

ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA REKABET YASAKLARININ KAPSAMI

*Yrd. Doç. Dr. Yaşar Can GÖKSOY**

I. GİRİŞ ve KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Bu çalışmanın amacı; ticaret ortaklıkları ile adi ortaklıklarda rekabet yasağına ilişkin olarak Türk hukukunda geçerli olan yasal düzenlemeler çerçevesinde, rekabet yasaklarının kişisel anlamda, zaman açısından ve yasağın dahilinde olan faaliyetlere göre kapsamının belirlenmesine ilişkin hukuki esasların ortaya konulmasıdır.

Her ne kadar Türk hukukunda rekabet yasağı farklı ortaklık türleri için farklı kanun hükümleri ile düzenlenmiş ise de, bunların düzenlediği konular içerik olarak ve sistematik açıdan birbirleri ile yakın benzerlik gösterdiğinden, birçok konuda farklı ortaklık türleri bakımından karşılaştırmalar yapılması ve hatta bazı noktalarda tüm ortaklık türleri için geçerli olabilecek genel sonuçlara ulaşılması mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle, çalışmamız belirli bir ortaklık türüne hasredilmemiş ve tüm ortaklık türleri çalışmamızın kapsamına alınmıştır.

Çalışma planı açısından, rekabet yasağına ilişkin temel konular üst başlık olarak ele alınacak ve bunların her bir ortaklık tipi veya müessese için ayrıca irdelenmesi yolu izlenecektir. Öte yandan, rekabet yasağı hakkında benzeri düzenlemeler içeren ortaklık tipleri konu olduğunda, çalışmanın amacına uygun olarak, bunların olabildiğince tek bir başlık altında incelenmesine özen gösterilecektir.

Rekabet yasağı konusunda Türk hukukunda geçerli olan yasal düzenlemelerin hemen tamamı Alman veya İsviçre hukuku kaynaklı olduğu için, anılan sistemlerde rekabet yasağının kapsamı hakkında geçerli olan kanuni düzenlemeler ve öğreti görüşlerine de, çalışmamızda geniş biçimde yer

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

verilecektir. Ayrıca, özellikle ortaklık yöneticilerinin sorumluluğu konusunda modern öğretilere sahip bulunan ABD ve İngiliz hukuk sistemlerine de, rekabet yasakları ile yakın ilgisi bulunan “ortaklık fırsatı” öğretisi ile sınırlı olarak değinilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, işbu çalışmanın tamamlandığı 2008 yılının Şubat ayı itibarıyla, yakın bir zaman içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanarak yürürlüğe girmesi beklenen Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Borçlar Kanunu Tasarısı'nın ticaret ortaklıkları ve adi ortaklıkta rekabet yasağına ilişkin hükümlerinde, halen geçerli olan TTK ve BK'da yer alan düzenlemeler büyük ölçüde muhafaza edilmiş olsa da, belirli ortaklık türlerinde geçerli olan rekabet yasağına ilişkin hükümlerde sınırlı kapsamlı değişiklikler ya da ilaveler yapılmıştır. Dolayısıyla, bu çalışmada, Yeni TTK ve BK tasarılarının ortaklıklar hukukunda geçerli olan rekabet yasakları konusundaki getirdikleri yeni düzenlemeler ile bu düzenlemeler kapsamında getirilen yeniliklerin de irdelenmesine gayret edilecektir.

II. REKABET YASAKLARININ KİŞİSEL AÇIDAN KAPSAMI

A. ADİ ORTAKLIKTA

Adi ortaklıkta rekabet yasağına ilişkin BK m. 526 (BK Tasarısı m. 626) hükmü, tüm ortaklar açısından geçerlidir. Şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü, ortakların ortaklığa karşı sadakat yükümünün (BK m. 528, BK Tasarısı m. 628) bir uzantısı olarak görülmekte olduğu için, bütün ortaklara tahmil edilmiş bulunmaktadır¹. Dolayısıyla, adi ortaklık sözleşmesi veya ortaklar tarafından alınan bir kararla ortaklığın yönetimi bir veya birden fazla ortağa verilmiş olsa bile, rekabet etmeme yükümlülüğü sadece yönetici ortak veya ortaklar açısından değil, tüm ortaklar açısından geçerli olacaktır.

Ortakların rekabet yasağına tabi olmaları bakımından, bu nitelikteki davranışlarının mutlaka kendi menfaatlerine yönelik olması gerekli olmayıp, üçüncü kişilerin menfaatlerine yönelik olarak icra ettikleri fiiller de rekabet yasağının kapsamına girebilir². Nitekim, BK Tasarısının 626. maddesinde,

¹ Bu durum, adi ortaklıkta ortakların bağlılık yükümü ile *affectio societatis* ilkesinin doğal bir sonucudur. Bkz. **Poroy**, Reha (Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2007, 10. Tıpkı Basım, N. 95; **Aydoğan**, Fatih, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005, s. 27.

² **Sieghart**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. Teil : Die Personengesellschaften (Art. 530-619), Zürich 1938, Art. 536, N. 2.

“Ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar.” hükmüne yer vermek suretiyle, ortakların üçüncü kişilerin menfaatine olan fiillerinin de rekabet yasağının kapsamında olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Dış ilişkide sadece *aktif ortak* adı verilen tek bir kişinin üçüncü kişilerle kendi adına işlem yaptığı ve *gizli ortak* (*iç ortak*) denilen diğer ortağın sadece iç ilişkide kâr ve belirli sınırlar içinde yönetim ve inceleme haklarına sahip olduğu ortaklık tipine, *gizli adi ortaklık* (*iç ortaklık*, *hususî ortaklık*) adı verilmektedir. Gizli adi ortaklıkta, gizli ortak tarafından ortaklığa getirilen sermaye, aktif ortağın malvarlığı haline gelmektedir. Aktif ortak ise, kendi adına ve gizli ortak hesabına işlemlerde bulunmaktadır. Burada, dolaylı temsilin bir uygulama hali bulunmaktadır³. Türk ve İsviçre hukuklarında gizli adi ortaklığa ilişkin olarak yasal bir düzenleme bulunmamaktadır⁴. Öğretide, gizli adi ortaklığın yapı itibarıyla komandit ortaklığa benzediği gerekçesiyle, adi ortaklık hükümleri yerine anılan tipe ilişkin hükümlerin uygulanmasının daha uygun olacağı belirtilmektedir⁵. Gerçekten de, gizli ortak ile aktif ortağın hukuki durumları, komandite ve komanditer ortaklarınkine oldukça benzerdir. Bu bakımdan, TTK m. 250’ye (TTK Tasarısı n. 311)⁶ kıyasen, üçüncü kişilerle işlem yapan aktif ortak açısından rekabet yasağının geçerli olacağı, buna karşılık sadece iç ilişkide hak ve borçlara sahip olan gizli ortak açısından rekabet etmeme yükümlülüğünden söz edilemeyeceği kanısındayız. Nitekim, Alman öğretisinde de, kanunda açık bir düzenleme yer almamasına karşın, aktif ortağın sadakat yükümü gereğince rekabet yasağına tabi olduğu ve ortaklık konusuna giren işlemleri kendi hesabına yapmasının onu gizli ortağa karşı sorumlu hale getireceği kabul edilmektedir⁷.

³ **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 72a.

⁴ Alman hukukunda ise, gizli adi ortaklık (*stille Gesellschaft*), Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak Alman Ticaret Kanunu’nda (§§ 230-236 HGB) özel hükümlerle düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁵ Bkz. **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 72a.

⁶ Buna göre, kollektif şirkette ortakların şirket konusunu oluşturan işlemleri yapamayacaklarına ilişkin yasal düzenleme komanditer ortaklar hakkında geçerli değildir. Ancak, komanditer ortak, şirketin işletme konusunun kapsamına giren işlemlerle uğraşacak bir ticarî işletme açar veya böyle bir işletme açan bir kişiyle ortak olur ya da bu nitelikte bir şirkete girerse, komandit şirketin belgelerini ve defterlerini incelemek hakkını kaybeder.

⁷ **Paulick**, Heinz, *Handbuch der stillen Gesellschaft*, Köln 1959, s. 163; **Sudhoff**, H., *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, Systematischer Kommentar mit Formular- und Texthandbuch*, 6.Auflage, München 1985, s. 217.

B. KOLLEKTİF ORTAKLIKTA

Kollektif ortaklıkta rekabet yasağı, tüm ortaklar açısından geçerlidir. Ortakların tamamı, hukuki durumlarına göre herhangi bir ayırım yapılmaksızın geniş bir denetim (TTK m. 167, TTK Tasarısı m. 230, karş. § 118 Abs. 1 HGB) ve özellikle olağanüstü işlerde (TTK m. 165, TTK Tasarısı m. 223, karş. § 116 Abs. 2 HGB) ortaklık kararlarına katılma haklarına sahip olduğundan, ortaklık sınırlarına vakıf olma olanağı hepsi için eşit derecede mevcuttur. Dolayısıyla, rekabet etmeme yükümlülüğü de, tüm ortaklar için öngörülmuş bulunmaktadır⁸. Rekabet etmeme yükümlülüğünün varlığı açısından, ortağın ortaklığı idare yetkisinin bulunup bulunmaması önemli değildir⁹.

Rekabet yasağı, tam ehliyetli olmamalarından veya diğer herhangi bir sebepten dolayı ortaklık haklarını bizzat kullanamayan ortaklar için de geçerlidir¹⁰. Ancak, ortakların kanuni veya iradi temsilcileri¹¹, ortaklık sıfatından kaynaklanan yükümlerinin muhatabı olmadıkları için, rekabet yasağına tabi değildirler¹². Öte yandan, temsilcinin bu sıfatı sayesinde elde ettiği ortaklığa ilişkin bilgileri kendi menfaatine kullanması durumunda, ortak, ortaklığa karşı sorumlu olacaktır. Alman öğretisinde, ortağın, temsilcisinin rekabet teşkil eden davranışlarından dolayı sorumluluğu, ifa yardımcıları ile kanuni temsilcilerin fiillerden dolayı akdi sorumluluğu genel olarak düzenleyen ve kısmen BK m. 100'e (BK Tasarısı m. 115) tekabül eden § 278 BGB¹³ hükmüne

⁸ **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 265. Alman hukukunda bkz. **Schlegelberger/Martens**, Handelsgesetzbuch, Kommentar (bearbeitet von Gessler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, Martens und Schmidt), 5. Auflage, Band III/1. Halbband, München 1973, § 112, Anm. 3; **Ulmer**, in Staub's Grosskomm. HGB, 4. neubearbeitete Auflage, 9. Lieferung §§ 161-177a, Berlin-New York 1987, § 112, Anm. 6.

⁹ **Ulmer**, in Grosskomm. HGB § 112, Anm. 6; **Stuhlfelner**, in Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. neubearb. und erw. Aufl., Heidelberg 1996, § 112, Anm. 1; **Aydoğan** s. 39.

¹⁰ **Ulmer**, in Grosskomm. HGB § 112, Anm. 6; **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 3.

¹¹ Türk öğretisinde, kollektif ortaklığın ortakların kişiliğine dayalı yapısından dolayı, başta denetim hakkı olmak üzere ortaklık haklarının devrinin mümkün olmadığı kabul edilmekte; öte yandan bu durumun, anılan hakların özellikle ihtisas gerektiren hallerde uzman kişiler aracılığı ile kullanılmasına engel teşkil etmediği belirtilmektedir. Bkz. **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 263. Dolayısıyla, burada kastedilen iradi temsilciler, özellikle denetim hakkının kullanılması için kendilerine ortak tarafından temsil yetkisi tanınan; muhasebeci, mali müşavir veya bağımsız denetim kuruluşu gibi kişi veya kuruluşlardır.

¹² **Ulmer**, in Grosskomm. HGB § 112, Anm. 10.

¹³ Önemle belirtelim ki, § 278 BGB, maddi uygulama alanı bakımından BK m. 100'den (BK Tasarısı m. 115) daha geniş kapsamlı bir düzenlemedir. Anılan hükümde, sadece ifa

dayandırılmaktadır¹⁴. Kanımızca, Türk hukuku açısından da, ortağın, iradi temsilcilerin rekabet teşkil eden fiillerinden dolayı BK m. 100 hükmüne göre, kanuni temsilcilerin fiillerinden dolayı ise kanuni temsile ilişkin genel kurallar çerçevesinde sorumlu tutulması mümkündür. Ayrıca, iradi temsilcinin, elde ettiği ortaklığa dair bilgileri kullanmasına ilişkin somut bir tehlikenin varlığı ya da fiilen rekabet oluşturan bir faaliyette bulunması durumunda, ortak, aralarındaki iç ilişki bakımından temsilciyi azletmekle de yükümlüdür. Aksine hareket, ortağın rekabet yasağına aykırılıktan dolayı ortaklığa karşı sorumluluğunu oluşturacaktır¹⁵. Kanuni temsilcinin rekabet teşkil eden bir davranışta bulunması halinde ise, diğer ortakların veya ortaklığın MK m. 426/b.2 uyarınca mahkemeden ortağa kayyım tayini talebinde bulunmaları mümkün olabilecektir¹⁶. Belirtelim ki, burada kollektif ortaklıktaki rekabet yasağına ilişkin olarak incelemiş olduğumuz, temsilcilerin rekabet teşkil eden fiillerinden dolayı sorumluluğa ilişkin esaslar diğer ortaklık türlerindeki rekabet yasakları bakımından da geçerlidir.

Kollektif ortaklık payı üzerinde intifa hakkı kurulması durumunda, intifa hakkı sahibinin de rekabet yasağına tabi tutulması amaca uygun olacaktır¹⁷. Çünkü bu durumda, intifa hakkının konusunu teşkil eden ortaklık payının idaresi MK m. 803 uyarınca intifa hakkı sahibine ait olduğundan, anılanın, denetim ve ortaklık kararlarına katılma haklarını kullanması ve dolayısıyla ortaklığın iç işleri hakkında bilgi sahibi olması mümkündür¹⁸. Dolayısıyla, TTK m. 172'nin (TTK Tasarısı m. 230) *ratio legis*'i, intifa hakkı sahibinin de rekabet yasağına tabi olduğunu kabul etmeyi gerektirmektedir.

Kollektif ortaklık payı üzerinde rehin hakkı kurulan hallerde, rehinli alacaklının rekabet etmeme yükümlülüğü mevcut değildir. Çünkü, rehinli alacaklının yetkileri ortaklık payının paraya çevrilmesi ile sınırlı olup, rehin

yardımcılarının değil, ayrıca kanuni temsilcilerin fiillerinden doğan akdi sorumluluk da düzenlenmiş bulunmaktadır.

¹⁴ **Ulmer**, in Grosskomm. HGB § 112, Anm. 10; **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 3.

¹⁵ **Ulmer**, in Grosskomm. HGB § 112, Anm. 10.

¹⁶ Alman hukukunda da, aynı durumda § 1909, Abs. 1 BGB uyarınca ortağa kayyım tayin edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Ulmer**, in Grosskomm. HGB § 112, Anm. 10.

¹⁷ Alman hukukunda aynı yönde bkz. **Ulmer**, in Grosskomm. HGB § 112, Anm. 8.

¹⁸ Anonim ortaklık payı üzerinde kurulan intifa hakkının şirket yönetimine katılma hakları üzerindeki etkisi açısından ayrıntılı bilgi için bkz. **Kendigelen**, Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s. 203 vd.

hakkının hukuki yapısı, ortaklık haklarını kullanmasına ve ortaklık işleri hakkında bilgi sahibi olmasına uygun değildir¹⁹.

C. ADİ KOMANDİT ORTAKLIKTA

Adi komandit ortaklıkta rekabet yasağı, TTK m. 250 (TTK Tasarısı m. 311) uyarınca sadece komandite ortaklar için öngörülmüştür. Bunun temel nedeni, komandite ortaklardan farklı olarak ortaklık alacaklılarına karşı şahsi sorumlulukları sınırlı olan (TTK m. 261/I, TTK Tasarısı m. 322) komanditer ortakların, ortaklığı idare ve temsil yetkisine sahip olmamaları ve ortaklık işleri hakkında bilgi edinme imkânlarının TTK m. 249'daki (TTK Tasarısı m. 310) olağan denetim hakkı ile sınırlı bulunmasıdır. Öte yandan, komanditer ortakların olağan denetim hakkı, komanditer ortaklara ortaklık işlerine az da olsa nüfuz etme olanağı vermektedir. Bu durumu dikkate alan yasa koyucu, şirketle rekabet oluşturan davranışlarda bulunan komanditerlerin denetim haklarını yitirmeleri sonucunu öngörmüştür (TTK m. 250, c.2, TTK Tasarısı m. 311, c.2).

Öğretide *Kalpsüz*, komanditer ortakların rekabet teşkil eden faaliyetlerine kanun tarafından böyle bir sonuç bağlanmış olması karşısında, komanditer ortaklar hakkında rekabet yasağının mevcut olmadığı söylenemeyeceğini ve ancak bunlar hakkındaki rekabet yasağının kapsam ve sonuçlarının farklı bir şekilde düzenlenmiş olduğunu belirtmektedir²⁰. *Çamoğlu*, komanditerlerin rekabet yasağına tabi olmadıklarını ve sadece rekabet yasağı kapsamında bir işlemi yapmalarına kanun tarafından olağan denetim hakkını kaybetmeleri sonucunun bağlanmış olduğunu belirtmektedir²¹. *Aydoğan* ise, komanditer ortağın rekabet etmesine kanun tarafından bir yaptırım bağlanmış

¹⁹ Bu konuda anonim ortaklık payı üzerindeki rehin hakkına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **Göksoy**, Y.Can, Anonim Ortaklıkta Payın Rehini, Ankara 2001, s. 59-61.

²⁰ **Kalpsüz**, T., Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları, Prof. Dr. H.C.Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 355.

²¹ **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 403. *İmregün* de, komanditer ortakların rekabet yasağına tabi olmadıklarını ve sadece ortaklık ile haksız rekabet olarak nitelendirilebilecek bir işlem yapmaları durumunda, denetleme ve ortaklık defterlerini inceleme haklarını yitireceklerini ifade etmektedir. Bkz. **İmregün** Oğuz, Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 157-158. *Domaniç* de, komanditer ortakların rekabet yasağına tabi olmadıklarını belirtmektedir. Bkz. **Domaniç**, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988, s. 756.

olmasından hareketle, yaptırım olan yerde bir yasağın var olduğu ve bu çerçevede komanditer ortak için de ortaklık içindeki konumuna uygun kapsamda bir rekabet yasağının bulunduğu görüşündedir²². Kanımızca, diğer ortaklık türlerinde rekabet teşkil eden fiillere kanun tarafından bağlanan yaptırımlar ile buradaki yaptırım karşılaştırıldığında, komanditer ortak açısından bir yükümlülük değil bir külfetin söz konusu olduğu görülmektedir²³. Çünkü, rekabet eden komanditer, bundan dolayı herhangi bir sorumluluk altına girmeyecek ve sadece yasal haklarından biri olan olağan denetim hakkını yitirecektir. Dolayısıyla, komanditer ortak açısından, rekabet etmeme konusunda bir yükümlülük veya yasaktan ziyade, rekabet etmeme külfetinin varlığından söz edilebileceği kanısındayız.

Alman hukukunda, konuya ilişkin § 165 HGB hükmü, kolektif ortakların rekabet yasağına ilişkin hükümlerin komanditer ortaklar hakkında uygulanmayacağını belirtmekle yetinmiş ve komanditerlerin rekabet teşkil eden fiillerine TTK m. 250 (TTK Tasarısı m. 311) hükmünün aksine herhangi bir hukuki sonuç bağlamamıştır. Öğretide, komanditerlerin genel bir rekabet yasağına tabi olmamalarına rağmen, rekabet teşkil eden bazı davranışlarından dolayı ortaklığa karşı sahip oldukları sadakat yükümünün ihlâlinden dolayı sorumlu tutulabilecekleri kabul edilmektedir. Özellikle, ortağın ortaklık haklarını kullanırken, örneğin bir ortaklık kararının alınması sırasında komanditer ortak sıfatı ile vakıf olduğu bilgileri kendi menfaatine kullanarak şirketle rekabet ettiği hallerde, sadakat yükümüne aykırı davranmış olacağı belirtilmektedir²⁴. Türk hukukunda, TTK m. 250 (TTK Tasarısı m. 311) hükmünün komanditerin rekabet teşkil eden davranışına denetim hakkının kaybı gibi açık bir hukuki sonuç bağlamış olması ve dolayısıyla sadece bir rekabet etmeme külfetine yer vermiş olması karşısında, komanditerler için rekabet etmeme yükümlülüğü öngören böyle genel bir kabule olanak bulunmadığı kanısındayız.

Komanditer ortaklar, ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmamak şartıyla, ortaklığa ticari mümessil, ticari vekil veya ticari memur olarak tayin edilebilirler (TTK m. 257/II, c.2, TTK Tasarısı m. 318/II,c.2). Bu durumda,

²² Aydoğan, s. 67-68.

²³ Külfet kavramının, yükümlülük kavramından farkı, birincinin ihlâlinde bir hakkın elde edilememesi ya da kaybı olduğu halde, ikincinin ihlâlinde bir hukuki sorumluluk doğması ya da mevcut bir hukuki sorumluluğun genişlemesidir. Bu konuda bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 32.

²⁴ Schlegelberger/Martens, § 112, Anm. 18.

komanditer ortak; TTK m. 172 (TTK Tasarısı m. 230) uyarınca değil, ticari mümessil ve ticari vekillere ilişkin BK m. 455 (BK Tasarısı m. 553) uyarınca rekabet yasağına tabi olacaktır.

Komanditer ortak; adının ortaklık unvanında yer alması (TTK m. 259, TTK Tasarısı m. 320); ticari mümessil, ticari vekil ve ticari memur gibi bir sıfatı olmaksızın ortaklık adına iyiniyetli üçüncü kişilerle işlem yapması (TTK n. 260/I, TTK Tasarısı m. 321/I) ve sermaye taahhüdünden fazla sorumlu olacağını yazılı olarak ayrıca taahhüt etmiş olması (TTK m. 261/III, TTK Tasarısı m. 322/III) hallerinde, üçüncü kişilere karşı komandite ortak gibi sorumlu olur. Öte yandan, bu durum, komanditer ortak hakkında rekabet yasağının geçerli olması sonucunu doğurmamalıdır. Çünkü, sözü geçen durumlarda, komanditer ortak, ortaklık iç ilişkisinde değil, sadece dış ilişki bakımından ve ortaklık alacaklılarına karşı komandite ortakla aynı hukuki konuma gelmektedir. Komanditerin ortaklığın idare ve temsiline ilişkin hak ve yetkilerinde herhangi bir değişiklik olmayıp, sadece ortaklık alacaklılarına karşı şahsi sorumluluğu komandite ortaklar gibi sınırsız olmakta ve dolayısıyla ağırlaşmaktadır. Dış ilişkideki sorumluluğun ağırlaşması ise, tek başına komanditerin rekabet yasağına tabi tutulmasını gerektiren bir durum değildir.

D. PAYLI KOMANDİT ORTAKLIKTA

Paylı komandit ortaklıkta, adi komandit ortaklıkta olduğu gibi sadece komandite ortaklar rekabet yasağına tabi tutulmuştur (TTK m. 483, TTK Tasarısı m. 572). Öte yandan, adi komandit ortaklıktan farklı olarak, paylı komandit ortaklıktaki komanditer ortakların rekabet teşkil eden davranışları, denetim haklarını yitirmeleri gibi bir sonuç doğurmaz. Çünkü, paylı komandit ortaklığa ilişkin TTK hükümleri sadece komandite ortakların hak ve borçlarına ilişkin olarak adi komandit ortaklık hükümlerinin uygulanacağını belirtmiş (TTK m. 476/I, TTK Tasarısı m. 565/I) ve TTK m. 477-484 (TTK Tasarısı m. 564-572) arasında hüküm bulunmayan diğer tüm hususlarda anonim ortaklık hükümlerine atıf yapmıştır (TTK m. 476/II, TTK Tasarısı m. 565/II). Dolayısıyla, komanditerlerin hukuki durumu anonim ortaklık pay sahipleri ile aynıdır. Bu bakımdan, paylı komandit ortaklıkta, komanditer ortaklar rekabet yasağına tabi olmadıkları gibi, bunların şirketle rekabet teşkil eden davranışları sonucunda denetim haklarını (TTK m. 476/II atfıyla TTK m.

363, TTK Tasarısı m. 565/II atfıyla TTK Tasarısı m. 437) kaybetmeleri gibi bir durum da söz konusu değildir²⁵.

E. LİMİTED ORTAKLIKTA

Limited ortaklıkta, rekabet yasağı kural olarak sadece müdür ortaklar (TTK m. 540, TTK Tasarısı m. 623) için öngörülmüştür (TTK m. 547, c.1, TTK Tasarısı m. 626/II)²⁶. Müdür olmayan ortaklar hakkında ise, rekabet yasağı, ancak esas sözleşmede hüküm bulunmak kaydıyla geçerlidir (TTK m. 547, c.2). *Arslanlı/Domaniç*'e göre, kanunun açık hükmü karşısında, müdür olmayan ortakların ortaklar kurulu tarafından alınacak bir kararla rekabet yasağına tabi kılınması mümkün değildir. Mutlaka esas sözleşmede bunu öngören bir hüküm bulunmasına ihtiyaç vardır²⁷. Nitekim, TTK Tasarısı'nın yeni getirilmiş olan "*Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı*" başlıklı 613. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde de; şirket sözleşmesiyle ortakların şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda olduklarının öngörülebileceği ifade edildiği gibi; Tasarı'nın 577. maddesinin g bendi ile de, kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümlerin ancak şirket sözleşmesinde öngörülmesi durumunda geçerli olacakları açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Kanımızca, daha sonra alınacak bir ortaklar kurulu kararı ile ana sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulması mümkündür²⁸. Öte yandan, böyle bir ana sözleşme değişikliği, ortakların sorumluluğunu genişletme sonucunu doğuracağından, TTK m. 513/II'deki nisap sağlanmalı, yani bu yöndeki ortaklar kurulu kararı oybirliği ile alınmalıdır. Buna karşılık, TTK Tasarısının şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin 589. maddesinde, ortakların sorumluluğunu genişleten kararlar için oybirliği ara-

²⁵ Paylı komanditte, rekabet eden komanditer ortak hakkında TTK m. 250 (TTK Tasarısı m. 311) hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde denetim hakkını yitirdiğinin kabul edilebileceği yönünde bkz. *İmregün*, s. 193.

²⁶ Müdürlerin rekabet yasağına ilişkin TTK Tasarısı m. 626/II hükmüne göre : "*Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemiş veya diğer tüm ortaklar yazılı olarak izin vermemişse, müdürler şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamazlar. Şirket sözleşmesi ortakların onayı yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilir.*"

²⁷ *Arslanlı/Domaniç*, Limited ve Hisseli Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 683; *Aydoğan*, s. 134. Yargıtay 11. HD.'nin 8.6.2000 tarihli ve E. 2000/4138 - K. 2000/5287 sayılı kararında da, rekabet yasağının ana sözleşme hükmü ile bütün ortaklara teşmil edilebileceği hususu teyit edilmiştir. Bu karar hakkında bkz. *Aydoğan*, s. 134, dnp. 231.

²⁸ Aynı yönde bkz. *Wohlmann*, Herbert, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in : Schweizerisches Privatrecht VIII/2, Basel 1982, s. 425.

yan TTK m. 513/II hükmündeki düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan, Tasarının yürürlüğe girmesi halinde böyle bir kararın anılan 589. maddedeki nisaba uygun olarak esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların oylarıyla alınması yeterli olacaktır.

Türk ve İsviçre öğretilerinde savunulan bir görüş uyarınca, TTK m. 547 ile kaynağını oluşturan Eski İsv. BK m. 818²⁹'in açık hükümleri karşısında, ortak olmayan müdürler rekabet yasağına tabi değildir³⁰. Buna karşılık, diğer bir görüş, ortak olmayan müdürlerin de rekabet yasağına tabi oldukları görüşünü savunmaktadır³¹. Kanımızca, her ne kadar TTK m. 541 uyarınca müdür olmayan ortakların hak ve yükümlükleri hakkında müdür ortaklara ilişkin hükümler uygulanacak olsa da, rekabet yasağına ilişkin özel hüküm niteliğindeki TTK m. 547'de sadece müdür ortaklardan söz edilmiş olduğu için, ortak olmayan müdürleri rekabet yasağı kapsamına dahil etmek mümkün değildir. Öte yandan, ortak olmayan müdürler, aynı zamanda ticari mümessil veya vekil sıfatını taşıyacakları için, BK m. 455 (BK Tasarısı m. 553) uyarınca ve söz konusu hüküm kapsamında rekabet yasağına tabi olacakları konusunda şüphe yoktur. Belirtmek gerekir ki, TTK Tasarısında limited şirket müdürlerinin rekabet yasağını düzenleyen 626. maddenin ikinci fıkrasında, ortak olup olmadığı belirtilmeksizin sadece müdürlerden söz edilmiş olduğu için, TTK Tasarısı sisteminde ortak olmayan müdürlerin de rekabet yasağı kapsamına gireceği konusunda şüphe yoktur³².

²⁹ TTK'da yer alan limited şirketlere ilişkin hükümlerin birçoğuna kaynaklık yapan İsviçre Borçlar Kanunu'nun limited şirketlere ilişkin hükümleri, İsviçre Federal Meclisi'nin 16.12.2005 tarihli kararına dayalı olarak 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe girmiş olan kanun değişikliği çerçevesinde geniş kapsamlı bir revizyona tabi tutulmuş olup, TTK Tasarısı'nda da bu değişiklikler kısmen dikkate alınmıştır. Bu çerçevede, rekabet yasağı konusunda TTK m. 547 hükmünün kaynağı olan Eski İsv. BK m. 818 hükmü de, İsviçre'deki revizyon kapsamında yürürlükten kaldırılmış ve bu konuda yeni düzenlemelere yer verilmiştir. Limited şirkette rekabet yasağı konusunda İsviçre hukukunda yapılan bu değişiklikler, TTK Tasarısı'nın rekabet yasağına ilişkin 577/g, 613 ve 626. maddelerine de yansıtılmıştır.

³⁰ Türk öğretisinde bkz. **Arslanlı/Domaniç**, s. 683. İsviçre öğretisinde bkz. **Wohlmann**, SPR, s. 425. Aksi görüş için bkz. **Janggen/Becker**, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VII, Bern 1939, Art. 818, N. 1.

³¹ Bu yönde Türk öğretisinde bkz. **Aydoğan**, s. 137. İsviçre öğretisinde bkz. **Janggen/Becker**, Art. 818, N. 1.

³² Bu yönde bkz. **Yıldırım**, Ali Haydar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu, İzmir 2008, s. 86.

TTK Tasarısı'nın yeni getirilmiş olan "Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı" başlıklı 613. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde; ortakların şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunamayacakları ve özellikle kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler yapamayacakları belirtildikten sonra, şirket sözleşmesiyle ortakların şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda olduklarının öngörülebileceği de ifade edilmiştir. Tasarının bu hükmünde, ortakların şirketle rekabet etmesinin ana sözleşme ile yasaklanması olanağı açıkça vurgulanmış olup, ortaklara kanun gereği tahmil edilmiş bir rekabet etmeme yükümlülüğü yer almamaktadır. Yukarıda TTK m. 547 hükmüne ilişkin olarak açıklandığı üzere, Tasarının 626. maddesinin ikinci fıkrasına göre de, ortakların rekabet yasağına tabi tutulmaları, ancak bu yönde bir ana sözleşme hükmü ile mümkündür. Diğer taraftan, TTK Tasarısı'nın 613. maddesinde yer alan bu yeni düzenlemede, ortakların ortaklığa bağlılık (sadakât) yükümlülüğü de açıkça düzenlenmiş olup, bu yükümlülük kapsamında ortakların kendilerine özel menfaat sağlayan ve ortaklık amacına zarar veren işlemler yapmaları yasaklanmış bulunmaktadır. Ancak, ortakların bağlılık yükümlülüğünü genel anlamda benimseyen bu yeni düzenlemeden hareketle, limited şirket ortaklarının kanun gereği rekabet yasağına bağlanmış oldukları sonucuna ulaşmak kanımızca mümkün değildir. Nitekim, Tasarının 613. maddeye ilişkin gerekçesinde de, ortakların bağlılık yükümünün sınırını rekabet yasağının oluşturduğu, sınırlı sorumluluk ilkesinden dolayı ortağın kanunen rekabet yasağına bağlanmasının kural olarak haklı görülemeyeceği ve şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadığı takdirde sadece bağlılık yükümünden hareketle ortağın kanun gereği rekabet yasağına tabi olduğunu iddia etmenin mümkün olmadığı açıkça belirtilmiştir³³. Buna karşılık, limited şirket ortağının kendisine özel menfaatler sağlayacak ve ortaklığa zarar verecek şekilde şirket ile rekabet ettiği durumlarda, TTK m. 613 anlamında bağlılık yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olacağından, fiili durum itibarıyla yapılacak değerlendirmelerde, burada sözü edilen "kendisine özel menfaatler sağlama" ve "şirkete zarar verme" şartları çerçevesinde kapsamı sınırlandırılmış olan *de facto* bir kanuni rekabet yasağının varlığından söz etmek kanımızca mümkün olabilecektir.

Alman hukukunda, limited ortaklıklarda rekabet yasağına ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme yer almamaktadır. Öte yandan, öğretilerdeki hakim

³³ TTK Tasarısı Madde Gereççeleri, s. 223-224.

görüş, limited şirket müdürlerinin çalışmalarını ortaklık dışında rekabet edici işlemlere tahsis etmelerinin yasak olduğu yolundadır³⁴. Ayrıca, Alman Federal Mahkemesinin içtihat niteliğinde görülen *Heumann/Oglivy* kararında, limited şirket ortağının dahi, esas sözleşmede bu yönde hüküm bulunmasına gerek olmaksızın belirli şartlar altında rekabet yasağına tabi olacağı sonucuna ulaşılmıştır³⁵.

F. ANONİM ORTAKLIKTA

1. Kanuni Rekabet Yasağı

Anonim ortaklıklarda, TTK m. 335 (TTK Tasarısı m. 396) hükmü sadece yönetim kurulu üyeleri için rekabet yasağı öngörmektedir. Dolayısıyla, TTK m. 319/II'ye (TTK Tasarısı m. 370/II) göre tayin edilen murahhas azalar da evleviyetle rekabet yasağına tabidir³⁶. Yönetim kurulu üyesi veya ortaklardan olmayan müdürler (TTK m. 342, TTK Tasarısı m. 367/I ve 368³⁷) ile TTK m.

³⁴ **Hachenburg/Mertens**, GmbHG, 7.Aufl., 1979, § 43, Anm. 47; **Merkt**, H., Unternehmensleitung und Interessenkollision, ZHR 159 (1995), s. 423 vd., s. 448. Hatta, Alman öğretisinde, sadakat yükümünün yoğunluğuna bağlı olarak, limited şirket ortaklarının dahi belirli sınırlar dahilinde rekabet yasağına tabi olabileceği belirtilmektedir. Bkz. **Schmidt**, K., Gesellschaftsrecht, Köln 1986, s. 441 ve orada dñn. 65'de anılan diğer yazarlar. Özellikle, kolektif ortaklıklara ilişkin § 112 HGB hükmünün limited şirket ortaklarına kıyasen uygulanabileceği; diğer taraftan, bu şekilde genel bir rekabet yasağı kabul etmenin mümkün olmadığı ve ancak rekabet yasağının sözleşme ile kararlaştırıldığı veya ilgili ortağın sahip olduğu hisseler, müdür sıfatı ya da esas sözleşme ile kendisine tanınan imtiyazlar vasıtasıyla limited ortaklık üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olduğu ya da olabileceği veya limited ortaklığın genel anlamda kişisel unsurların ağır bastığı bir yapıya sahip olduğu durumlarda kabul edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. **Bayer**, Walter, in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16.Aufl., 2004, § 14, Rn. 24; **Tiedchen**, Susanne, Wettbewerbsverbote im GmbH-Konzern, GmbHR 10/1993, s. 616 vd., s. 617.

³⁵ BGHZ 89, s. 162 vd., s. 165.

³⁶ **Domanıç**, Anonim Ortaklıklar Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988, s. 628; **Aydoğan**, s. 80.

³⁷ TTK Tasarısı'nda, 6762 sayılı TTK'nın 342.maddesinde olduğu gibi anonim ortaklıkta "şirket muamelelerinin icra safhasına taalluk eden kısmı"nın kendilerine tevdi edilmiş olduğu "müdürler" hakkında açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Tasarı'nın 367. maddesinin birinci fıkrasında esas sözleşmeye konulacak bir hükme dayalı olarak yönetim kurulu tarafından düzenlenecek bir iç yönetmeliğe istinaden yönetimin tamamen veya kısmen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmesine olanak tanınmakta ve ayrıca Tasarı'nın 368.maddesinde yönetim kurulunun ticari mümessil ve ticari vekil atamasına da cevaz verilmektedir. Tasarıda yer alan bu düzenlemelerden hare-

319/II (TTK Tasarısı m. 370/II) uyarınca genel kurul veya yönetim kurulu tarafından atanan murahhas müdürler ise, yönetim kurulu üyesi sıfatları bulunmadığı için, rekabet yasağının kapsamı dışında kalırlar³⁸. Öte yandan, genellikle, murahhas müdürler BK m. 449 (BK Tasarısı m. 547) anlamında ticari mümessil, müdürler ise BK m. 453 (BK Tasarısı m. 551) anlamında ticari vekil sıfatlarını taşıyacakları için, bunlar hakkında BK m. 455 (BK Tasarısı m. 553) uyarınca rekabet yasağı geçerli olur³⁹.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinde 1991 yılında yapılan köklü değişiklikler çerçevesinde, yönetim kurulu üyeleri ile yönetim yetkisi bulunan diğer kimselerin sadakat yükümü, anılan kanunun 717. maddesinin 1. fıkrasında genel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Belirtilim ki, 1991 değişikliğinden önce dahi, İsviçre öğretisinde, yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlerinin bulunduğu ve buna bağlı olarak da ortaklıkla doğrudan doğruya rekabet etmelerinin mümkün olmadığı kabul edilmekte idi⁴⁰. 1991 değişikliklerinde sonra da, artık İsv. BK m. 717/I hükmünde açık bir yasal dayanağı da bulunan sadakat yükümünün somut bir uygulama hali olarak, yönetim kurulu üyeleri ile yönetimde bulunan diğer kişilerin rekabet yasağına tabi oldukları kabul edilmektedir⁴¹.

Alman hukukunda, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağı Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 88. maddesinde (§ 88 AktG) düzenlenmiş olup, bu hüküm gerek içerik ve sistematığı dikkate alındığında, TTK m. 335 (TTK Tasarısı m. 396) hükmü ile yakın benzerlikler göstermektedir⁴².

ketle, TTK m. 342 hükmünde olduğu gibi "şirket muamelelerinin icra safhasına taalluk eden kısmı"nın yönetim kurulu üyesi veya ortak olmayan kişilere devredilmesi mümkün olabilecektir.

³⁸ Bu yönde bkz. **Kalpsüz**, s. 365. Murahhas müdürlerin rekabet yasağı kapsamında oldukları yönünde bkz. **Franko**, Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti, BATİDER, C. XIII, S.1, s. 21 vd., s. 49; **Domanıç**, AŞ, s. 628; **Aydoğan**, s. 81.

³⁹ **Aydoğan**, s. 83. **Domanıç**, ticari mümessil niteliğindeki genel müdürlerin BK m. 455'deki yasağına tabi olacağını belirtmektedir. Bkz. **Domanıç**, AŞ, s. 628. Yazar tarafından "genel müdür" olarak nitelendirilen kişiler, hukuki açıdan TTK m. 319/II uyarınca tayin edilen murahhas müdürlerdir.

⁴⁰ **Bürgi**, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Art. 698-730, Zürich 1969, Art. 722, N. 9.

⁴¹ **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996, N. 1630, s. 852-853.

⁴² § 88 AktG hükmünün TTK m. 335'den farkları, rekabet yasağını kaldırın izin Alman sistemine özgü bir organ olan gözetim kurulu tarafından ve hangi işler için verildiği de

Yönetim kurulunda bir üyeliğin boşalması durumunda, TTK m. 315/I (TTK Tasarısı m. 363/I) uyarınca yönetim kurulu tarafından geçici olarak seçilip genel kurulun onayına sunulan üyenin rekabet yasağına tabi olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir. Alman öğretisinde, aynı konuda geçerli olan § 105 AktG uyarınca gözetim kurulu (Aufsichtsrat) tarafından geçici olarak atanan yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına tabi olmadıkları kabul edilmektedir⁴³. Bu görüşün gerekçesi olarak, kısa bir süre için görev yapacak olan geçici yönetim kurulu üyelerinin başka faaliyetlerde bulunmaktan men edilmelerinin yerinde olmadığı belirtilmektedir⁴⁴. Kanımızca, TTK m. 315 (TTK Tasarısı m. 363/I) açısından aksi sonuca ulaşılmalıdır. Çünkü, anılan hüküm uyarınca geçici olarak seçilen yönetim kurulu üyeleri, diğer üyelerle aynı hak ve yetkilere sahiptir. Hatta, yönetim kurulunun bu yolla seçtiği üyenin genel kurul tarafından reddi halinde dahi, kendisinin ret kararına dek yaptığı işlemlerin geçerli olacağı kabul edilmektedir⁴⁵. Bu bakımdan, TTK m. 315/I (TTK Tasarısı m. 363/I) uyarınca seçilen üyeler ile diğer üyeler arasında, rekabet etmeme yükümlülüğü bakımından fark gözetilmemelidir⁴⁶.

Anonim ortaklıkta yeni yönetim kurulu seçilememesi nedeniyle, mahkeme tarafından organ boşluğunu gidermek üzere MK m. 427/b.4 uyarınca atanan kayyım, rekabet yasağına tabi değildir⁴⁷. Tasfiye memurları bakımından konu tartışmaya değerdir. Alman hukukunda, § 268, Abs. 3 AktG hükmünde yer alan açık düzenleme gereğince, tasfiye memurları rekabet yasağına tabi değildir⁴⁸. Kanımızca, Türk hukuku açısından, TTK m. 441/I (TTK

gösterilmek suretiyle verilmesini öngörmesi ve diğer taraftan da, diğer bir ortaklıkta yöneticilik veya yönetim kurulu üyesi sıfatının kazanılmasını açıkça rekabet yasağı kapsamına almış bulunmasıdır. Bu konuda bkz. **Kalpsüz**, T., Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları, Prof. Dr. H.C.Öğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 347 vd., s. 350.

⁴³ **Meyer-Landrut** in Grosskomm. AktG, 1.Band, 2.Halbband, Berlin· New York 1973, § 88 Anm. 1; **Armbrüster**, Christian, Wettbewerbsverbote im Kapitalgesellschaftsrecht, ZIP, 29/1997, s. 1269 vd., s. 1269.

⁴⁴ **Salfeld**, Rainer, Wettbewerbsverbote im Gesellschaftsrecht, Frankfurt am Main Berlin New York 1987, s. 143.

⁴⁵ **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 547.

⁴⁶ TTK m. 315/I uyarınca geçici olarak seçilen yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına tabi olduğu yönünde genel olarak bkz. **Aydoğan**, s. 77.

⁴⁷ Alman hukukunda aynı yönde bkz. **Meyer-Landrut** in Grosskomm. AktG § 88 Anm. 1.

⁴⁸ Bu konuda bkz. **Meyer-Landrut** in Grosskomm. AktG § 88 Anm. 1; **Hüffer**, Aktiengesetz, München 2004, § 88, Anm. 2; **Armbrüster**, s. 1269.

Tasarısı m. 536/I) uyarınca yönetim kurulu üyelerinin tasfiye memuru olduğu durumda, bunlar için rekabet yasağının, tasfiyenin sağlıklı bir biçimde yapılmasını engelleyen işlemler bakımından devam ettiği kabul edilmelidir⁴⁹. Çünkü, eski yönetim kurulu üyelerinin daha önceden sahip oldukları ortaklığa ilişkin bilgileri kullanarak, tasfiye işlemlerini kendi menfaatleri doğrultusunda yönlendirmeleri tehlikesi her zaman için mevcuttur. Öte yandan, esas sözleşme ile atanan veya genel kurul tarafından seçilen, yönetim kurulu üyeleri dışındaki tasfiye memurları açısından rekabet yasağından söz etmek mümkün değildir.

Anonim ortaklık denetçileri ile ortaklık arasında mevcut hukuki ilişki çerçevesinde denetçilerin bir sadakat yükümünden söz etmek mümkün olsa da, denetçiler açısından kanundan kaynaklanan bir rekabet yasağı mevcut değildir⁵⁰.

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahipleri hakkında rekabet yasağı geçerli değildir. Öte yandan, Türk öğretisinde yer bulan bir görüş uyarınca, adi ortaklıkta rekabet yasağına ilişkin BK m. 526 (BK Tasarısı m. 626) hükmünün, TTK m. 1 ve 138 (TTK Tasarısı m. 1 ve 126) hükümlerinin yollaması ile anonim ortaklık pay sahipleri hakkında da uygulanması mümkündür⁵¹. Kanımızca, TTK m. 138'den (TTK Tasarısı m. 126) hareketle, adi ortaklıkta rekabet yasağına ilişkin BK m. 526 (BK Tasarısı m. 626) hükmünün anonim ortaklık pay sahipleri bakımından uygulanması mümkün değildir. TTK m. 138'deki (TTK Tasarısı m. 126) sıralama uyarınca; adi ortaklığa ilişkin hükümler, ilgili ticaret ortaklığı tipine ilişkin özel bir hüküm ve ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümlerde (TTK m. 136 vd. TTK Tasarısı m. 124 vd.) düzenleme bulunmayan hallerde ve boşluk doldurucu nitelikte ticaret ortaklıklarına uygulanırlar⁵². Bu çerçevede, anonim ortaklıklara ilişkin özel bir hüküm olan TTK m. 335'in (TTK Tasarısı m. 396) pay sahipleri açısından rekabet yasağı öngörmemesi ve yasağı yönetim kurulu üyeleri ile

⁴⁹ Türk hukuku açısından tasfiye memurlarının rekabet yasağına tabi olmadıkları görüşü için bkz. **Karahan**, Sami, *Anonim Şirketlerde Tasfiye*, Konya 1998, s. 309; **Aydoğan**, s. 77.

⁵⁰ **Aydoğan**, s. 84.

⁵¹ **Demaniç**, AŞ, s. 628; **Kalpsüz**, s. 365. *Aydoğan*, pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerine getirilen yönde bir rekabet yasağına tabi olmadıklarını kabul etmekle birlikte, pay sahiplerinin genel hüküm niteliğinde olan BK m.526'ya tabi oldukları ve her somut olayın şartlarına göre ortaklık gayesine aykırı ve ona zarar verici davranışlarda bulunamayacaklarını da belirtmektedir. Bkz. **Aydoğan**, s. 92.

⁵² **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 19a.

sınırlaması karşısında, pay sahiplerinin TTK'da bilinçli olarak rekabet yasağının kapsamı dışında bırakıldığı ve bu nedenle konuyla ilgili olarak gerçek anlamda bir kanun boşluğunun bulunmadığını kabul etmek gerekir. Bu bakımdan, anonim ortaklık pay sahiplerinin rekabet yasağı bakımından hukuki durumuna ilişkin olarak gerçek anlamda bir kanun boşluğunun bulunmaması nedeniyle, adi ortaklığa ilişkin BK m. 526 (BK Tasarısı m. 626) hükmünün anonim ortaklık pay sahiplerine uygulanmasının ve bu şekilde anılan hükümden hareketle rekabet yasağının pay sahiplerine kısmen ya da tamamen teşmil edilmesinin mümkün olmadığı kanısındayız.

Anonim ortaklık pay sahipleri için rekabet yasağı öngörülmemesinin temel nedeni, kişi ortaklıklarının aksine pay sahiplerinin ortaklığa karşı sadakat (bağlılık) yükümlerinin bulunmamasıdır. Sadakat yükümü bulunmamasının anlamı, pay sahiplerinin ortaklığı desteklemek ve onunla rekabetten kaçınmak zorunda olmamalarıdır⁵³. Öte yandan, öğretilerde bazı yazarlar, anonim ortaklıkta da tüm ortaklıklarda olduğu gibi bir amaç için bir araya gelmenin söz konusu olduğu ve ortaklık amacının elde edilmesine ters düşen hareket ve tutumların kabul edilemeyeceği gerekçesiyle, kaçınma ve yapmama zorunluluğu içeren bir bağlılık yükümünün varlığını kabul etmektedirler⁵⁴. *Tekinalp* tarafından isabetli olarak belirtildiği gibi, burada sözü geçen kaçınma yükümlülüğü, pay sahiplerinin sadakat yükümünden değil, MK m. 2'den kaynaklanır. Dürüstlük kuralına uygun hareket etmek ise bir "ek yüküm" olmayıp, herkesin uymakla yükümlü olduğu hukukun genel bir ilke-

⁵³ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1091.

⁵⁴ **Siegrwart**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, 5. Teil : Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen (Art. 620-659 OR), Zürich 1945, Art. 620, N. 32. Türk öğretisinde *Akn*, anonim ortaklıklarda sadakat borcunun gerek şirketle ortaklar arasında, gerekse ortaklar arası ilişkiler bakımından geçerli olduğu; ayrıca, ortaklar arasında doğrudan bir hukuki ilişki bulunmamasına rağmen, asıl edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi niteliğinde olan ve ortaklar ile şirket tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişkinin etkisinden yararlanan bir üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin farklı bir görünümü olarak ortaklar arası sadakat yükümünün açıklanabileceğini belirtmektedir. Bu konuda bkz. **Akn**, Yusuf Murat, Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.'lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002, s. 143-144. **Nomer**, pay sahibinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin TTK m. 363 hükmünden hareketle pay sahibinin şirket menfaatlerini dikkate almakla yükümlü olduğunu ve TTK m. 405/I hükmündeki "tek borç" ilkesinin sadakat yükümünü kabul etmeye engel oluşturmadığını vurgulamak suretiyle, pay sahibi açısından sadakat yükümünün varlığını kabul etmektedir. Bkz. **Nomer**, Füsün, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 159.

sidir⁵⁵. Öte yandan, hukuki açıdan anonim ortaklık olarak kurulmasına rağmen, ekonomik açıdan sermayeden çok kişisel unsurların ağır bastığı aile ortaklıklarında (*Familiengesellschaften*) bağlılık yükümünden söz edilmesinin mümkün olduğu öğretide ve ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında kabul edilmektedir⁵⁶. Ancak, kapalı anonim ortaklıklar ile aile anonim ortaklıklarında kabul edilen ve MK m. 2'ye dayanan böyle bir sadakat yükümü, şüphesiz pay sahipleri açısından genel bir rekabet yasağı öngörülmesini haklı çıkarmak bakımından yeterli değildir. Rekabet teşkil eden davranışın MK m. 2 karşısındaki durumu somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmek suretiyle bir sonuca varılması uygun olacaktır.

2. Pay Sahiplerine Yönelik Akdi Rekabet Yasağı

Anonim ortaklık pay sahipleri, kanunen rekabet yasağına tabi olmamakla birlikte, sözleşme ile böyle bir yasak getirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Tartışmanın nedeni, TTK m. 405/I'de (TTK Tasarısı m. 480/I) açıkça ifadesini bulan ve pay sahiplerinin anonim ortaklığa karşı yegâne yükümlerinin taahhüt ettikleri pay bedelini ödemek olduğunu ifade eden "tek borç" ilkesidir⁵⁷. Öte yandan, TTK m. 405/III (TTK Tasarısı m. 480/IV) hükmü, pay sahiplerinin bazı edimleri belirli şartlar altında "tali yüküm" olarak ortaklığa karşı yükümlenebileceğini belirterek, "tek borç" ilkesine bir istisna getirmektedir⁵⁸. Ancak, rekabet etmeme yükümlülüğünün, pay sahipleri tarafından TTK m. 405/III (TTK Tasarısı m. 480/IV) anlamında bir "tali (ikincil) yüküm" olarak üstlenilmesi de kabul edilmemektedir. Çünkü, TTK m. 405/III (TTK Tasarısı m. 480/IV) uyarınca tali yüküm olarak üstlenilen edimlerin mutlaka "muayyen zamanlarda tekerrür eden" (dönemsel) nitelikte olması gerekir. Rekabet yasağı ise, devamlı nitelikte olduğu için bu hükmün kapsamı dışında kalır⁵⁹.

⁵⁵ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1092.

⁵⁶ v. **Greyerz**, Die Aktiengesellschaft, in : Schweizerisches Privatrecht VIII/2, Basel 1982, s. 164. *Tekinalp*, bu tür anonim ortaklıkları "atipik" olarak nitelendirerek, aynı hususu belirtmektedir. Bkz. **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1092a.

⁵⁷ Tek borç İlkesi hakkında bkz. **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1019.

⁵⁸ Tek borç ilkesinin diğer bir istisnası da, itibari değerden yüksek bedelle pay (agio'lu pay) ihracı halinde, TTK m. 286/II (TTK Tasarısı m. 347) uyarınca ortaklığa ödenmesi gereken "agio" dur. Bkz. **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1020.

⁵⁹ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1084; **Aydoğan**, s. 92. Alman öğretisinde de, sürekli nitelikte bir yapmama edimi içeren rekabet yasağının, TTK m. 405/III'e (TTK Tasarısı m.

Buna karşılık, öğretide, pay sahiplerinin ortaklık ilişkisi dışında ve korporatif nitelikte olmayan borçlar hukuku sözleşmeleri ile rekabet etmeme yükümlülüğü üstlenebilecekleri kabul görmektedir⁶⁰. Bu durum, sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur. Sözü geçen olasılıkta, pay sahibinin rekabet etmeme taahhüdü tamamen kişisel nitelikte olup, ortaklık sıfatından kaynaklanmamaktadır⁶¹. Borçlar hukuku sözleşmeleri ile, pay sahibinin ek yükümler üstlenmesi durumunda, TTK m. 405/III (TTK Tasarısı m. 480/IV) anlamında bir tali yüküm söz konusu değildir. Esas sözleşmeden doğan tali yükümlerin ortaksal yüküm niteliği taşımalarına karşın, borçlar hukuku sözleşmeleri ile üstlenilen ek yükümler ortaklık ilişkisinin tamamen dışındadırlar. Bu bakımdan, borçlar hukuku sözleşmeleri ile yüklenilen edimlerin, TTK m. 405/III'deki (TTK Tasarısı m. 480/IV) şartları taşımaları da gerekmez⁶². Dolayısıyla, rekabet etmeme taahhüdünün TTK m. 405/III'e (TTK Tasarısı m. 480/IV) uygun olmaması, bir borçlar hukuku sözleşmesi ile üstlenilmesine engel değildir.

Pay sahiplerinin üstlendikleri ek yükümlerin ortaksal veya kişisel nitelikte oldukları konusundaki tereddütün yorum yoluyla giderilmesi gereklidir. Rekabet etmeme taahhüdünün esas sözleşmede yer alması, bunun mutlaka ortaksal nitelikte bir yüküm olarak mütalaa edilmesini gerektirmez. Nitekim, öğretide, ek yükümler getiren borçlar hukuku sözleşmelerinin, esas sözleşme içinde yer almalarının da mümkün olduğu kabul edilmektedir⁶³. Dolayısıyla, esas sözleşmede yer alan ve pay sahiplerine rekabet yasağı öngören taahhütlerin de, yorum yoluyla kişisel nitelikte edimler olarak geçerli kabul edilmeleri mümkündür. Özellikle, ortaksal nitelikte bir tali yüküm olarak geçerliliği kabul edilemeyen ek yükümlerin, tereddüt halinde kişisel nitelikli bir yüküm

480/IV) paralel bir düzenleme olan § 55 AktG anlamında bir tali yüküme (Nebenverpflichtung) konu olamayacağı belirtilmektedir. Bkz. **Barz** in Grosskomm. AktG, 1.Band, 2.Halbband, Berlin·New York 1973, § 55 Anm. 8.

⁶⁰ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1021. Alman öğretisinde aynı yönde bkz. **BARZ** in Grosskomm. AktG § 54, Anm. 10. Sözleşme ile üstlenilen rekabet etmeme yükümlülüğünün, sözleşme özgürlüğünün genel hükümler çerçevesinde tabi olduğu sınırlar dahilinde geçerli olduğu yönünde bkz. **Aydoğan**, s. 92.

⁶¹ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1022; **Barz** in Grosskomm. AktG § 54 Anm. 10.

⁶² Alman hukukunda § 55 AktG açısından aynı yönde bkz. **Barz** in Grosskomm. AktG § 54 Anm. 10.

⁶³ Özellikle bkz. **Bahtiyar**, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 224 vd.; **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1022a. İsviçre öğretisinde aynı yönde bkz. **Bürgi**, Art. 680, N. 24.

olarak geçerli kabul edilmelerinin uygun olacağı belirtilmektedir⁶⁴. Hatta, Alman öğretisinde, yorum ile ortaklık nitelik taşıdıkları sonucuna varılan ek yükümlerin dahi, § 140 BGB’de yer alan “hukuki işlemlerin tahvili” müessesesi ile kişisel nitelikli bir taahhüde dönüştürülerek ayakta tutulmaları önerilmektedir⁶⁵.

Pay sahiplerinin tamamı ya da büyük bir kısmı için ek yükümler öngören sözleşmeler genellikle “adi ortaklık sözleşmesi” niteliğini taşırlar⁶⁶. Öğreti, anonim ortaklık tüzel kişiliği çatısı altındaki hukuki ilişki yanında, pay sahipleri arasında ayrıca bir adi ortaklık ilişkisi kurulmasından hareketle, böyle durumları “çift ortaklık” (*Doppelgesellschaft*) adıyla anmaktadır⁶⁷. Uygulamada ise bu tip sözleşmeler, “pay sahipleri sözleşmesi” (*Aktionärbindungsvertrag, convention d’actionnaires, shareholders agreement*) olarak bilinmektedir⁶⁸. Anılan sözleşmelerde genellikle, rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler yanında; oy sözleşmeleri (*Stimmrechtsvereinbarungen, conventions de vote, voting agreements, pooling agreements*), payların alım veya satımı konusunda pay sahiplerine çeşitli öncelikler tanıyan anlaşmalar (*Vorkaufsrechtsvereinbarungen, call options, the right of first refusal, the right of dissent and appraisal*) ve pay sahiplerinin ortaklığa karşı taahhüt ettiği kişisel ödünlere (*Gesellschafterdarlehen, shareholders’ loans*) ilişkin hükümlere de yer verilmektedir⁶⁹.

Türk hukukunda, pay sahipleri sözleşmelerini düzenleyen herhangi bir kanun hükmü bulunmamakla birlikte, uygulamada mevcut bu sözleşmelerin geçerliliği öğretiden kabul edilmektedir⁷⁰. Mevaz niteliğindeki İsviçre hukukunda da durum aynıdır. İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda 1991

⁶⁴ **Barz** in Grosskomm. AktG § 54 Anm. 8.

⁶⁵ **Barz** in Grosskomm. AktG § 54 Anm. 10 ve orada anılan yazarlar.

⁶⁶ İsviçre hukukunda bkz. **Chappuis**, s. 320.

⁶⁷ **Guhl/Koller/Druey**, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1991, s. 670; **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1021.

⁶⁸ Pay sahipleri sözleşmesi, “anonim ortaklık pay sahiplerinin tamamının veya bir kısmının, pay sahibi olarak kendi aralarındaki hukuki ilişkiyi, kendilerinin ortaklıkla olan ilişkilerini veya ortaklığın tabi olmasını arzu ettikleri düzeni belirlemek üzere akdettikleri bir sözleşmedir.” Tanım için bkz. **Okutan Nilsson**, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s. 4.

⁶⁹ Pay sahipleri sözleşmelerinde sıkça yer verilen hükümlerin geniş kapsamlı bir kataloğu ve bunların her biri hakkında ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 127 vd. Ana sözleşmeler ön alım haklarına ilişkin olarak bkz. **Bahtiyar**, s. 227 vd.

⁷⁰ Türk öğretisinde bkz. **Okutan Nilsson**, s. 113 vd.

yılında yapılan revizyon öncesinde hazırlanan 1985 tarihli tasarıda bu konuda özel bir hükme yer verilmiş olsa da, bu hüküm sonradan tasarıdan çıkarılmıştır. Diğer taraftan, pay sahipleri sözleşmelerinin meşruluğu, İsviçre öğretisi ile mahkeme kararlarında, görüş birliğiyle kabul edilmektedir. Bu kabulün dayanağı olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi gösterilmektedir⁷¹. Pay sahipleri sözleşmelerinde, rekabet yasağı öngören hükümlere yer verilmesinin mümkün olduğu öğreti tarafından kabul edildiği gibi, bunların pay sahipleri sözleşmesinin asli unsurlarından bir tanesi olduğu dahi belirtilmektedir⁷². Ayrıca, pay sahipleri sözleşmesinde pay sahiplerinin genel anlamda sadakat yükümüne tabi tutulmaları da mümkün olup⁷³, bu durumda da, sadakat yükümünün doğal sonucu olarak ve bu yükümün gerektirdiği ölçü ve kapsamda, pay sahipleri açısından rekabet yasağı söz konusu olabilecektir.

Pay sahipleri sözleşmeleri ile üstlenilen karşılıklı hak ve borçlar pay sahipleri arasında geçerlidir. Diğer taraftan, ortaklığın pay sahipleri sözleşmesine taraf olup olamayacağı tartışmalıdır. İsviçre öğretisinde hakim görüş uyarınca, anonim ortaklığın pay sahipleri sözleşmesine taraf olması mümkün bulunmamaktadır⁷⁴. Buna karşılık, Türk, Alman ve İsviçre öğretilerinde, ortaklığın pay sahipleri sözleşmesine taraf olabileceğini savunan yazarlar da mevcuttur⁷⁵. Bu konudaki tartışma dahilinde, ortaklığın pay sahipleri sözleşmesine taraf olamayacağı yönündeki görüşe itibar edildiği takdirde, sadece pay sahipleri arasında bağlayıcı olan akdi rekabet yasaklarından kaynaklanan talep ve dava haklarının, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi uyarınca anonim ortaklık tarafından ileri sürülmesi de kural olarak mümkün olmayacaktır. Diğer taraftan, pay sahipleri sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı hükmünde yasağın ihlaline bağlanan cezai şart ya da tazminatın ortaklığa ödenmesi kararlaştırılmış ise, bu akdi düzenlemenin BK m. 111/II (BK Tasarısı m. 128/II) anlamında “tam başkası lehine şart” kabul edilmesi mümkündür. Bu şekilde, anonim ortaklığın kararlaştırılan cezai şart ya da tazminatın ödenmesine yönelik dava hakkı da mevcut olabilecektir⁷⁶.

⁷¹ **Chappuis**, F., La Clause de Prohibition de Concurrence dans une Convention d'Actionnaires, SJ (2003) N° 11, s. 317 vd., s. 319

⁷² **Chappuis**, s. 323.

⁷³ **Okutan Nilsson**, s. 260.

⁷⁴ **Chappuis**, s. 319 ve orada anılan diğer yazarlar.

⁷⁵ **Okutan Nilsson**, s. 312 ve orada dnp. 109'da anılan yazarlar.

⁷⁶ İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki içtihadı için bkz. ATF 4C.5/2003, ch. 2.1.1., 4. Bu konuda bkz. **Chappuis**, s. 319, dnp. 7.

Diğer taraftan, tek borç ilkesini ortaya koyan TTK m. 405/I hükmü yerine TTK Tasarısı ile getirilen 480. maddesinin 1. fıkrasında, “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle paysahibine, pay bedelini veya payın itibarı değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez.*” ifadesine yer verilmek suretiyle, “... *pay bedelinden fazla bir şey ödemeye esas mukavele ile dahi mecbur tutulamaz*” ifadesini içeren TTK m. 405/I hükmünden farklı olarak, tek borç ilkesinin sermaye borcu dışında kalan her türlü yükümlülüğü de geniş anlamda kapsadığı vurgulanmıştır⁷⁷. Böylelikle, TTK Tasarısı m. 480/I hükmü çerçevesinde, rekabet etmeme yükümlülüğü öngören esas sözleşme hükümlerinin de, tek borç ilkesine aykırılık teşkil edeceği şeklinde bir görüşün desteklenmesi mümkün hale gelmektedir. Ayrıca, TTK Tasarısı’nın 480. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin gerekçede, söz konusu hükmün emredici nitelikte olduğu ve bu hükme aykırı düşen yükümlülüklerin esas sözleşmeyle düzenlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir⁷⁸. Bu konuda genel bir

⁷⁷ TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri, s. 176.

⁷⁸ TTK Tasarısının “tek borç” ilkesine ilişkin 480.maddesinin 1.fıkrasına ilişkin madde gerekçesinde bu durum şu ifadelerle açıklanmıştır :

“6762 sayılı Kanunun m. 405 (1)’in -bazı değişikliklerle - yerini alan ve tek borç ilkesine açıkça yer veren bu hüküm, anonim şirketlerde, Tasarı ile ona dayalı esas sözleşme düzenini egemen kılmayı, borçlar hukuku sözleşmeleriyle oluşturulabilecek yan düzenin esas sözleşme düzenini ortadan kaldırmasına sınırsız bir şekilde izin vermemeyi amaçlamaktadır. “Paysahipleri sözleşmesi” veya “ortaklar sözleşmesi” diye Türkçeye çevrilen, ancak dünyada “shareholders agreement” terimi ile adlandırılan, bazen de “joint-venture sözleşmesi” başlığını taşıyan, son yılların dünya çapında en “popüler” atipik sözleşmesi olan bu sözleşme, yabancı öğretide kullanılan terim ile esas sözleşme düzeni yanında, çoğu kez ona ve kanuna hükmeden veya ikisini de birden bertaraf eden bir “yan düzen” yaratmıştır. Ulusal hukukun uygun görmediği ve bu sebeple emredici hükümlerle koruma altına aldığı hemen hemen her menfaat veya hak (çoğu kez) yan düzenle ya zedelenmekte ya da sınırlandırılmaktadır. Bu yan düzen güçlüye, hukukunu getirmek, hakimiyet kurmak, istediği an istediği fiyatla karşı tarafın paylarını almak veya paylarını satmak hakkını sağlamaktadır. Veto hakları da bu düzenin önemli silahıdır. Kara Avrupası hukukları olabildiği oranda bu yan düzeni sınırlamaya çaba harcamaktadır.

Tek borç ilkesi, hükümde “esas sözleşmeyle paysahibine, pay bedelini veya payın itibarı değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez” şeklinde ifade olunmuştur. Bu hüküm, yan düzenin esas sözleşmeyle düzenlenmesine engel olduğu kadar emredici niteliği sebebiyle yan düzenin bazı hükümlerini sorgulanabilir konuma getirmektedir. Hüküm başka kanunlara engel olucu bir aracı içermemekte, bu görevi sınırlı bir şekilde 340 ıncı maddenin son cümlesi üstlenmiş bulunmaktadır.

İlke yönünden 6762 sayılı Kanunun 405 inci maddesinin birinci fıkrasının ifadesinde değişiklik yapılmıştır. Mevcut metin “fazla bir şey ödemeye esas mukavele ile dahi mecbur tutulamaz” diyerek ödeme sözcüğünü vurgulamıştı. Bu da, Türk öğretisinde, hükmün

düzenleme olarak, TTK Tasarısının “*Emredici Hükümler*” başlıklı 340.maddesinde, “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir.*” hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede, TTK Tasarısı m. 480/I hükmünde yer alan tek borç ilkesinin emredici niteliği ve bu ilkeye pay sahipleri için kararlaştırılan akdi rekabet yasağına ilişkin olarak getirilmiş herhangi bir istisnanın da TTK Tasarısı’da yer almadığı dikkate alınmak suretiyle, pay sahiplerine rekabet yasağı getiren esas sözleşme hükümlerinin TTK Tasarısı m. 480/I’de emredici olarak düzenlenen tek borç ilkesine aykırılıktan dolayı TTK Tasarısı m. 340 gereğince geçersiz oldukları yönünde bir yargının ortaya konulması mümkün olabilecektir. Buna karşılık, yukarıda açıklandığı üzere, Alman öğretisinde ortaksal nitelikteki ek yükümler konusunda savunulan görüşe uygun olarak, esas sözleşme ile üstlenilmesi mümkün olmayan rekabet etmeme taahhüdünün, hukuki işlemlerin tahvili müessesesinin şartları mevcut olduğu takdirde, pay sahipleri sözleşmesi ile kişisel nitelikte bir yükümlülük olarak üstlenilmesinin geçerli kabul edilmesi kanımızca isabetli bir yaklaşım olacaktır. Nitekim, esas sözleşme ile kanun hükümlerinden ayrılmanın ancak kanunun izin verdiği hallerde mümkün olduğunu belirten TTK Tasarısı m. 340 hükmünün ikinci cümlesinde, “*Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.*” hükmüne yer verilmiş olup, bu çerçevede pay sahiplerinin rekabet etmeme taahhütlerinin de, pay sahibi sıfatından bağımsız olarak üstlenilmiş kişisel taahhütler olarak ve Borçlar Kanunu’nda yer alan genel hükümler tarafından çizilen sınırlar dahilinde geçerli ve bağlayıcı olarak mütalaa edilmesi mümkündür. Diğer taraftan, pay sahiplerinin rekabet etmeme taahhütlerinin, rekabeti sınırlayıcı niteliklerinden dolayı, her halde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde denetlenmesinin olanaklı olduğunun da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

G. KOOPERATİFLERDE

Türk hukukunda, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 56. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde, kooperatif yönetim kurulu üyesi olabilmek için başka bir kooperatifte yönetim kurulu üyesi olmama şartı da aranmış olduğun-

sermaye ve prim borcu dışındaki diğer para borçlarını kapsamadığı görüşünün ileri sürülmesine sebep olmuştu. Onun için 480 inci maddede "borç yükletilemez" ifadesi bilinerek kullanılmıştır. Hükümdeki borç sözcüğü geniş anlam taşımaktadır.” Bkz. TTK Tasarısı Madde Gereççeleri, s. 176.

dan, bu durumla sınırlı olarak bir rekabet yasağının varlığından söz etmek mümkündür. Bunun dışında, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu, kooperatif ortakları veya yönetim kurulu üyeleri için rekabet yasağı öngören herhangi bir hükme yer vermemektedir. Öte yandan, KoopK m. 98 atfıyla, bu kanunda aksinde açıklama bulunmayan hususlarda TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri uygulanacağından, TTK m. 335'de (TTK Tasarısı m. 396) anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri için getirilmiş olan kural kooperatif yönetim kurulu üyeleri için de geçerli olacaktır⁷⁹.

İsviçre hukukunda, kooperatif ortaklarının veya yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, ortakların kooperatife karşı sadakat borcunu düzenleyen İsv. BK m. 866 hükmünden hareketle, tüm kooperatif ortaklarının rekabet yasağına tabi oldukları kabul edilmektedir⁸⁰.

Alman hukukunda da, Alman Kooperatifler Kanunu'nda (Genossenschaftsgesetz) ortakların veya yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığı halde, ortakların, kooperatife karşı sadakat yükümlerinin bir sonucu olarak, kooperatife zarar verici nitelikte rekabetten kaçınmakla yükümlü oldukları kabul edilmektedir⁸¹.

İsv. BK m. 866 gibi kooperatif ortaklarına sadakat borcu yükleyen bir hükme KoopK'da yer verilmediği için, kooperatif ortaklarının rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin bir hukuki dayanak sistemimizde mevcut değildir. Buna rağmen, KoopK m. 29 uyarınca ana sözleşmede ortaklar için kooperatif borçlarından dolayı kişisel ve sınırsız sorumluluk öngörülen hallerde kooperatif ortaklarının hukuki statüsü kolektif ortaklıklara daha yakın olacağından, bu duruma münhasır olarak TTK m. 335 (TTK Tasarısı m. 396) hükmü yerine TTK m. 172 (TTK Tasarısı m. 230) hükmünün kıyasen uygulanması ile tüm ortakların rekabet yasağına tabi tutulmasının amaca uygun olacağı kanısındayız. KoopK m. 30 uyarınca ortaklar için sınırlı kişisel sorumluluk öngörülen hallerde ise, her ne kadar böyle bir sorumluluk rejimi sermaye ve kişi ortaklıklarına özgü unsurları bir arada barındırıyor ise de, ekonomik özgürlüğü kısıtlayıcı bir doğası bulunan rekabet yasağını sınırlı bir

⁷⁹ Franko, s. 35-36; Aydoğan, s. 149.

⁸⁰ Gutzwiller, M., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.Band : Obligationenrecht, 6.Teil : Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Zürich 1972, Art. 866, N. 11 ve orada anılan diğer yazarlar.

⁸¹ Kessel, W., in : Lang/Weidmüller Genossenschaftsgesetz Kommentar, 31. völlig neubearbeitete Auflage, Berlin 1984.

yorumuna tabi tutarak, sadece yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına tabi olduklarını kabul etmek uygun düşecektir.

Kooperatif ortağının rekabet edici faaliyetlerde bulunması, örneğin başka bir kooperatife girmesi, KoopK m. 16/I çerçevesinde ana sözleşmede çıkarma sebebi olarak gösterilebilir⁸². Dolayısıyla, ana sözleşmede bu yönde hüküm bulunmak kaydıyla, kooperatifle rekabet eden ortağın KoopK m. 16 hükmündeki usule uygun olarak kooperatiften çıkarılması mümkün olabilecektir. Ayrıca, KoopK m. 16 çıkarma sebebinin açıkça gösterilmesini şart kıldığından, ortakların hangi rekabet edici fiillerinin çıkarma sebebi olarak öngörül-
düğü hususunun ana sözleşmede net ve ayrıntılı olarak belirtilmesinde yarar vardır.

III. REKABET YASAKLARININ ZAMAN AÇISINDAN KAPSAMI

A. GENEL OLARAK

Bu çalışmada inceleme konusu olan; adi ortaklık ve ticaret şirketlerinde rekabet yasağına ilişkin yasal düzenlemelerin hiçbirinde, rekabet yasakları belirli bir süre ile sınırlandırılmamıştır. Dolayısıyla, rekabet yasağına tabi olan; adi ortaklık ortağı, kolektif ortak, müdür ya da yönetim kurulu üyesi gibi kimseler bu sıfatlarını korudukları müddetçe rekabet yasağı geçerliliğini korur⁸³.

Bu konuda, herhangi bir ortaklık tipine ilişkin özel bir yasal düzenleme bulunmadığı için, konu her ortaklık tipi için ayrıca ele alınmayacak ve sadece bunların tümü için geçerli olabilecek bazı önemli noktalar üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

B. TASFİYE HALİNE GİREN TİCARET ORTAKLIKLARI veya ADİ ORTAKLIKLARDA REKABET YASAĞI

Tasfiye haline giren ortaklık, tasfiyenin tamamlanmasına kadar, tasfiye gayesiyle sınırlı olarak ehliyetini de muhafaza eder. Sadece ortaklığın ehliyetinde bir daralma olur. Tasfiye haline giren ortaklık, bundan sonra sadece tas-

⁸² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1836.

⁸³ Kolektif ortaklık açısından bkz. İmregün, s. 48; Domaniç, s. 598; Aydoğan, s. 53, 119. Alman hukukunda kolektif ortaklık açısından bkz. Ulmer in Grosskomm. HGB § 112 Anm. 11.

fiye gayesiyle sınırlı olarak hak ve borçlar edinebilir. TTK'da açıkça ifadesini bulan bu kural tüm ticaret ortaklıkları için geçerlidir (bkz. TTK m. 208, 267, 439/II, 440, 476/II, 552, TTK Tasarısı m. 269, 328, 533/II, 535, 565, 643)⁸⁴.

Ortaklığın tasfiye haline girmesi ve ehliyetinin tasfiye gayesi ile sınırlanması, rekabet yasağı üzerinde de etkili olur. Bu aşamada, ortaklık kural olarak eski iştiğal konusuna giren faaliyetlerin icrasına devam edemeyeceği için, aynı faaliyetlerin ortaklar, müdürler veya yönetim kurulu üyeleri tarafından icrası, tasfiye aşamasında bir menfaat çatışması doğurmaz. Dolayısıyla, tasfiye aşamasında kural olarak, ortaklığın iştiğal konusuna giren faaliyetlerin icrası bakımından rekabet yasağının geçerli olmadığı söylenebilir⁸⁵. Öte yandan, tasfiye aşamasında ortaklığın ehliyeti tasfiye gayesine yönelik olarak devam ettiği için, eski iştiğal konusuna giren işler bakımından olmasa bile, tasfiye gayesi ile sınırlı olarak rekabet yasağı da devam eder. Dolayısıyla, tasfiyenin tüm ortakların menfaatine uygun ve sorunsuz biçimde icrasını engelleyen işlemler bakımından rekabet yasağı tasfiye aşamasında dahi varlığını korur⁸⁶. Bu bağlamda, rekabet yasağının tasfiye aşamasında daha sınırlı bir kapsamda devam ettiği söylenebilir⁸⁷.

Kollektif, komandit, anonim ve limited şirketlerin tümü hakkında uygulanan TTK m. 232 (TTK Tasarısı m. 293) hükmü⁸⁸, istisnai olarak, tüm ortak-

⁸⁴ TTK Tasarısı'nın anonim ortaklıklara ilişkin TTK m. 533/II hükmünde, bu hükmün 6762 sayılı TTK'daki karşılığını oluşturan TTK m. 439/II hükmünden farklı olarak, tasfiye haline giren şirketin ehliyetinin tasfiye amacıyla sınırlanmasından söz edilmemiş ve sadece organların yetkilerinin tasfiye amacıyla sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Tasarının bu maddeye ilişkin gerekçesinde, değişikliğin 6762 sayılı Kanunun 439/II.maddesi uyarınca hak ehliyetinin mi fiil ehliyetinin mi sınırlandığına dair öğretideki tartışmaları ortadan kaldırmaya yönelik olduğu ifade edilmiştir. Bkz. TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri, s. 195-196.

⁸⁵ Alman hukukunda kollektif ortaklık açısından bkz. **Ulmer** in Grosskomm. HGB § 112, Anm. 12. Türk hukukunda anonim ortaklık açısından bkz. **Karahan**, Sami, Anonim Ortaklıklarda Tasfiye, Konya 1998, s. 309-311. Alman öğretisinde konuyu kollektif ortaklık açısından ele alan **Stuhlfelner**, ortaklığın dış tasfiyeye yönelik borçların ödenmesi ya da aktiflerin paraya çevrilmesi gibi faaliyetlerini dahi rekabet yasağına konu olabilecek nitelikte görmekte ve bu faaliyetler fiilen icra edildiği müddetçe ortaklar açısından rekabet yasağının devam edeceği sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. **Stuhlfelner**, in Heidelberg Komm. § 112, Anm. 1.

⁸⁶ **Ulmer** in Grosskomm. HGB § 112, Anm. 12; **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 8. Türk hukukunda aynı yönde bkz. **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 271.

⁸⁷ **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 8.

⁸⁸ Her ne kadar 6762 sayılı TTK'nın 439.maddesinin ikinci fıkrasında kollektif ortaklıklar hakkında geçerli olan TTK m. 232 hükmünün anonim ortaklıklar hakkında geçerli olduğu belirtilmiş ise de, TTK m. 439/II hükmünün karşılığını oluşturan TTK Tasarısı m. 533/II

ların oybirliği ile muvafakat ettikleri veya ortaklığın fesih yoluyla sona erdiği hallerde ortakların oybirliği sağlayamaması durumunda mahkemece izin verilmesi şartıyla, tasfiye memurlarının ortaklık konusuna giren işlere devam edebilmelerine cevaz vermektedir. Sözü geçen istisnai halin gerçekleşmesi durumunda, ortaklığın iştiğal konusuna giren faaliyetleri sürdürmesi mümkün olduğundan, rekabet yasağı da, sadece tasfiye işlemleri ile sınırlı değil, tasfiye öncesi gibi ortaklık konusuna giren tüm işlemler bakımından geçerliliğini sürdürecektir⁸⁹.

C. ORTAĞIN ÇIKMASI ya da MÜDÜRLÜK veya YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNDEN AYRILMA DURUMLARINDA REKABET YASAĞI

Kollektif ortaklıklarda, ortağın ortaklıktan çıkması durumunda kanuni rekabet yasağı da sona erer. Rekabet yasağı, ortağın ortaklıktan ayrılması anına dek kural olarak varlığını devam ettirir. Öte yandan, ortağın çıkmadan kısa bir zaman önce, ileride bulunacağı ticari faaliyetlere ilişkin hazırlık çalışmaları yapması rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz⁹⁰. Sözü geçen işlemler; dükkan kiralınması, personel işe alınması veya bir deponun tutulması gibi faaliyetlerdir⁹¹. Buna karşılık, ileride icrası düşünülen ticari faaliyete ilişkin bağlantılar kurulması, çıkmadan kısa bir süre önce gerçekleşmiş olsa bile rekabet yasağına aykırılık oluşturur⁹². Bu duruma örnek olarak, ortağın çıkmadan önce ortaklığın mevcut veya potansiyel müşterileri ile iş yapmak amacıyla kurduğu bağlantılar gösterilebilir⁹³.

hükmünde, kollektif ortaklık hükümlerine atıf yapılmamış ve tasfiye haline girilmesiyle birlikte değişikliğe uğrayan ve sınırlananın şirketin ehliyeti değil, organların yetkileri olduğu açıkça ifade edilmiştir.

⁸⁹ **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 271; **Aydoğan**, s. 44. Alman hukukunda § 149 HGB açısından aynı yönde bkz. **Ulmer** in Grosskomm. HGB § 112 Anm. 12.

⁹⁰ Alman hukukunda bkz. **Stuhlfelner** in Heidelberger Komm. § 112, Anm. 1. İsviçre hukukunda limited ortaklıklar hakkında bkz. **Janggen/Becker**, Art. 818, N. 1. Türk hukuku açısından, **Teoman** ve **Aydoğan**, iştiğal sahası aynı olan yeni bir ortaklık kurma girişiminde bulunulmasının rekabet yasağının ihlali anlamına gelmeyeceğini belirtmek suretiyle aynı görüşü sergilemektedirler. Bkz. **Teoman**, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. I, Kitap 7, 1995-1996, İstanbul 1997, s. 49; **Aydoğan**, s. 97.

⁹¹ **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 7; **Ulmer** in Grosskomm. HGB § 112 Anm. 11.

⁹² **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 7.

⁹³ Rekabet yasağına tabi olan ortaklık yöneticinin mevcut personel ya da müşterileri yeni kurduğu ortaklığa çekmesi v.w mevcut ortaklığın imkanlarını yeni ortaklık için kullanmasının ihlal niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Aydoğan**, s. 97.

Alman öğretisinde *Stuhlfelner*, çıkan ortak açısından rekabet yasağının dürüstlük kuralı (§ 242 BGB) gereğince devam etmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir⁹⁴. Kanımızca, ortak sıfatının sona ermesinden sonraki döneme yönelik rekabet yasağının ancak akdi düzenleme ile söz konusu olabileceğini kabul etmek ve bunun dışında dürüstlük kuralından böyle bir sonuç çıkarmak daha uygun olacaktır. Ortağın ekonomik özgürlüğünün gereğinden fazla sınırlanması sonucunu doğurabilecek rekabet yasağının kapsamını dürüstlük kuralı gibi genel ilkelerden hareketle genişletmenin amacını aşacağını düşünüyoruz.

Yukarıdaki açıklamalar, anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri ile limited ortaklık müdürlerinin görevlerinin sona ermesi bakımından da geçerlidir.

D. AKDİ REKABET YASAĞI

Belirli hukuki sıfatların (ortak, yönetim kurulu üyesi, ticari mümessil vb.) sona ermesi ile kural olarak sona eden rekabet yasağının, bu sıfatların kaybindan sonra da devamına yönelik olarak sözleşme yapılması mümkündür. Rekabet yasağının, varlığı ile bağlantı içinde bulunan sıfatların kaybindan sonra devamı için mutlaka açık bir anlaşma gereklidir⁹⁵. Bu anlaşma, ortaklık esas sözleşmesinde yer alabileceği gibi ayrılma sırasında ondan ayrı olarak da yapılabilir⁹⁶. Türk hukukunda; ticaret ortaklıkları, adi ortaklık veya ticari mümessil gibi tacir yardımcılara ilişkin düzenlemelerde, sözleşme sonrasına yönelik akdi rekabet yasaklarına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Her şeyden önce, böyle sözleşmelerin BK m. 19-20 (BK Tasarısı m. 27) tarafından çizilen sınırlar içerisinde geçerli olabilecekleri söylenebilir⁹⁷. Ayrıca, BK m. 348-352'de (BK Tasarısı m. 443-446) yer alan ve işçinin rekabet yasağı sözleşmesini düzenleyen hükümlerin, bu tür sözleşmelere de

⁹⁴ *Stuhlfelner*, § 112, Anm. 1.

⁹⁵ *İmregün*, s. 48; *Domanıç*, s. 598; *Çamoğlu* (Poroy/Tekinalp), N. 271. Alman hukukunda bkz. *Schlegelberger/Martens*, § 112, Anm. 7; *Ulmer* in Grosskomm. HGB § 112 Anm. 7.

⁹⁶ *Schlegelberger/Martens*, § 112, Anm. 7; *Çamoğlu* (Poroy/Tekinalp), N. 271; *Aydoğan*, s. 35.

⁹⁷ Alman hukukunda BGB § 138 açısından aynı yönde bkz. *Ulmer* in Grosskomm. HGB § 112 Anm. 13; bkz. *Schlegelberger/Martens*, § 112, Anm. 7. Türk öğretisinde, böyle sözleşmelerin sınırının kişilik hakları olacağı belirtilmek suretiyle aynı esas ifade edilmektedir. Bkz. *Arslanlı*, *Kollektif ve Komandit Ortaklıklar*, İstanbul 1960, s. 242; *İmregün*, s. 48; *Aydoğan*, s. 36.

kiyasen uygulanması ve buna bağlı olarak, ortak veya yönetim kurulu üyesi sıfatlarının kaybına rağmen rekabet yasağının devamını öngören sözleşmelerin mutlaka yazılı olarak yapılması gerektiği gibi (BK m. 350'ye - BK Tasarısı m. 443/I'e kıyasen), yasağın da mutlaka zaman, yer ve işin türü bakımından sınırlanması⁹⁸ ve ayrıca BK m. 348-352'de (BK Tasarısı m. 443-446) belirtilen diğer esasların da dikkate alınması gerektiği görüşünün savunulması mümkündür⁹⁹. Nitekim, Yüksek Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin bir kararında da, limited şirketten ayrılan bir ortağın kaydı hayat şartıyla çalışmasını engelleyen sözleşme hükmünün geçersiz olduğu belirtilmek suretiyle, bu görüşe yakın bir tutum sergilenmiştir¹⁰⁰.

IV. REKABET YASAĞI KAPSAMINDAKİ FAALİYETLER

A. ORTAKLIK KONUSU

Ticaret şirketlerinde rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin tamamında, söz konusu yasak, sadece ortaklık konusuna giren işler için öngörülmesi bulunmaktadır. TTK m. 172'de (TTK Tasarısı m. 230) yer verilen "*şirketin yaptığı ticari işler nev'inden*" - TTK Tasarısı'nda "*şirketin yaptığı ticari işler türünden*" - , TTK m. 335'deki (TTK Tasarısı m. 396) "*şirketin konusuna giren ticari muamele*¹⁰¹ *nev'inden*" - TTK Tasarısı'nda şirketin "*işletme*

⁹⁸ Alman hukukunda aynı sonuca Türk hukukundaki BK m. 19-20 hükümlerine tekabül eden § 138 BGB'den hareketle ulaşılmaktadır. Bkz. **Ulmer** in Grosskomm. HGB § 112 Anm. 13; bkz. **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 7. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri ile limited şirket müdürlerinin görevlerinin sona ermesinden sonraki dönemde rekabet etmemelerine yönelik akdi rekabet yasaklarının, sadece şirketin faaliyet alanı kapsamında olan yerler için geçerli olduğu, bu çerçevede dünya çapında faaliyetleri ve rekabet ilişkileri olan bir şirkette dünya çapında bir rekabet yasağının kararlaştırılabileceği, ancak bu durumda bile ilgili şirketin faaliyetlerinin bulunmadığı ülkelerin yasağın kapsamında dışında bırakılmasının uygun olacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Thüsing**, Gregor, Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern, NZG, Heft 1/2004, s. 9 vd., s. 10-11.

⁹⁹ Aynı yönde bkz. **Aydoğan**, s. 36.

¹⁰⁰ Yüksek Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2000/1263 - K. 2000/1729 sayılı ve 2.3.2000 tarihli kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr).

¹⁰¹ Buradaki "ticari muamele" ifadesi, TTK m. 3 anlamındaki "ticari iş" anlamında olmayıp, genel olarak ticari amaçla yapılan her türlü işlemi kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Bkz. **Tekil**, F., Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998, s. 219; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 570; **Franko**, s. 31.

konusuna giren ticarî iş türünden” - ve TTK m. 547’deki¹⁰² “*şirketin uğraştığı ticaret dalında*” ifadelerinin tümünün aynı anlamda kullanıldıkları ve genel olarak ortaklık konusuna giren faaliyetleri içerdikleri kanısına varmak mümkündür¹⁰³. Bu hükümlerin kaynağını oluşturan § 88 AktG ile eski İsv. BK m. 818 hükümlerinin her ikisinde de, Türkçe “*ortaklığın iş dalı*” anlamına gelen “*im Geschäftszweig der Gesellschaft*” ifadesine yer verilmiş olması da bu durumu doğrulamakta ve hükümlerdeki ifade farklılıklarının sadece tercümede farklı deyimlere yer verilmiş olmasından kaynaklandığını ortaya koymaktadır.

Adi ortaklıkta rekabet yasağına ilişkin BK m. 526 (BK Tasarısı m. 626) hükmünde ise, “*...ortaklığın gayesine muhalif...*” işlerden söz edilmektedir. Bu hükmün kaynağı olan İsv. BK m. 536 hükmünde yer alan “*... ortaklık amacını engelleyecek veya ona zarar verecek şekilde ...*” ifadesi bu konuda daha açık ve yorum bakımından yol göstericidir. Nitekim, adi ortaklıkta rekabet yasağına ilişkin BK Tasarısı’nın 626.maddesinde, İsv. BK m. 536 hükmüne uygun olarak “*ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici*” ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, adi ortaklıktaki düzenleme, ilgili faaliyetin ortaklık konusu içinde olması şartından bahsetmeksizin, ortaklık amacına zararlı olmasını yeterli görmüştür. Dolayısıyla, burada ticaret ortaklıklarından farklı olarak rekabet yasağının kapsamına giren faaliyetlerin kapsamının daha geniş tutulduğu söylenebilir¹⁰⁴. Şöyle ki, adi ortaklık ortağının

¹⁰² TTK Tasarısı’nın limited şirkette rekabet yasağını düzenleyen 626.maddesinin ikinci fıkrasında, “*... müdürler şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamazlar ...*” ifadesi ile yetinilmiştir. Tasarının bu maddeye ilişkin gerekçesinde, söz konusu hükmün 6762 sayılı Kanundan farklı olarak, rekabet yasağına aykırılığı kazuistik yöntemle belirlemediği ve eski metinde öngörülen hâlleri ve gereğinde bu haller dışında kalan diğer rekabet faaliyetlerini (meselâ, dolaylı ve gereğinde etkisi duyulan komşu alan rekabeti) de kapsadığı ifade edilmiştir. Bkz. TTK Tasarı Madde Gerekçeleri, s. 227.

¹⁰³ Öğretide *Franko*, limited ortaklıklara ilişkin TTK m. 547 hükmündeki ifadenin TTK m. 172 ve 335 hükümlerine nazaran daha genel ve soyut bir içerik taşıdığı ve dolayısıyla limited ortaklıklardaki rekabet yasağının daha geniş kapsamlı olduğu görüşünü benimsemektedir. Bkz. *Franko*, s. 35. *Kalpsüz* ise, içerik açısından herhangi bir farklılık vurgulamamakla birlikte, TTK m. 335 ve 547 hükümlerindeki ifade farklılıklarını ortaya koymaktadır. Bkz. *Kalpsüz*, s. 352.

¹⁰⁴ İsviçre öğretisinde, ortağın rekabet yasağından kaynaklanan yapmama borcunun kapsamını belirlemede, hal ve şartların gerektirdiği hakkaniyete uygun bir menfaatler dengesinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, ortaklık amacı ne kadar geniş kapsamlı ise, ortaklık faaliyeti ortağa ne ölçüde kazançlar getiriyorsa, ortağın ortaklıktaki konumu itibarıyla ortaklığa zarar verme olanakları ne miktarda fazla ise, kendisinin reka-

yaptığı iş, ortaklık konusu dışında olsa bile, eğer ortaklık amacına zarar veriyorsa BK m. 526 kapsamında değerlendirilebilecektir¹⁰⁵. Öte yandan, ticaret ortaklarının tümünde, başka bazı ortaklıklara belirli sıfatlarla dahil olunması ya da ortaklığın iştiğal konusu dahilinde kendi hesabına işlemler yapılması gibi haller, ortaklık amacına zarar verme gibi başkaca bir durumun somut olayda ispatına gerek olmaksızın ve salt varlıkları itibariyle rekabet yasağı kapsamında mütalaa edilmişlerdir¹⁰⁶. Böyle fiiller, BK m. 526 hükmü karşısında, adi ortaklık ortakları açısından kendiliğinden ve doğrudan doğruya değil, ancak bu durumların ortaklık amacına zarar verebilecek nitelikte olması şartı altında rekabet yasağına dahil olacaklar ve ortaklık amacına zarar verme niteliğinin bulunmadığı hallerde yasak dışında kalabileceklerdir. Bu yön dikkate alınarak, öğretide, adi ortaklıktaki rekabet yasağının, ticaret ortaklıklarına göre daha geniş kapsamlı olmakla birlikte, daha yumuşak olduğu hususuna işaret edilmiştir¹⁰⁷.

Rekabet yasağı anlamında, “*ortaklık konusuna dahil işler*” in, ortaklık esas sözleşmesinde yer alan amaç ve konu maddesinde belirtilen sınırlar içerisinde mi, yoksa ortaklığın *fiilen* icra ettiği işlere göre mi tayin edileceği konusu öğretide tartışmalıdır. Türk öğretisinde hakim olan görüş, rekabet yasağının kapsamını fiilen icra edilen ticari işlere göre tayin etme eğilimindedir¹⁰⁸. Alman öğretisinde ise, kolektif ortaklıktaki kanuni rekabet yasağının

bet özgürlüğüne getirilecek olan kısıtlamalar aynı ölçüde fazla olacaktır. Ayrıca; ortaklığa girişin ne ölçüde serbest olduğu, ortaklığın uğradığı zararın büyüklüğü, diğer ortakların zarar verici fiile gösterdikleri tepkilerin ölçüsü, ortağın zarar verici fiilin gerçekleşmesindeki katkısının oranı ve ortağın zarar verici fiilden sağlayabileceği menfaatler gibi etkenlerin de BK m. 536 uyarınca yapılması gereken değerlendirmede dikkate alınması gerekmektedir. Bkz. **Siegrwart**, Art. 536, N. 3.

¹⁰⁵ **Kalpsüz**, s. 358; **Aydoğan**, s. 27.

¹⁰⁶ **Siegrwart**, Art. 536, N. 3.

¹⁰⁷ Türk hukukunda bkz. **Kalpsüz**, s. 358. İsviçre hukukunda bkz. **Patry**, R., Précis de Droit Suisse des Sociétés, Volume I : Les notions fondamentales - Les sociétés sans personnalité juridique, Berne 1976, s. 295.

¹⁰⁸ **İmregün**, s. 44; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 268, N. 573; **Domaniç**, s. 598; **Franko**, s. 30-31. **Kalpsüz**, TTK m. 335 açısından, sözü geçen hükmün lafzının, rekabet yasağının esas sözleşmede sözü geçen tüm işleri kapsadığı yolunda anlaşılmaya müsait olduğunu vurgulamakta, ancak bu duruma rağmen yasağı ortaklığın fiilen uğraştığı işler ile sınırlamanın ticari gerçeklik ile uyum sağlamak açısından daha uygun olacağı sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. **Kalpsüz**, s. 373. **Aydoğan** da, kolektif ortaklığa ilişkin TTK m. 172 hükmünde yasağın “*şirketin yaptığı ticari işler nev'inden bir iş ...*” ile sınırlandırılmış olması, sözleşmede yazılı olmasa da fiilen uğraşılmayan konularda ortaklık menfaatlerinin zarara

kapsamının ortaklık esas sözleşmesine göre belirlenmesi gerektiği görüşü hakimdir¹⁰⁹. Bu görüşte olan *Martens*, ortaklığın esas sözleşmede belirtilen her türlü faaliyet konusu ile uğraşmak zorunda olmamasına rağmen, ticari politikasında değişiklik yaparak gelecekte esas sözleşmede belirtilen diğer alanlara da yönelme olasılığının hukuki açıdan her zaman mevcut olduğunu vurgulamaktadır¹¹⁰. *Ulmer* ise, rekabet yasağının hukuki açıdan çıkış noktası olan sadakat yükümünün içeriğinin esas sözleşmeye göre belirlenmesi gerektiğini ve buna göre ortaklardan kendi menfaatlerini ortak hedeflere tercih etmemelerinin beklenebileceğini ifade etmektedir¹¹¹. Diğer taraftan, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin § 88 AktG hükmü uyarınca tabi oldukları kanuni rekabet yasağına ilişkin olarak, Türk öğretisinde olduğu gibi Alman öğretisinde de, yasak kapsamındaki faaliyetlerin fiili iştiğal sahasına göre belirlenmesi gerektiği görüşü hakimdir¹¹². Türk öğretisinde ortaklığın fiili ticari iştiğal sahasını esas alan bir görüşün öne çıkması, ülkemizdeki ortaklık esas sözleşmelerinde genellikle amaç ve konu maddelerinin birçok ticari faaliyeti içerecek biçimde, son derece geniş kapsamlı olarak düzenlenmelerinin bir sonucu olarak görülebilir. Gerçekten de, esas sözleşmede yer alan ortaklığın konu maddesinde, hemen her türlü ticari faaliyet kategorisinin adı geçiyor diye, tüm bu faaliyetlerin rekabet yasağı kapsamında olduğunu kabul etmek amacını aşan bir tutumdur. Öte yandan, esas sözleşmedeki konu maddesinde yer alan işlerden, ortaklığın fiilen iştiğal ettiği işler ile ticari ya da teknik açıdan yakın bir ilişki içinde bulunan ve ortaklığın mevcut ticari ve teknik kapasitesi ile büyük bir masrafa girmeksizin icrasına başlaması mümkün olan faaliyetlerin rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu görüşündeyiz. Diğer taraftan, ortaklığın fiilen iştiğal ettiği işler ile teknik ve ticari açıdan hiçbir bağlantısı bulunmayan faaliyetler, bunların sırf esas sözleşmede yer aldıkları gerekçesiyle, rekabet yasağı kapsamında mütalaa edilemezler. Ticari bağlantının tespiti konusunda, esas sözleşmenin amaç ve konu

uğramayacağı ve ana sözleşmelerde iştiğal konusunun çok geniş tutulması nedeniyle sözleşmede yazılı konular ile fiilen iştiğal edilen konular arasında çok az benzerlik olması gerekçeleri ile aynı görüştedir. Bkz. **Aydoğan**, s. 42-43.

¹⁰⁹ **Ulmer** in Grosskomm. HGB § 112 Anm. 15; **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 14; **Stuhlfelner**, in Heidelberger Komm. § 112, Anm. 2.

¹¹⁰ Aynı yönde bkz. **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 14.

¹¹¹ **Ulmer** in Grosskomm. HGB § 112 Anm. 15.

¹¹² Meyer-Landrut in Grosskomm. AktG § 88, Anm. 3; **Hüffer**, AktG, § 88, Anm. 3; **Armbrüster**, s. 1270.

maddesinin taraf iradelerine uygun biçimde yorumlanması (BK m. 18 – BK Tasarısı m. 19) suretiyle ortaklığın somut işletme konusunun tespiti yoluna gidilebilir¹¹³. Bu yorum; ortaklığın gelecek için yaptığı planlar, henüz daha icra aşamasına getirilmemiş olan iş bağlantıları kurulması yolundaki çalışmalar ya da ortak veya yöneticilerin sahip oldukları mesleki unvanlar gibi çok çeşitli faktörler göz önünde tutularak yapılmalıdır.

Alman öğretisinde, rekabet yasağı kapsamına giren faaliyetlerin belirlenmesinde esas alınan ticari faaliyet alanının geniş yorumlanması ve işletmenin gelecekteki gelişme ve büyüme olasılığı yanında¹¹⁴, yan ticari dalların da¹¹⁵ bu kapsamda ele alınması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Nitekim, limited şirket müdürlerinin rekabet yasağına ilişkin TTK Tasarısının 626.maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin madde gerekçesinde, bu hükümde genel olarak müdürlerin şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamayacaklarının belirtilmiş olması karşısında, dolaylı ve gereğinde etkisi duyulan komşu alan rekabetinin de madde kapsamında olacağı belirtilmiştir.

Buna karşılık, ticari faaliyet dalı ne olursa olsun her türlü ticari işletme tarafından icra edilen işlemler, rekabet yasağı kapsamına girmez. Örnek olarak, bir tesisin satın alınması bu nitelikte bir işlemdir. Ancak böyle işlemler ile, ortak, ortaklığın önüne gelmiş olan bir ticari fırsatı kendisi değerlendirmiş durumda ise, yani bir bakıma ortaklığın ticari fırsatlarını kendine mal etmiş ise, rekabet yasağına aykırılık söz konusu olabilecektir. Örneğin, ortağın bir tesisi tekrar ortaklığa kiralamak amacıyla devralması halinde böyle bir durum söz konusudur¹¹⁶.

Ortaklığın esas sözleşmesinde belirtilen ticari faaliyet alanını sonradan alınacak bir kararla genişletmesi ya da daraltması mümkündür. Böyle bir karar, esas sözleşme değişikliği gerektirdiği için, kolektif ortaklıklarda TTK m. 168 (TTK Tasarısı m. 226/II) uyarınca oybirliği ile alınması gerekir. Anonim ortaklıklarda TTK m. 388/II ve IV (TTK Tasarısı m. 421/I¹¹⁷), limited

¹¹³ Alman hukukunda aynı yönde bkz. **Ulmer** in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 15.

¹¹⁴ **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 14; **Ulmer** in Grosskomm. HGB § 112 Anm. 17.

¹¹⁵ **Ulmer** in Grosskomm. HGB § 112 Anm. 17.

¹¹⁶ **Ulmer** in Grosskomm. HGB § 112 Anm. 17. Müşterek hukuk (Common Law) kökenli “ortaklık fırsatı” öğretisi aşağıda (bkz. II, C, 4) ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹¹⁷ TTK Tasarısı'nın 421.maddesinde, şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesine dair kararlar için şirket sermayenin en az % 75'ini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oyları aranmış olup, Tasarının bu maddesine ilişkin gerekçede; “İşletme konusunun

ortaklıklarda ise TTK m. 513/I (TTK Tasarısı m. 589) hükümlerindeki nisaplara uyularak ortaklık konusunun genişletilmesi veya daraltılması mümkündür. Bu durumda, rekabet yasağının kapsamı da, değişikliğe paralel olarak daralacak ya da genişleyecektir¹¹⁸. Öte yandan, şeklen böyle bir karar alınmaksızın, ortaklığın sözleşmede belirtilmeyen dallarda faaliyet gösterdiği haller söz konusu olabilir. Her ne kadar TTK m. 137 ve *ultra vires* doktrini uyarınca bu tür işlemlerin yoklukla sakat olduğu akla gelebilirse de¹¹⁹, son yıllarda öğretilde, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması bakımından bu doktrin çok katı yorumlanmaması görüşü savunulmaktadır¹²⁰. Nitekim, TTK m. 137 hükmünün yerini alan TTK Tasarısının 125. maddesinde *ultra vires* doktrinine yer verilmemiş ve AET'nin 68/151 sayılı şirketlere ilişkin Birinci Yönergesine uygun olarak TTK Tasarısında söz konusu ilke ortadan kaldırıl-

“tamamen” değiştirilmesi ile bir konudan başka bir işletme konusuna geçilmesi veya bu sonucu doğuracak değişiklikler kastedilmiştir. Mesela mobilya üretiminden vazgeçilip turizm yapmak istenmesi veya mobilyacılık muhafaza edilmekle birlikte kaleme alış şekline göre pasif konu kabul olunması gibi. İşletme konusunun daraltılması veya genişletilmesi, hatta önemli değişiklikler, bu hükmün kapsamı dışındadır. Mevcut işletme konusunun terk edilip ona çok yakın yeni bir konuya geçilmesine bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı mahkeme kararları ile doktrine bırakılmıştır.” ifadelerine yer verilmek suretiyle, işletme konusunun daraltılması ya da genişletilmesinin hükmün kapsamı dışında olduğu açıkça belirtilmiştir. Bkz. TTK Tasarısı Madde Gereççeleri, s. 145. Bu çerçevede, şirket konusunun değiştirilmesi için gerekli toplantı nisabını düzenleyen 6762 sayılı TTK m. 388/II uyarınca, şirket konusunun genişletilmesi ya da daraltılmasına ilişkin kararlar, genel anlamda diğer tüm esas sözleşme değişiklikleri hakkında geçerli olan TTK m. 388/III ve IV hükümlerine nazaran farklı bir toplantı nisabına tabi olduğu halde; TTK Tasarısına göre, işletme konusunun genişletilmesi ya da daraltılması hakkındaki kararlar, genel anlamda esas sözleşme değişiklikleri hakkında geçerli olan TTK Tasarısı m. 421/I hükmüne tabi olacaktır.

¹¹⁸ Bu bakımdan, sonradan ortaklığın iştiğal sahasına dahil edilen bir faaliyeti o ana kadar yürütmekte olan ortak ya da yönetici, bunun sonucu olarak söz konusu faaliyeti sona erdirmek zorunda kalabilecektir. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerine ilişkin olarak bkz. **Armbrüster**, s. 1270.

¹¹⁹ Bu yönde bkz. **Kalpsüz**, s. 374.

¹²⁰ **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 126. Hatta, *İmregün*, TTK m. 165 hükmünün oybirliği ile karar alınmak şartıyla sözleşmede belirtilen konuya girmeyen işlemler yapılmasına olanak tanıdığı gerekçesiyle ve ayrıca “ortaklık konusu” değil sadece “ortaklık gayesi” hükmünü içeren TTK m. 175 karşısında *ultra vires* doktrininin kişi ortaklıkları için geçerli olmadığını savunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde, özellikle kolektif ortaklıklarda ortaklık konusuna girmeyen bazı işlemlerin oybirliği kararı ile icrası (TTK m. 165) mümkündür. Bkz. **İmregün**, s. 25.

mıştır¹²¹. Alman öğretisinde, esas sözleşmede belirtilen konu dışında ortaklık tarafından icra edilen işlemin rekabet yasağı kapsamına girip girmediğini belirlemek bakımından, anılan işlemin icrasına ilişkin tedbirlerin (örneğin yeni bir yatırımın finansmanı) ortaklık konusunu değiştirmek için gerekli çoğunluğun muvafakatiyle alınıp alınmadığına bakılması gerektiği ifade edilmektedir. Gerekli çoğunluğun muvafakati ile böyle tedbirlerin alındığı hallerde, ortaklığın işletme konusunun üstü kapalı olarak değiştirilmiş olduğu kabul edilmekte ve bu tür işlemlerin de artık rekabet yasağı kapsamına gireceği belirtilmektedir¹²². Kanımızca da, tüm ticaret ortaklıkları bakımından, ortaklık konusu dışında yapılan işlem, ortaklık konusunu değiştirmeye yetkili organ tarafından buna ilişkin nisaplara uygun olarak alınmış bir karara dayandığı takdirde, ortaklık konusunun üstü örtülü olarak söz konusu işlemi de kapsayacak şekilde genişletilmiş olduğu ve dolayısıyla rekabet yasağının ilgili işlemi de kapsadığı kabul edilebilecektir.

Rekabet yasağı kapsamına giren faaliyetlerin, sadece maddi açıdan değil, coğrafi açıdan da sınırlandırılması gerekmektedir. Türk hukukunda, işçinin rekabet yasağı sözleşmesi bir kenara bırakılırsa (BK m. 349, BK Tasarısı m. 444/I), burada inceleme konusu yapılan rekabet yasağına ilişkin yasal düzenlemelerin hiçbirinde rekabet yasağının coğrafi açıdan sınırlandırılmasına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Alman hukukunda da, ticaret şirketlerinde rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerde durum aynı olduğu halde, bu hükümlerin sınırlı koruma amacından hareketle (*beschränkter Schutzzweck der Norm*) ve ayrıca somut bir tehlikenin varlığı olgusundan yola çıktıkları düşüncesiyle, coğrafi sınırlandırmanın da gerekli olduğu öğretiden belirtilmektedir¹²³. Türk öğretisinde de, rekabet yasağının yer bakımından ortaklığın iş ve çıkar çevresi ile sınırlı olduğu ve müşteri çevresi dışında yapılan işlemlerin rekabet yasağı oluşturmayacağı kabul görmektedir¹²⁴. Ayrıca, ortaklığın ticari faaliyette bulunduğu coğrafi sınırlar bakımından, sadece halihazırdaki değil, ayrıca potansiyel faaliyet sahası ve müşteri çevresinin de dikkate alınması gerekmektedir¹²⁵.

¹²¹ TTK Tasarısı Madde Gereççeleri, s. 42.

¹²² **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 16; **Ulmer** in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 19; **Meyer-Landrut** in Grosskomm. AktG § 88, Anm. 3.

¹²³ Kollektif ortaklık açısından bkz. **Ulmer** in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 19; **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 17.

¹²⁴ **İmregün**, s. 45; **Domaniç**, s. 598; **Tekil**, s. 218; **Aydoğan**, s. 52.

¹²⁵ **Ulmer** in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 19; **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 17.

B. ORTAKLIK KONUSUNA GİREN İŞLER YAPILMASI

Ticaret ortaklıklarında rekabet yasağına ilişkin yasal düzenlemelerin tamamı iki tür faaliyeti yasaklamaktadır. Bunlar; i) ortaklık konusuna giren bir işin bizzat (kendi veya başkası hesabına) yapılması, ii) ortaklık ile aynı konuda faaliyet gösteren belirli türde başka ortaklıklara ortak olunması veya bunların yönetiminde yer alınması.

Burada, yukarıdaki paragrafta yapılan ikili ayırım çerçevesinde, ilk olarak, ortaklık konusuna giren işlerin bizzat yapılması hali incelenecektir.

Buradaki anlamı ile, “iş yapılması” her türlü ticari faaliyeti kapsar. Kazanç sağlama amacına yönelik ve herhangi bir plana dayanmayan münferit ticari işlemler yanında, belirli bir plan dahilinde bir ticari işletmenin işletilmesi de bu kapsamdadır¹²⁶. Bu bakımdan, esnaf sınırını aşmayan faaliyetlerin de rekabet yasağı oluşturması mümkündür¹²⁷. Ortağın rekabet yasağı oluşturan işlem ya da organizasyonu bir temsilci eliyle icra etmesi de, durumda bir değişiklik yaratmaz¹²⁸. Öte yandan, kişisel temel ihtiyaçların giderilmesine yönelik işlemler rekabet yasağına aykırı değildir. Ortağın kişisel kullanım amacı altında yaptığı tasarruf ve yatırımlar, bu işlemler ortaklık konusuna dahil olsa bile, rekabet yasağı kapsamında değildir¹²⁹. Bu konuda, özellikle, konusu belirli değerlere yatırım olan ortaklıklarda, ortağın spekülasyon işlemleri açısından rekabet yasağının söz konusu olup olmadığı tartışma konusu olabilir. Burada ölçü alınması gereken husus, ortaklık sırlarının (Insiderinformationen) kullanılıp kullanılmadığı ve ayrıca ortaklık ve ortakların menfaatleri açısından bir tehlikenin söz konusu olup olmadığıdır. Ortaklığa ait fırsatların kişisel kazanç amacıyla kullanıldığı durumlarda, rekabet yasağına aykırılıktan söz edilebilir¹³⁰.

Ortak, müdür ya da yönetim kurulu üyelerinin sadece kendi hesaplarına değil, ayrıca başkası hesabına icra ettikleri işlemler de rekabet yasağını ihlal

¹²⁶ **Ulmer** in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 20.

¹²⁷ **Ulmer** in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 20.

¹²⁸ **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 9; **Ulmer** in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 20.

¹²⁹ **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 9; **Ulmer** in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 21; **Stuhlfelner**, in Heidelberger Komm. § 112, Anm. 2. Türk hukukunda anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağı hakkında aynı yönde bkz. **Kalpsüz**, s. 375; **Domanıç**, AŞ, s. 629. Kollektif ortaklıklar açısından bkz. **Aydoğan**, s. 44.

¹³⁰ **Ulmer** in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 21.

eder¹³¹. Kollektif veya komandite ortak, müdür ya da yönetim kurulu üyesinin; diğer bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi, diğer bir limited ortaklıkta müdür ya da diğer bir ticari işletmede ticari mümessil veya ticari vekil olarak faaliyet göstermesi gibi durumlarda, başkası hesabına hareket söz konusudur¹³². Ayrıca, dolaylı temsilin söz konusu olduğu hallerde de, rekabet yasağına aykırılık mevcuttur. Bu bakımdan, komisyoncu (BK m. 416 vd., BK Tasarısı m. 532 vd.) eliyle yapılan işlemlerde ve ayrıca gizli adi ortaklıkta da gizli ortak açısından rekabet yasağına aykırılık vardır. Yargıtay, bir kollektif ortağın rekabet yasağı kapsamına giren bir işi muvazaa yoluyla oğluna yaptırmasını rekabet yasağına aykırılık olarak mütalaa etmiştir¹³³. Alman öğretisinde de, rekabet yasağı kapsamına giren bir iş veya işlemin, saman adamlar vasıtasıyla icrası kanunun dolandırılması olarak görülmekte ve rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmektedir¹³⁴.

C. DİĞER BİR ORTAKLIĞA ORTAK, MÜDÜR veya YÖNETİM KURULU ÜYESİ SIFATI İLE DAHİL OLUNMASI

1. Genel Olarak

Ticaret ortaklıklarında rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerde, ortaklık konusuna giren işlerin kendisi veya başkası hesabına yapılması yanında, başka ortaklıklara belirli sıfatlarla dahil olunması da yasak kapsamına alınmıştır. Konu, her ticari ortaklık türü ve adi ortaklıklar açısından ayrı başlıklar altında incelenmelidir.

¹³¹ BK m. 526'da açık bir ifade yer almamasına karşın adi ortaklık ortaklarının rekabet yasağı açısından da aynı sonuç kabul edilmektedir. Bkz. **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 95.

¹³² Kollektif ortaklar açısından bkz. **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 265a; **Aydoğan**, s. 45. Alman hukukunda kollektif ortaklık açısından bkz. **Ulmer** in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 23; **Schlegelberger/Martens**, § 112, Anm. 10; **Stuhlfelner** in Heidelberger Komm. § 112 Anm. 2. Komandit ortaklıklarda komandite ortaklar açısından bkz. **Löffler**, J., Zur Reichweite des gesetzlichen Wettbewerbsverbots in der Komanditgesellschaft, NJW 1986, Heft 5, s. 224. Alman hukukunda, anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına ilişkin § 88 AktG hükmü, TTK m. 335/1'den farklı olarak, diğer bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi veya limited ortaklıkta müdür olunmasının rekabet yasağına aykırılık oluşturacağını açıkça ifade etmektedir. Bu konuda bkz. **Meyer-Landrut** in Grosskomm. AktG § 88, Anm. 4.

¹³³ 11.HD., 20.1.1977, E. 5473, K. 138. Bkz. **İMREGÜN**, s. 45, dn. 23.

¹³⁴ **Meyer-Landrut** in Grosskomm. AktG § 88, Anm. 2.

Başka ortaklıklara belirli sıfatlarla dahil olunmasının rekabet yasağı kapsamına alınmasındaki amaç; ortak, müdür veya yönetim kurulu üyesinin iş gücünün sadece ortaklığa tahsisini sağlamak veya kişi ortaklıkları ile adi ortaklık bakımından ortakların kişisel malvarlığını ve dolayısıyla alacaklıları korumaktan ziyade, ortaklık üzerindeki etkinin kötüye kullanılması ya da edinilen dahili bilgilerin kullanılmasını engellemektir¹³⁵. Rekabet yasağının diğer bir ortaklığa ortak olunmasını kapsadığı hallerde, diğer şirketteki ortak sıfatının elde edilmiş biçimi (sözleşme, bağış veya ölüme bağlı tasarruf) bu açıdan önem taşımaz¹³⁶.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi, değişik ticaret ortaklığı türleri ve adi ortaklıklar açısından rekabet yasağı kapsamına alınmış olan başka bir ortaklığa katılım halleri, gerek diğer ortaklıkta edinilen hukuki sıfat (ortak, müdür, yönetim kurulu üyesi vs.) gerekse de dahil olunan diğer ortaklığın türü bakımından farklı olarak düzenlenmiştir.

İlk olarak belirtelim ki; tüm ortaklık tipleri için farklı içerik ve kapsamda olan başka ortaklıklara katılma yasakları, tüm ticaret ortaklıkları bakımından, sadece *aynı konuda faaliyet gösteren ortaklıklara* dahil olunması ile sınırlı olarak geçerlidir. Sadece adi ortaklıklarda, BK m. 526 (BK Tasarısı m. 626) hükmü ortaklık amacına zararlı her türlü faaliyeti rekabet yasağı kapsamına almış ve ortaklık konusu ile ilgili bir sınırlama öngörmüş olmadığından, böyle bir sınırlama mevcut değildir. Dolayısıyla, adi ortaklık ortağının farklı bir konuda faaliyet gösteren herhangi bir ortaklığa herhangi bir sıfatla katılımı, eğer bu katılım ortaklık amacına zarar verici nitelikte ise rekabet yasağı kapsamında değerlendirilebilecektir.

Ayrıca, limited ortaklıkta müdürlerin rekabet yasağına ilişkin olarak, TTK Tasarısı m. 626/II hükmünde, 6762 sayılı TTK'nın 547. maddesinden farklı olarak, aynı konuda faaliyet gösteren ortaklıklara katılmadan bahsedilmemiş olup, sadece genel anlamda müdürlerin şirketler rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamayacakları ifade edilmiştir. Diğer taraftan, TTK Tasarısının bu düzenlemeyle ilgili madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, TTK m. 547 hükmünde rekabet yasağı kapsamı içinde belirtilen durumlar, Tasarı ile

¹³⁵ Kollektif ortaklık açısından bkz. **Ulmer** in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 24. *Ulmer*'in kollektif ortaklıkta geçerli olan rekabet yasağı açısından formüle ettiği bu ilke, kanımızca tüm ortaklık tiplerinde öngörülen rekabet yasağına ilişkin kuralların amacı bakımından genelleştirilebilir.

¹³⁶ **Stuhlfelner** in Heidelberger Komm. § 112, Anm. 3.

getirilen hükmün de kapsamına dahil edilebilecektir¹³⁷. Buna karşılık, TTK m. 547 hükmüne göre limited şirket müdürünün diğer bir limited şirkette ortak olması anılan hükmün lafzı gereğince her halde rekabet yasağının kapsamına dahil olduğu halde, TTK Tasarısı m. 626/II hükmü çerçevesinde yapılacak değerlendirmede, limited şirket müdürünün idare ve temsil konusunda herhangi bir sıfatı olmaksızın ve sadece yatırımcı olarak diğer bir limited şirkete ortak olmasının, müdürü olduğu limited şirket ile ne ölçüde rekabet oluşturabileceği ve buna bağlı olarak da rekabet yasağı kapsamında görülüp görülemeyeceği tartışma konusu yapılabilecek bir husustur.

2. Adi Ortaklık

Adi ortaklıkta rekabet yasağına ilişkin BK m. 526 hükmüne göre, “Şeriklerden hiçbiri kendi hesabına ortaklığın gayesine muhalif veya muzır işleri yapamaz.” Bu hükümde yer alan “muzır işler” ifadesinin anlamı belirsizdir¹³⁸. BK m. 526 hükmünün kaynağını oluşturan İsv. BK m. 536 hükmü daha net bir dilde kaleme alınmıştır. Adi ortaklıkta ortakların rekabet yasağına ilişkin İsv. BK m. 536 hükmü uyarınca : “Hiçbir ortak, ortaklık amacını engelleyecek veya ona zarar verecek şekilde, kendi özel menfaatlerine yönelik işlemler yapamaz¹³⁹.” BK m. 526’da yer alan “muzır işler” ifadesinin de, mehzaz kanundaki ifadeye uygun olarak “ortaklığa zarar verici işler” şeklinde anlaşılması uygun olacaktır¹⁴⁰. Nitekim, Borçlar Kanunu Tasarısı’nın “Rekabet Yasağı” başlıklı 626. maddesinde de, “Ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar.” ifadesine yer verilmiş ve mehzaz İsv. BK m. 536 hükmüne uygun bir düzenleme getirilmiştir.

BK m. 526 (BK Tasarısı m. 626) hükmünde de, başka bir ortaklığa dahil olunmasından söz edilmemiştir. Buna rağmen, BK m. 526 (BK Tasarısı m.

¹³⁷ TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri, s. 227.

¹³⁸ Öğretide, “şirketin gayesine muhalif” ibaresinin ortaklık ile rekabet yapmamayı, “muzır işler” sözcüklerinin ise, bağlılık yükümünü ihlal edici davranışta bulunmamayı ifade ettiği belirtilmektedir. Bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 95.

¹³⁹ Serbest çeviri. Almanca metin : “Kein Gesellschafter darf zu seinem besonderen Vorteile Geschäfte betreiben, durch die der Zweck der Gesellschaft vereitelt oder beeinträchtigt würde.” Fransızca metin : “Aucun associé ne peut faire pour son compte personnel des affaires qui seraient contraires au préjudiciables au but de la société.”

¹⁴⁰ Yalman/Taylan da, mehzaz kanuna gönderme yapmaksızın aynı sonuca ulaşmaktadırlar. Bkz. bkz. Yalman, M./Taylan, E., Adi Ortaklık, Ankara 1976, s. 114.

626) hükmünün geniş kapsamlı ifadesi karşısında, adi ortaklık ortağının diğer herhangi bir adi ortaklığa veya ticaret ortaklığına herhangi bir sıfatla (ortak, yönetim kurulu üyesi vs.) katılımının ortaklık amacına zarar verici nitelikte olduğu tespit edilebiliyorsa, rekabet yasağı ihlal edilmiş olacaktır. Her ne kadar kanun hükmü, zarar verici faaliyetleri ortaklık konusu ile sınırlamış olmasa da, uygulamada genellikle ortaklık konusu aynı olan ortaklıklar ile bağlantı içinde bulunan faaliyetler zarar verici bir etkiye sahip olacaktır. Bu bakımdan, adi ortaklık ortağının aynı konuda faaliyet gösteren bir ortaklığa katılımının BK m. 526 (BK Tasarısı m. 626) hükmünün ihlali yönünde bir fiili karineye vücut vereceği ve farklı konularda faaliyet gösteren ortaklıklara katılım durumunda ise rekabet yasağının ihlali konusundaki ispat yükünün diğer ortaklar üzerinde olacağı söylenebilir. Son olarak anılan durumda, diğer ortaklar, farklı konuda faaliyet gösteren ortaklığa katılımın ortaklık amacına zarar verici nitelikte olduğunu ispat ederek rekabet yasağını ileri sürebileceklerdir.

Özellikle, sınırsız kişisel sorumluluk esasının geçerli olduğu adi ortaklıklarda, aynı konuda faaliyet gösteren bir adi veya kollektif ortaklığa ortak olma ya da aynı konuda faaliyet gösteren bir komandit ortaklığa sınırsız sorumlu komandite olarak katılma durumlarının, ortaklığa zarar verici nitelikte olabileceği şüphesizdir. Bu gibi durumlarda, yukarıda söz ettiğimiz fiili karinenin varlığından hareketle, ilgili ortak, katılımının ortaklık amacına zarar verici nitelikte olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Diğer taraftan, adi ortaklık ortağının bir limited ya da anonim ortaklığa, müdür veya yönetim kurulu üyesi gibi bir sıfatı olmaksızın, sadece ortak veya paysahibi olarak katıldığı durumlarda, ispat yükünün diğer ortaklara geçeceği sonucuna ulaşılabilir.

Öğretide, başkası hesabına iş yapılmasının adi ortaklık ortakları bakımından BK m. 526'ya (BK Tasarısı m. 626) aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir.¹⁴¹ Bu bakımdan, adi ortaklık ortağının, bir limited ortaklıkta müdür, anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olması veya diğer bir ticari işletmede ticari mümessil veya vekil olarak görev alması da kural olarak BK m. 526'ya (BK Tasarısı m. 626) aykırı olacaktır.¹⁴² Öte yandan, bu gibi durumlarda da,

¹⁴¹ **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 95; **Domanıç**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I : Adi Ortaklık, Kollektif ve Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1988 s. 404; **Aydoğan**, s. 27.

¹⁴² Başkası ad ve hesabına ticari mümessil ve ticari vekil olarak görev yapmanın BK m. 526 hükmünü ihlal edeceği yönünde bkz. **Aydoğan**, s. 27.

ortağın bu fiilinin ortaklık amacına zarar verici olmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulması mümkün olmalıdır.

Alman hukukunda ise, adi ortaklığa ilişkin Alm. MK hükümlerinde (§§ BGB 705-740), ortaklar açısından rekabet etmeme yükümlülüğü öngören bir hükme yer verilmemiştir. İdareci ortakların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen § 713 BGB hükmü, bu konuda vekaletle ilişkin §§ BGB 664-670 hükümlerine atıf yapmaktadır. Bu hükümlerde ise, rekabet yasağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Öte yandan, öğretide, Alman hukukunda MK m. 2'yi karşılayan BGB § 242 hükmünde ifadesini bulan dürüstlük kuralının sonucu olarak ortakların ortaklığa karşı sadakat yükümlerinin bulunduğu belirtilmekte ve buna bağlı olarak ortaklık sınırlarını izinsiz olarak açığa vurmamak ve ortaklık dahilinde vakıf oldukları bilgileri kendi menfaatleri için kullanmamakla yükümlü oldukları kabul edilmek suretiyle, sınırlı bir rekabet yasağının varlığına işaret edilmektedir¹⁴³.

3. Kollektif Ortaklık

TTK m. 172 (TTK Tasarısı m. 230) uyarınca, kolektif ortaklar, diğer bir kolektif ortaklığa ortak olamayacakları gibi bir komandit ortaklığa da sınırsız sorumlu komandite ortak olarak katılamazlar. Buna karşılık; bir anonim ortaklıkta pay sahibi, limited ortaklıkta ortak veya komandit ortaklıkta sınırlı sorumlu komanditer ortak olmaları mümkündür¹⁴⁴. Bir limited ortaklıkta müdür, anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi veya herhangi bir ticari işletmede ticari mümessil veya vekil olunması ise, bu durumlar "başkası hesabına hareket" sayılacağından, rekabet yasağına aykırılık mevcuttur¹⁴⁵. Adi ortaklığa ortak olunması durumunda da, sınırsız sorumluluk söz konusu olacağından (bkz. BK m. 534/c.3, BK Tasarısı m. 638/III), rekabet yasağına aykırılığın mevcut olduğu kabul edilmelidir¹⁴⁶.

¹⁴³ Sudhoff, s. 216-217 ve orada anılan diğer yazarlar.

¹⁴⁴ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 265a; Aydoğan, s. 47. Alman hukukunda aynı yönde bkz. Ulmer in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 25.

¹⁴⁵ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 265a; Aydoğan, s. 45. Alman hukukunda aynı yönde bkz. Ulmer in HGB Grosskomm. § 112 Anm. 23; Schlegelberger/Martens, § 112, Anm. 10. Tekil, aynı anda iki ortaklığa birden sadakat borcu gösterilmesinin doğuracağı sakıncalardan hareketle aynı sonuca ulaşmaktadır. Bkz. Tekil, s. 219. Yargıtay da, bir kararında, bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olan bir kimsenin, başka bir limited ortaklıkta müdür olarak faaliyet göstermesini TTK m. 335'e aykırı bulmuştur (11.HD., 21.11.1985, E. 85/5620, K. 85/6350. Kararın özeti için Bkz. Tekil, s. 219, dpn. 178.).

¹⁴⁶ Domaniç, s. 597; Aydoğan, s. 47.

4. Adi ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar

Komandite ortaklar açısından, kollektif ortaklara ilişkin olarak yapılan açıklamalar aynen geçerlidir.

5. Limited Ortaklık

TTK m. 547 hükmü uyarınca, limited ortaklık müdürlerinin; i) bir kollektif ortaklıkta ortak, ii) komandit ortaklıkta (komandite veya komanditer olması fark etmeksizin) ortak ve iii) diğer bir limited ortaklıkta ortak olması, rekabet yasağına aykırılık oluşturur. Dolayısıyla, bir anonim ortaklıkta sadece paysahibi olunması, limited ortaklık müdürleri açısından rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz. Öte yandan, herhangi bir ticari işletmede ticari mümessil veya vekil ya da anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olunması “başkası hesabına hareket” anlamına geleceğinden, bu durumlar aykırılık teşkil eder¹⁴⁷.

6762 sayılı TTK m. 547 hükmü uyarınca, limited ortaklıktaki rekabet yasağının kapsadığı faaliyetler açısından anonim ortaklıktakine göre en önemli farklarından bir tanesi, limited ortaklık müdürlerinin başka bir limited ortaklığa sadece müdür değil, aynı zamanda ortak olmaları halinin de kanuni rekabet yasağı kapsamına alınmış olmasıdır. Buna karşılık, konuya ilişkin olarak TTK Tasarısı m. 626/II hükmünde, 6762 sayılı TTK'nın 547. maddesinden farklı olarak, sadece müdürlerin şirket ile rekabet oluşturan faaliyetlerde bulunmayacakları belirtilmiştir. Bu çerçevede, TTK Tasarısı m. 626/II hükmü çerçevesinde yapılacak değerlendirmede, limited şirket müdürünün idare ve temsil konusunda herhangi bir sıfatı olmaksızın ve sadece yatırımcı olarak diğer bir limited şirkete ortak olmasının, müdürü olduğu limited şirket ile ne ölçüde rekabet oluşturabileceği ve buna bağlı olarak da rekabet yasağı kapsamında görülüp görülemeyeceği tartışma konusu yapılabilecektir.

Ayrıca, bir adi ortaklığa ortak olunması da, bu durum sınırsız sorumluluk doğuracağından, yasak kapsamında kabul edilmelidir¹⁴⁸. Bu durum, adi ortaklıktaki diğer ortaklar hesabına hareket anlamına geleceğinden, söz konusu adi ortaklık limited ortaklık ile aynı konuda faaliyet göstermek şartıyla, ortaklık konusuna giren işlerin yapılması olarak zaten rekabet yasağı kapsamında görülebilecektir.

¹⁴⁷ Türk öğretisinde çeşitli gerekçelerle aynı yönde bkz. **Aydoğan**, s. 140 ve orada dpn. 257-258'de anılan yazarlar. İsviçre öğretisinde, *Janggen/Becker*, böyle bir hareketin sadakat yükümüne aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle aynı sonuca ulaşmaktadırlar. Bkz. **Janggen/Becker**, Art. 818, N. 2.

¹⁴⁸ Aynı yönde bkz. **Aydoğan**, s. 141 ve orada dpn. 262'de anılan yazarlar.

6. Anonim Ortaklık

TTK m. 335 (TTK Tasarısı m. 396) uyarınca, anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri, bir kollektif ortaklığa ortak olamayacakları gibi bir komandit ortaklığa da komandite ortak olarak katılamazlar. Bir adi ortaklığa ortak olunması sınırsız sorumluluk doğuracağından, bu durumun da rekabet yasağına aykırılık oluşturacağı kabul edilmelidir¹⁴⁹. Ayrıca, diğer bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi, bir limited ortaklıkta müdür veya herhangi bir ticari işletmenin ticari mümessili veya ticari vekili olunması durumları da, “başkasına hesabına hareket” anlamına geleceklerinden, bunlar da rekabet yasağına aykırılık oluştururlar¹⁵⁰. Buna karşılık, yönetim kurulu üyelerinin; iştiğal konusu aynı olan bir komandit ortaklıkta komanditer ortak, bir limited ortaklıkta ortak veya diğer bir anonim ortaklıkta pay sahibi olmaları, kanuni rekabet yasağı kapsamında değildir¹⁵¹.

7. Kooperatif

Kooperatiflerde KoopK m. 98 hükmü atfıyla TTK m. 335 hükmü uygulanacağından, yukarıda anonim ortaklıklar için yapılan açıklamalar kooperatifler için de geçerlidir.

D. ORTAKLIK FIRSATLARININ KİŞİSEL KULLANIMI

Burada üzerinde durulacak olan, “ortaklık fırsatı” (corporate opportunity) öğretisi, Müşterek Hukuk (Common Law) kökenlidir. Bu

¹⁴⁹ Öğretide *Kalpsüz*, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için, BK m. 533 hükmü uyarınca, idareci ortak tarafından doğrudan doğruya temsil esasları uyarınca yapılan işlemler tüm ortakların ad ve hesabına, dolaylı temsil esasları uyarınca yapılan işlemler ise tüm ortaklar hesabına yapılmış sayılacağından, bu işlemlerin, ortaklık konusuna giren işlerin üyeler kendileri veya başkaları tarafından yapılamayacağına ilişkin hüküm kapsamında rekabet yasağına aykırı düşeceklerini isabetli olarak belirtmektedir. Bkz. *Kalpsüz*, s. 378.

¹⁵⁰ Diğer bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olunmasının rekabet yasağı kapsamına gireceği konusunda aynı yönde bkz. *Franko*, s. 39. *Çamoğlu* da, iki ortaklıkta birden yönetim kurulu üyesi sıfatının işgal edilmesinin, sadakat yükümü açısından sakıncalı olduğunu belirterek, aynı sonuca ulaşmaktadır. Bkz. *Çamoğlu* (Poroy/Tekinalp), N. 572.

¹⁵¹ *Aydoğan*, s. 98. Buna karşılık, Yüksek Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin E. 1988/6152 - K. 1989/3330 sayılı ve 1.6.1989 tarihli kararında, anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin limited şirkette ortak olmasının rekabet yasağının ihlali olduğu kabul edilmiştir. Bu karar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr). Rekabet yasağına aykırı durumları sayan TTK m. 335 kapsamında olmadığı açıkça anlaşılan bu ihtimali yasak kapsamında mütalaa eden söz konusu kararın sonucuna katılmak mümkün değildir.

öğretiye göre, bir ortaklıkta yönetim yetkisi bulunan kişiler, ortaklık tarafından değerlendirilmesi mümkün olan ticari fırsatları bizzat kullanmaları ve bu şekilde ortaklığa zarar vermeleri durumunda ortaklığa karşı sorumlu olurlar¹⁵². “Ortaklık fırsatı” öğretisi, ABD ve İngiliz hukuklarında, ortaklık yöneticilerinin sadakat yükümünün (fiduciary duties) bir yansıması olarak ele alınmaktadır¹⁵³.

“Ortaklık fırsatı” öğretisi, özellikle Amerikan mahkeme kararları ve öğretisinde geniş yer bulmaktadır¹⁵⁴. Konu, anonim ortaklık (corporation) yönetim kurulu üyelerinin (the directors) sadakat yükümünün (fiduciary duties) bir yansıması olarak ele alınmıştır. Sözü geçen öğretiye göre, bir ticari fırsatın, “ortaklık fırsatı” olup olmadığını belirlemek bakımından, her şeyden önce söz konusu ticari fırsatın ortaklığın ticari faaliyet alanına girip girmediği değerlendirilmelidir (“the line of business” test). Ayrıca; i) daha önce bu fırsata ilişkin olarak ortaklığın müzakereler yapıp yapmadığı, ii) söz konusu fırsatın ortaklığa ya da temsilcilerine sunulup sunulmadığı, iii) yönetim kurulu üyesinin bu fırsattan sözü geçen sıfatı sayesinde haber alıp almadığı, iv) yönetim kurulu üyesinin bu fırsatı değerlendirmek için ortaklığın ticari varlıklarını kullanıp kullanmadığı ve v) ortaklığın bu fırsatı değerlendirme konusundaki tutumu gibi faktörlerin de dikkate alınması önerilmektedir¹⁵⁵. Konuya ilişkin Amerikan içtihatlarına göre, ortaklık mali açıdan önüne gelen bir ticari fırsatı değerlendiremeyecek durumda olsa bile, yönetim kurulu üyesi, önce bu fırsatı ortaklığa sunmalı ve ancak ortaklığın menfi tutumu üzerine kendisi değerlendirmelidir. Ortaklığa haber vermeksizin, bir ticari fırsatı gizlice kendisi değerlendiren yönetim kurulu üyesi, ortaklığa karşı sadakat yükümüne aykırı davranmış olur¹⁵⁶.

İngiliz hukukunda da, ortaklık yöneticilerinin, sadakat yükümüne bağlı olarak, ortaklığın önüne gelen ticari fırsatları kendi menfaatleri doğrultusunda

¹⁵² İngiliz hukuku açısından bkz. **Parkinson**, J. E., *Corporate Power and Responsibility*, Oxford 2000, s. 226.

¹⁵³ İngiliz hukuku açısından bkz. **Parkinson**, s. 227; ABD hukuku açısından bkz. **Hamilton**, R. W., *The Law of the Corporations*, St. Paul, Minn. 1996, s. 409.

¹⁵⁴ ABD anonim ortaklıklar (corporations) hukukunda yönetim kurulu üyelerinin (board of directors) sorumluluğu açısından bkz. **Hamilton**, s. 412-413.

¹⁵⁵ **Hamilton**, s. 410-411.

¹⁵⁶ Bu yönde bkz. *Klinicki v. Lundgren*, 298 Or. 662, 695 P.2d 906 (Or. 1985), 412. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hamilton**, s. 412.

kullanmaları halinde ortaklığa karşı sorumlu olacakları kabul edilmektedir¹⁵⁷. Öte yandan, İngiliz öğretisinde, “ortaklık fırsatı” deyişi Amerikan öğretisi ve içtihatlarına nazaran daha geniş yorumlanmakta ve yöneticilerin bu konudaki yükümlülükleri daha katı bir biçimde ele alınmaktadır. Buna göre, bir ticari fırsatın “ortaklık fırsatı” olarak nitelendirilebilmesi ve buna ilişkin olarak yöneticilere yapmama borcu yüklenebilmesi bakımından, bu fırsatın ortaklık tarafından değerlendirilme olasılığının araştırılmasına gerek yoktur. Bu bakış açısı altında, ortaklık, çeşitli nedenlerden dolayı bu ticari fırsatı değerlendiremeyecek konumda olsa bile, yöneticinin bunu bizzat değerlendirmesi onu ortaklığa karşı sorumlu hale getirecektir¹⁵⁸. İngiliz mahkeme kararlarında da, ortaklık fırsatının yönetici tarafından kullanılması sadakat yükümünün ihlali olarak görülmekte ve bu ticari fırsatın ortaklık açısından kazanç sağlayacak şekilde değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı yönünde bir araştırma yapılmasına gerek duyulmamaktadır¹⁵⁹. İngiliz hukukundaki hakim görüş, yöneticilerin bu sıfatları dolayısıyla varlığından haberdar olmuş buldukları ve dolayısıyla ortaklığa karşı sadakat yükümleri kapsamında görülebilecek tüm ticari fırsatları, “ortaklık fırsatı” olarak nitelemektedir. Hatta bu konuda, yöneticinin görevi süresinde vakıf olduğu fırsatları istifa ettikten sonra kullanmasının dahi sorumluluk doğuracağı kabul edilmektedir¹⁶⁰. Diğer taraftan, yöneticinin bu sıfatı sona erdikten sonra ortaya çıkan yeni ticari fırsatlar, bun-

¹⁵⁷ İngiliz hukukunda, ortaklık fırsatlarının kullanılması yasağı, yöneticilerin sadakat yükümlerinin (duty of loyalty) bir alt dalı olarak kabul edilen, “şirket ile menfaat çatışmalarından kaçınma yükümünün (duty to avoid conflict of interest)” bir sonucu olarak görülmektedir. Bu konuda bkz. **Hacımahmutoglu**, S., Duties of Corporate Directors under Turkish Law : A Comparative Analysis, (2000) 2 ICCLJ (International and Comparative Corporate Law Journal), s. 1 vd., s. 9.

¹⁵⁸ **Bishop**, W./**Prentice**, D.D., Some Legal and Economic Aspects of Fiduciary Remuneration, (1983) 46 Modern Law Review, s. 289 vd., s. 303; **Brudney**, C./**Clark**, R.C., A New Look at Corporate Opportunities, 94 Harvard Law Review 998 vd., s. 1025; **Christie**, M., The Director’s Fiduciary Duty Not to Compete, (1992) 55 MLR, s. 506 (**Parkinson**, s. 207, dph. 27-28’den naklen); **Parkinson**, s. 230.

¹⁵⁹ Bu konuda emsal niteliğinde bir karar için bkz. *Regal Hastings v. Gulliver* [1942] I All ER 378, 392.

¹⁶⁰ **Parkinson**, s. 228. Bu konuda özellikle, yöneticinin, varlığından haberdar olduğu bir ortaklık fırsatını değerlendirme amacı altında istifa etmiş olduğu hallerin, kendisini ortaklığa karşı sorumlu hale getireceği belirtilmektedir. Bu konuda bkz. **Hacımahmutoglu**, s. 10.

lar yöneticinin görevi esnasında ortaklık adına irtibat kurmuş olduğu kaynaklardan gelmiş olsalar bile, ortaklık fırsatı olarak görülmemektedirler¹⁶¹.

Müşterek hukuk kökenli “ortaklık fırsatı” öğretisi, Alman hukukunda da, rekabet yasakları ve yöneticilerin bu sıfatlarından dolayı sorumlulukları konuları ile bağlantılı olarak ele alınmıştır¹⁶². Bir işlemin “ortaklık fırsatı” olarak görülüp görülemeyeceği konusunda, çeşitli biçimsel (fırsatla ilk bağlantının ortaklık tarafından kurulmuş olması, fırsatın değerlendirilmesi konusunda ortaklık tarafından alınmış bir karar bulunması ya da fırsatla ilgili olarak ortaklığın müzakerelerde bulunmuş olması gibi) ve maddi (işlemin ortaklık için avantajlı veya gerekli olması veya ortaklığın ticari faaliyet sahasına girmesi gibi) kriterlerin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Öte yandan, sayılan bu kriterler çerçevesinde bir fırsatın “ortaklık fırsatı” olduğu tespit edildiği takdirde, ortaklığın halihazırdaki mali durumu itibarıyla fırsatı değerlendirebilecek bir durumda olup olmamasının bu konuda önemli olmadığı da ifade edilmektedir¹⁶³.

Ortaklık fırsatlarının yöneticiler tarafından kullanılması, ortaklıklar hukukundaki rekabet yasakları ile doğrudan bir ilişki içerisinde bulunmaktadır. Şöyle ki, rekabet yasaklarına aykırılık oluşturan tüm davranışlar, aynı zamanda ortaklık fırsatlarının yöneticiler tarafından haksız olarak kullanımı halini de meydana getirirler. Bu yönüyle, rekabet yasakları kapsamındaki tüm fiil ve işlemler, ortaklık fırsatlarının haksız kullanımına ilişkin yasağın bir alt uygulama hali niteliğindedirler¹⁶⁴. Bu durum kendisini, özellikle, ortaklık fırsatlarının haksız kullanımına ilişkin yasağın, yönetici sıfatının sona ermesinden sonra dahi devam etmesinde göstermektedir. Sıfatın kaybı ile birlikte rekabet yasağı ile olan bağlantı ortadan kalktığı halde, ortaklık fırsatlarının kullanılması yasağı belirli sınırlar dahilinde devam etmektedir. Daha somut bir ifadeyle, yönetici sıfatı esnasında bu sıfata bağlı olarak vakıf olunan ortaklık fırsatlarının bu sıfatın kaybindan sonra kullanılması, fırsatların haksız kullanımı yasağı çerçevesinde değerlendirilebileceği halde, bu sıfatın kaybın-

¹⁶¹ Parkinson, s. 229.

¹⁶² Bkz. Merkt, s. 423 vd. ve orada dñn. 1’de anılan diğer makaleler ve doktora tezleri. Ayrıca, Alman Federal Mahkemesinin de, konuya ilişkin içtihat niteliğinde kararları da mevcuttur. Bu konuda bkz. Merkt, s. 425-428.

¹⁶³ Merkt, s. 449 ve orada dñn. 105’de anılan diğer yazarlar. Aksi görüş için bkz. Löffler, NJW 1986, s. 227, dñn. 59. Son olarak anılan yazar, ortaklık fırsatlarının haksız kullanımı yasağını, rekabet yasağının bir alt uygulama hali olarak görmektedir.

¹⁶⁴ Merkt, s. 449.

dan sonra rekabet yasakları hükümlerini yitirmiş olacaklardır. Öte yandan, yönetici sıfatı mevcut iken, ortaklık fırsatlarının haksız kullanımı niteliğindeki her durum, aynı zamanda rekabet yasağı kapsamına girecektir.

Yukarıda izah edilen durum karşısında, Türk hukuku açısından ortaklık fırsatlarının haksız kullanımının hangi hükümler çerçevesinde ele alınabileceği ve bu hükümlerin rekabet yasağına ilişkin hükümler ile nasıl bir ilişkiye sahip oldukları sorusu akla gelmektedir. İlk planda, ortaklık fırsatlarının haksız kullanımı yasağının Türk hukuku açısından dayanağının, rekabet yasağının da varlık sebebinin oluşturduğu, yöneticilerin tabi olduğu sadakat yükümü olduğu söylenebilir. Ortaklık fırsatlarının yöneticiler tarafından haksız kullanımına bağlanması mümkün yaptırımlar ise; bir taraftan caiz olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri (BK m. 414, BK Tasarısı m. 530), diğer taraftan ise ahlaka aykırı nitelikteki haksız fiillere ilişkin BK m. 41/II (BK Tasarısı m. 49/II) hükümlerine bağlanmış olan yaptırımlardır. Haksız fırsat kullanımının, aynı zamanda rekabet yasağı kapsamındaki bir davranış olduğu hallerde, ayrıca ilgili kanun hükümleri tarafından rekabet yasağına bağlanmış olan yaptırımlar da uygulanabilir. Bu talep hakları arasında bir haklar yarışması mevcuttur. Dolayısıyla, zarar gören ortaklığın sayılan hukuki dayanaklardan herhangi birisini kullanarak zarar veren ortağa karşı talepte bulunması mümkün olabilecektir¹⁶⁵.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan rekabet yasaklarına ilişkin olarak ortaya çıkan diğer bir sonuç da, haksız fırsat kullanımının aynı zamanda rekabet yasağı kapsamına giren bir davranış oluşturduğu hallerde, rekabet yasağına bağlanan yaptırımlara ilişkin özel kanun hükümleri yanında (TTK m. 173, 335, TTK Tasarısı m. 231,396), ortaklığın, tercihine bağlı olarak, BK m. 414 (BK Tasarısı m. 530) veya 41/II (BK Tasarısı m. 49/II) hükümleri uyarınca da ilgili ortaktan taleplerde bulunabilecek olmasıdır. Dolayısıyla, sözü geçen talep hakları, rekabet yasağına bağlı yaptırımlar olarak da hakların yarışması niteliğindeki bir ilişkiye sahip bulunmaktadır.

¹⁶⁵ Alman hukukunda aynı yönde bkz. **Merkt**, s.

B i b l i y o g r a f y a

- Akın**, Yusuf Murat, Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.'lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002.
- Armbrüster**, Christian, Wettbewerbsverbote im Kapitalgesellschaftsrecht, ZIP, 29/1997, s. 1269 vd.
- Arslanlı**, Kollektif ve Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1960.
- Arslanlı/Domaniç**, Limited ve Hisseli Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989.
- Aydoğan**, Fatih, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005.
- Bahtiyar**, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001.
- Barz** in Grosskomm. AktG, 1.Band, 2.Halbband, Berlin· New York 1973.
- Bayer**, Walter, in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16.Aufl., 2004.
- Böckli**, Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996.
- Bürgi**, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Art. 698-730, Zürich 1969.
- Chappuis**, F., La Clause de Prohibition de Concurrence dans une Convention d'Actionnaires, SJ (2003) N° 11, s. 317 vd.
- Domaniç**, Hayri, Anonim Ortaklıklar Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988.
- Domaniç**, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988.
- Domaniç**, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I : Adi Ortaklık, Kollektif ve Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1988.
- Franko**, Nisim, Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti, BATİDER, C. XIII, S.1., s. 21 vd.
- Göksoy**, Y.Can, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001.
- v. Greyerz**, Die Aktiengesellschaft, in : Schweizerisches Privatrecht VIII/2, Basel 1982.
- Guhl/Koller/Druey**, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1991.
- Gutzwiller**, M., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.Band : Obligationenrecht, 6.Teil : Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Zürich 1972.
- Hachenburg/Mertens**, GmbHG, 7.Aufl., 1979.

- Hacımahmutoğlu**, S., Duties of Corporate Directors under Turkish Law : A Comparative Analysis, (2000) 2 ICCLJ (International and Comparative Corporate Law Journal), s. 1 vd.
- Hamilton**, R. W., The Law of the Corporations, St. Paul, Minn. 1996.
- Hüffer**, U., Aktiengesetz, München 2004.
- İmregün**, Oğuz, Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989.
- Janggen/Becker**, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VII, Bern 1939.
- Kalpsüz**, Turgut, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları, Prof. Dr. H.C.Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 347 vd.
- karahan**, Sami, Anonim Ortaklıklarda Tasfiye, Konya 1998.
- Kendigelen**, Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994.
- Kessel**, W., in : Lang/Weidmüller Genossenschaftsgesetz Kommentar, 31. völlig neubearbeitete Auflage, Berlin 1984.
- Löffler**, J., Zur Reichweite des gesetzlichen Wettbewerbsverbots in der Komanditgesellschaft, NJW 1986, Heft 5, s. 224.
- Merkt**, H., Unternehmensleitung und Interessenkollision, ZHR 159 (1995), s. 423 vd., s. 448.
- Meyer-Landrut** in Grosskomm. AktG, 1.Band, 2.Halbband, Berlin· New York 1973.
- Nomer**, Füsün, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.
- Okutan Nilsson**, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004.
- Parkinson**, J. E., Corporate Power and Responsibility, Oxford 2000.
- Patry**, R., Précis de Droit Suisse des Sociétés, Volume I : Les notions fondamentales - Les sociétés sans personnalité juridique, Berne 1976.
- Paulck**, Heinz, Handbuch der stillen Gesellschaft, Köln 1959.
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2007, 10. Tıpkı Basım.

- Salfeld**, Rainer, Wettbewerbsverbote im Gesellschaftsrecht, Frankfurt am Main Berlin New York 1987.
- Schlegelberger/Martens**, Handelsgesetzbuch, Kommentar (bearbeitet von Gessler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, Martens und Schmidt), 5.Auflage, Band III/1.Halbband, München 1973.
- Schmidt**, K., Gesellschaftsrecht, Köln 1986, s. 441.
- Siegwart**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4.Teil : Die Personengesellschaften (Art. 530-619), Zürich 1938.
- Siegwart**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, 5.Teil : Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen (Art. 620-659 OR), Zürich 1945.
- Stuhlfelner**, in Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4.neubearb. und erw. Aufl., Heidelberg 1996.
- Sudhoff**, H., Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, Systematischer Kommentar mit Formular- und Texthandbuch, 6.Auflage, München 1985.
- Tekil**, F., Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Teoman**, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. I, Kitap 7, 1995-1996, İstanbul 1997.
- Thüsing**, Gregor, Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern, NZG, Heft 1/2004, s. 9 vd.
- Tiedchen**, Susanne, Wettbewerbsverbote im GmbH-Konzern, GmbHR 10/1993, s. 616 vd.
- Ulmer**, in Staub's Grosskomm. HGB, 4.neubearbeitete Auflage, 9.Lieferung §§ 161-177a, Berlin· New York 1987.
- Wohlmann**, Herbert, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in : Schweizerisches Privatrecht VIII/2, Basel 1982.
- Yalman**, M./**Taylan**, E., Adi Ortaklık, Ankara 1976.
- Yıldırım**, Ali Haydar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu, İzmir 2008.