-27; ASLAN, İ.Yılmaz/ŞENYÜZ, Doğan, 6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Ve 6098 Sayılı (Yeni) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Bursa 2012, s. 10; KARAHAN, s. 21; PORROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş Ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012, s. 39; ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsün, Ticarî İşletme Hukuku, Birinci Basıdan Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009, s. 151 vd.

¹⁷ OPPIKOFER, Hans, Das Unternehmensrecht, In Geschichtlicher, Vergleichender Und Rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen, 1927, s. 118; Von STEIGER, Werner, Zur Problematik Eines "Unternehmensrechts", (SAG 53), 1981, s. 1 vd; LINDENMEYER, s. 27.

¹⁸ OPPIKOFER, s. 118.

bir bütün olarak hak objesi sayılmasına engel oluşturmuştur. Bu ilkeye göre, aynî haklar, malvarlığını oluşturan her bir unsur üzerinde ayrı ayrı söz konusu olabilir. Yoksa malvarlığının tamamı, bir bütün hâlinde tek bir aynî hakkın konusunu oluşturamaz. O halde özel bir malvarlığı oluşturan ticarî işletmenin kendisi (bir bütün olarak) mülkiyet hakkına konu oluşturmayacak, ticarî işletmeyi oluşturan unsurlar üzerinde birbirinden ayrı mülkiyet hakları kurulabilecektir¹⁹.

Bir bütün olarak aynî haklara konu olamayacak ticarî işletmenin, borçlandırıcı işlemlere konu oluşturabileceği açıktır. O halde ticarî işletmenin satılmasından, kiralanmasından, sigortalanmasından söz edilebilecektir. Nitekim TTK m. 11 f. 3 bu gerçeği doğrulamaktadır²⁰. Eşya hukukuna özgü belirlilik ilkesi borçlar hukuku alanında geçerli değildir. Borç ilişkileri alanında borçlanılan ediminin belirlenebilirliği yeterli kabul edilir. O halde ticarî işletmenin unsurları tek tek sayılmadan bir bütün olarak kiralanması, satılması, sigortalanması vs mümkün görülmekte, edimin belirlenebilirliği yeter düzeyde sağlanmış sayılmaktadır. Ne var ki bu borçlandırıcı işlemlerin ifasının eşya hukuku ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirileceği de unutulmamalıdır. Örnek olarak ticarî işletme kiralanmışsa, her bir unsurun zilyetliğinin ayrıca kiracıya aktarılması gerekecektir. Böylelikle kiracının doğrudan - fer'i zilyetliğinden, kiraya vereninse dolaylı - aslî zilyetliğinden söz edilebilecektir. Bunun gibi ticarî işletme satım sözleşmesine konu yapılmışsa, her bir unsurun mülkiyetinin alıcıya geçmesini sağlayacak tasarruf işleminin ayrıca yapılması gerekir. Bu çerçevede işletme bünyesindeki taşınırın

¹⁹ Ticarî işletmeyi oluşturan unsurlar arasında asıl eşya-eklenti ilişkisinin (fabrika binası ve fabrikadaki makineler arasındaki ilişki gibi) bulunması söz konusu olabilir, ne var ki böyle bir ilişki yukarıda vardığımız sonucu değiştirmez. Zira eklenti niteliğini kazanmak, asıl eşyadan ayrı bir eşya olarak kabul edilmeyi engellemez. Ticarî işletmenin bütünü üzerinde mülkiyet hakkından söz edilemeyeceği şuradan da bellidir. Ticarî işletmeyi oluşturan unsurlar arasında örgütlenmiş iş gücü de yer alır. Ticarî işletme bünyesinde yer alan iş gücü hizmet sözleşmesi çerçevesinde faaliyette bulunur. Ticarî işletmenin sahibi konumunda bulunan kişi veya kişilerin, hizmet sözleşmesi çerçevesi içerisinde faaliyette bulunanlara karşı alacak hakkı sahibi olduğundan söz edilebilir. Ticarî işletme üzerinde bir mülkiyet hakkının bulunduğu, bu mülkiyet hakkının (dolaylı olarak), işletmenin bir unsurunu oluşturan iş gücünü de kapsamına aldığı asla söylenemez. Bkz. LINDENMEYER, s. 27, dpn. 16.

²⁰ Ticarî işletmenin bir bütün olarak hukukî işlemlere konu oluşturması olasılığında ticaret fonundan söz edilmektedir. Bu kavram, Fransız Hukuku kaynaklıdır. Ticarî işletmenin bir bütün olarak devri ve sair işlemlere konu edilmesine ilişkindir. Ticaret fonu Fransız Hukuku'na 1872'de vergiler sebebiyle dahil olmuştur ve günümüzde adı geçen kavramın rehin ve satış sözleşmelerinde de uygulandığını görmekteyiz. Ayrıca bkz: PO-ROY/YASAMAN, s. 44.

zilyetliği malik kılma amacıyla alıcıya aktarılacak, taşınmazlar alıcı adına tescil edilecek, marka ve patentlerde yazılı devir sözleşmeleri yapılacak, alacakların her biri için yazılı devir beyanı düzenlenecektir.

Ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinde, kiralayan ve kiracı sıfatını gerçek kişiler taşıyabileceği gibi, tüzel kişiler de taşıyabilir.

4. Ürün Kirası Sözleşmesinin Konusu Olarak Ticarî İşletme

Ticarî işletmeyi, işgücünden, yatırım malvarlığından, alacaklardan, döner malvarlığından, marka ve patent gibi fikrî haklardan, teknik bilgilerden, çeşitli ilişkiler ve müşteri çevresinden, paradan ve good-will (peştemaliye)'den oluşan dinamik bir sistem olarak tanımlamıştık. Bu şekilde tanımladığımız ticarî işletmenin ürün kirası sözleşmesine konu olabilmesi için, “yarar sağlamaya elverişli bir eşya veya hak” olarak düşünülebilmesi gerekir. Bir eşyanın yarar sağlamaya elverişli olması için, o eşyadan ürün veya diğer verimlerin elde edilebilmesi gerekir. Ticarî işletme olarak adlandırdığımız ve unsurlarını belirlediğimiz dinamik sistemin yardımıyla kazanç elde edilebilmesi, bu sistemin ürün kirasına elverişli bir değer olarak ele alınmasına olanak verir. Ticarî işletme bütünü kendi başına bir mal veya hak olarak görülemez ve ticarî işletmenin bütünü kapsayan bir haktan söz edilemez bile, yarar sağlamaya elverişli bir değer olarak kabul edilebilecektir. Ürün kirasının konusu olarak yasa tarafından sözü edilen “yarar sağlamaya elverişli hak”, dar ve teknik anlamıyla bir hak olmak zorunda değildir. Bu kavram geniş yorumlanarak, ticarî işletme olarak adlandırdığımız sistem de bu kavramın içine ithal edilmelidir. Nitekim 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu m. 216 hükmü, yarar sağlamaya elverişli hak kavramına örnek olarak, açıkça, sınaî işletmeyi göstermiştir²¹.

²¹ BECKER, Hermann, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-551, Bern 1934, Art. 275, N. 2; OSER Hugo/SCHOENENBERGER, Wilhelm, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Hrsg. EGGER, A./ ESCHER, A.) V. Bd., Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband), Art. 184 - 418, 2.Aufl., Zürich 1936, Art. 275, N. 4; SCHMID, Emil, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 2b (Miete, Pacht, Leihe), 1. Und 2. Lieferung (Art. 253-274), 3.A., Zürich 1974/77, Vorbem zu Art. 253-304, N. 6; LINDENMEYER, s. 28.

5. Ticarî İşletmeyi Konu Alan Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Tanımımız

Sürekli bir borç ilişkisi kuran ticarî işletme kirası sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, ticarî işletmenin sahibi (kiraya veren), işgücünden, yatırım ve döner mal varlıklarından, alacaklardan, fikrî haklardan, teknik bilgilerden, paradan, çeşitli ilişkilerden, good-will'den oluşan dinamik bir sistem olan söz konusu işletmeyi, kullanması ve kazanç elde etmesi için kiracıya bırakır, kiracı da çok defa periyodik olarak bir karşılık ödemeyi üstlenir.

§ 2. İsviçre Hukuku'nda Ticarî İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesi

I. Yasalaşma Süreci

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda ürün kirasına ilişkin düzenleme 296. ve devamındaki maddelerde yer almaktadır. Bu maddeler, yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeyle uyumludur.

Ürün kirası sözleşmesinin tanımı aOR Art. 296 hükmünde yer almaktadır. Bu tanım bir açıdan ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesini ilgilendirmektedir, çünkü, ürün kirasının konusunu oluşturabilecek değerlerden söz edilirken, sınaî işletmeler örnek olarak gösterilmiştir. Söz konusu hükümde, ürün kirası sözleşmesiyle, kiraya verenin bir taşınmaz eşyayı veya yarar sağlayan bir hakkı ürün elde edebilmesini sağlamak amacıyla kiracıya bırakmayı borçlandığı belirtilmiş, yarar sağlayan haklara örnekler verilirken sınaî işletmelere de değinilmiştir. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda, ürün kirası sözleşmesi tanımlanırken benzer bir ifadeye yer verilmiş, ne var ki yarar sağlayan haklar için gösterilen örnekler (bu arada sınaî işletmeler) kanun metnine alınmamıştır. Bu tavır sınaî işletmelerin ürün kirasına konu olmasının artık mümkün olmadığı, yasa koyucu tarafından bu sonucun engellenmek istendiği şeklinde yorumlanmamalıdır.

Ürün kirası alanında 1911 yılından bu yana yapılmak istenen yenilikler, bütünüyle tarımsal taşınmazları konu alan sözleşmelerle ilgilidir. Nitekim ürün kirası alanında nispeten yakın bir geçmişte yapılması amaçlanan revizyon da, öncelikle tarımsal taşınmazlara ilişkin sözleşmeleri hedef almıştır. Tarımsal taşınmazlara ilişkin ürün kirası sözleşmelerinin federal düzeyde bir kanunla ele alınması düşünülmüş, bu kanunda, Borçlar Kanununun sözü

geçen türden sözleşmelere uygulanabilecek hükümlerinin kaldırılması öngörülmüştür²².

Kira hukukunda genel olarak yapılması düşünülen revizyon da ticarî işletmelere ilişkin ürün kirası sözleşmelerini belirli bir ölçüde ilgilendirebilir. Bu revizyonda devletin kira ilişkileri üzerinde geniş kapsamlı bir etkiye sahip olması amaçlanmıştır. Bu geniş kapsamlı etki konumuz çerçevesindeki sözleşmeleri de kapsamına alacaktır. Diğer taraftan işyeri kiralarna ilişkin getirilen bazı hükümler, ürün kirasına ilişkin uygulanabilir bazı hükümlerde de değişikliğe yol açmaktadır. Ne var ki söz konusu revizyon geniş tartışmalara yol açtığından ve yapılması amaçlanan değişikliklerin gerekçeleri de yayınlanmış olmadığından, konuya ilişkin bir tartışmaya girmenin yararı şu aşamada yoktur.

II. Uygulama

İsviçre uygulamasında, ticarî işletmeyi konu alan ürün kirası sözleşmeleriyle doğrudan doğruya ilgili fazla bir karar bulunmamaktadır²³. Konuyla dolaylı olarak ilgilenen Federal Mahkeme kararları da nadirdir. Bu kararlarda da, daha çok, kira²⁴ ile ürün kirası arasındaki sınırın belirlenmesine çalışılmakta, belli nitelikteki işyerlerini konu alan sözleşmelerin nasıl nitelendirilebileceği üzerinde durulmaktadır.

§ 3. Benzer Hukukî İlişkilerden Ayrılması

I. İşletme Kirasından Ayrılması

Çalışmamızda kullandığımız işletme kavramı, teknik-ekonomik bir birliği ifade etmektedir. Buna karşılık ticarî işletme kavramıyla hukukî-malî bir birlik kast edilmektedir²⁵. Buna göre ticarî işletme bir üst kavram olarak ele alınırken, işletme bu üst kavram içerisinde değerlendirilebilecek bir alt-kavramdır.

²² Bundesblatt Der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1982 I, s. 257 vd.; LINDENMEYER, s. 31.

²³ Münferit kalmış bir örnek için bkz. BGE 50 II 79 vd.

²⁴ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Dördüncü Bölümü Birinci Ayırımında "Genel Hükümler"; İkinci Ayırımında "Konut Ve Çatılı İşyeri Kiraları", Üçüncü Ayırımında ise "Ürün Kirası" düzenlenmiştir. Bu değişiklik sebebiyle, konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesi ile ürün kirası sözleşmesini ayırt edebilmek adına; "dar anlamda (adi) kira sözleşmesi yerine, kira sözleşmesi kavramını tercih edeceğiz.

²⁵ Bu ayırımda LINDENMEYER'i örnek almaktayız. Bkz. LINDENMEYER, s. 57.

Bir ticarî işletme kendi bünyesinde, teknik-ekonomik bir bütün olarak birden fazla işletmeyi toplayabilir. Bu yaklaşım biçiminin doğal sonucu olarak işletmeye ilişkin unsurların, aynı zamanda ticarî işletmenin unsurları olduğu söylenebilir. Ne var ki ticarî işletmeye ilişkin unsurlar, işletmeye ilişkin unsurlarla özdeşleştirilemeyiz. Ticarî işletme kavramının içinde yer alan, buna karşılık işletme kavramında bulunmayan unsurlar bulunabilir. Bir işletme, işletmenin faaliyet gösterdiği yerden, işletme faaliyetinde kullanılan donanımdan ve işletme faaliyetinin insan unsurunu oluşturan iş gücünden oluşur²⁶.

Yukarıdaki açıklamalar, ortadaki kira ilişkisinin, bir ticarî işletme kirası olarak nitelendirilip işletme kirasından ayırt edilebilmesi için gerekli olan ölçütün elde edilebilmesine de yardımcı olacaktır. Bir ticarî işletme kirasının mevcut olup olmadığı, kullanımı devredilen unsurların neler olduğuna bakılarak anlaşılabilir. Ticarî işletme kavramına dâhil olan, buna karşılık işletme kavramında bulunmayan unsurların (müşteri çevresinin-good will'in) kullanım olanağı devredilmekteyse, ortadaki kira ilişkisinin ticarî işletme kirası olarak nitelendirilebileceği söylenebilir²⁷.

II. İşletme Terkine İlişkin Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

İşletme terki deyimini Alman hukuk dilinde kullanılır. İsviçre-Türk hukuku çerçevesinde yapılacak bir araştırmada bu deyim ne anlama geldiği hakkındaki çeşitli düşüncelere geniş ölçüde yer verilmesi amaca aykırı olur. İsviçre - Türk hukuku bakımından işletme terki kavramı, Anonim Ortaklıklarda azınlığın korunması çerçevesinde belirli bir önem taşır. Bu önem dolayısıyla işletme terkine ilişkin sözleşmelere kısaca değinilmesi yararlı olabilir.

İşletme terkine ilişkin sözleşmeler kavramına, ticarî işletmenin sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin, bu işletme faaliyetinin yürütülmesini bir başkasına bıraktığı sözleşmeler anlaşılır. İşletme faaliyetinin yürütülmesi kendisine bırakılan kişi, kendi hesabına hareket edecektir. Kendi hesabına hareket etmesi bu kişiyi bir vekil (veya işletme sahibinin temsilcisi) olarak kabul etmeyi engelleyecektir²⁸.

²⁶ LINDENMEYER, s. 57; POROY/YASAMAN, s. 39; ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 151 vd.; KARAHAN, s. 24.

²⁷ LINDENMEYER, s. 57; AKER, s. 85; OPPIKOFER, s. 5.

²⁸ LINDENMEYER, s. 58. İşletme yönetiminin terkine ilişkin sözleşmeler, işletme terkine ilişkin sözleşmelerden ayırt edilmelidir. Ne var ki bu ayrımı gözetmeden, belirtilen bu iki tür sözleşmeyi özdeş olarak gören yazarlar da vardır. Örneğin bkz. KLINGLER, s. 28.

İşletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinin, işletme terkinde ilişkin sözleşmelerin bir görünümü olduğu, yukarıdaki tanımdan çıkarılabilir. Bir işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinde kiracı, kendi adına ve kendi hesabına işletme faaliyetini yürütmektedir. İşletme faaliyetinin yürütülmesi kendisine bırakılan kişinin kendi hesabına hareket etmekle birlikte, işletme sahibi adına hareket etmesinin kararlaştırıldığı sözleşmelerin de, işletme terkinde ilişkin sözleşmelerin bir diğer görünümünü oluşturacağı açıktır. Zira işletme terki sözleşmelerinde önemli olan, işletme faaliyetinin yürütülmesi kendisine bırakılan kişinin *kendi hesabına* hareket etmesi olup, aynı zamanda kendi adına hareket etmesi gerekli değildir²⁹.

III. İşletme Yönetiminin Terkine İlişkin Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

Ticarî işletmenin sahibi olan gerçek veya tüzel kişi, işletme yönetiminin terkinde ilişkin bir sözleşme yaparken, işletmeyi doğrudan yöneten kişi olmaktan kurtulmayı, işletme yönetiminin gerekli kıldığı çabadan uzaklaşmayı amaçlamaktadır. Ne var ki işletmenin kaderi üzerinde son söz sahibi olma ve işletmenin kazancını elde etme konumunu kaybetmeyi de istememektedir.

İşletme yönetiminin başkasına terkinde ilişkin bir sözleşme yapan işletme sahibi, işletmenin rizikosunu kendisi taşımaya devam etmektedir. İşletmenin kazancı üzerinde hak sahibi olacak olan da işletme sahibinin bizzat kendisidir. İşletme yönetimi kendisine bırakılan kişi, yürüteceği yönetim faaliyetine karşılık, çok defa işletmenin kazancına göre belirlenecek bir ücret alacaktır³⁰. Demek oluyor ki işletme yönetimi kendisine bırakılan kişi, kendi hesabına değil işletme sahibi hesabına hareket etmektedir ki, bu olgu, yönetimin terkinde ilişkin sözleşmeleri, işletme terkinde ilişkin sözleşmelerden (bu arada işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinden) ayırt etmektedir³¹. İşletme terkinde ilişkin bir sözleşmeyle işletme faaliyetini yürütmeyi üstlenen kişi,

Temsil kavramının ayırt edici özelliklerinden birisinin, başkası (temsil edilen) hesabına hareket olduğu, kendi hesabına hareket eden kişinin ne doğrudan ne de dolaylı temsilci olarak nitelendirilemeyeceği hakkında bkz: TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993; s. 167, dph. 1; YAVUZ, Cevdet, Türk, İsviçre ve Fransız Medenî Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, s. 24, dph. 35; İNCEOĞLU, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 47.

²⁹ LINDENMEYER, s. 58.

³⁰ LINDENMEYER, s. 59; AKER, s. 42, KAYIHAN/ YASAN, s. 49.

³¹ Ne var ki bu ayrıma dikkat etmeyerek her iki tür sözleşmeleri özdeş sayan yazarlar bulunduğuna işaret etmiştik. Örneğin bkz. KLINGLER, s. 28.

*işletme sahibi hesabına değil kendi hesabına hareket etmek durumundadır. İşletme yönetiminin terkine ilişkin sözleşmeler ürün kirası sözleşmesinden bütünüyle farklı bir alana, iş görme sözleşmeleri alanına dâhildir. İşletme yönetiminin terkine ilişkin sözleşmeler çok defa vekâlet, kimi durumlarda ise hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilecektir*³².

IV. Kira Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Ürün kirasına ilişkin sözleşmeler, kira sözleşmelerinden iki temel noktada ayrılır. İlk olarak bu sözleşmelerin konusu birbirinden farklıdır. Kira sözleşmesinin konusu sadece (taşınır veya taşınmaz) bir eşya olabilirken, ürün kirası sözleşmesine eşyadan başka haklar da konu olabilir. Diğer taraftan kira sözleşmesindeki kiracı kira sözleşmesinin konusunu oluşturan eşyayı kullanma hakkını elde ederken, ürün kiracısı kullanma hakkı yanında yararlanma (ürün elde etme) hakkını da elde eder³³.

Kira hukuku çerçevesindeki çeşitli problemler, ürün kirası ve kira sözleşmesi açısından farklı çözümlere kavuşturulduğundan, ayırımın yapılması pratikte büyük önem taşıyacaktır. Bu farklılıklara kısaca ve topluca göz atarsak şunlar söylenebilir:

Ürün kiracısının kira konusunu işletme yükümlülüğü vardır. Buna karşılık kira sözleşmesindeki kiracının böyle bir yükümlülüğü yoktur³⁴. Ürün

³² LINDENMEYER, s. 59.

³³ GÜMÜŞ, Alper, “YENİ” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK. m.299 – 356), 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun’a Göre Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 32 – 33; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş Ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2012, s. 314; ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012, s. 210; ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013, s. 191; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri – Cilt: I/2 Kira Ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 1989, s. 2 vd.

³⁴ Kira sözleşmeleri ile ürün kirası sözleşmelerini ayırt etmede başvurulabilecek kriterlere ilişkin bazı Yargıtay Kararları için bkz: Y. 6. HD., 17.10.2005 T., 2005/7573 E., 2005/9472 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr); Y. HGK., 14.04.2004 T., 2004/11-222 E., 2004/222 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr); Y. 12. HD., 18.03.2003 T., 2003/2575 E., 2003/5647 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr); Y. 12. HD., 03.05.2002 T., 2002/8232 E., 2002/9420 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr); Y. 6. HD., 26.12.2002 T., 2002/8070 E., 2002/8300 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr); Y.13. HD., 18.02.1993 T., 1993/221 E., 1993/1322 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr).

kiracısının bakım yükümlülüğü, kira sözleşmesindeki kiracının bakım yükümlülüğünden daha geniş kapsamlıdır. Kira sözleşmesi çerçevesinde alt kira sözleşmesi yapmak kural olarak geçerli kabul edilirken, ürün kirası çerçevesinde alt ürün kirası kurulması kural olarak geçerli kabul edilmez. Kira süresinin tamamlanmasından sonra ilişkiye fiilen devam edilerek kira sözleşmesinin yenilenmesi, kirada ve ürün kirasında farklı düzenlenmiştir. Kirada yenilenme belirsiz bir süre için gerçekleşirken, ürün kirasında bir yıllık süre için gerçekleşir³⁵. Haklı (önemli) sebeplerle fesih üzerine söz konusu olabilecek tazminat yükümlülüğü, her iki tür kira sözleşmesi için farklı düzenlenmiştir.

Uygulamada kira sözleşmesinin ve ürün kirası sözleşmelerinin ayırt edilmesindeki güçlük, daha çok, (genellikle belirli bir donanıma sahip olan ve bir ticari işletmenin faaliyetine hizmet eden) işyerlerinin kirasında kendisini göstermektedir³⁶. İşyeri kirası türünden kira sözleşmeleriyle bir işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmelerinin ayırt edilmesindeki güçlük uygulamayı, ayrımda kullanılacak çeşitli ölçütler aramaya yöneltmiştir. Bu ölçütlere toplu bir bakış sonucunda şunlar söylenebilir³⁷:

- İşyerinin kullanımının terkinin envanterle birlikte gerçekleşmesi, ürün kirası yönünde yapılacak bir nitelendirme için işaret oluşturabilir. Envantere geçen eşyanın bir kısmının kiracı tarafından getirilmiş olması, ürün kirası yönünde yapılacak bir nitelendirmeye engel oluşturmaz.

- Ticari işletme işletmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir işyerinin kiralanmasında, elde edilen kazanç eşyanın (işyerinin) kullanılmasından daha çok kiracının bireysel faaliyetine dayanıyorsa, kira ilişkisinin bulunduğu sonucuna varılabilir. Buna karşılık işyeriyle birlikte, kira sözleşmesinin kurulduğu tarihe kadar (kiraya verence) yürütülen işletme faaliyetiyle oluş-

³⁵ SAĞLAM, s. 1021; ŞAHİN, s. 1437; DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, "Hasılat Kirası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hükümler", Erdoğan TEZİÇ'e Armağan, İstanbul 2007, s. 945; ARPACI, Abdülkadir, "Konut ve İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru mudur?", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:V, Sayı:2, Yıl 2008, s. 6; AKINCI, Şahin, "İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, Yıl 2008, s. 43; CANSER, Erol, "Ziraat İşletmesinin Geçirmekte Olduğu Değişmeler Karşısında Fransız İsviçre Ve Türk Hukuklarının Durumu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1 - 4, Yıl 1953, s. 651.

³⁶ AKINCI, s. 39; ARPACI, s. 6.

³⁷ Bu ölçüler için bkz. LINDENMEYER, s. 60-61.

muş mevcut iş ilişkilerinden yararlanma olanağı da kiracıya tanınmışsa, ürün kirası yönünde yapılacak bir nitelendirme daha yerinde olabilir. Bu olasılıkta kiralanan işyerinde yürütülen işletme faaliyeti kiracı tarafından yürütülecek, kiracı mevcut iş ilişkilerinden yararlanmakla birlikte, bu ilişkilerin ortadan kalkmasını da önleyecektir.

- Kiracının işletme yükümlülüğü bulunması, zorunlu olarak ürün kirası şeklinde yapılmış bir nitelendirmeye yol açmaz. Kira ilişkisindeki kiracının özen yükümü, kira konusuna ilişkin bir işletme yükümlülüğünü de beraberinde getirebilir. Kira ilişkisinin konusu olan eşya, özel bir amaca özgülenmiş olup ticarî veya sınaî bir değer taşıyorsa ve bu değer korunması için özgülenme amacı doğrultusunda faaliyette bulunulması gerekiyorsa, kiracı açısından bir işletme yükümlülüğünün varlığı (özen yükümünün bir gereği olarak) kabul edilebilecektir.

- Kiralanan işyeri için ödenecek kira bedelinin, bu işyerinden elde edilecek kazancın belirli bir yüzdesi olarak nitelenmesi, zorunlu olarak ürün kirasının bulunduğu sonucuna götürmez.

Bir işyerinin kullanılmasının devrinde, çok defa bu işyerinde faaliyette bulunan ticarî işletmenin de kullanımı devredilir³⁸. Diğer taraftan bir ticarî işletmenin kullanılmasının devri, genellikle, bu işletmenin faaliyette bulunduğu işyerinin kullanılmasının devri gerekliliğini de beraberinde getirecektir. Somut olaydaki (ticarî işletme ve bu işletmenin faaliyette bulunduğu işyerinin kullanılmasının devrine ilişkin) sözleşmenin kira veya ürün kirası olarak nitelendirilmesi, kira sözleşmelerinde söz konusu olacak kiracının korunmasına ilişkin rejimin uygulanıp uygulanmayacağını da belirleyecektir. Lindenmeyer'in fikrinde, somut olaydaki sözleşmede aslî edimin ne olduğuna bakılarak karar verilmesi gerekecektir. Kiraya verenin aslî edimi, ticarî işletmeden yararlanma olanağının kiracıya tanınması olarak düşünülmüşse, bir ürün kirası sözleşmesinin bulunduğu sonucuna varılabilir. Kiraya verenin aslî edim yükümlülüğünün ticarî işletmenin faaliyette bulunduğu işyerinin kiracıya kullandırılması olarak düşünüldüğü ilişkilerde ise, kiraya yönelik bir nitelendirme daha yerinde olacaktır³⁹. O halde tarafların ortak amacının değerlendirilmesiyle sözleşmenin ağırlık noktasının işyeri mi yoksa ticarî işletme mi olduğunun belirlenmesi gerekecek, tarafların yaptıkları nitelendir-

³⁸ ŞAHİN, s. 1414; AKER, s. 133; ALTAŞ, s. 155.

³⁹ LINDENMEYER, s. 61.

meye (sözleşmeyi ne şekilde isimlendirdiklerine) bakılmayacaktır (TBK. m. 19)⁴⁰. İsviçre hukuk uygulamasında, ürün kirasının tarımsal işletmelere ilişkin bir sözleşme olarak algılanması alışkanlığı bulunduğunu, bu nedenle ticarî işletmeye (ve bu işletmelerin faaliyette bulunduğu işyerlerine) ilişkin kira sözleşmelerinin kira olarak nitelenmesi eğiliminin gözlendiğini, yine Lindenmeyer belirtmektedir⁴¹.

V. Finansal Kiralama Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Finansal kiralama (leasing) sözleşmesi adı altında çok çeşitli sözleşme yapıları yer alabilmektedir. Bütün bu sözleşme yapılarını gözden geçirerek hepsi açısından ortak özelliklerin tespit edilmesi ve bu özelliklerin ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinin temel özellikleriyle karşılaştırılması altından kalkılması güç bir çabayı gerektirecektir.

Finansal kiralama sözleşmesi adı altında toplanan sözleşme yapılarının hepsi açısından ortak bir özellik, bir eşyanın kullanılması ve bu eşyadan yarar elde edilmesi olanağının kısa süreli olmayacak bir şekilde aktarılmasıdır⁴². Finansal kiralama sözleşmesinin konusu olarak, uzun süre kullanılmaya elverişli tüketim malları (taşıt araçları gibi) veya yatırım malları (mobil-yalar, makineler gibi) karşımıza çıkmaktadır.

Doğrudan finansal kiralamaya ilişkin sözleşmede iki kişi ile karşılaşılır. Bu tip sözleşmelerde imalatçı, finansal kiralama sözleşmesinde kiraya veren tarafı olarak yer alır ve kendi imal ettiği malların kullanımını sözleşmenin kiracı tarafına terk etmeyi borçlanır. Buna karşılık dolaylı finansal kiralama ilişkilerinde üç kişi bulunmaktadır. Bu kişiler imalatçı, finansal kiralama şirketi ve kiracıdır⁴³. Finansal kiralama şirketi, finansal kiralama sözleşmesinin kiracı tarafını oluşturan kişinin belirlediği bir malı imalatçıdan alarak ve bu malın maliki durumuna gelerek, kiracının kullanımına bırakır. Finansal kiralama ilişkilerinin olağan görünümü bu sonuncusudur. “Finansal Kirala-

⁴⁰ AKER, s. 165 – 194; DEVELİOĞLU, s. 934.

⁴¹ LINDENMEYER, s. 61-62.

⁴² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 362; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 402; ALTOP, Atilla, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990, s. 105 vd.; KOCAAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 66 vd.; KÖTELİ, Argun, Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), İstanbul 1991, s. 5.

⁴³ KOCAAĞA, s. 52.

ma, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu⁴⁴ da bu belirttiğimiz yapı üzerine kurulmuştur.

Finansal kiralama sözleşmesinin başlıca görünümü, finansman leasingi denilen türdür. Bu türe ilişkin finansal kiralama sözleşmeleri belirli bir süre feshedilmemek üzere kurulur. Leasing alanın kira bedeli olarak süre sonuna kadar ödeyeceği toplam tutar, finansal kiralama şirketinin yatırım giderini (kira konusu malı edinmek için yaptığı bütün harcamaları) karşılayacak ve bir faiz miktarını içerecek şekilde belirlenir⁴⁵.

“Operating-leasing” denen türde ise, fazla uzun tutulmayan temel bir sözleşme süresi vardır⁴⁶. Bu nispeten kısa tutulmuş sürenin sonu itibarıyla her iki tarafın (leasing alan ve verenin) ilişkiyi sona erdirmeye (ilişkinin yenilenmesini engelleme) olanakları vardır. Ne var ki taraflar sürenin tamamlanmasından belirli bir süre önce ilişkinin yenilenmesini istemedikleri şeklindeki iradelerini ortaya koymazlarsa, ilişki yine kısa bir süre için yenilenecektir. Yenilenen sürenin bitiminde taraflar sessiz kalarak bir diğer yenilmeye yol açabilirler ve bu böyle sürer gider. Bu tür sözleşmeler daha çok leasing verence hizmet veya servis sağlanması amacıyla hizmet ederler.

Yukarıda belirtilen çeşitli görünümlerden hangisinin gerçek anlamda finansal kiralama kavramına dahil olduğu tartışmalıdır. İlişkiye katılan kişilerin sayısının ayırt edici bir ölçüt olarak kabul edilmesi yönünde genel bir eğilim vardır. Bir görüşe göre hem doğrudan finansal kiralama ilişkisinin hem de dolaylı finansal kiralama ilişkisinin, kavramın teknik anlamının kapsamında olduğu söylenebilir⁴⁷. Bu görüş doğrudan imalatçıyla yapılan sözleşmeleri de, finansal kiralama şirketiyle yapılan sözleşme üzerine şirketin kiralama konusu malı imalatçısından temin ettiği ilişkileri de dar ve teknik anlamda finansal kiralama ilişkisi olarak görmektedir. Buna karşılık bir diğer görüş, sadece dolaylı finansal kiralama ilişkilerinde, dar ve teknik anlamıyla finansal kiralama sözleşmesinden söz edilebileceğini kabul etmektedir⁴⁸. Bu son yaklaşım biçimi açısından finansal kiralama, sadece iki taraf arasında

⁴⁴ 6361 Sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu”, 13 Aralık 2012 Tarih ve 38496 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 365; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 410; KOCAAĞA, s. 47.

⁴⁶ KOCAAĞA, s. 45; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 365.

⁴⁷ SOMUNCUOĞLU, Ünal, “Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesine Yüzeysel Bir Bakış”, İBD 1986, S.4 – 56, s. 246.

⁴⁸ ALTOP, s. 52; KÖTELİ, s. 58.

kurulan bir sözleşmenin değil, değişik tarafları olan sözleşmeler sisteminin ortak adı olmaktadır. Bir sözleşmeler sisteminin ortak adı olan finansal kiralama, finansal kiralama şirketiyle kiracı arasında kurulan dar ve teknik anlamıyla finansal kiralama sözleşmesiyle, finansal kiralama şirketiyle imalatçı arasında kurulan ve kiralama konusu malın finansal kiralama şirketinin mülkiyetine geçmesini sağlayan sözleşme ilişkisini kapsamına almaktadır. Finansal kiralama şirketiyle kiracı arasında kurulan dar ve teknik anlamıyla finansal kiralama sözleşmesi, kiralama konusu malın kiracının kullanma ve yararlanmasına bırakılmasından başka, vekâlet sözleşmesine ilişkin unsurları da içermektedir. Sözleşmedeki vekâlet sözleşmesine özgü unsur, finansal kiralama şirketinin kiracının istediği malı temin etmek için çaba göstermeyi (bir iş görmeyi) taahhüt etmesinde açıklıkla gözlenebilir olmaktadır.

Finansal kiralama sözleşmesiyle ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinin ayırt edilmesinde dar ve teknik anlamıyla finansal kiralama sözleşmesi kavramının ne olduğuna ilişkin yukarıda belirtilen tartışmalar büyük bir önem taşımaktadır. Hem doğrudan finansal kiralama ilişkisinde hem de dolaylı finansal kiralama ilişkilerinde, bir malın kullanımı ve o maldan yararlanılması olanağının bir bedel karşılığında sağlandığı açıktır. Ne var ki dolaylı finansal kiralama ilişkilerinin, ürün kirası sözleşmesinden çok daha uzak düştüğü de aynı açıklıkta ortadadır. Dolaylı finansal kiralama ilişkilerinde, dar ve teknik anlamıyla finansal kiralama sözleşmesi olarak nitelendirilen ve finansal kiralama şirketiyle kiracı arasında kurulan sözleşmede yer alan vekâlet sözleşmesine özgü unsurlar, bu sözleşmenin ürün kirası sözleşmesinden rahatlıkla ayırt edilebilmesine olanak veren bir ölçüt olma işlevini taşımaktadır. Kiraya verenin, kiracının sipariş ettiği bir malı edinmek için malın imalatçısıyla sözleşme ilişkisi içerisine girmek, bu malı en elverişli koşullarla edinmek için faaliyette bulunmak gibi iş görme edimleri, bir ürün kirası sözleşmesinde karşılaşılabilecek söz konusu olamayacak türden edimlerdir⁴⁹.

Finansal kiralama sözleşmesi de, ürün kirası sözleşmesi de kira konusuna ilişkin kullanma ve yararlanma olanaklarının kiracıya aktarıldığı sözleşmelerdir. Buna karşılık bu sözleşmelerin konusunu oluşturan değerler bakımından önemli bir farklılık gözlenebilir. Finansal kiralama sözleşmesinin konusunu bir işletme bünyesinde kullanılacak belirli bir mal oluştururken, ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesi, bir bütün olarak ticarî işletmeyi konu

⁴⁹ LINDENMEYER, s. 63-64.

alır. Finansal kiralama sözleşmesinin kiraya veren tarafını oluşturan finansal kiralama şirketiyle, ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinin kiraya veren tarafını oluşturan ticarî işletme sahibinin, söz konusu sözleşmeleri kurarken güttükleri amaçlar da birbirinden farklıdır. Sahip olduğu ticarî işletmeyi ürün kirasına konu yapmış olan işletme sahibi, kira ilişkisinin devam ettiği süre boyunca işletmenin korunmasını amaçlar. Öyle ki ticarî işletmenin hem malvarlığı açısından hem de iş ilişkileri açısından korunmasında (hatta malvarlığının ve iş ilişkilerinin daha da geliştirilmesinde) ciddi bir çıkarı mevcuttur. Bu nedenle ticari işletmeyi kiralamış olan kiracı, işletmenin korunması ve işletme faaliyetinin devam ettirilmesi yükümlülüğü altındadır.

Buna karşılık finansal kiralama sözleşmesindeki kiracı açısından bu türden yükümlülükler mevcut değildir. Finansal kiralama şirketi, finansal kiralama konusu malın korunmasıyla değil, yaptığı yatırımı karşılayacak ve kendisine belirli oranda faiz geliri sağlayacak olan kira bedellerinin aksama-dan ödenmesiyle ilgilidir. Söz konusu kira bedelleri kira konusu malın kullanılması ve bu maldan yarar elde edilmesinin bir karşılığı olarak belirlenmemiştir. Finansal kiralama sözleşmesinin devamı süresince işleyecek olan kira bedellerinin toplamının, finansal kiralama şirketinin kira konusu malı edinirken ödediği bedeli, yaptığı diğer (yan) harcamaları bütünüyle karşılmasına ve ayrıca belirli bir faiz geliri sağlayacak tarzda belirlenmesine özen gösterilmiştir⁵⁰. Nitekim kira süresi sonunda malın kullanım değeri ortadan kalkacak (amortizasyon) ve finansal kiralama şirketi için sadece yaptığı yatırımdan zaman içerisinde elde ettiği kazanç kalacaktır.

VI. Yatırım Malvarlığına İlişkin Ürün Kirası Sözleşmelerinden Ayırt Edilmesi

Yatırım mallarına ilişkin ürün kirası sözleşmesinin konusunu her türlü yatırım malvarlığı oluşturabilir. Üretim için kullanılacak teknik donanımla birlikte bir yapının ürün kirasına konu oluşturması gibi. Belirli bir noktaya kadar ticarî işletmenin ürün kirasına konu oluşturmasıyla benzerlik gözlenebilir.

Bir örnek üzerinden konunun tartışılması yararlı olacaktır. Bir televizyon üreticisinin üretimde kullanacağı bir makineye ihtiyacı olsa ve bu makineyi kendi kaynaklarıyla veya aldığı krediyle edineceğine, yatırım mallarına ilişkin ürün kirası sözleşmeleri yapan bir işletmeyi bu hususta yetkilendirse,

⁵⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 405; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 372.

yetkilendirilen bu işletme aranılan türden bir makineyi kendi adına ve hesabına edinecektir. Kendi adına ve hesabına edindiği makineyi daha sonra ürün kirası sözleşmesiyle televizyon üreticisine kullandıracaktır. Televizyon üreticisi de kendi açısından belirli bir süre boyunca kira bedeli ödeyecektir. Kira bedellerinin toplamı, kiraya veren işletmenin söz konusu makineyi edinmek için yaptığı bütün harcamayı karşılayacağı gibi, kiraya veren işletmenin başkaca giderlerini de karşılayacaktır. Dahası, makineyi edinmek için ödenen paranın faizlendirilmesi de ödenecek toplam kira bedeli içerisinde yer alacaktır. Nihayet toplam kira bedeli belirlenirken, kiraya veren işletmenin bu işten elde edeceği kazanç da göz önünde tutulacaktır. Makinenin mülkiyeti de, bu makineyi kendi adına edinen kiraya veren işletmedir.

Ekonomik açıdan söz konusu olacak bütün mali yüklerin ise, tıpkı malikmişçesine, kiracı konumundaki televizyon üreticisi tarafından karşılanacağı açıktır.

Yatırım mallarına ilişkin ürün kirası sözleşmesiyle, ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesi arasındaki temel ayırım, kira sözleşmesinin konusu bakımından ortaya çıkar. Yatırım mallarına ilişkin ürün kirası sözleşmesinin konusu, bir işletmeyi oluşturan bir veya birkaç unsurdur. İşletmenin yatırım malvarlığına dahil olacak unsurlardan bir veya birkaçından yararlanma olanağı böyle bir sözleşmeyle elde edilebilir. Kiraya konu olan malvarlığı unsurunun işletmenin aslî bir unsurunu oluşturması da gerekmez.

Ticarî işletme kiracısından farklı olarak, yatırım malvarlığı kiracısı bütün mali yükleri ve bakım giderlerini taşır⁵¹.

VII. Lisans Sözleşmelerinden Ayırt Edilmesi

Lisans sözleşmeleri kanunlar tarafından özel biçimde korunan gayrimaddi hakların, genel hukuk normları ile korunan gayrimaddi hakların veya fiili durumların kullanımının başkalarına bırakıldığı sözleşmelerdir⁵². Lisans sözleşmesi, normalde, ivazlı olarak kullanım terkine ilişkin olan sözleşmelerde ekonomik fonksiyon görür. Bu sözleşme ile ekonomik değere sahip olan bir eserin veya yapılan buluştan ötürü sahip olunan hakkın

⁵¹ LINDENMEYER, s. 65-66.

⁵² OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri Ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s. 30; ORTAN, A. Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979, s. 2.

ve bilginin değerlendirilmesi gündeme gelir. Lisans sahibi, sahip olduğu gayrimaddi hakkı, ekonomik açıdan fayda getirecek biçimde kullanabilmektedir⁵³.

Lisans sözleşmesinin konusunu şu türden değerlerin kullanımı oluşturabilir: Patentler, işletme sırları, know-how, üzerinde telif hakkı bulunan eserler, numune ve modeller, markalar vb.⁵⁴. Lisans veren bir başkasına da lisans vermemeyi yükümlenmişse mutlak lisans, böyle bir yükümlülük altına girmemişse basit lisans söz konusudur. Mutlak lisansta lisans veren, belli bir bölgede veya ülke genelinde sınaî hakkın kullanımını başkasına devredemez ve kendisi de bu hakkı kullanamaz. Basit lisansta lisans alanın inhisari yetkisi yoktur⁵⁵.

Pedrazzini'ye göre, lisans sözleşmesi kullandırma sözleşmelerinden biri sayılsa da isimsiz bir sözleşme olarak ürün kirası sözleşmesinden ayrılmalıdır⁵⁶. Ne var ki kira sözleşmesine ilişkin kimi hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması söz konusu olabilir⁵⁷. Özellikle OR Art. 279 ve 288 bu bağlamda anılmalıdır.

Kullanmanın terkinin konu almaları itibarıyla, lisans ve ticarî işletme kirası sözleşmelerinin ekonomik fonksiyonu birbirine benzer. Haklar için ürün kirası sözleşmesi de yapılabileceğinden; bu iki sözleşme birbiri ile karıştırılabilir. Lisans sözleşmesinin olası konuları, ticarî işletmenin unsurlarıdır. (Tek tek her bir unsur). Ticarî işletmenin bütünü lisans sözleşmesine konu olamaz. Unutmamak gerekir ki, ticarî işletmede lisans sözleşmesine konu olabilecek unsurlar bulunabileceği gibi, böyle olmayan unsurlarda vardır. Ticarî işletmenin bir bütün olarak lisans sözleşmesine konu olabileceğini kabul etmek, normalde böyle bir sözleşmeye konu olamayacak unsurlar açısından “kanuna karşı hile”nin kapısını açabilecektir⁵⁸.

İsimsiz bir sözleşme olarak lisans sözleşmesi için öğreti ve uygulamada geliştirilen ilkeler, işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesi için bir noktada

⁵³ OKTAY ÖZDEMİR, s. 35; ORTAN, s. 3.

⁵⁴ LINDENMEYER, s. 66; OKTAY ÖZDEMİR, s. 31.

⁵⁵ Bu ayırımı ilişkin açıklamalar için bkz: ORTAN, s. 151 vd.; OKTAY ÖZDEMİR, s. 12 vd.

⁵⁶ PEDRAZZİNİ, Mario M., Der Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, S. 596ff., Basel Und Stuttgart 1977, s. 601-602.

⁵⁷ Türk Hukukunda ürün kirası sözleşmesine ilişkin hükümlerin lisans sözleşmelerine doğrudan uygulanamayacağı kabul edilir. ORTAN, s. 23; TANDOĞAN, s. 63.

⁵⁸ LINDENMEYER, s. 67,

önem kazanabilir. Zira işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesiyle, pratikte olağan olarak lisans sözleşmesine konu olan bazı işletme unsurlarının kullanımını da terk edilmiş olur. Bir başka deyişle, işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesi, ekonomik açıdan, işletme bünyesindeki pek çok unsurla ilgili olarak lisans sözleşmesi yapılmış gibi bir sonuç doğurur⁵⁹.

Marka hukukunda eskiden, bir markanın ancak bünyesinde yer aldığı işletmeyle beraber devredilebileceği kuralı mevcuttu⁶⁰. Bu kuralın zorunlu kıldığı gerekliliğin yerine getirilmesi için, devredilen markayla beraber, markanın yer aldığı işletmenin ürün kirasına konu olması yeterli sayılmaktaydı. Bugün artık, marka lisansı sözleşmesi yapılabilmesi (veya markanın kullanımının herhangi bir biçimde devri) için, markanın içinde yer aldığı işletmenin de devri aranmamaktadır. Buna karşılık lisans alanın lisans veren tarafından sıkı bir biçimde kontrol altında tutulması aranmaktadır. Marka Lisansının, marka hakkının sahibinin işletmesinden bütünüyle bağımsız bir işletmenin sahibine aktarılması bu nedenle uygun değildir.⁶¹

VIII. Franchise Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Franchise sürekli bir sözleşme ilişkisidir. Bu ilişki çerçevesinde, kendi adına faaliyet gösteren bir kişi olan franchise alan, ücret karşılığında, franchise verene ait markayı veya franchise verenin ismini kullanarak, belirli malları pazarlama veya belli hizmetleri görme imtiyazını elde eder. Bunun gibi franchise alan, franchise verene ait teknik donanımı, patenti, mesleki deneyimi kullanma olanağını da elde eder⁶². Ne var ki, franchise alan için de franchise verenin organizasyonuna ve reklam sistemine dahil olmak, bu sistemler çerçevesinde franchise verence belirlenmiş ilkelere uymak yükümlülüğü getirecektir. Yine franchise verenin franchise alana danışmanlık ve eğitim sunmayı üstlenmesi de söz konusu olabilir⁶³.

⁵⁹ LINDENMEYER, s. 67; ALTAŞ, s. 162; KLINGLER, s. 57.

⁶⁰ KAYA, Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 213; YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, (ALTAY, Sıtkı Anlam/ AYOĞLU, Tolga/ YUSUFOĞLU, Fülürya/ YÜKSEL, Sinan), Cilt 2, İstanbul 2004, s. 680 – 681; ARKAN, s. 285.

⁶¹ PEDRAZZİNİ, s. 636 vd., LINDENMEYER, s. 67-68.

⁶² Franchise sözleşmesinin farklı tanımları için bkz: GÜRZUMAR, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995, s. 10; KIRCA, Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997, s. 19; AKER, s. 227.

⁶³ LINDENMEYER, s. 68; KIRCA, s. 133; GÜRZUMAR, s. 101.

Şu halde, franchise sözleşmesi, franchise verenin piyasada sahip olduğu yerden, franchise alanı yararlandırmayı amaçlar. Ne var ki, franchise alanın bu yararlanmaya bağlı yükümlülükleri de vardır. Franchise veren ise franchise alan üzerinde talimat verme ve denetim gibi yetkiler kullanabilir. Pek çok olayda franchise alanın belli malları sadece franchise verenden alma yükümlülüğü de söz konusu olabilir.

Franchise sözleşmesi lisans ve tek satıcılık sözleşmesinden unsurlar taşısa da, SCHLUEP tarafından sui generis bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir. SCHLUEP, bu sözleşmeyi isimsiz sözleşmelerin “karma sözleşme” kategorisine değil, “sui generis” sözleşme kategorisine dahil etmektedir⁶⁴.

Bir ticarî işletmenin piyasadaki yeri, bu işletmenin başlıca unsurları tarafından inşa edilir. Şu halde franchise sözleşmesiyle franchise verenin piyasadaki yerinden faydalanma olanağının sağlanması, franchise verene ait ticarî işletmeyi konu alan bir ürün kirası sözleşmesi yapılmasını andırmaktadır. Franchise veren kişinin, sözleşme kapsamında bulunan isim, marka, patent hakkı gibi sınaî hakları franchise alana sunması ve franchise sözleşmesinin de sürekli borç doğuran bir sözleşme olması ürün kirası bünyesinde bulunan unsurların franchise sözleşmesinde de bulunabileceği kuşkusunu yaratır. Ne var ki, bir ticarî işletmenin bir bütün olarak franchise sözleşmesinin konusunu oluşturup oluşturmadığına dikkat edilmelidir. Bu sözleşme, belirli bir ticarî işletmenin piyasadaki yerinden yararlandırmayı amaçlamaktadır, yoksa ticarî işletmenin kullanımının bir bütün olarak terkini değil. Ancak tüketiciler için ortada kesinlikten uzak bir durumun bulunacağına da dikkat etmek gerekir. Tüketici, zincirde bulunan bir lokantanın franchise çerçevesinde mi faaliyet gösterdiğini yoksa belirli bir ismin ve markanın sahibinden ürün kirası sözleşmesiyle mi sağlandığını bilemez. Nitekim belirli bir ticarî işletmeye bağlı lokantalar zincirinin bir ünitesini işletme olanağı, pekâla ürün kirası sözleşmesiyle de elde edilmiş olabilir. Yoksa bu işletme sahibiyle bir franchise sözleşmesi yapıp, söz konusu işletmenin adını kullanarak hizmet görme imtiyazı elde edilmesine gerek yoktur⁶⁵.

Franchise sözleşmesi, büyük ölçüde kullanımın terkine dayalı bir sözleşmedir. Ne var ki, franchise ve ticarî işletme kirası sözleşmelerinin, tarafla-

⁶⁴ SCHLUEP, Walter R., Innominatverträge, In Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, S. 763ff., Basel Und Stuttgart 1979, s. 44-46; LINDENMEYER, s.69.

⁶⁵ SCHULTHESS, Victor G., Der Franchise-Vertrag Nach Schweizerischen Recht, Diss. Zurich 1975; s. 112; LINDENMEYER, s. 69.

rın ekonomik çıkarları ve üstlendikleri ekonomik rizikolar bakımından karşılaştırılması mümkündür. Bu açıdan yapılacak bir karşılaştırmada, franchise alanın durumunun ticarî işletme kiracısınınkinden, franchise verenin durumunsa ticarî işletmeyi kiraya verenden farklı olduğu ortaya çıkacaktır. Franchise sözleşmesine dayalı olarak kurulacak organizasyonda, franchise verenin sermaye iştirakî yok denecek kadar küçüktür. Sermaye büyük ölçüde franchise alana ait olacaktır. Ticarî işletme kirası çerçevesinde yürütülen bir organizasyonda ise, sermaye kiraya verence oluşturulmuştur. Kiracı kiraya verene ait malvarlığı unsurlarını kullanır. Şu halde franchise sözleşmesi yoluyla kurulan bir organizasyonda, işletme rizikosunu hemen hemen tamamen franchise alan taşır. Ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinde, işletme rizikosu kısmen kiraya verenin üzerindedir⁶⁶.

Sözleşme süresince franchise veren belirli servis hizmetleri görmek ve piyasadaki yerini korumak yükümlülüğü altındadır. Buna karşılık ticarî işletmeyi kiraya verenin bu türden yükümlülükleri yoktur⁶⁷.

Kimi zaman franchise sözleşmesi ürün kirası sözleşmesiyle “bileşik sözleşme” ilişkisi içinde bir araya gelebilir. Franchise veren bir ticarî işletmeyi kendi hesabına kendi sermayesi ile organize eder ve ürün kirası sözleşmesiyle franchise alana kiralar⁶⁸. Franchise veren bu işletmeyi istihdam ettiği kişiler aracılığı ile işletir. Bu tip bir örnekte, franchise sözleşmesi ile ürün kirası sözleşmesi iç içe geçmiş bir vaziyettedir ve ürün kirasına ilişkin hükümler kıyasen franchise sözleşmesine de uygulanabilir.

IX. İntifa Hakkından Ayırt Edilmesi

İntifa hakkı, eşya hukukundan kaynaklanan bir ilişkidir. İntifa hakkı sahibi, bir başkasının mülkiyetindeki eşyadan yararlanma yetkisini elde etmiştir. Bu açıdan bakılınca, intifa hakkı başkasına ait bir eşyayı kullanma ve bu eşyadan yarar elde etme yetkilerini veren bir irtifak hakkıdır⁶⁹. İntifa hakkı bir aynî hak olduğuna göre eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlar. Aynî haklara özgü koruyucu yetkileri de içerir. İntifa hakkı sahibi eşyayı haksız

⁶⁶ LINDENMEYER, s.69-70; AKER, s. 230.

⁶⁷ LINDENMEYER, s. 70; KIRCA, s. 63; AKER, s. 231.

⁶⁸ AKER, s. 233; KIRCA, s. 63.

⁶⁹ İntifa hakkının tanımı için bkz: SİRMEN, s. 578; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 819; ÖZEN, (İntifa), s. 19 – 20; ARKAN SERİM, s. 29; CANSSEL, s. 37 – 38; ALTAŞ, s. 295.

olarak elinde tutan kişiye karşı “istihkak davası” açabileceği gibi, hakkın kullanılmasında güçlük çıkaran herkese karşı “müdahalenin önlenmesi davası” açabilir. Buna karşılık, ürün kirası sözleşmesinden sadece alacak hakkı doğar ve ancak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur.

Bir ticarî işletme üzerinde intifa hakkı kurulmasına Kanun izin vermiştir. Ne var ki, ticarî işletmenin kendisi aynî haklara obje olabilecek bir eşya sayılmaz. Aynî haklara egemen belirlilik ilkesi çerçevesinde aynî hak belirli bir eşya üzerinde kurulabilir. Ticarî işletme belirli bir eşya olmayıp, “bir eşya birliği” oluşturur. Ticarî işletme üzerinde intifa hakkı kurulmasıyla kast edilen gerçekte “ticari işletmeyi oluşturan her bir unsur üzerinde ayrı ayrı intifa hakkı kurulmuş olmasıdır”⁷⁰.

Ürün kirası bir sözleşme ilişkisidir. İntifa hakkının hukuki sebebini ise, sözleşme ilişkisi oluşturabileceği gibi, tek taraflı bir hukuki işlem (vasiyetnâme) veya bir kanun hükmü de oluşturabilir. Mal rejiminin tasfiyesinde eşin aile konutu üzerinde intifa hakkı kurulmasını isteme hakkı, hukukî sebebini kanunun oluşturduğu intifa hakkına örnek gösterilebilir⁷¹.

Eskiden olduğu üzere, sağ kalan eş tereke üzerinde mülkiyet yerine (veya mülkiyetle birlikte) intifa hakkını seçebilseydi ilginç durumlar ortaya çıkabilirdi⁷². Terekede bir ticarî işletmenin bulunduğu durumlarda, sağ kalan eş bu işletme üzerinde “intifa hakkı sahibi” konumunda bulunabilirdi ve bu diğer mirasçılarını hoşnutsuz kılabilirdi. Özellikle diğer mirasçılardan ticarî işletmeyi başarıyla yönetebilecek olanlar varsa, yönetimden anlamayan eşin ticarî işletme üzerinde intifa hakkı sahibi olmasının yaratacağı huzursuzluk büyük olurdu. Bu sorunu aşmak için şöyle bir formül geliştirilebilirdi. Ticari işletme üzerinde intifa hakkı kazanan eş ticarî işletmeyi yönetebilecek du-

⁷⁰ LINDENMEYER, s. 70-71; ALTAŞ, s. 295; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 253 – 304, Nr. 5; ÖZEN, (İntifa), s. 50.

⁷¹ TMK. madde 240, evlilik ilişkisi ölümle sonlanınca hayatta kalan eşe, mevcut yaşantısını sürdürebilmesi için beraber yaşadıkları konutta kendisine intifa hakkı tanınmasını talep etme yetkisini düzenler. Bu durumda intifa hakkı, yasa gereğince kendiliğinden kurulmaz. Hayatta kalan eş, bunu talep etme hakkına sahiptir.

⁷² 743 Sayılı Eski Türk Medeni Kanunu'nun 3678 Sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 444. maddesine göre eş, birinci zümre ile birlikte mirasçı olunca dilerse terekenin ¼'ünün mülkiyetini; dilerse ½'sinin intifa hakkını, ikinci zümre ile mirasçı olduğunda ¼ mülkiyet ve buna ek olarak ½ intifa hakkını; üçüncü zümre ile mirasçı olursa terekenin ½'sinin mülkiyetini ve buna ek olarak ¼'ünün intifa hakkını miras payı olarak alabilmekteydi. Bugün 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüktedir. Yasa hükmü yoluyla kendiliğinden kazanılan bu intifa hakkı düzenlemesini kaldırmış bulunmaktadır.

rumda olan (ve malik konumunda bulunan) diğer mirasçılarla ürün kirası sözleşmesi yapabildi. Ticarî işletmeyi konu alan böyle bir ürün kirası sözleşmesiyle, yönetim kabiliyetine sahip mirasçılar bu kabiliyetlerini ürün kiracısı sıfatıyla hayata geçirme olanaklarını bulurlardı⁷³.

Ticarî işletme üzerindeki intifa hakkıyla ticarî işletmeyi konu alan ürün kirası sözleşmesi arasındaki başlıca farklar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- İntifa hakkı bir aynî haktır. Ürün kirası sözleşmesinden bir kişisel hak doğar. 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu uyarınca, ürün kiracısı haklarını yeni malike karşı ileri süremezdi (eğer ürün kirası şerh edilmişse yeni malike karşı da ileri sürülebilirdi). Oysa 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesi doğrultusunda (bu hüküm genel bir ilke içerir ve her türlü kira ilişkisi açısından geçerlidir. Ürün kirası sözleşmesi de bu kira ilişkilerine dahil olduğundan TBK. madde 310, ürün kirası sözleşmeleri açısından da uygulanmalıdır), ürün kirası konusu kiralananın el değiştirmesi ile birlikte, yeni malik yasaya bağlı olarak kiraya veren konumuna geçecektir. Bu durumda kiracı haklarını, yeni malike karşı da aynen intifa hakkı sahibi gibi ileri sürebilir. Benzer şekilde, mülkiyetin el değiştirmesi bir aynı hak olan intifa hakkı sahibinin durumunu etkilemez. Yeni malik mevcut intifa hakkıyla bağlıdır.

- İntifa hakkı miras yoluyla intikal etmez. İntifa hakkı sahibi bir gerçek kişiye, onun ölümüyle hak son bulur. İntifa hakkı sahibi bir tüzel kişiye, intifa hakkı en çok yüz yıl için kurulabilir, yüz yılın geçmesiyle sona erer. Ürün kirası bakımından miras yoluyla intikal mümkündür. Ürün kiracısının ölümünden sonra kira ilişkisi OR Art. 297 uyarınca devam edebilir⁷⁴.

- TMK. madde 806/f.1 uyarınca intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilir⁷⁵. Buna karşılık, ürün kiracısı, TBK. madde 366/f.1 uyarınca "alt ürün kirasını" kiraya verenin muvafakatıyla kurabilir. Kural, kiraya verenin muvafakatı olmadıkça alt ürün kirasının kurulamamasıdır. (OR Art. 289).

- TMK. madde 808/f.1'e göre malikin hakları tehlikeye düşerse, malik intifa hakkı sahibinden güvence talep edebilir. Buna karşılık, TBK. madde 369 uyarınca ürün kirası sözleşmesi belirli sebeplerle kiraya veren tarafından

⁷³ LINDENMEYER, s. 71.

⁷⁴ ALTAŞ, s. 296; AKER, s. 428; ÖZEN (İntifa), s. 149.

⁷⁵ ÖZEN, (İntifa), s. 295 vd.

sona erdirilebilir. Haklarının tehlikeye düşmesi, kiraya verene sözleşmeyi feshetme olanağı verebilecektir⁷⁶.

X. Satıştan Ayırt Edilmesi

Ürün kirası ve satış sözleşmelerinin ayırt edilmesi genellikle bir sorun çıkarmaz. Sorun belirli ürünlerin iktisap edilmesini amaçlayan sözleşmeler bakımından çıkar. Söz gelimi belirli bir taş ocağından çıkarılacak taşlar, bir çayırdan elde edilen otlar, bir sebze bahçesinden elde edilen sebzeler, bir koyundan elde edilen yünler iktisap edilmek isteniyorsa, yapılmak istenen sözleşmenin nitelendirilmesi bazen sorun yaratabilir⁷⁷.

Ana mala ait olan ürünler zamanla tükenebilen nitelikte olduğunda (kum ve taş ocaklarında olduğu gibi), tarafların sözleşme uyarınca ana mala ait bu ürünleri tamamen ya da çok büyük oranda tüketme hususunda anlaşmaları, ortada bir satış sözleşmesinin bulunduğuna işaret edecektir⁷⁸.

Ticarî işletmeyi konu alan bir satışı veya ürün kirası sözleşmesini ayırt etmek temelde bir zorluk içermez. Ticarî işletmenin el değiştirmesi istenmediği sürece (mülkiyetin devrine yönelik bir sözleşme yoksa) satıştan söz edilemez⁷⁹.

Bir ürün kirası sözleşmesinde kiracıya alım veya ön alım hakları tanınması mümkündür. Ne var ki alım veya ön alım hakları kullanılmadığı sürece, ortada ürün kirasından başka sözleşme ilişkisi bulunmaz⁸⁰.

XI. Adi Ortaklık Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Ortaklık sözleşmelerinde iki ya da daha çok sayıdaki kişi ortak bir amaç elde etmek için emek ve/veya mallarını birleştirmeyi üstlenirler. Adi ortaklık sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 620 – 645. maddeleri arasında düzenlenmiştir ve bu sözleşme yolu ile kurulan birliğin tüzel kişiliği yoktur. Yasal tanıma göre, adi ortaklık, iki veya daha fazla kimsenin ortak

⁷⁶ LINDENMEYER, s. 72; ALTAŞ, s. 297.

⁷⁷ CANSEL, s. 35; ALTAŞ, s. 243; ARKAN SERİM, s. 22.

⁷⁸ Ayırt edici ölçü kıstaslarına ilişkin açıklamalar için bkz: ALTAŞ, s. 244; CANSEL, s. 35.

⁷⁹ ARKAN, s. 45; KAYIHAN/ YASAN, s. 57; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 44; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 26; TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 79; ARAL/ AYRANCI, s. 70; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 53.

⁸⁰ LINDENMEYER, s. 72-73.

bir amaca erişmek için emeklerini ve/veya mallarını bir araya getirmeleriyle ortaya çıkar⁸¹.

Tarafların ortak iradesinin bir ortaklık kurmaya yönelik olup olmadığını anlamak için affectio societatis unsuruna bakılacaktır. Bu unsur ortaklık sözleşmesini mübadeleye yönelik sözleşmelerden ayırır. Kısacası ortaklık sözleşmesi, bünyesindeki affectio societatis unsuru sayesinde, satış veya kira (ürün kirası) gibi mübadele sözleşmelerinden ayrılacaktır⁸². Affectio societatis unsuru, ortaklaşa amacın gerçekleşmesi için çaba göstermek anlamına gelir. TBK. m. 620/f.1’de bu unsur; “*ortak bir amaca erişmek üzere birleşme*” biçiminde ifade edilmiştir. Bu ilke uyarınca, ortaklar tek başlarına ulaşabileceklerinden daha fazlasını elde etmeyi hedeflerler⁸³.

Ürün kirası sözleşmesi, ticari işletmenin kullanımının ve sağlayacağı yararların belirli bir bedel karşılığında terkinin (bırakılmasını) içermektedir. Bu açıdan bir ortaklık sözleşmesi değil de bir değişim sözleşmesi içerir. Ürün kirasında kiraya veren kira bedeli, kiracı ise hasılat elde etmek ister ve tarafların hak ve borçları birbirleri ile sinallagma ilişkisi içindedir; oysa adi ortaklıkta her ortak müşterek hedef doğrultusunda hareket eder. Buradaki menfaatler ortaktır. Buna karşın ürün kirasında “zıt menfaatler” mevcuttur.

Kira bedelinin cirodan veya safi kazançtan belirli bir pay alma şeklinde belirlenmesi mümkündür. Bu olasılıkta ürüne katılmalı kiradan söz edilir (TBK. m. 357/2). Bu türlü bir kira ilişkisi, niteliği gereği, katılma payı kavramının önem kazandığı bir hukukî ilişkiye vücut verecektir⁸⁴. Bu tür kira ilişkilerinde, kiraya veren ve kiracının çıkarları paraleldir. Her ikisi de ticari işletmenin olabildiğince yüksek miktarda kazanç elde etmesini arzu ederler. Kiracı veya kiraya verenin çıkarlarındaki bu paralellığe rağmen, bir ortaklık ilişkisinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Zira affectio societatis unsuru eksiktir⁸⁵. Ürün kirası sözleşmesinde kiracı işletmeyi kendi adına ve hesabı-

⁸¹ Adi ortaklık sözleşmesine ilişkin detaylı bilgi için bkz: BARLAS, Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 12 vd.; ANSAY, Tuğrul, *Adi Şirket, Dernek Ve Ticaret Şirketleri*, Ankara 1967, s. 155 vd.; DOMANIÇ, Hayri, *Adi – Kollektif Ve Komandit Şirketler*, 4. Bası, İstanbul 1988, s. 74- 75; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 735 vd.; AKER, s. 205 vd.; ALTAŞ, s. 293 – 294.

⁸² MEIER – HAYOZ, Arthur/ FORSTMOSER, Peter, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 9. Aufl., Bern 2004, s. 39-40; LINDENMEYER, s. 73.

⁸³ BARLAS, s. 38 vd., AKER, s. 209; ALTAŞ, s. 294; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 736.

⁸⁴ MEIER –HAYOZ/ FORSTMOSER, s.42 vd., LINDENMEYER, s. 73-74.

⁸⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, s. 42; KLINGLER, s.36; LINDENMEYER, s. 74.

na, kendi kaynakları ile ve rizikosu kendi üzerinde doğacak biçimde işletir. Oysa adi ortaklıkta asli edim yükümü niteliğinde olan ve süreklilik arzeden “birlikte gayret gösterme yükümlülüğü” yer alır. Adi ortaklık sözleşmesinde ortaklar faaliyetlerinin sonucuna, kazanca ve zarara her zaman beraberce katılırlar.

İsviçre – Türk Hukukunda ürüne katılmalı kiraya – adi ortaklık hükümlerinin (tamamlayıcı mahiyette olmak üzere) uygulanmasını öngören bir düzenleme yoktur. Böyle bir düzenleme olmasa da ürün kirasına ilişkin hükümlerin boş bıraktığı noktaların tamamlanmasında, adi ortaklık hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması mümkün olmak gerekir. Ürüne katılmalı kira sözleşmesi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilemese de, ortaklık benzeri bir ilişkiye vücut vermektedir ve böyle bir kıyasa kapılar kapatılmamalıdır⁸⁶.

Ortaklık sözleşmesi olarak yapılacak bir nitelendirmeye hizmet eden unsurlar şu şekildedir⁸⁷:

- Kazançtan bağımsız kesin bir kullanma karşılığının belirlenmemiş olması
- Tarafların ekonomik durumlarında benzerlik ve çıkarlarında özdeşlik
- “Kiraya veren” olarak nitelenen kişinin yalnız kazanca değil, kayba (zarara) da katılacak olması. Böyle bir durumda, kira olarak yapılan bir nitelendirmeye rağmen gerçekte bir ortaklık sözleşmesinin bulunduğu söylenebilir. (Ne var ki Federal Mahkemeye göre, zarara katılma ortaklığı ürün kirası sözleşmesinden ayırt etmede yeterli bir ölçüt değildir⁸⁸).
- “Kiraya veren” olarak nitelenen kişi ticari işletmenin yönetimine katılacak, kendisine “kiracı” deneni kişiyle birlikte hareket edecekse, gerçekte kira değil de ortaklık sözleşmesinin bulunduğu söylenebilir.
- “Kiraya veren” olarak nitelendirilen kişinin “kiracı” olarak nitelendirilen kişiyi denetleme hakkının kapsamı da, gerçekte kira değil ortaklık sözleşmesi bulunduğunu gösterebilir.

⁸⁶ LINDENMEYER, s. 74; ALTAŞ, s. 294.

⁸⁷ Bu unsurlar için bkz. LINDENMEYER, s. 74; MEIER HAYOZ/FORSTMOSER, s. 42vd, KLINGLER, s. 36 vd.)

⁸⁸ BGE 99 II 303 ff.

Sonuç

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere; ürün kirası sözleşmesini benzer nitelikte olan bazı hukuki ilişkilerden ayırt etmek her zaman çok kolay olmayabilir. Ticari işletmeler hukuki sınırlar kapsamında pek çok sözleşmeye konu edilebilirler. Bu sözleşmelerden biri olan ticari işletmeler üzerinde ürün kirası sözleşmesi kurulması durumu ile de uygulamada sıklıkla karşılaşmaktayız. Ticari işletme kirası olarak da adlandırılan bu sözleşmenin hukuki açıdan doğru biçimde nitelendirilmesi önemlidir. Bunu yaparken sözleşmenin amacı ve maddi unsurları dikkatle irdelenmelidir. Benzer sözleşme tipleri arasında yapılacak bir karşılaştırma, elimizdeki sözleşmeyi hukuki açıdan doğru nitelendirmede büyük önem taşıyacaktır. Sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespitinde isabetli davranılması, tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde de adil sonuçlara yol açacaktır.

Kaynakça

AKER, Halit, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012.

AKINCI, Şahin, “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, Yıl 2008, s. 33 vd.

ALTAŞ, Hüseyin, Hasılat Ve Şirket Kirası (BK. Mad. 270-298), Ankara 2009.

ALTOP, Atilla, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990.

ANSAY, Tuğrul, Adi Şirket, Dernek Ve Ticaret Şirketleri, Ankara 1967.

ARAL, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012.

ARKAN SERİM, Azra, Hasılat Kirasında Tarafların Hak Ve Borçları, İstanbul 2010.

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ondördüncü Tıpkı Basım, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2010.

ARPACI, Abdülkadir, “Konut ve İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru mudur?”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:V, Sayı:2, Yıl 2008, s. 3 vd.

ASLAN, İ.Yılmaz/ŞENYÜZ, Doğan, 6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Ve 6098 Sayılı (Yeni) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Bursa 2012.

AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynî Haklar, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Konya 2012.

AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2012.

BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 2012.

BECKER, Hermann, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-551, Bern 1934.

CANSEL, Erol, “Ziraat İşletmesinin Geçirmekte Olduğu Değişmeler Karşısında Fransız İsviçre Ve Türk Hukuklarının Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1 – 4, Yıl 1953, s. 645 vd.

CANSEL, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku Ve Alman Medeni Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara 1953.

CEBULLA, Mario, Die Pacht Nichtsächlicher Gegenstände, Berlin 1999.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, “Hasılat Kirası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hükümler”, Erdoğan TEZİÇ'e Armağan, İstanbul 2007, s. 931 vd.

DOMANIÇ, Hayri, Adi – Kollektif Ve Komandit Şirketler, 4. Bası, İstanbul 1988.

EREN, Fikret/ BAŞPINAR, Veysel, Toprak Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2005.

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 10. Baskı, İzmir 2012.

FOERSTER, Martin, Geschäftsraum-Miete Oder Unternehmens-Pacht Die Rechtlichen Grundlagen Von Bestand- Verträgen Über Geschäftsraumlichkeiten, Wien 2006.

GÜMÜŞ, Alper, “YENİ” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK. m.299 – 356), 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun’a Göre Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.

GÜRZUMAR, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995.

HERRMANN, Horst, Die Unternehmenspacht, Erscheinungsbild Und Rechtsstruktur, Nurnberg 1962.

HIGI, Peter, Obligationenrecht, Teilband V 2b (Die Pacht, Art. 275-304 OR), Hrsg. **GAUCH**, Peter/ **SCHMID**, Jörg, 3. Aufl., Zürich, 2000.

HÜRLİMANN-KAUP, Bettina, Grundfragen Des Zusammenwirkens Von Miete Und Sachenrecht, Habilitation, Schulthess 2008.

İNCEOĞLU, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.

KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 23. Bası, Konya 2012, s. 25 vd.

KAYA, Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006.

KAYIHAN, Şaban/ **YASAN**, Mustafa, 6335 Sayılı Kanun İle Güncellenmiş Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013.

KIRCA, Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997.

KLEIN-BLENKERS, Friedrich, Das Recht Der Unternehmenspacht, Köln 2008.

KLINGLER, Louis, Die Unternehmenspacht, Diss., Zurich 1943.

KOCAAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999.

KÖTELİ, Argun, Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), İstanbul 1991, s. 5.

LINDENMEYER, Christoph, Die Unternehmenspacht, Diss., Bern 1983.

MEIER – HAYOZ, Arthur/ **FORSTMOSER**, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004.

MINDER, Matthias, Die Übertragung Des Mietvertrags Bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), Einschliesslich des Verhältnisses Von Art.263 OR Zum Fusionsgesetz (FusG), Schulthess 2010.

OĞUZMAN, M.Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, Yenilenmiş Ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası, İstanbul 2012.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Sinaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri Ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.

OPPENLÄNDER, Frank, Die Unternehmenspacht, Insbesondere Das Verhältnis Von Pächter Und Verpächter Bei Der Verpachtung Eines Unternehmens, Diss., Stuttgart 1974.

OPPIKOFER, Hans, Das Unternehmensrecht, In Geschichtlicher, Vergleichender Und Rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen, 1927. Von **STEIGER**, Werner, Zur Problematik Eines “Unternehmensrechts”, (SAG 53), 1981.

ORTAN, A. Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979.

OSER Hugo/ **SCHOENENBERGER**, Wilhelm, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Hrsg. **EGGER**, A./ **ESCHER**, A.) V. Bd., Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband), Art. 184 - 418, 2.Aufl., Zürich 1936.

ÖZEN, Burak, “Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak “Ticari İşletme”“, Ünal **TEKİNALP**’e Armağan, C.II, s. 707 vd. **EREN**, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.

ÖZEN, Burak, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s. 438. (ÖZEN, (İntifa) olarak adlandırılacaktır).

ÖZTÜRK, Gülay, Teoride Ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara 2010.

PEDRAZZİNİ, Mario M., Der Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, S. 596ff., Basel Und Stuttgart 1977.

POROY, Reha/ **YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş Ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012.

SAĞLAM, İpek, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1015 vd.

SCHLUEP, Walter R., Innominatverträge, In Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, S. 763ff., Basel Und Stuttgart 1979.

SCHMID, Emil, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 2b (Miete, Pacht, Leihe), 1. Und 2. Lieferung (Art. 253-274), 3.A., Zürich 1974/77.

SCHULTHESS, Victor G., Der Franchise-Vertrag Nach Schweizerischen Recht, Diss. Zurich 1975.

SİRMEN, Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013.

SOMUNCUOĞLU, Ünal, “Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesine Yüzeysel Bir Bakış”, İBD 1986, S.4 – 56, s. 245 vd.

STRAUB, Peter Andreas, Der Gastgewerbliche Mietvertrag, Diss., Zürich 1988.

ŞAHİN, Ayşe, “Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları Ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt 2, İstanbul 2009, s. 1395 vd.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri – Cilt: I/2 Kira Ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 1989.

TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Halûk/ **ALTOP**, Attilâ, Tekinay Eşya Hukuku Cilt I, Yeniden İncelenmiş Ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 1989.

ULRICH, Hans, Die Unternehmung Als Produktives Soziales System, 2. A., Bern 1970, s. 155.

ÜLGEN, Hüseyin/ **TEOMAN**, Ömer/ **HELVACI**, Mehmet/ **KENDİGELEN**, Abuzer/ **KAYA**, Arslan/ **NOMER ERTAN**, Füsün, Ticarî İşletme Hukuku, Birinci Basıdan Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009.

ÜNAL, Mehmet/ **BAŞPINAR**, Veysel, Şeklî Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2012.

YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, (**ALTAY**, Sıtkı Anlam/ **AYOĞLU**, Tolga/ **YUSUFOĞLU**, Fülürya/ **YÜKSEL**, Sinan), Cilt 2, İstanbul 2004.

YAVUZ, Cevdet, Türk, İsviçre ve Fransız Medenî Hukuklarında Do laylı Temsil, İstanbul 1983.

YAVUZ, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş Ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2012.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA**, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013.