

ACENTELİK MUKAVELESİ HAKKINDA YENİ FEDERAL KANUN

(Zeitschrift für Schweizerisches recht nf. 69 s. 1)

Yazan: Dr. Konrad FEHR

Tercüme eden
Doç. Dr. Necip BİLGE

Acentelik mukavelesi hakkındaki 4 Şubat 1949 tarihli federal kanun 1 Ocak 1950 de yürürlüğe girdi. Bu kanun Borçlar kanununun vekâleti düzenleyen 13. babına yeni bir fasıl eklemektedir. Yeni hükümler 418a-v numaralarını taşımaktadır. Şu halde ta Medeni kanunun son hükümlerinin yazılışında kısmen kullanılmış olan işaretleme tarzı yeniden ele alınmış ve diğer kanunlara yapılan eklemelerde kullanılan saniyen-salisen, rabian şeklindeki numaralama usulü terkedilmiştir¹. Geçici hükümlerden başka 21 yeni madde kabul edilmiş olduğuna göre, mevzuu vakufu olmayanlar için anlaşılabilir başka hiçbir imkân da yoktu. Bununla beraber, yeni eklenen kanun kısımları için bir tek işaretleme usulü üzerinde daha önce bir karara varılmış olsa idi daha memnuniyet verici olurdu.

Acentelik mukavelesi İsviçre doktrin ve içtihadınca uzun zamandır beri, nev'i kendine mahsus özel bir mukavele tipi olarak malûm bulunmakta idi. Bu mukavele, ilmi bakımdan, mevzuu iş görme olan akitler kavramına sokulması mutad olan mukaveleler gurubuna girer. Onun özelliği, müstakil bir akit tipi olarak tecessüm etmeyip, vekâletin bir kolunu teşkil etmesinde mündemictir; bu kol hizmet aktinin münferit hükümleri ile de ilgili olarak, hususi münasebetin mahiyetine göre, tellallık, komisyon, nakliye, istisna akitleri gibi mevzuu iş görme olan diğer mukavelelerin unsurları ile tamamlanmaya muhtaçtır. Tatbikatta acentelik mukavelesi, incelemedeki noktai nazara göre, çok çeşitli manzara arzede-bilen karışık bir müessesedir. İktisadî hayatta kullanıldığı şekilde "Acente" tâbirî tamamen belirsizdir, üçüncü şahıs için yapılan muamele ve işlerin bütün tâli nevilerini kapsar; o suretleki, münferit halde tatbik edilecek hukuk kaidesini tayin için itimada şayan hiçbir tutamak noktası elde olu-

¹ Bak. 12 Aralık 1940 tarihli borçtan kurtarma kanunu (Entschuldungsgesetz).

namaz. Esâs itibariyle bu vasıflardır ki, Borçlar kanununun 1911 tadili sırasında, hizmet mukavelesine ve vekâlete müteallik fasıllar esaslı şekilde yeni bir düzene tâbi tutulmuş olmalarına rağmen, kanun koyucunun acentelik mukavelesini düzenlemekten kaçınmasına âmil olmuşlardır. Tellallık mukavelesi, vekâletin tâli bir nev'i olarak kanuna yeni eklenmişti; on bir yıl önce yürürlüğe girmiş olan Alman Ticaret kanunu ticaret acentelerinin hukukî münasebetleri hakkında istifadeli bir nizamı ihtiva ediyordu². Eğer hususi sebebler kanunî bir tesis aleyhinde tecelli etmemiş olsalardı, Alman ticaret kanunundaki tanzim tarzına iltihak etmek akla yakın gelirdi.

Federal mahkeme daha 1903 yılında Alman ticaret kanununa uy-
muş ve müstakbel hukukî inkişaf bakımından temel teşkil eden bir kararda, acente tâbirinin ticarî münasebetlerde çeşitli manalarda kullanıldığını, muayyen hiçbir hukukî mukavele münasebetini ifade etmediğini; ancak literatürde ve içtihatla ticaret acentesi ve acentelik mukavelesi hakkında, Alman ticaret kanununda mâkes bulmuş olan özel bir hukukî kavram te-
essüs etmiş bulunduğunu tesbit eylemiştir. Bu karara göre, "her hangi bir kimsenin bir ticarî müessese ile bir hizmet akdi münasebetinde bulunmamasın, onun ticarî faaliyeti için müddetli veya daimî olarak tavassut eylemesini veya iş yapmasını" acentelik mukavelesi olarak tavsif etmek gerekir³. Sonraki içtihatlar bu tarifi kabul etmişlerdir⁴; aynı tarif hemen aynı kelimelerle yeni kanuna da girmiştir.

Acente bir tek işe tavassut etmeyip, bir veya birçok müvekkiller için sürekli olarak faaliyette bulunması ile tellaldan; kendi adına değil, müvekkilin doğrudan doğruya mümessili olarak hareket etmesi ile de komisyoncudan ayrılır. Bu itibarla tesadüfi acente adı verilen (ezcümle sigorta mesleğindeki birçok tâli mümessiller gibi) veya komisyon acentesi denilen mutavassıtlar hukukî manada birer acente değillerdir; keza "fabrika mümessili" veya "Umumî mümessil" namı altında, ister kendi hesabına veya ister komisyoncu olarak malları kendi adına süren tacir de acente değildir. Acente ticarî manada bir yardımcıdır; fakat o müstahdem mahiyetindeki ticarî yardımcılarından, hususiyle gezici ticaret memurlarından, ticarî teşebbüs ile hukukî hiçbir bağıllık münasebetinde bulunmaması suretiyle ayrılır. O çalışma zamanına ve çalışma gücüne tasarruf

2) Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 84-92.

3) BGE (Federal mahkeme kararları) 29 II 109.

4) BGE 40 II 392; 54 II 378; 60 II 335; Bl. zür. 20 Nr. 174; 38 Nr. 137; ZbJV. 46 376; 76 297.

edebilen müstakil bir tacir durumundadır. İşletmesini kendi ihtiyaçlarına göre teşkilâtlandırabilir ve bizzat yardımcı şahıslar kullanabilir. Buna mukabil iktisadi yönden bağlılığı çok çeşitli şekiller arzedebilir. Öyle acenteler vardırki, müteaddit teşebbüsleri temsil ederler, müvekkile karşı tamamen eşitlik münasebeti içerisinde bulunurlar; halbuki diğer bazıları, her şeyden önce tek firmalı acenteler, mevcudiyetleri itibariyle tamamen iş sahibine bağlıdır ve hukuki bağımsızlıklarına rağmen, iktisadi yönden bakılınca bir işçiden hemen hiç fark edilmezler.

Kanunî hükümlerin mevcut olmayışı mahkemeler tatbikatını hususiyle hâdiseler bakımından çok çeşitli münasebetler dolayısıyla, kolay çözülemeyen bazı meseleler karşısında bırakıyordu. Acentelik mukavelesinin, müvekkil ile acentenin bir hizmet akdi münasebetinde bulunmaksızın, sürekli bir iş görme mukavelesi şeklinde menfi yönden tarifi; feshin ihbarı hastalık, askerlik veya işçinin mesul olmadığı diğer sebeplerden ötürü işin ifa edilememesi hallerinde ücretin ödenmesi mükellefiyeti hakkındaki hizmet akdine müteallik himaye hükümlerinin tatbik edilmesine mani olmakta idi. Kanunda düzenlenmiş bulunan akit nevilerinin hiçbirisine uymayan mukaveleleri vekâlet hükümlerine tâbi tutan Bk. 394 (TBK. 386). madde gözönüne alınarak, bir acentelik münasebetinin feshi hakkındaki bir ihtilâfta Bk. 404 (TBK. 396). maddeden istifade edilmek gerekiyordu; bu madde ise, taraflardan her birisine istediği zama mukaveleyi bozmak imkânını verdiği göre, bu durumun bazı hallerde acentenin çok zararla neticeler verebileceği anlaşılır. Bir kere, daimi emniyetsizlik ve bir ihbar süresine riayet edilmeksizin sokak ortasına atıvermek ihtimali bilhassa tek firmalı küçük acenteler için ağır bir sıkıntı ifade ediyor ve diğer taraftan bu hukukî durum sayısız müvekkilleri, bir maddeyi ticaret sahasına ithal ettikten veya bir müşteri çevresi kurduktan sonra, acentelerin emeklerinin meyvelerini kolayca toplayabilmek için onları bırakmalanna müessir olabiliyordu. Gerçi tatbikatta mahkemelere müracaat vaki olduğu takdirde, tatbikat BK. 404 (TBK. 396). maddesinin 2. fıkrasına dayanarak, bu gibi hallerde vekâletten azlin zamansız olduğunu kabul ile müvekkili tazminata mahkûm etmek suretiyle yardım etmişti⁵. İsbetle tatbik edildiği takdirde, bu hal şekli, bana göre, acentenin menfaatlarını yeni kanunun çok kısa ölçülmüş ihbar süreleri kadar tesirli bir şekilde himaye ediyordu. Zira yeni kanun ilk yılda tbbliği

5) Karşılaştığımız: Padel, Der Agenturvertrag und seine Stellung im schweiz. OR., Abh. z. schweiz. Recht, NF. 208 1943 s. 117 ve dev.; Bl. zür. 10 Nr. 176; ZbJV. 55 s. 463.

takip eden ayın sonu için ihbar, daha uzun müddetlerde üç aylık bir vadenin (yılın dörtte birinin) sonu için iki aylık bir ihbar süresini kabul etmektedir.

Yeni bir müşteri çevresi tesisinden sonra terkedilen bir acente lehine zararın tazminini iddia hakkının kabul edilmesi nazari kalmakta idi. Gerçekten kanun tarafından açıkça tecviz edilen mukavelenin feshi ile (Mad. 404-TBK, 396) acente hiç bir zarara uğramaz, zira o daha başlangıçtan itibaren gerek mukavelenin muhafazası, gerekse kendisi tarafından daha önce hazırlanan işten istifade edilmesi hususunda bir iddia hakkına asla sahip olmamıştı. Ancak müvekkilin hareketinin hüsnü niyet kaidelerini açıkça ihlâl etmesi halinde muhik bir tazminatın unsurlarının mevcudiyeti kabul olunabilirdi. O halde bu meselenin daha iyi bir şekilde tanzimi kanun projesinin esaslı bir noktasını teşkil ettiği gibi, proje taraftarlarının da asıl mevzualarını ifade ediyordu. Daha önce, gezici ticaret memurlarının hizmet münasebetleri hakkındaki kanunun hazırlanması sırasında, gezici ticaret memuruna, mukavelenin feshi halinde onun tarafından kazanılmış olan müşteriler dolayısı ile bir tazminat hakkının tanınması talep edilmişti. Bu talep o zaman haklı olarak reddolunmuştu; zira yeni müşteriler temini kaideten, gezici ticaret memurunun asli vazifesidir; ona bu maksatla ücret verilmekte, iş sahibi bunun için seyahat masraflarına katlanmaktadır. Acentelerle olan münasebet başka türdür. Acente giriştiği teşebbüs masrafları için hiç bir tazminat almamaktadır. Başlangıçta onun masraflarının netice ile ekseriya bir münasebeti yoktur ve bu masraflar ancak bir defa elde edilmiş olan müşterilerle müstakbel iş imkânları nazara alınarak meşrulaşmaktadır.

Mahkeme içtihatları, acente hukuki kavramını böylece belirttikten sonra, esas itibariyle ancak acentelik mukavelesinin zamansız olarak feshedilmesinden doğan hukuki neticelerle ve keza bütün komisyon münasebetlerinde tipik olan komisyon ücreti tartışmaları ile meşgul olmak zorunda idi. Bundan başka Federal mahkeme kararları kolleksiyonunda, acentenin tavsifi bakımından medeni hukuk kriterleri esas olarak kabul edilen, şube ve acentelerin vergilendirilmesi mevzuunda vergi hukuku ile ilgili muhtelif kararlar bulunmaktadır⁶. Diğer taraftan federal mahkeme öyle münasebetleri karara bağlamak zorunda kalıyorduki, mahkeme bunları, ne hizmet akdine, ne de mahkeme içtihatları ile belirtilmiş bulunan acentelik mukavelelerine sokmak mümkün olmadığından, "acenteye müşabih" olarak tavsif ediyordu; bu sebeble mahkeme acenteye kabili tatbik

6) Meselâ BGE 45 I 214; 50 I 197; 53 I 368.

olan hükümleri, kanunda düzenlenmiş bulunan tip mukavelelerin müşahhas mukavele unsurlarına en iyi uyan kaidelelerinden çıkarmaya mecbur oluyordu⁷.

Bugüne kadar kabul edilmiş olan mahkeme kararlarına dayanarak tesbit edilmek icabederki, acentelik mukavelesinin kanunî bir şekilde tanzimi ve buna muvazi olarak Borçlar kanununun tamamlanması mecburiyeti kendisini zorla kabul ettirmiyordu. Mahkeme içtihatları ile acente kavramı bir defa tesbit edildikten ve feshi ihbar hakkının kötüye kullanılmasının sonuçlarını yumuşatacak yol bulunduğundan sonra, her zaman uygulanacak hukuk kaidesini bulmak vazifesi bundan böyle de içtihadı bırakılabilirdi. Federal meclislere sunduğu mesajında Federal konsey (Hükümet) kendi projesini şu delillere istinat ettiriyordu.

“Federal konsey şu mütalaadadır ki, yarım asırlık mahkeme içtihatlarının neticeleri, zamanımızın icaplarına uydurularak, artık müsbet hükümler halinde toplanmak gerekir. Ancak bu suretle hukuk emniyetini elde etmek ve acenteye, onun iktisadî bağılılığına uyan himayeyi sağlamak mümkün olur”⁸.

Federal konseye bu mevzuda hak vermek lâzımdır: Yazılı hukuk uygulandığı nisbette kanunî her tanzim hukuk emniyetini kuvvetlendirir. Buna mukabil yeni kanunlar muayyen münasebetlere lüzumundan fazla parçalanmış olup da iktisadî hayatın çeşitli tezahürlerine uygun olmadıkları, zamana lüzumundan fazla bağlanmak suretiyle iktisadî hayatın daima değişen ihtiyaçları ile ahenkli bir intibaka aykırı düştükleri takdirde faydadan çok zarar getirirler. Mesele hiç bir veçhile yeni değildir ve yeni kanunların hazırlanmasında yahut mevcut kanunların tadilinde daimâ tekerür etmektedir. Kanunun ön çalışmaları üzerindeki bir tetkik bütün meselelerin ve ihtilaf mevzularının gereği gibi değerlendirilmiş olup olmadığı ve ilgili bütün çevreleri tatmin edebilen bir hal şeklinin bulunup bulunmadığı hususunda maalesef ciddi şüpheler uyandırmaktadır. Esasen yeni bir kanun çıkarılmasına lüzum olup olmadığı meselesi fevkalâde münakaşalı idi. Esasen ve iyi hazırlanmış bir tezde Hans Padel 1943 de şu neticeye varmıştıki, acentelik mukavelesinin İsviçre Borçlar hukuku sisteminde aldığı yer memnurluk vericidir ve bilhassa gezici ticaret memurunun mesleki durumu nefine hususi bir tanzimden kaçınılmalıdır⁹. Hu-

7) “Tekbaşına temsil hakkı” ile ilgili BGE 54 II 377 ve dev. ve 60 I 335 f. ilân kiralaması denilen hasılât kirası ile ilgili BGE 57 II 162 ve dev.

8) 27/Kasım/1947 tarihli Federal konsey Mesajı, BBl. 99, 3. 1947

9) Abh. zum schweiz. Recht NF. 208, Diss. Bern 1943.

susıyla ihracat endüstrisi çevrelerinden, bir çok âmir hükümlerle mücehhez yeni bir kanunun çok büyük sıkıntılar doğuracağı keyfiyetine işaret olunuyordu. Ehemmiyetli bütün İsviçre teşebbüsleri dışarda bir çok acentelerle temsil ediliyordu. Bu acentelerle akdedilmiş olan mukaveleleri İsviçre hukukuna tâbi tutmak şimdiye kadar mutad olmuştu. İsviçre hukukuna ve İsviçre mahkemelerine tâbi tutma işi şimdiye kadar iki taraf için de tatmin edici ve vazih hukuki bir durum yaratmıştı. Kanun yürürlüğe girecek olduğu takdirde, birçok mukavelelerin tadil edilmesi ve yabancı memleketteki acentelerle vücut bulan münasebetlere uygun düşmiyen âmir hükümler muvacehesinde bu mukavelelerin yabancı bir hukuka tâbi tutulmaları gerekiyordu ki, bu hiç şüphesiz İsviçre ihracat endüstrisinin nefine değildi.

Sigorta acenteleri tarafından da kanunî tanzim aleyhine, yani sigorta acentelerinin bir acente kanununa tâbi olmaları aleyhine, gayet çeşitli kılıklara bürünen acente münasebetlerinin umumî bir tek nizama bağlanmasının mümkün ve arzuya şayan olmadığı gerekçesi ile esaslı itirazlar yükseldi. Fakat buna rağmen sigorta acentelerinin de yeni kanuna tâbi olmaları kararlaştırıldı ve aslı meslek olarak acentelik yapanların münasebetleri hakkında âmir vasıf taşıyan kaideler hilâfına olarak sadece tâli meslek mahiyetinde acente sıfatıyla çalışanların yazılı anlaşmalar yapabilecekleri şeklinde bir istisna kondu (Mad. 418 a fıkrâ 2). Bu gün kanun çıkmış ve yürürlüğe girmiş bulunduğu göre, kanunla tanzimin lehine veya aleyhine fazla münakaşaya lüzum yoktur. Bununla beraber Federal konsey mesajının fazla tatmin edici olmadığı hususu da meskût geçilmelidir:

Bu mesaj acentelik mukavelesinin kanunla tanzim edilmesini zaruretini, diğer sebebler arasında bir de, Hâkimin aşında âmir mahiyette sayılan (meselâ mukaveleye her zaman son verebilme hakkındaki 404. maddenin 1. fıkrası, karşılaştığımız BGE 59 II 261) bazı hükümleri görmezlikten gelmek zorunda kaldığı sebebine istinat ettiriyor¹⁰. Mesaja göre Vekâletle ilgili olan diğer akit nevileri hakkındaki hükümler kâfi değildir; zira bunlarda sürekli bir münasebet bahis konusudur. Mesajda sözü geçen Federal mahkeme karar gazete ile ilân mukavelesinin hukuki mahiyetini münakaşa etmekte ve bu mukaveleyi istisna mukavelesi olarak tavsif eylemektedir. Bütün kararda acentelik mukavelesinden ve bu mukaveleye uygulanabilen hükümlerden hiç bahsedilmemektedir. Keza taraf-

10) 27/Kasım/1947 tarihli Federal konsey mesajı 1947, BBl. 99, 3, 1947 s. 665.

ların bir acentelik mukavelesinin sona erdirilmesi için münasip ihbar hükümleri üzerinde uyuşabilecekleri asla münakaşa mevzuu olmamıştır. Sürekli münasebetler, Vekâlet hakkındaki hükümlerin tatbikini hiç bir suretle menetmezler. Bundan sonra mesaj, İsviçre hâkiminin, kendine ait hükümlerin yokluğundan ötürü, üstelik çok eskimiş olan Alman hukuku nu tatbika mecbur olmasının tatmin edici olmadığını söylemektedir. Fakat mesaj Alman ticaret kanununa (HGB) dayanan kararların, bir tek istisnası ile, 1903-1905 yıllarına¹¹ yani 1911 tarihli muaddel Borçlar kanununun yürürlüğe girmesinden önceki zamana ait olduklarını ve bu tarihten beri İsviçre mahkemelerinin Federal mahkeme tarafından kurulmuş olan içtihadattan uzaklaştıklarını, bunun da Alman hukukuna dayanma keyfiyetini lüzumsuz kıldığını hatırlatmıyor.

Yeni Federal kanun şüphesiz zamana bağlı bir kanundur, bu kanun zamanımızın bütün medenî hukuka müteallik nizamlarında olduğu gibi açıkça sosyal politika gayesi damgasını taşımaktadır. Bu kanun ticaret acenteleri derneği ile gezici ticaret memurları derneğinin teşebbüs ve gayretleri ile meydana gelmiştir; ve gezici ticaret memurlarının istihdam münasebetleri hakkındaki 13/Haziran/1941 tarihli kanunun bir zeylini teşkil etmektedir. Zaten bu kanunun ön hazırlıkları sırasında, sanayi zabıtasına müteallik hükümleri ihtiva eden gezici ticaret memurları hakkındaki 4/Ekim/1930 tarihli kanunun hizmet mukavelesi ile bağlı olan gezici memurları olduğu gibi, acenteleri de kapsadığı şeklinde bir atf yapmak suretiyle acentelerin hak ve mükellefiyetleri mevzuunda da hükümler konması bu dernekler tarafından talep olunmuştu. Bu isteğe haklı olarak uyulmadı, zira hizmet münasebeti ile bağlı olan gezici ticaret memuru ile hukukan bağımsız olan acente arasında esaslî bir fark vardır ve üstelik acentelerin büyük bir kısmı hiçbir gezici faaliyet icra etmediği gibi, onların fonksiyonları, gezici ticaret memurlarının fonksiyonları ile gayet az bir benzerlik arzeder.

Federal konseyin mesajı acente mukavelesinin kanunla tanzimine sebep olarak vazih hukukî münasebetler yaratılması yanında, "Gezici ticaret memurları hakkında zaten mevcut olana benzer bir himayenin acente lehine konması" hususuna da işaret eylemektedir. Yeni kanunun muhtevası iyice kavranmak istendiği takdirde, işbu sosyal-politik gayeyi göz önünde tutmak lâzımdır. Bu kanun iktisadî yönden bağlı ve fakat hukukî yönden bağımsız olan ticaret mümessilleri, hususiyile tek firmalı acentelerle ilgili bir himaye kanunudur. Bununla beraber kanun sadece hukukan

11) BGE 29 II 109; Bl. zür. 4 Nr. 79; 6 Nr. 110; 26 Nr. 54.

değil iktisaden de bağımsız olan büyük sanayi teşebbüsleri, ticaret evleri ve sigorta şirketleri acentelerine, kısmen parlak şartlar altında faaliyette bulunan ve aynı zamanda birçok firmaları temsil eden ticaret acentelerine, esnaf için hiçbir hususi hak tanımayan Borçlar kanunu prensiplerine uygun olarak teşekkül eden sivil acentelere de uygulanır. Kanun koyucunun işi bütün bu çeşitli acenteleri bir tek kavram altında toplamaktan ibaret. Hareket noktası olarak küçük tek firmalı mümessilin ihtiyaçları ele almıyor ve onun himayesi maksadı ile sevk edilmiş olan hükümlerin haddi zatında kanunî bir himayeye daha az muhtaç olan veya hiç ihtiyacı bulunmayan acentelerin de, zaruret nisbetinde, faydasına olabileceği düşüncesi ile mesele hallediliyor. Kanunun münferit hükümlerinin bu açıdan yapılacak bir tetkiki bu görüşü ispat eder.

Walter Hug gezici ticaret memurları kanunu hükümleri ile, acentelik mukavelesi kanununun muhtevasını ticaret yardımcılarının hukukî meseleleri olarak kıyas eylemekte ve iki kanun arasındaki sıkı irtibatı belirtmektedir¹². Bu müellif bir hizmet münasebeti içerisinde bulunan gezici ticaret memurları ile ticaret acentelerini, gezici tacirler umumi (üst) mefhumu altında toplamaktadır. Faraza sigortacılıktaki umumi acenteler gibi ehemmiyetli bir teşkilâta malik olan ve kendileri de mümessiller kullanan gezici olmayan acentelerin hususî durumuna, kanunun umumi temayülüne uygun olarak, ancak istitraden dokunulmaktadır. Halbuki, yeni kanunun birçok âmir hükümleri ile büyük acenteler için bir sıra meseleler ortaya atmış olduğu münakaşa edilemez; bu meseleler yeni kanuna değin müvekkil ve acente arasında yazılı anlaşmalarla başka şekilde düzenleniyordu.

Yeni kanunun takip ettiği sosyal politika gayesini ne nisbette gerçekleştireceğini bugünden söylemek zor olduğu gibi, acente mukavelesinin kanunla tanziminin alleyhinde olanların ikazlarının gelecek inkişafı ne derecede teyit edileceği de şimdiden belli olmaz. Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, acentelerin meslek dernekleri yeni kanunu mühim sosyal bir terakki olarak görmekte; bundan şu netice çıkar ki, acenteler şimdiye kadar gayet mütevazî şartlar altında çalışıyorlardı ve bu şartların biraz daha iyileştirilmesi ancak kanunî bir tanzimle elde edilebilirdi. Bu cihet kanunun niçin bir çok âmir hükümler ihtiva etmeden meydana gelmemiş olduğunu da izah eder. İktisaden zayıf ve bağılı olan acentelerin sosyal terakkiden hakikaten istifade etmeleri için düzen o şekilde konulmalıdır:

12) Rechtsprobleme der Geschäftsvermittlung zwischen Unternehmen und Markt, Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Handelshochschule St. Gallen 1949.

ki, acentelerin korunması için derpiş edilmiş olan hükümler tarafların uyuşmaları ile bertaraf edilememelidir. Bu bakımdan yeni kanun gezeici ticaret memurlarının istihdam münasebetleri hakkındaki federal kanuna tamamen uymaktadır. Aynı sebeplerden ötürü, müteaddit meseleleri, zaruri olandan ve nazari bakımdan arzuya şayan görülenden daha tafsilâth olarak nizamlamak lâzımdır: Yeni kanun, intikal hükümleri müstesna, 21 maddeyi ihtiva etmektedir. Halbuki, daha mühim olan ve iktisadi hayatta daha çok rastlanan bazı mukavele neveleri, 1911 tarihli Borçlar kanununda daha az madde ile düzenlenmişlerdir ve bundan bugüne kadar mahzurlu bir netice doğmamıştır. Ezcümle istisna akdi 17, vekâlet 13, tellallık 7 ve Komisyon 14 maddeden ibarettir. Kanunî esasların gittikçe daima daha fazla gelişmeye doğru teveccüh eden ve bugün âşikâr olan temayülü ve âmir hükümlerin hususî hukuk nizamı içine gittikçe fazlalaşan sızması, medeni hukuk zaviyesinden, şüphesiz, memnuniyet verici değildir. Fakat bu inkişaf her şeyden önce İş hukukunda durdurulamayacaktır. Zira tefsiri hukuk iktisaden zayıf olanın istismar edilmesine karşı çok az himaye bahşetmektedir. Böylece hususî kanunun ve bu hukuk sisteminin tamamen saf bir şekilde muhafazası noktai nazarından yeni kanuna karşı yapılan bazı tenkitler ne kadar haklı gözüktürse gözüksün, bunlar sosyal himayenin kuvvetlendirilmesi istikametindeki zaman icaplarına karşı dayanamyacaklardır.

Görüşüme göre, yeni kanuna karşı yapılabilecek asıl sitem acentelik mukavelesinin müvekkil ile acente arasındaki itimat münasebetine dayandığı hususunun kâfi derecede belirtilmemiş olmasıdır. Bu itimat mevcut olmadığı takdirde, tarafların hak ve mükellefiyetlerinin böyle geniş bir şekilde düzenlenmesi dahi hiç bir işe yaramaz. Kanunun lafzına göre acentenin vazifesi, bir veya bir çok müvekkilin işine tavassut etmek (işini müzakere etmek) yahut onlar nam ve hesabına muamele yaptıktan ibarettir (Mad. 418 a). Acente bu çerçevede dahilinde müvekkilin menfaatlarını normal bir tacirin göstereceği ihtimamla gözetmek mecburiyetindedir. Acentenin mükellefiyetleri çok zaman işe tavassut etmek ve muamelevi akdetmekle bitmez. Gerçi bu cihet onun faaliyetinin gayesidir. Fakat bunun yanında diğer bakımlardan iş sahibinin menfaatlarını korumakla da mükelleftir. Hususiyle yabancı memleketteki bir acente kendi müvekkiline piyasa münasebetleri ile rekabet meydanındaki fiat teşekkülleri hakkında, müşterilerin arzuları ve sair maddelerin satış ümitleri hakkında, kıraca muamelât bakımından bilinmeye değer her şey hakkında daimî olarak bilgi vermek suretiyle yol göstermek zorundadır. Acente çok zaman sadece bir mutavassıt değil, fakat müşteriler ile bağlılığı sağlayan daimî bir uzuvdur.

Kanun bütün bu görevlerden hiç bahsetmemektedir. Kanun sadece menfi surette acentenin işe ait sırları acentelik münasebeti nihayetlendikten sonra da muhafaza ile mükellef olduğunu belirtmektedir ki, haddizatında bu husus kendiliğinden anlaşılacak bir şeydir. Rekabet memnuiyeti hakkındaki bir anlaşma, ancak hizmet akdinin maruf olan çok sıkı hükümleri dairesinde caizdir. Fakat müvekkilin rekabet memnuiyetini muhafaza eylemek istediği takdirde, mukaveleliğin feshi halinde acentenin zararını, âmir hükümler icabı olarak, mutlaka tazminle mükellef tutulması bilhassa göze çarpmaktadır. Bağımsız, müstakil olan ve olmak isteyen acente böylece, anlaşılabilir bir sebep olmaksızın müstahdemden daha fazla korunmuş olmaktadır. Acente, bir gün rekabete geçmesine mani olunmak istendiği takdirde, kendisine hususi mali edalarda bulunulmasını istemek hakkına malikdir. Öyle haller olabilir ki, bunlarda bir rekabet faaliyetinin mahdut bir zaman için durdurulması hususunda acentenin bir tazminat elde etmesi âdil olabilir, fakat diğer bir çok hallerde de bu durum imkânsız neticelere götürebilir; bilhassa acentelik münasebeti acentenin mesul olduğu mühim sebeplerden ötürü feshedildiği takdirde durum böyledir¹³. Kanun müvekkile birçok mükellefiyetler ve yükler yüklemektedir. Acenteye düşen sadakat mükellefiyetinin uygun bir şekilde belirtilmesi suretiyle de muayyen bir muvazene kurmuş olsaydı daha iyi olurdu.

Acentelik mukavelesinin inikadı hiçbir şekle bağlı değildir. Bu hal şekli Borçlar kanununda düzenlenmiş olan diğer iş görme akitlerindeki gibi uygundur. Ticaret acenteleri derneği tarafından teklif edilmiş olan yazılı şekil acentenin himayesine daha az yardım ederdi, şekil hükümlerine bir dikkatsizliğin neticesi hükümsüzlük ve bînetice mukaveleliğin bağlamazlığı olacaktır ki, böylece de, acente uzun zamandanberi faaliyette bulunsa bile, bizzat kanun dahi uygulanamayacaktır. Buna mukabil kanun tarafların kanundaki tanzim tarzından ayrı bir anlaşmayı ancak yazılı olarak yapabileceklerini birçok hükümlerde belirtmek suretiyle, yazılı şekli, dolayısıyla, acenteyi korumaya yarayan hale getirmiştir. Böylece acentenin bazı haklardan vaz geçmesi veya daha fazla mükellefiyet yüklenmesi icabettiği takdirde, bu husus ancak yazılı bir mukavele ile gerçekleşebilir. Bu çözüm tarzı gayet uygundur, ve gelecekteki kanuni mevzuat bakımından da yol gösterici olarak işaret olunabilir. Gerçekten bu hal şekli münasebetlerin açık olmasına varar ve üstelik acenteleri de düşünceşiz bir surette mukavele akdetmekten korur. Bu çözüm usulü gezici ticaret memurlarının istihdam münasebetleri hakkındaki kanunda seçilmiş olan ve meslekten

13) Kanun bu hal için hiçbir istisnai hüküm kapsamamaktadır.

olmayanlar için anlaşılması güç bulunan¹⁴ tanzim tarzına üstündür. Bu son kanun da yazılı şekli bir muteberlik şartı olarak derpiş etmez, fakat hizmete girme mukavelesinin asgari bir muhtevası bulunması gerektiğini ve yazılı bir uyuşmanın mevcut olmaması halinde bu muhtevanın kanunî hükümlerle tayin olunacağını bildirir. Neticeleri itibariyle iki hal tarzı da birbirine çok yakındırlar¹⁵. Bununla beraber temel olan kanunî tanzim tarzının muhtelif şubelerde mevcut olan âdetlere üstün tutulmasından ötürü, acentelik mukavelesinin inikadının haddizatında sade olan nizamı tatbikatta zorluklara sevkedebilir. Kanunun derpiş etmiş olduğu yerlerde bu âdetler ancak sarîh yazılı anlaşmalarla hüküm hasıl edebilirler. Ticarî teamüllere göre bağlayıcı olan bu âdetler, böylece mukavelenin unsuru olmak karakterini kaybetmektedirler.

Kanun tavassut (müzakere) acenteleri ile akdi düğümleyen (mukaveleyi inikat ettiren) acenteleri birbirinden ayırmaktadır. Tamamlayıcı hüküm olarak birinciler hakkında tellallık akdi hükümleri, ikinciler hakkında da komisyon hükümleri tatbik olunurlar. İşbu atıf acentelik mukavelesinin niçin gezici ticaret memurları kanunu gibi hususî bir kanunla düzenlenmeyip te Borçlar kanununa yeni bir bölüm olarak eklenmesinin sebebini de izah eder¹⁶. Böyle hareket edilmesi doğru idi; zira bu suretle acentelik mukavelesine Borçlar kanunu sistemi içerisinde hususî bir yer ayrılmış oluyordu ki, bu yer kanunun tefsiri bakımından yol gösterici olabilir.

İsviçre Medeni hukuk mevzuatında yenilik olan cihet Devletler hususî hukukunu ilgilendiren hükümdür. Bu hükümde acentenin faaliyet sahası İsviçre olduğu takdirde muhakkak İsviçre hukukunun tatbik olunacağı beyan olunmaktadır. Bu tanzim tarzı federal mahkemenin şimdiye kadarki tatbikatına uygundur¹⁷. Diğer Devletlerin mahkemelerinin, müvekkil ile acente arasındaki hukukî bir ihtilâfta bu hükme dayanıp dayanmayacakları keyfiyeti, burada daha yakından incelenemeyecek olan çetin bir meseledir. İsviçre firmaları ile onların yabancı memleketteki acenteleri

14) Bu hususta karşılaştırmamız : Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz. 1946 s. 66 ve dev.

15) Hug adı geçen eser s. 347.

16) BK. içerisinde, bu hükümlerin alınması keyfiyeti, Meslek derneklerinin şiddetli muhalefetine rağmen vaki olmuştur; hattâ Devletler meclisinde ancak Başkanın ağır basan reyî ile bu ekleme mümkün olmuştur.

17) BGE 65 II 169 ve dev; 67 II 180 ve dev; Hug adı geçen eser s. 371.

arasındaki mukavelelere tatbiki kabil hukuk hakkında kanun hiçbir şey söylememektedir. Bir çok İsviçre teşebbüslerinin yabancı memleketlerde çalışan acenteleri ile olan mukavelelerinde İsviçre hukukunun kabili tatbik olduğunu beyan etmiş bulduklarına ve bunların, yeni hukukun âmir mahiyette olan ve yabancı memleketlerdeki münasebetler için bazan elverişsiz bulunan hırçok hükümleri karşısında mukavelelerini tadil etmeye ve yabancı hukuka tâbi tutmaya mecbur kalmış olduklarına esasen işaret olunmuştur. Hug Ticaret mümessilleri hakkındaki 1940 tarihli Alman kanun projesine işaret ederek, mukavele serbestliğinin kanunda bulunan tahditlerinin yabancı memleketteki mümessillere tatbik olunamayacağı; İsviçreli iş sahibinin, İsviçre hukukunun ve bunun neticesi olarak acentelik mukavelesi kanununun, menfaatlar durumuna ve yabancı memleket münasebetlerine uygun düştüğü nisbette, kabili tatbik olacağını beyan etmek imkânına malik olduğu görüşünü müdafaa eylemektedir¹⁸.

Yabancı memleket mahkemelerinin bu görüşe katılacaklarını şüpheli bulurum. Alman projesinde derpiş edilmiş bulunduğu gibi, uygun bir ihtirazi kayıt açıkça bizzat kanun tarafından konmuş olmadıkça, mantıklı olarak, bir Devletin hukuk nizamının kısmen kabili tatbik olduğu beyan edilemez ve bu nizamın âmir mahiyetteki hükümleri tarafların anlaşmaları ile bertaraf olunamaz.

Fakat İsviçre mahkemeleri bu nevi istisnaları her halde tecviz etmeyeceklerdir. Kanunun istediği hukuki himayeyi yabancı memlekette çalışan acenteye karşı tahdit etmek ve onu aynı hukuki nizamın uygulanmasına rağmen yurtdışı çalışandan daha fena muameleye tâbi tutmak için, İsviçre hukuku bakımından hiç bir sebep yoktur. Eğer İsviçre Hâkimi İsviçre hukukunu tatbik etmek mecburiyetinde ise, onun hükümlerine hiç bir tahdide tâbi olmaksızın riayet eylemek zorundadır. Akdi münasebetlerini İsviçre hukukuna tâbi kılan taraflar için, o hukukun âmir hükümleri de bağlayıcıdır; kabili tatbik olduğu beyan olunan hükümlerin muteberliğinin nerelere kadar uzayacağını tayin keyfiyeti tarafların takdirine bırakılmaz. İsviçre hukukunun kabili tatbik oluşunun mukavele ile derpiş edilmiş olduğu hallerde, acente iş sahibinin İsviçredeki ikametgâhında dava etmek suretiyle yeni hukukun himaye hükümlerinin tatbikini kabul ettirmek imkânına maliktir. O halde İsviçre hukukunun âmir hükümlerinin bertaraf edilmesini, acentenin çalıştığı yabancı memleketteki münasebet hakkı kıldığı nisbette, ancak hukuki münasebet yabancı hukuka tâbi kılınmak suretiyle yardım olunabilir.

18) Hug adı geçen eser s. 371.

Kanun ile tanzimin memnuiyet verici bir faydası da, iş hayatında daima emniyetsizliklere sebep olmuş bulunan, acentenin temsil salâhiyetinin açıkça nizamlanmış olmasıdır. Sarih olarak daha geniş salâhiyet verilmiş olmadığı takdirde, acente ancak işlere tavassut etmek yetkisine malik olup, muameleyi akdetmek yetkisini haiz değildir. Bununla beraber çok mutad olan ve fakat tesbit edilmemiş bulunan tatbikata uyularak, ayıptan teslimden dolayı haklarını muhafaza etmek için alıcının yaptığı ayıba müteallik ihbarları ve diğer beyanları kabule acente yetkili sayılır. Mukabil bir hak olarak da acente delillerin emniyet altına alınması bakımından müvekkiline ait olan hakları kullanabilir. Fakat buna mukabil acente, karşılıklı anlaşma olmaksızın ödemeleri kabul etmeye, ödeme için vade vermeye yahut alıcı ile yapılmış olan mukavele tadillerine muvafakat eylemeye mezon değildir. Sigorta mukaveleleri hakkındaki kanun, 33 ve 44. maddelerinde, sigorta acentesinin yetkilerini kısmen başka surette düzenlemekte olduğuna göre, sigorta endüstrisi için uygun bir ihtirazi kayıt konulmuştur.

Kanun, gezici ticaret memurları hakkındaki kanunun aksine olarak, müvekkil tarafından salâhiyetin tahdidini veya geri alınması hususunda hiçbir hüküm kapsamamaktadır. O halde bu husus hakkında BK 34. madde ca'idir; bu maddeye göre hukuki muamele ile verilmiş olan salâhiyet her zaman tahdit olunabilir veya tamamen geri alınabilir ise de, bu keyfiyet esas mukaveleden doğan haklara tesir etmez. Bu bakımdan Vekâletten azil hakkındaki 404 (TBK 396). madde değil, acente kanunundaki feshin ihbarına, mühim sebeplerden dolayı mukavelelerin feshine ve acentenin buna bağlı tazminat iddialarına müteallik hususi hükümler cari olur.

Ücret, ücretin hesabına, muacceliyetine ve teminine ilişkin hakları kanunda geniş bir şekilde düzenlenmiştir. 418m maddesinin âmir hükümleri ihtilâfların alevlenmesi için canlı bir kaynak teşkil eylemektedir. Zira bu hükümler, kanuni veya akdi mükellefiyetlerini ihlâl suretiyle acentenin ücretini kazanmasına kusurlu olarak mani olan müvekkili tazminat ödemekle mükellef tutmaktadır. Bu münasebetle, iş sahibi ile acente arasındaki bağılıkların bir itimat münasebetine dayandığı ve bu şart mevcut olmadıkça değerlerini kaybedecekleri hakkında yukarıda belirtilen mülâhazaları hatırlamak gerekir. Kusurlu olarak akde bariz muhalefet hallerinde iş sahibinin tazmin mükellefiyeti sarih kanuni bir hüküm olmaksızın dahi Borçlar kanununun umumî hükümlerine istinaden mevcut olacaktır. Müvekkilin kusurlu hareketinin ispatı ekseri hallerde fevkalâde zordur. Müemmen olmayan iddialara acentenin nazarı dikkatini hususi bir surette çekmenin ve onu muhtemel olarak ancak masrafa bağlı olan davalara

teşvik etmenin psikolojik bakımdan makul olup olmadığını gelecek gösterecektir.

Sadece bir müvekkil hesabına çalışan, faaliyette bulunmasına kendi kusuru olmaksızın engel çıkan acenteye, ücret zıyatı için tazminat hakkı bahşeden vazgeçilemez (unabdingbar) mahiyetteki hüküm acentelik mukavelesi çerçevesinin tamamen dışına çıkmaktadır. Bu tazminatın şartı acentelik münasebetinin en az bir yıl sürmüş olmasıdır. Müstakil bir iş mutavassıtı olarak acentenin durumu ile imtiyaz etmeyen bu hüküm, ancak kanunun zikredilmiş olan sosyal politika temayülüne göre anlaşılmalıdır. Fakat hangi sebepten ötürü tek firmalı acentenin böyle müstesna muameleye tâbi tutulduğu yalnız başına kabili izah değildir. Bir kaç müvekkil hesabına çalışan acente de askerlik hizmeti, hastalık veya sair sebeplerle çalışmamak zaruretine düşebilir. Hükümden açıkça anlaşılıyor ki kanun hakikaten ancak zayıf olanı himaye etmek istemektedir. Bu hususî hüküm bütün acente münasebetlerinin umumi bir şekilde tanziminin giriftliğini göstermektedir. Bir kanunun tanzimi sırasında esaslı istatistik malûmata istinat etmeksizin tatbikatta elde edilecek neticeler hakkında bir düşünce izhar etmek zordur.

Acentelik mukavelesinin sona ermesi hususunda kanun feshi ihbar için müddetler derpiş etmektedir. Akdi münasebet en az bir yıl devam etmiş olduğu takdirde feshi ihbar müddeti, takvim yılının dörtte birinin (üç aylık devrenin) sonu için iki aydır. Acente bu suretle hizmet mukavelesi ile bağlı olan bir işçiye nazaran pek az bir imtiyaza sahiptir. Mühim sebeplerden dolayı fesih hakkında hizmet mukavelesine dair olan hükümler ve binnetice bu hususta mevcut olan zengin içtihatlar da mutberdir.

Yeni kanunun esaslı bir ciheti de acentelik münasebetinin sonunda acentenin bir müşteri tazminatına hak kazanmasıdır. Bu hak kanuna müteallik ilk ve son çalışmalar sırasında fevkalâde münakaşalı idi. Acentelik münasebetinin bir çok şekilli olması umumi mahiyette bir tazmin iddiasını daha başlangıçta bertaraf ediyordu. Kanun, acentenin faaliyeti ile müvekkilin müşteri çevresi ehemmiyetli surette genişlediği ve üstelik müvekkil, acentelik münasebetlerin hitamından sonra da, kazanılmış olan iş münasebetinden ehemmiyetlice istifade ettiği takdirde, acenteye tazminat isteme hakkını vermektedir. Bu şartların çok fazla genişletilebileceği ihtimali düşünülerek, "hakkaniyete aykırı düşmediği takdirde" talep hakkının mevcut olacağı şeklinde bir tahdit eklenmiştir. Bu çok ince şartlı tanzim tarzı ile, bir taraftan acentelerin taleplerinin tatmin edileceği, diğer taraftan ticaret ve sanayi çevrelerince müşteri tazminatı prensibine karşı

ileri sürülen mühim tereddütlerin hesaba katılmış olacağı ümit olunuyordu. O halde bu, tamamiyle bir konfederasyon kompromisidir ki, tatbikattaki neticeleri beklenilmek gerekir. Mukaveleinin sona ermesi zamansız olduğu takdirde acenteye bir tazminat hakkı bahşeden 404. maddenin şimdiye kadarki tatbikatına nazaran elde edilen ilerleme her halde pek mühim sayılamaz. Kanun tarafınadn bulunan hal şekli orijinal değildir. Bu çözüm şekli ticaret acenteleri hakkındaki 1921 tarihli Avusturya kanununun bir kopyasıdır¹⁹⁾. Bu düzenin Avusturya'da ne derecede tatmin edici olduğu hususunda müstenedatta maalesef bir işaret yoktur.

Nihayet intikal hükümlerinin icra ve iflâs kanununa eklediği zeyle göre, acentelik mukavelesi dolayısıyla, iflâsın açılmasından önceki son on iki ayda, doğan alacaklar için üçüncü derecede bir imtiyaz sağlanmakta olduğuna işaret etmek de ilgi çekicidir. Bu geniş rüçhan hakkı ancak nâdir haller için muhik görülmeli idi. Büro müstahdemleri ve gezici memurlar ancak son altı aylık ücret ve komisyon alacakları için - gerçi birinci derecede - imtiyazlı oldukları halde, acentenin rüçhan hakkı müvekkile karşı bütün alacaklara, o halde masraf tazminleri ile tediyelelere de, ve iflâsın açılmasından önceki son on iki aya şamil bulunmaktadır. Bu alacaklar hal icabına göre çok yüksek miktrlara balığ olabilir ve binnetice cârî alacaklılar gurubunu his edilir zararlara sürükleyebilir.

Acenteyi korumak için sevk edilmiş olan bir çok yeni hükümler intikal maddelerinin de konmasını zaruri kılyordu. Kanuni hükümlerden bir kısmının, hususiyle feshi ihbar müddeti ve muhik sebeplerden dolayı fesih hakkındaki hükümlerin derhal yürürlüğe girecekleri beyan olunduğu halde, mevcut mukaveleleri tamamiyle yeni temellere dayayacak olan diğer hükümler için iki yıllık bir intibak müddeti derpiş ediliyordu. İntikal hükümleri dikkatli bir itınayı gerektirmektedir, aksi takdirde iş sahibi için hoş olmayan sürprizler gecikmeyecektir. Bu, maalesef sosyal politik gaye güden her yeni tesise bağlı olan bir neticedir.

Yeni kanun ne muhteva ne de dil bakımından Medenî hukuk müdevvenatımızın saf bir incisi değildir. Bir çok âmir mahiyetteki, yahut yeni terminolojinin ifade eylediği gibi "vaz geçilemez = unabdingbar" hükümler hususi hukuk ilmi için bir çok yeni meseleler ortaya atmaktadır; bunların ehemmiyetini nihai olarak ancak tatbikat gösterebilir. Bir çok ticaret mümessillerinin çalışma şartlarında şüphesiz bir iyilik hasil olacaktır. Diğer taraftan iş sahibine yükletilen mükellefiyetler hiç de tahammül edil-

19) Federal konseyin 27/Kasım/1947 tarihli mesajı s. 684.

ACENTELİK MUKAVELESİ HAKKINDA YENİ FEDERAL KANUN 371

mez mahiyette değildir. Kanunun hukukî ihtilâfları önlemeye ne nisbette yardım edeceği ve ilgili bütün çevreler için, hukukî münasebetlerinin tessüsü bakımından, güvenilir bir temel arz edip etmeyeceği çözülmemiş bir mesele olarak kalmaktadır.

Eserler :

Hug, Walter, Rechtsprobleme der Geschäftsvermittlung zwischen Unternehmen und Markt (Festschrift der Handelshochschule St. Gallen "Individuum und Gemeinschaft" 1949).

Langmack, Hans, Der Agenturvertrag, Diss. Zürich 1945.

Meister, Guido, Bundesgesetz über den Agenturvertrag 1949.

Nipperdey, H. C. und Dietz, Rolf, Entwurf eines Handelsvertretergesetzes, Berlin 1940.

Padel, Hans, Der Agenturvertrag und seine Stellung in schweiz. Obligationenrecht, Diss. Bern 1943, Abh. z. schweiz. Recht NF. 208.