

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ANONİM ORTAKLIKTA YÖNETİM KURULU
ÜYESİNİN
REKABET YASAĞI**



DOKTORA TEZİ

Burcu GÜNAYDIN GÜLTEKİN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. S. Anlam ALTAY

OCAK 2022

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ANONİM ORTAKLIKTA YÖNETİM KURULU
ÜYESİNİN
REKABET YASAĞI**



DOKTORA TEZİ

Burcu GÜNAYDIN GÜLTEKİN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. S. Anlam ALTAY

OCAK 2022

ÖNSÖZ

“Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Rekabet Yasağı” başlıklı bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanan bir doktora tezidir. Bu tezin hazırlanmasında, büyük emeği ve özverisi ile bana destek olan, bitmek tükenmek bilmeyen enerjisi ile tüm sorularımı cevaplayan, ufkumu açan ve yolumu aydınlatan tez danışmanım Prof. Dr. S. Anlam Altay’a şükranlarımı sunmaktayım.

Tez jürimde yer almayı kabul ederek beni onurlandıran Prof. Dr. İ. Hamdi Yasaman’a, Prof. Dr. H. Murat Develioğlu’na, Prof. Dr. N. Füsun Nomer Ertan’a ve Doç. Dr. Fülürya Yusifoğlu’na teşekkürü bir borç bilmekteyim. Doktora tez sürecinde ve akademik çalışmalarda benden yardımlarını ve desteklerini esirgemeyen Doğuş Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi A. Begüm Keleş Güven’e, Dr. Rifat Cankat’a, meslektaşlarım Av. Leyla Orak Çelikboya’ya, Av. Murat Can Alayoğlu’na, Av. Beril Kaptan’a, Av. Begüm Yiğit’e, Av. Ferda Nur Güvenalp’e, Av. Eylem Işık’a, Av. Esra Nur Kuşcan’a, Stj. Av. Naz Başoğlu’na ve Stj. Av. Utku Ersan’a da teşekkürlerimi sunmaktayım.

Bu zorlu yolculukta, bana inanmaktan hiç vazgeçmeyen ve varlıkları ile varlığıma güç katan annem Belgin Günaydın’a ve babam Aziz Günaydın’a şükran ve minnetlerimi sunuyorum. Evliliğimizin ilk yıllarında doktora çalışmamı büyük sabır ile karşılayan ve elimi tutmaktan hiç yorulmayan eşim Ahmet Gültekin’e de gönülden teşekkür ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR	ix
RÉSUMÉ.....	xii
ABSTRACT	xviii
ÖZET.....	xxiv
GİRİŞ	1
I. KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI.....	1
II. YÖNTEM VE PLAN	3
BİRİNCİ BÖLÜM	
REKABET YASAĞININ KAVRAMSAL TEMELLERİ.....	5
I. GENEL OLARAK REKABET YASAĞI KAVRAMI.....	5
A. Rekabet Kavramı.....	5
1. Rekabet Kavramının Ekonomik Temelleri	5
2. Rekabet Kavramının Hukuki Temelleri.....	8
B. Rekabet Yasağının Unsurları, Tanımı ve Benzer Müesseselerle	
Karşılaştırılması	12
1. Unsurları	12
2. Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	18
3. Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması	20
a. Haksız Rekabet – Rekabet Yasağı.....	20
aa. Haksız Rekabet Kavramının Ana Hatlarıyla İncelenmesi .	20
ab. Rekabet Yasağı ile Karşılaştırılması	26
b. Rekabet Hukuku – Rekabet Yasağı.....	31
C. Rekabet Yasağına İlişkin Hükümlerin Özellikleri	35
1. Emredici Nitelikte Olmama	35
2. Dar Yorumlanma	37

D. Rekabet Yasağının Türleri	39
1. Kanundan Doğan Rekabet Yasağı	39
2. Sözleşmeden Doğan Rekabet Yasağı	41
II. REKABET YASAĞININ BORÇLAR HUKUKU'NDAKİ YERİ	45
A. Hizmet Sözleşmesi	45
B. Vekâlet Sözleşmesi	56
III. REKABET YASAĞININ ORTAKLIKLAR HUKUKU'NDAKİ YERİ ..	59
A. Adi Ortaklık	59
B. Kollektif Ortaklık	62
C. Adi Komandit ve Paylı Komandit Ortaklık.....	67
D. Limited Ortaklık.....	70

İKİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM KURULU ÜYESİNE GETİRİLEN REKABET YASAĞININ DÜZENLENME NEDENİ VE KİŞİ BAKIMINDAN UYGULANMASI.....	79

I. GENEL OLARAK YÖNETİM KURULUNUN, YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN VE BAĞLI TACİR YARDIMCILARININ KONUMU	79
A. Yönetim Kurulu	79
B. Yönetim Kurulu Üyesi İle Ortaklık Arasındaki Hukuki İlişki	82
C. Yönetim veya Temsil Yetkisini Devralan Üçüncü Kişi.....	87
D. Ticari Temsilci ve Ticari Vekil	92
II. ANONİM ORTAKLIKTA REKABET YASAĞINI DÜZENLEYEN HÜKMÜN ANA HATLARI İLE TANITILMASI	94
A. Alman Hukuku'nda	94
B. İsviçre Hukuku'nda	98
C. Türk Hukuku'nda	101
III. YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN REKABET YASAĞININ DÜZENLENME NEDENİ	105
A. Genel Olarak	105
B. Sadakat Yükümlülüğü	106
1. Ana Hatları ile Sadakat Yükümlülüğü Kavramı	106
2. Yönetim Kurulu Üyesinin Sadakat Yükümlülüğü.....	112
a. Kaynağı.....	112
b. Anlamı ve İşlevi	113
ba. Sadakat Yükümlülüğünün Ölçüsü: Ortaklık Menfaati	113

bb. İşlevi: Sorumluluk.....	118
c. Muhatabı ve Lehdarı.....	120
d. Kurumsal Yönetim İlkeleri ile İlişkisi.....	121
e. Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi.....	125
f. Çalışmayı Ortaklığa Tahsis Etme Yükümlülüğü	129
C. Değerlendirmemiz	135
IV. REKABET YASAĞININ KİŞİ BAKIMINDAN UYGULANMASI.....	137
A. Yönetim Kurulu Üyeleri	137
B. Yönetim veya Temsil Yetkisini Devralan Üçüncü Kişi.....	141
C. Ticari Temsilci ve Ticari Vekil	146
D. Paysahipleri	149
1. Genel Olarak	149
2. İkincil Yükümlülük Açısından.....	158
3. Paysahipleri Sözleşmesi Açısından	159
4. Değerlendirmemiz	162

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABET YASAĞININ KONU - YER - ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMA ŞARTLARI	165
I. KONU BAKIMINDAN KAPSAMI.....	165
A. Rekabet Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Haller.....	165
1. Ortaklığın İşletme Konusuna Giren Ticari İş Türünden Bir İşlemi Kendisinin veya Başkasının Hesabına Yapmak.....	165
a. Genel Olarak.....	165
b. Şartları	167
ba. Ortaklığın İşletme Konusuna Dahil Olması	167
bb. Ticari İş Türünden Bir İşlem Olması	169
bc. Kendisi veya Başkası Hesabına İşlem Yapma	172
c. Özel Durumlar	173
ca. Rakip Ortaklığın Yönetim Organında Yer Almak.....	173
cb. Rakip Ortaklığa Hizmet Sözleşmesi ile Bağlı Bir Çalışan Olmak.....	179
cc. Rakip Ortaklığa Danışmanlık Hizmeti Sunmak	180
cd. Rakip Ortaklığa Kredi Sağlamak.....	181
ce. Ortaklık Fırsatı Doktrini	182

2. Ortaklıkla Aynı Tür Ticari İşlerle Uğraşan Başka Bir Ortaklığa Sınırsız Ortak Olmak.....	189
B. Rekabete İzin Verilmesi ve Etkileri	192
1. İzne Yetkili Makam	194
a. Genel Kurul Kararı	194
b. Ana Sözleşme	204
2. İznin Şekli	206
3. İznin Süresi	208
4. İzinden Rücu Edilmesi ve İbra Kararı ile İlişkisi	209
5. İznin Sonuçları	214
II. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMA ŞARTLARI.....	216
A. Yönetim Kurulu Üyeliği Süresince Rekabet Yasağı.....	216
1. Genel Olarak	216
2. Rekabet Edici Faaliyete Hazırlık Çalışmaları.....	222
B. Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesinden Sonra Rekabet Yasağı.	224
1. Genel Olarak	224
2. Geçerlilik Şartları ve Sınırları.....	225
3. Hizmet Sözleşmesine Özgü TBK m. 444 vd. Hükümlerinin Kıyasen Uygulanabilirliği	234
III. YER BAKIMINDAN UYGULANMA ŞARTLARI	237
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	
REKABET YASAĞININ İHLALİNİN NETİCELERİ.....	239
I. GENEL OLARAK.....	239
II. TTK M. 396 HÜKMÜ UYARINCA ÖNGÖRÜLEN TALEP HAKLARI.	240
A. Tazminat Talebi	240
B. İşlemin Ortaklık Adına Yapılmış Sayılması Talebi	246
1. Yaptırımın Özellikleri.....	246
2. Yaptırımın Etkisi.....	251
3. Yaptırımın Sonuçları.....	252
C. Elde Edilen Menfaatin Ortaklığa Ait Olması	258
1. Yaptırımın Özellikleri.....	258
2. Yaptırımın Etkileri.....	259
3. Yaptırımın Sonuçları.....	260

a. Üyenin Rakip Bir Ortaklığa Sınırsız Sorumlu Ortak Olarak Katılması Halinde	263
b. Üyenin Rakip Ortaklığın Yönetim Organında Yer Alması Halinde.....	267
D. Talep Hakkının Seçimi.....	268
1. Talep Hakkının Seçiminde Yetki.....	268
2. Seçim Hakkının Kullanılması	269
a. Seçim Kararı	269
aa. Seçim Kararının İçeriği.....	270
ab. Seçim Kararında Toplantı ve Karar Nisabı	271
aba. Tüm Üyelerin Rekabet Yasağını İhlal Etmesi	273
abb. Tek Kişilik Yönetim Kurulunda Tek Üyenin Rekabet Yasağını İhlal Etmesi	274
3. Seçim Hakkının Niteliği	276
E. Zamanaşımı	278
1. TTK m. 396 f. 3 Hükmünde Öngörülen Sürenin Niteliği.....	278
2. Üç Aylık ve Bir Yıllık Zamanaşımı Süreleri	281
a. Genel Olarak.....	281
b. Üç Aylık Sürenin Başlangıcı.....	283
ba. Diğer Yönetim Kurulu Üyeleri.....	283
baa. Tüm Üyelerin Rekabet Yasağını İhlal Etmesi Halinde...	285
bab. Tek Kişilik Yönetim Kurulunda Tek Üyenin Rekabet Yasağını İhlal Etmesi Halinde	286
bb. Öğrenme Kavramı	286
c. TTK m. 560 Hükmünde Öngörülen Süreler ile Karşılaştırılması	287
III. DİĞER TALEPLER	290
A. Üyenin Katıldığı Yahut Yönetim Organında Yer Aldığı Ortaklıktan Çekilmesi	290
B. Üyenin Azledilmesi.....	290
C. Yasağın İhlali Bakımından Sona Erdirme ve Önleme Davası	293
1. Sona Erdirme Davası	293
2. Önleme Davası.....	294

IV. TTK m. 396 HÜKMÜNÜN YÖNETİM KURULU ÜYESİ HAKKINDA AÇILACAK SORUMLULUK DAVASI İLE İLİŞKİSİ	295
A. Ana Hatları ile Yönetim Kurulu Üyesinin TTK m. 553 Hükmü Uyarınca Sorumluluk Davası	295
B. TTK m. 553 Hükmünde Öngörülen Sorumluluk Davası ile TTK m. 396 Hükmünün Arasındaki İlişki	301
1. ETK Zamanında	302
2. TTK Zamanında	304
3. Değerlendirmemiz	306
SONUÇ	311
KAYNAKÇA	320
ÖZGEÇMİŞ	356

KISALTMALAR

Abs.:	Absatz
AktG:	Aktiengesetz
Alm.MK:	Alman Medeni Kanunu
Alm.POK:	1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Alm.TK:	Alman Ticaret Kanunu
Anm.:	Anmerkung
AP:	Arbeitsrechtliche Praxis
Art:	Artikel
Aşa.:	Aşağıda
Aufl.:	Auflage
AY:	1982 tarihli T.C. Anayasası
Batider:	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi
BAG:	Bundesarbeitsgericht
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH:	Bundesgerichtshof
BGHZ:	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BK:	Berner Kommentar
bkz.:	bakınız
BSK:	Basler Kommentar
C:	Cilt
CHK:	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Çev:	Çeviren
Diss.:	Dissertation

dn.:	Dipnot
DStR:	Deutsches Steuerrecht
E:	Esas
EBK:	818 sayılı Borçlar Kanunu
Einf.:	Einführung
Einl.:	Einleitung
ETK:	6762 sayılı Ticaret Kanunu
f.:	Fıkra
GesR:	Gesellschaftsrecht
Großkomm.:	Großkommentar
GRUR:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWR:	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB:	Handelsgesetzbuch
HMK:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.:	Herausgeber
İİK:	2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İsv.BK:	İsviçre Borçlar Kanunu
İsv.MK:	İsviçre Medeni Kanunu
İsv.UWG:	İsviçre Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanun
K:	Karar
Karş.:	Karşılaştırınız
Komm.:	Kommentar
KYT:	II-17.1 Kurumsal Yönetim Tebliği
m.:	madde
MK:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
Müko:	Münchener Kommentar
N.:	Numara
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
NZG:	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OFK:	Orell Füssli Kommentar

OR:	Obligationrecht
RKHK:	4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S:	Sayı
s.:	sayfa
SHK:	Stämpflis Handkommentar
SPK:	6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
TBK:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.:	ve devamı
Yuk.:	Yukarıda
ZGB:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZK:	Zürcher Kommentar
6335 sayılı Kanun:	Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RÉSUMÉ

L'objet de notre étude est la prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration avec la société dans la société anonyme prévu par l'Article 396 de la Code de Commerce Turc. La prohibition de concurrence est la restriction de l'activité commercial et de la liberté de concourir de la partie qui a la possibilité de disposer des informations, des outils et des ressources, à cause de la relation juridique entre les parties, qui la rendront supérieur dans la concurrence avec l'autre partie. L'idée de base sous-jacente de la prohibition de concurrence est la nécessité de protéger le bénéficiaire de la prohibition contre les activités concurrentielles de la personne qui est soumis à la prohibition. Ce qui est interdit dans la prohibition de concurrence, c'est que la personne qui est soumise à la prohibition établisse une relation concurrentielle en agissant d'une manière compétitive et devienne un concurrent avec le bénéficiaire de la prohibition. Cette relation concurrentielle se produira si le même service ou produit pour des besoins identiques ou similaires sont entièrement ou partiellement offerts au même client ou au même groupe de clients. Le fait que le membre du conseil d'administration dans la société anonyme dispose d'un pouvoir supérieur qui peut facilement pénétrer toutes les informations et ressources de la société, contient en même temps le risque d'utilisation de ce pouvoir en faveur de lui-même ou autres au lieu de l'intérêt de la société. Voici la prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration qui est réglementée par l'Article 396 du Code de Commerce Turc, visant à éliminer le risque d'utilisation de ce pouvoir dont le membre est disposé, à son profit ou à celui d'autrui au lieu du profit de la société, est l'une des états qui concrétise le devoir de fidélité du membre envers la société. L'objectif de notre étude est de déterminer le domaine d'application et les conditions de ladite prohibition dans son ensemble.

Dans le premier chapitre de notre étude, les bases conceptuelles de la prohibition de concurrence ont été tentées d'être dévoilées. Dans ce contexte, en premier lieu, les fondements économiques et juridiques du concept de concurrence ont été examinés. La concurrence économique est le fait de concurrencer de plus d'un participant du marché dans un marché particulier pour faire des affaires avec la contrepartie dans le

but d'être supérieur à ses concurrents avec des meilleurs prix, des conditions, des meilleurs produits ou des meilleures offres de service. Cependant, la volonté d'être supérieur à ses concurrents et l'effort à faire en ce sens, peuvent se révéler dans la forme d'un abus de droit de concourir ou dans la forme d'un comportement limitant ou éliminant l'environnement concurrentiel. En République de Turquie, la liberté des individus d'exercer des activités commerciales et le droit de concourir, même si ce n'est pas explicitement mentionné, sont garantis par la Constitution. Pourtant, tout comme les autres droits et libertés, le droit et la liberté de concourir ne peuvent être exercés sans limitations. Deuxièmement, la portée de la prohibition de concurrence est évaluée. Dans ce sens, les éléments, la définition et le caractère juridique de la prohibition de concurrence ont été tentés d'être déterminés. De plus, en comparant la prohibition de concurrence avec les dispositions de la concurrence déloyale visant à assurer la concurrence juste et non faussée dans notre droit et les règles du Droit de Concurrence visant à empêcher la détérioration de la concurrence à cause des comportements restrictifs ; les caractéristiques remarquables de la prohibition de concurrence ont été déterminées. Troisièmement, la qualité des dispositions concernant la prohibition de concurrence a été examinée. Les dispositions concernant la prohibition de concurrence ne sont pas impératives puisqu'elles ne sont pas pour l'ordre public mais pour les relations internes des parties et elles servent à l'intérêt personnel du bénéficiaire de la prohibition. La prohibition de concurrence est exceptionnelle parce qu'elle limite sévèrement la liberté d'activité commercial garantie par la Constitution de la personne soumise à la prohibition, ainsi les dispositions concernant la prohibition de concurrence doivent être interprétées d'une manière restrictive. Quatrièmement, comme la prohibition de concurrence peut être déterminée par l'accord mutuel des parties par le biais d'un contrat ; parfois la prohibition de concurrence peut être également réglementée avec une disposition par le législateur en donnant une importance spéciale à la prohibition de concurrence dans le contexte de la relation spécial entre les parties. Dans le premier chapitre, finalement, les formes d'apparition de la prohibition de concurrence dans le Droit des Obligations et le Droit des Sociétés ont été déterminées.

Dans le deuxième chapitre de notre étude, la raison de réglementation de la prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration et le domaine d'application *ratione personae* de ladite prohibition sont discutés. Dans ce contexte, tout d'abord, la position du conseil d'administration, des membres du conseil

d'administration et des assistants commerciaux affiliés dans la société est généralement accentuée. Ensuite, les dispositions concernant la prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration respectivement dans le Droit Allemand, le Droit Suisse et le Droit Turc sont placées. En Droit Allemand, tout comme en Droit Turc, la prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration est prévue par la disposition § 88 de La Loi Allemande sur Les Sociétés par Actions ; en Droit Suisse, même si la prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration n'est pas réglementée par une disposition, c'est accepté par la doctrine. Ensuite, la raison de réglementation de la prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration a été examinée. Dans ce contexte, le devoir de fidélité du membre du conseil d'administration est découlé de la relation juridique fondée sur la confiance mutuelle entre le membre et la société. En raison de devoir de fidélité, le membre doit éviter la confrontation de son propre intérêt et celle de la société, autrement dit, les conflits d'intérêts. Lorsque le membre tente de concourir avec la société, les intérêts de la société et le membre sont en conflit. Dans ce conflit, le membre se trouve dans une position extrêmement forte par rapport à la société, grâce aux informations et aux ressources qu'il a acquises à cause de son rôle dans la société. Pour cette raison, le fondement de la prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration est le devoir de fidélité qui vise à empêcher la confrontation de l'intérêt de la société et le propre intérêt du membre. Enfin, dans ce chapitre, il a été déterminé qui est soumis à la prohibition de concurrence découlant de la loi, conformément à l'Article 396 du Code de Commerce Turc. Dans ce contexte, le champ *ratione personae* de l'Article 396 de Code de Commerce Turc comprend les membres du conseil d'administration et les tiers qui reprennent l'autorité de gestion. Le représentant commercial et le mandataire commercial de la société sont soumis à la prohibition de concurrence conformément à l'Article 553 du Code des Obligations Turc qui réglemente la prohibition de concurrence des assistants commerciaux affiliés. L'actionnaire n'est pas soumis à la prohibition de concurrence avec la société; le devoir de l'actionnaire de ne pas concourir avec la société peut être déterminé seulement par un contrat du Droit des Obligations. Par ailleurs, en examinant la prohibition de concurrence de l'actionnaire, la question de savoir si l'actionnaire a un devoir de fidélité envers la société a été également abordée en matière de Droit Allemand, Droit Suisse et Droit Turc.

Dans le troisième chapitre de notre étude, les conditions d'application de la prohibition de concurrence du membre de conseil d'administration en matière d'objet, de lieu et de temps ont été examinées. Pour qu'un membre du conseil d'administration viole la prohibition de concurrence avec la société, le membre doit avoir une activité concurrentielle avec la société. Selon le premier alinéa de l'Article 396 du Code de Commerce Turc, deux types d'activités concurrentielle du membre du conseil d'administration sont interdites. La première est que le membre du conseil d'administration effectue une opération de type commercial qui entre dans le cadre de l'activité de la société au compte de lui-même ou de quelqu'un d'autre. Dans ce contexte, si le membre effectue toutes sortes d'opérations qui entrent dans le cadre d'activité actuel de la société dans le but d'en tirer profit au compte de lui-même ou de quelqu'un d'autre, la prohibition sera violée. Le fait pour le membre d'être l'organe de gestion dans une société concurrente, est également inclus dans le champ de cette prohibition. En outre, le fait pour le membre d'être salarié avec un contrat de service lié à une société concurrente ou d'offrir des services de conseil ou de fournir des crédits, de bénéficier d'une opportunité d'opération appartenant à la société, peut également considéré dans le cadre de la prohibition de concurrence conformément aux conditions du cas concret. La deuxième est que le membre participe à une société s'occupant des mêmes types d'activités commerciales que la société, en tant qu'un associé ayant une responsabilité illimitée. Dans ce cadre, si le membre devient un associé d'une société simple ou d'une société collective, devient un associé commandité d'une société commandite tout en entrant dans le cadre d'activité actuel de la société, la prohibition sera violée. La prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration avec la société peut être enlevée par l'autorisation de l'assemblée générale conformément à l'Article 396 du Code de Commerce Turc. L'autorisation à donner au membre pour concourir avec la société peut être donnée sous forme d'autorisation préalable ou de ratification ultérieure ; l'autorisation peut être établie explicitement ou implicitement. Conséquemment à l'autorisation donnée au membre pour concourir, même si le membre fait des activités concurrentielles avec la société, l'Article 396 du Code de Commerce Turc ne sera pas applicable. La prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration est pendant la durée du mandat du membre du conseil d'administration. Pour que la prohibition de concurrence soit valable après l'expiration de la qualité de membre du conseil d'administration, les parties doivent s'accorder sur ce sujet. Ce contrat de la

prohibition de concurrence sera soumis aux conditions générales de validité. Les parties peuvent conclure à leur guise le contrat de la prohibition de concurrence à condition d'être en conformité avec le deuxième alinéa de l'Article 23 du Code Civil et l'Article 26 et le premier alinéa de l'Article 27 du Code des Obligations Turc, conformément au principe de liberté contractuelle propre au Droit des Obligations. La prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration est valable en matière de lieu où la société dirige ses activités actuelles et où la clientèle se trouve.

Dans le quatrième et le dernier chapitre de notre étude, les conséquences de la violation de la prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration ont été examinées. Dans le cas où le membre du conseil d'administration viole la prohibition de concurrence, les conséquences de la violation de la prohibition sont réglementées par le premier alinéa de l'Article 396 du Code de Commerce Turc. Selon ladite disposition, certains droits facultatifs en faveur de la société sont prévus. À savoir, le premier des droits de réclamation est la demande d'indemnisation à réclamer du membre qui viole la prohibition de concurrence avec la société. Le deuxième est la demande où l'opération soumise à la prohibition de concurrence est réputée d'avoir été effectuée au nom de la société et le troisième est la demande où les intérêts découlant des contrats qui sont conclus par le membre pour le compte des tiers appartiennent à la société. La société dans sa demande d'indemnisation, doit prouver l'activité qui viole la prohibition de concurrence du membre du conseil d'administration, le fait que la société a subi des dommages à la suite de cette opération, le lien de causalité entre cette activité et le dommage de la société. La société, dans sa demande où l'opération soumise à la prohibition de concurrence est réputée d'avoir été effectuée au nom de la société, demande les conséquences économiques de l'opération qui est le sujet de la prohibition de concurrence que le membre a effectuée à son compte. Quant à la demande où les intérêts obtenus appartiennent à la société, la société demande que les intérêts qui sont obtenus par des contrats qui sont conclus par le membre au compte des tiers, soient laissés à la société. À ce stade, la doctrine allemande et les décisions judiciaires sont largement utilisées dans l'explication des droits de réclamation concernant l'opération qui sera réputée d'être effectuée au nom de la société et concernant les intérêts qui appartiendront à la société. Ces droits de réclamation qui sont prévus par le premier alinéa de l'Article 396 du Code de Commerce Turc ne sont pas cumulatifs mais ils sont des droits facultatifs. Conformément au deuxième alinéa de l'Article 396 du Code de Commerce

Turc, l'autorité de choisir l'un des droits de réclamation accordé à la société, appartient aux membres du conseil d'administration autres que le membre qui a violé la prohibition de concurrence en vertu du premier alinéa de ladite disposition. Au troisième alinéa de l'Article 396 du Code de Commerce Turc, un double délai de prescription, trois mois et un an, est prévu. Ces délais sont liés à l'exercice des droits de réclamation facultatifs de la société. Le premier est le délai de trois mois. Pour ce délai, la date où les autres membres ont appris la réalisation de l'opération soumise à la prohibition de concurrence ou la date où la participation du membre du conseil d'administration à une autre société, est considérée comme la base. La deuxième est le délai d'un an, à partir de la réalisation de l'opération contraire à la prohibition de concurrence. Le délai d'un an est indépendant de la date où les membres ont appris la violation de la prohibition de concurrence. La société peut alléguer des autres réclamations qui ne sont pas mentionnées dans l'Article 396 du Code de Commerce Turc contre le membre qui viole la prohibition de concurrence. Dans ce cadre, la société peut demander du membre qui viole la prohibition de concurrence en participant à une société concurrente comme un associé à responsabilité illimité ou en se trouvant dans l'organe de gestion d'une société concurrente, de résigner de la société qu'il a participé ou de l'organe de gestion. De même, la société peut destituer le membre de la qualité de membre du conseil d'administration qui a violé la prohibition. La société peut encore intenter un procès de terminaison de la violation, qui continue, de la prohibition de concurrence du membre; un procès de répression pour les violations qui ne sont pas encore réalisées mais qui contiennent le risque de se réaliser. Enfin dans ce dernier chapitre, le quatrième alinéa de l'Article 396 du Code de Commerce Turc est mentionné. Dans cette disposition, il est précisé que les dispositions concernant les responsabilités des membres du conseil d'administration sont réservées. Cette disposition est une nouvelle disposition qui n'existait pas à l'époque du Code de Commerce Turc n°6762, mais une nouvelle disposition prévue par le Code de Commerce Turc. Dans ce contexte, en déterminant le but et la nature de ladite disposition, l'étude est accomplie.

ABSTRACT

This subject matter of this work is the prohibition of competition with the company of members of board of directors in joint stock companies under art. 396 of the Turkish Commercial Code. The prohibition of competition is a limitation on the commercial activities and the freedom of competition of a restricted party who has access to information, means or resources due to the legal relationship between parties which grant the restricted party a leverage in competition with the other. The core idea underlying the prohibition of competition is the necessity to protect the party benefiting from this prohibition against competitive activities of the restricted party. The prohibition of competition bans the restricted party from establishing competition with the party benefiting from the prohibition through competitive actions, ultimately from becoming the competitor of the beneficiary. The said competition relationship will occur in the event the services or products serving the same or similar needs are provided to the entirety or part of the same customers or customer group. Board members in joint stock company, having the prevailing right of access to all information and resources of the company leads to the risk that it may use this power for its own or other parties' benefit instead of that of the company. Hence, the prohibition of competition on board members regulated under article 396 of the Turkish Commercial Code is one of the concrete examples of the duty of loyalty of a board member towards the company aiming to prevent such usages prioritizing the benefit of the member or of a third person over that of the company. The focal point of this work is the determination of the scope of application and conditions of this prohibition as a whole.

The first chapter of this thesis aims to convey the conceptual basis of the prohibition of competition. In this scope, we first assessed the economic and legal basis of competition. Economic competition is the race/competition of two or more market actors in a specific market in order to engage in a transaction with its counterparty in the market through offering better prices, conditions, goods or services in order to be superior from its competitors. However, the intention to supersede its competitors and the efforts for this purpose may result in the misuse of the right to compete or in an act

limiting or eliminating the competitive environment. The Republic of Turkey provides for a constitutional protection over a person's right to engage in commercial activities and, although not expressly regulated, right to compete. However, as is the case for all rights and liberties, the right and liberty to compete cannot be exercised without any limitation. Second, the scope of the prohibition of competition is assessed. In this regard, we tried to determine the elements of the prohibition of competition, its definition, and its legal categorization. Moreover, a comparison of the prohibition of competition with the provisions governing unjust competition aiming to establish honest and undisrupted competition as well as with the rules of Competition Law aiming to prevent disruption of competition through restrictive actions is provided in order to specify the prominent characteristics of the prohibition of competition. Third, the attributes of the provisions governing the prohibition of competition are assessed. Provisions governing prohibition of competition which do not relate to the public order but to the internal relations of parties, and which serve the personal benefit of the beneficiary, are not of a peremptory nature. The prohibition of competition, which materially limits the liberty of engaging in commercial activities protected under the constitutional law, is of an exceptional nature and hence the provisions governing the prohibition of competition need to be construed in a limited manner. Fourth, the prohibition of competition can be regulated in the letter of a contract through mutual agreement thereon by its parties, or the legislator occasionally provides for a legal provision governing the prohibition of competition by attributing a special importance to this prohibition with respect to a specific relationship between the parties. Last, in this first chapter, we identify the reflections of this prohibition of competition within the scope of the Law of Obligations, and the Law of Corporations.

The second chapter of this work takes into consideration the reasons of regulating a prohibition of competition on board members, and its scope of application regarding the persons concerned. In this context we first broadly assessed the position of the board of directors, board members and affiliated commercial auxiliaries in a company. Then, the legislative provisions respectively of German Law, Swiss Law and Turkish Law governing the board members' prohibition of competition are specified. While in German Law, just as is the case in Turkish law, the prohibition of competition of board members is stipulated in § 88 of the German Stock Corporation Act, the Swiss Law does not regulate this prohibition of competition of board members with a statutory provision, nonetheless, this prohibition is accepted by the scholars.

Thereafter, the reason for regulating the prohibition of competition of board members is assessed. In this scope, the duty of loyalty of a board member arises from the legal relationship between the member and the corporation being based on the principle of trust. The member must refrain from conflicting its interests with the interests of the corporation, in other words, from conflict of interests, due to its duty of loyalty. When the member engages in competition with the company, the interests of the company and the board member conflict with each other. The member is in a considerably advantageous position in this conflict compared to the company, due to the information and resources to which it has access thanks to its position within the company. For this reason, the duty of loyalty aiming to prevent the conflict of interest between the company and the member lies at the basis of the board member's prohibition of competition. Lastly, in this chapter, the persons subject to the prohibition of competition pursuant to article 396 of the Turkish Commercial Code are identified. In this respect, the members of the board of directors as well as persons to whom management authorities are delegated fall within the scope of the *ratione personae* of article 396 of the Turkish Commercial Code. The commercial representatives and commercial proxies of a company are prohibited from competition pursuant to the prohibition of competition regarding commercial auxiliaries pursuant to article 553 of the Turkish Code of Obligations. Whereas a shareholder is not subject to the prohibition of competition with the company; this prohibition may only be regulated by a contract subject to the Law of Obligations. Furthermore, when evaluating the prohibition of competition of shareholders, whether the shareholder has a duty of loyalty to the company has been assessed under German Law, Swiss Law and Turkish Law.

The third chapter of this work sets forth the scope of application of the prohibition of competition of board members with respect to its subject matter, place, and time. In order for a board member to violate the prohibition of competition with the company, the member must engage in an activity competing with the company. Pursuant to the first paragraph of article 396 of the Turkish Commercial Code, two types of competitive actions of board members are banned. The first type is the member engaging in an action which is a commercial transaction that falls within the scope of the field of activity of the company, on behalf of itself or a third party. Accordingly, all kinds of acts and actions of the member realized on behalf of itself or third parties which fall within the scope of activity of the corporation would constitute

the breach of the prohibition. The scope of this prohibition also encompasses joining the managing body of another corporation. Furthermore, depending on the specifics of a concrete case, the same member being an employee of a competitor corporation under a service contract, or providing consultancy services or extending facilities to a competitor, or benefiting from a job opportunity which belonged to the company may also be construed to be within the scope of the prohibition of competition. The second type is the member being engaged as a partner with unlimited liability in a corporation engaging in the same types of commercial activities. In this regard, if a member becomes a partner of an ordinary partnership or a collective corporation, or a partner with unlimited liability of a commandite corporation, which engages in activities that fall within the scope of activities of the joint stock company, the prohibition will be breached. The prohibition of competition of the board member with the company may be lifted by an authorization granted by the general assembly pursuant to article 396 of the Turkish Commercial Code. This permission to compete to be granted to a board member may be in the form of a prior approval or a later acknowledgement (ratification), in an expressed or implied manner. As a result of the member being permitted to compete, article 396 of the Turkish Commercial Code will no longer apply even if the member engages in activities in competition with the company. The prohibition to compete of the board member lasts for the duration of the board membership. Once the membership ends, the parties must conclude an agreement in order to continue the prohibition of competition. The said agreement regarding the prohibition of competition will be subject to form requirements to be valid. Pursuant to the liberty of contract inherent in the Law of Obligations, the parties may freely execute an agreement regarding the prohibition of competition, provided they comply with the provisions in paragraph 2 of article 23 of the Civil Code or article 26 and first paragraph of article 27 of the Turkish Commercial Code. The prohibition to compete of board members is valid as long as they execute the activities of the company, and within the geography where the clientele of the corporation is located.

The fourth and last chapter of this work is devoted to the consequences of breach of the prohibition to compete by a board member. If a member of the board of directors violates this prohibition, the consequence of this breach is regulated in the first paragraph of art. 396 of the Turkish Commercial Code. Accordingly, the joint stock company is granted with certain elective rights. Such that, primarily the company may request compensation from the member in breach of the prohibition of competition.

Second, it may be requested that the transaction is deemed concluded on behalf of the joint stock company, third, that the benefits arising from the agreement the member concludes on behalf of third parties belong to the joint stock company. In its request for compensation, the joint stock company must prove the action of the board member violating the prohibition of competition, that the corporation suffered losses from this activity, and the causal link between this activity and the loss of the company. In its request for the transaction to be deemed concluded on its behalf, the company requests for the economic consequences of the transactions the member concluded in violation of the prohibition of competition on its behalf. In its request for the benefits arising from the agreement, the company requests that benefits arising from the agreement the member concluded on behalf of third parties are left to itself. At this point, we materially benefited from the German doctrine and jurisprudence in explaining the claims requesting that a transaction is deemed concluded on behalf of the company and that the benefits from the transactions are left to the company. These rights granted in the first paragraph of article 396 of the Turkish Commercial Code are not cumulative but elective. Pursuant to the second paragraph of article 396 of the Turkish Commercial Code, the authority to chose one of the elective rights granted to the company belongs to the members of the board of directors, excluding the member having violated the prohibition of competition. The third paragraph of article 396 of the Turkish Commercial Code regulates a dual prescription period of three months and one year. These periods are with respect to the exercise by the company of its elective right to make a claim. The first is the period of three months whose commencement will be determined based on the knowledge by other members that an action subject to the prohibition of competition is realized or that a board member joined another corporation. The second period is the period of one year commencing from the realization of the action violating the prohibition to compete. This one-year period is independent from other members' knowledge that the prohibition to compete has been breached. The corporation may raise other claims against the member violating the prohibition of competition which are not stipulated under article 396 of the Turkish Commercial Code. Accordingly, the corporation may request that the member violating the prohibition of competition through joining a competing corporation as a partner with unlimited liability or joining the managing body of a competitive corporation resigns from this corporation or managing body. Further, the company may dismiss the member violating the prohibition of competition from board

membership. Again, the company may initiate a lawsuit to cease the ongoing violation of the prohibition of competition by a board member, or a lawsuit of preclusion prior to probable breaches which have not yet occurred. In this chapter, lastly, the fourth paragraph of article 396 of the Turkish Commercial Code is assessed. This paragraph regulates that provisions governing liability of the members of the board of directors are reserved. This is a new provision which was not present in the abrogated Turkish Commercial Code no. 6762, newly introduced under the Turkish Commercial Code. In this context, we tried to determine the purpose and characteristics of this provision and concluded this work.



ÖZET

Çalışmamızın konusu, anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesi hükmü uyarınca öngörülen ortaklıkla rekabet yasağıdır. Rekabet yasağı, taraflar arasında bulunan hukuki ilişki gereği, karşı taraf ile rekabetinde kendisini üstün hale getirecek bilgi, araç ve kaynaklara sahip olma imkânı olan tarafın ticari faaliyetinin ve rekabet özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Rekabet yasağının altında yatan temel fikir; yasaktan yararlanan kimseyi, yasağı üstlenen kimsenin rekabet edici faaliyetleri karşısında koruma gerekliliğidir. Rekabet yasağında yasaklanan, yasağa tabi olan kişinin rekabet edici davranışlarda bulunarak yasaktan yararlanan ile rekabet ilişkisi tesis ederek, yasaktan yararlanan ile rakip olmasıdır. Söz konusu bu rekabet ilişkisi, aynı veya benzer ihtiyaçlara yönelik aynı hizmet veya ürünün tamamen ya da kısmen aynı müşteri yahut müşteri grubuna sunulması halinde oluşacaktır. Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin, ortaklığın tüm bilgi ve kaynaklarına rahatlıkla nüfuz edebilen üstün bir güce sahip olması; aynı zamanda bu gücü, ortaklık menfaati yerine, kendisinin veya başkalarının menfaati lehine kullanma riskini de barındırmaktadır. İşte Türk Ticaret Kanunu madde 396 hükmünde düzenlenen yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı da; üyenin sahip olduğu bu gücü, ortaklığın menfaati yerine kendisi veya başkasının menfaatine kullanma riskini bertaraf etmeyi amaçlayan; üyenin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünün somutlaşmış hallerinden biridir. Çalışmamızın odak noktası, anılan yasağın bir bütün olarak uygulanma alanının ve şartlarının belirlenmesidir.

Çalışmamızın birinci bölümünde rekabet yasağının kavramsal temelleri ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda ilkin, rekabet kavramı ekonomik ve hukuki temelleri irdelenmiştir. Ekonomik rekabet, belirli bir piyasada birden fazla piyasa katılımcısının, piyasadaki karşı tarafıyla iş yapmak için; daha iyi fiyatlar, koşullar, daha iyi ürünler veya daha iyi hizmet teklifleri ile rakiplerinden daha üstün olmayı amacı ile birbirleriyle yarışmasıdır. Ancak rakiplerinden daha üstün olma iradesi ve bu yönde gösterilecek çaba, rekabet hakkının kötüye kullanılması veyahut rekabet ortamını kısıtlayıcı ya da ortadan kaldırıcı bir davranış şeklinde ortaya çıkabilecektir. Türkiye Cumhuriyeti'nde kişilerin ticari faaliyette bulunma özgürlüğü ve açıkça

zikredilmese de rekabet etme hakkı anayasal güvence altına alınmıştır. Ancak, tıpkı diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, rekabet hakkı ve özgürlüğü de sınırsız bir şekilde kullanılamayacaktır. İkinci olarak, rekabet yasağının kapsamı değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda rekabet yasağının unsurları, tanımı ve hukuki niteliği saptanmaya çalışılmıştır. Ayrıca rekabet yasağı, hukukumuzdaki dürüst ve bozulmamış rekabeti sağlamaya yönelik haksız rekabet hükümleri ile rekabetin kısıtlayıcı davranışlar nedeniyle bozulmasını engellemeye yönelik Rekabet Hukuku kuralları ile karşılaştırılarak; rekabet yasağının öne çıkan karakteristik özellikleri tespit edilmiştir. Üçüncü olarak, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin niteliği irdelenmiştir. Rekabet yasağına ilişkin hükümler kamu düzenine değil, tarafların iç ilişkisine yönelik olması ve yasaktan yararlananın kişisel menfaatine hizmet etmesi nedeniyle emredici nitelikte değildir. Rekabet yasağı, yasağa tabi kimsenin anayasal güvence altına alınan ticari faaliyet özgürlüğünü ciddi bir şekilde kısıtlaması nedeniyle istisnai niteliktedir, dolayısıyla rekabet yasağına ilişkin hükümlerin dar yorumlanması gerekmektedir. Dördüncü olarak, rekabet yasağı tarafların karşılıklı anlaşması suretiyle bir sözleşme vasıtasıyla kararlaştırılabileceği gibi; kimi zaman kanun koyucu tarafından, taraflar arasındaki özel ilişki bağlamında rekabet yasağına özel bir önem atfedilerek, rekabet yasağını bir kanun hükmü ile düzenlenmektedir. Birinci bölümde, son olarak rekabet yasağının, Borçlar Hukuku'ndaki ve Ortaklıklar Hukuku'ndaki görünüş biçimleri tespit edilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının düzenlenme nedeni ve anılan yasağın kişi bakımından uygulama alanı ele alınmıştır. Bu kapsamda, öncelikle ana hatları ile yönetim kurulunun, yönetim kurulu üyelerinin ve bağlı tacir yardımcılarının ortaklıktaki konumu üzerinde durulmuştur. Ardından, sırasıyla Alman Hukuku, İsviçre Hukuku ve Türk Hukuku'nda yer alan yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Alman Hukuku'nda, tıpkı Türk Hukuku'nda olduğu gibi, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun § 88 hükmü ile öngörülmekle birlikte; İsviçre Hukuku'nda yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı kanun hükmü ile düzenlenmemesine rağmen, doktrin tarafından kabul edilmektedir. Devamında, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının düzenlenme nedeni incelenmiştir. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğü, üye ile ortaklık arasındaki karşılıklı güven esasına dayanan hukuki ilişkiden doğmaktadır. Üye, sadakat yükümlülüğü gereği özellikle kendi menfaati ile ortaklık menfaatlerinin karşı karşıya

gelmesinden, başka bir ifadeyle menfaat çatışmalarından kaçınılmalıdır. Üye ortaklıkla rekabete kalkıştığı zaman, ortaklık ile yönetim kurulu üyesinin menfaatleri birbiriyle zıtlasmaktadır. Bu çatışmada üye ortaklığa nazaran, ortaklıktaki görevi nedeniyle elde ettiği bilgi ve kaynaklar sayesinde son derece güçlü bir konumdadır. Bu nedenle yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının temelinde, ortaklığın menfaati ile üyenin kendi menfaatini karşı karşıya getirmekten alıkoymayı amaçlayan sadakat yükümlülüğü yatmaktadır. Bu bölümde son olarak, Türk Ticaret Kanunu madde 396 hükmü uyarınca, kanundan doğan rekabet yasağına kimlerin tabi olduğu tespit edilmiştir. Bu minvalde Türk Ticaret Kanunu madde 396 hükmünün kişi bakımından kapsamına, yönetim kurulu üyeleri ile yönetim yetkisini devralan üçüncü kişiler girmektedir. Ortaklığın ticari temsilcisi ve ticari vekili ise, bağlı tacir yardımcılarının rekabet yasağını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu madde 553 hükmü uyarınca rekabet yasağına tabidir. Pay sahibinin ise ortaklıkla rekabet yasağı bulunmamakta olup; pay sahibine rekabet etmeme yükümlülüğü ancak bir Borçlar Hukuku sözleşmesi ile kararlaştırılabilecektir. Ayrıca pay sahibinin rekabet yasağı incelenirken, pay sahibinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı sorunu da, Alman Hukuku, İsviçre Hukuku ve Türk Hukuku boyutuyla ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının konu, yer ve zaman bakımından uygulanma şartları incelenmiştir. Yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet yasağını ihlal edebilmesi için üyenin, ortaklıkla rekabet edici bir faaliyeti bulunmalıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, yönetim kurulu üyesinin iki türlü rekabet edici faaliyeti yasaklanmaktadır. Bunlardan ilki, üyenin kendisi veya başkasının hesabına ortaklığın işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlem yapmasıdır. Bu kapsamda üyenin ortaklığın fiili faaliyet alanına giren konularda kazanç amacı güden her türlü iş veya işlemi kendisi veya başkasının hesabına yapması halinde, yasağın ihlali gerçekleşecektir. Bu yasak kapsamına üyenin rakip bir ortaklıkta yönetim organı olması hali de dahil edilmektedir. Ayrıca üyenin rakip bir ortaklığa hizmet sözleşmesi ile bağlı bir çalışan olması yahut danışmanlık hizmeti sunması veya kredi sağlaması, ortaklığa ait bir iş fırsatından yararlanması da somut olayın şartları uyarınca rekabet yasağının kapsamında görülebilecektir. İkincisi ise, üyenin ortaklıkla aynı tür ticari işlerle uğraşan bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla katılmasıdır. Bu kapsamda üye, ortaklığın fiili faaliyet alanına giren konularla uğraşan bir adi ortaklığa ve kollektif ortaklığa ortak olması, komandit ortaklığa da komandite ortak olması halinde

yasağın ihlali gerçekleşecektir. Yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet yasağı Türk Ticaret Kanunu madde 396 hükmü uyarınca genel kurulun izni ile ortadan kaldırılabilmektedir. Üyeye verilecek ortaklıkla rekabet izni, önceden izin şeklinde yahut sonradan onay (icazet) şeklinde; açık veya zımni bir şekilde tesis edilebilir. Üyenin rekabet etmesine izin verilmesi neticesinde, üyenin ortaklıkla rekabet edici faaliyeti göstermesine rağmen, Türk Ticaret Kanunu madde 396 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı, yönetim kurulu üyeliği görevi süresince, Yönetim kurulu üyeliği sona erdikten sonra rekabet yasağının geçerli olabilmesi için tarafların bu hususta anlaşmaları gerekmektedir. Anılan rekabet yasağı sözleşmesi genel geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Taraflar Borçlar Hukuku'na özgü sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, Medeni Kanun'un 23. maddesinin ikinci fıkrası ile Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesi ve 27. maddesinin birinci fıkrası hükümlerine riayet etmek koşuluyla rekabet yasağı sözleşmesini diledikleri gibi akdedebilecektir. Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı, ortaklığın fiili faaliyetini yürüttüğü ve müşteri çevresinin bulunduğu yer bakımından geçerlidir.

Çalışmamızın dördüncü ve son bölümünde, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının ihlalinin neticeleri incelenmiştir. Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, yasağın ihlalinin neticeleri Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, ortaklık lehine bir takım seçimlik haklar öngörülmektedir. Şöyle ki, talep haklarından ilki, ortaklığın rekabet yasağını ihlal eden üyeden zararını tazmin talebidir. İkincisi ortaklığın rekabet yasağına konu işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması ve üçüncüsü de üyenin üçüncü kişiler hesabına akdettiği sözleşmelerden doğan menfaatlerin ortaklığa ait olması talebidir. Ortaklık tazminat talebinde, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal eden faaliyetini, bu faaliyet neticesinde ortaklığın zarara uğradığını, söz konusu faaliyet ile ortaklığın zararı arasındaki illiyet bağıını ispatlaması gerekmektedir. Ortaklık, rekabet yasağına konu işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebinde, üyenin kendi hesabına gerçekleştirdiği rekabet yasağına konu işlemin ekonomik sonuçlarını talep etmektedir. Ortaklık, elde edilen menfaatlerin ortaklığa ait olması talebinde ise, üyenin üçüncü kişiler hesabına yaptığı sözleşmelerden elde ettiği menfaatlerin kendisine bırakılmasını talep etmektedir. Anılan bu talep hakları kümülatif olmayıp, seçimlik haklardır. Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ortaklığa bahşedilen talep haklarından birinin seçilmesinde yetki, anılan hükmün birinci fıkrası uyarınca rekabet

yasağını ihlal eden üyenin dışındaki yönetim kurulu üyelerine aittir. Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesinin üçüncü fıkrasında, üç aylık ve bir yıllık olmak üzere çift zamanaşımı süresi öngörülmektedir. Anılan süreler, ortaklığın seçimlik talep haklarının kullanılmasına ilişkindir. Bunlardan ilki, zamanaşımının başlangıcı için diğer üyelerin, rekabet yasağına konu işlemin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir ortaklığa katıldığını öğrenme tarihlerinin esas alındığı üç aylık süredir. İkinci süre ise, rekabet yasağına aykırı işlemin gerçekleşmesinden itibaren bir yıllık süredir. Bir yıllık süre, diğer üyelerin rekabet yasağının ihlal edildiğini öğrenmelerinden bağımsızdır. Ortaklık, rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı, Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesinde bahsi geçmeyen başka talepler de ileri sürebilecektir. Bu kapsamda ortaklık, rakip bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılmak yahut rakip bir ortaklığın yönetim organında yer almak suretiyle rekabet yasağını ihlal eden üyeden, katıldığı ortaklıktan yahut yönetim organından çekilmesini talep edebilir. Ayrıca ortaklık, rekabet yasağını ihlal eden üyeyi, yönetim kurulu üyeliğinden azledebilir. Yine ortaklık, üyenin devam etmekte olan rekabet yasağının ihlali için sona erdirme davası; henüz gerçekleşmemiş ama gerçekleşme tehlikesi bulunan ihlaller bakımından önleme davası ikame edebilecektir. Bu bölümde son olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesinin dördüncü fıkrasına değinilmiştir. Anılan hükümde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümlerin saklı olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu bu düzenleme 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu zamanında mevcut olmayan, Türk Ticaret Kanunu ile öngörülen yeni bir hükümdür. Bu kapsamda, anılan düzenlemenin amacı ve mahiyeti tespit edilerek çalışma tamamlanmıştır.

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Türkiye Cumhuriyeti'nin ekonomik sistemi, girişim özgürlüğüne ve kişilerin anayasal güvence ile koruma altına alınan çalışma ve faaliyet özgürlüğüne dayanmaktadır. Bu kapsamda, kişiler diledikleri alanda ticari faaliyet göstermekte ve birbirleriyle rekabet etmekte özgürdür. Esasen ekonomik sistemde arzu edilen refah seviyesi de, piyasada kişiler arasındaki serbest rekabet ortamına ve piyasaya girişlerin kısıtlanmamış olmasına bağlıdır. Zira piyasadaki serbest rekabetin varlığı sayesinde; sadece tüketiciler, ürün veya hizmete daha uygun koşullarla erişmekle kalmayacak, aynı zamanda tüm yenilikçi gelişmelerin ve buluşların da önü açılacaktır. Bu nedenle temel ilke, kişilerin piyasada birbirleriyle serbestçe rekabet edebilmesidir. Fakat kimi zaman bu ilke, başka bir kişinin menfaati üstün tutularak haklı bir biçimde kısıtlanabilmektedir. Bu kısıtlanmanın altında yatan düşünce, kişinin kendisine rekabette avantaj sağlayan ve piyasadaki rekabetçi pozisyonunu kuvvetlendiren bilgi ve donanımı esasen menfaati üstün tutulan taraftan edinebilecek olmasıdır.

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu, ortaklığın yönetimi ve temsili ile görevli zorunlu bir organ konumundadır. Yönetim kurulunu oluşturan yönetim kurulu üyeleri de üstlendikleri bu görev ve yetkiler sonucunda, ortaklığa ait her türlü bilgi, donanım ve kaynak hakkında bilgiye sahip olmakta ve ortaklığın tüm faaliyetlerine rahatlıkla nüfuz edebilmektedir. Bu nedenle anonim ortaklıkta, ortaklığa ait her türlü bilgi ve bu bilginin verdiği gücün sahibi, işletmenin sahibi olarak nitelendirilen yönetim kurulu üyeleridir. Yönetim kurulu üyesi ortaklık ile rekabete kalkıştığı takdirde ise, sahip olduğu bu donanım üyeye rekabette avantaj sağlayacak ve üyenin rekabetçi gücünü perçinleyecektir. Üyenin ortaklığa ait bilgilerle donatılmış halde ortaklığın rakibi konumuna geçmesi sonucunda ise ortaklığın menfaatinin ciddi bir şekilde zedeleneyeceği kuşkusuzdur.

Yönetim kurulu üyesi ortaklıkla arasındaki güven esasına dayanan hukuki ilişkisi nedeniyle, ortaklığın bilgilerini ve kaynaklarını ancak aradaki güven esası çerçevesinde ortaklığın menfaatine kullanmakla yükümlüdür. Ortaklığın güven ve

inanç duygusuyla yönetimini emanet ettiği yönetim kurulu üyeleri, bu görevlerini kullanırken ortaklığın menfaatinin üstün tutulması ve ortaklığın menfaatine zarar verebilecek her türlü şeyden kaçınmalıdır. Yönetim kurulu üyesi, ortaklık ile rekabete kalkıştığı takdirde ise; üyenin menfaati ile ortaklığın menfaati birbirleri ile ters yönde konumlanmaktadır. Zira üye de, rekabet duygusunun özü gereği rakiplerini alt etme iradesiyle piyasada hareket edecektir. Bu durumda üyenin piyasadaki rakiplerinden biri de, üyenin bizzat iradesini oluşturduğu ve her türlü bilgi ve kaynaklarına sahip olduğu ortaklıktır. Böyle bir durumda üyenin ortaklık menfaatine göre hareket etme iradesinin kuvvetle bir şekilde sarsılacağı ve üyenin kendi menfaatleri ile ortaklık menfaatlerinin arasında kalacağı, dolayısıyla bir menfaat çatışması doğacağı şüphesizdir.

Netice itibarıyla, yönetim kurulu üyelerinin sahip olduğu bu güçlü konum ve üyelerin ortaklık ile aralarındaki hukuki ilişkinin esasları ile yükümlülükleri kapsamında, üyenin ortaklıkla rekabetinden dolayı ortaklığın ekonomik menfaatinin korunma ihtiyacı bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu da bu gerekliliğe önem atfederek, yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet yasağını 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ m. 396 hükmü ile özel olarak düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla menfaat çatışması yaşamasını engelleyen ve yönetim kurulu üyesinin ticari faaliyet özgürlüğünü kısıtlayarak ortaklığı koruma gayesi güden anılan hüküm, anonim ortaklıklar hukukunda önem arz eden bir konudur. Bu doğrultuda çalışmamızda, anonim ortaklıklarda yönetim kuruluna özgü TTK m. 396 hükmü, hükmün düzenlenme nedeni, uygulama alanı ve şartları ile yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar olmak üzere tüm yönleri ile ele alınarak ayrıntılı bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

Bu konuyu seçmemizin nedeni, doktrinde anılan hükmün üstlendiği misyon ve önemine rağmen kapsamlı ve yeterli bir çalışma ile henüz ele alınmamış olması ve uygulamada görülen ihtiyaçtır. Çalışmamızın amacı, TTK m. 396 hükmünün tüm yönleri ile uygulanabilirliğini sorgulamak ve bu kapsamda tespit edebildiğimiz sorunları ortaya koymak suretiyle çözüm önerileri getirmektir.

Çalışmamızın odak noktasını, anonim ortaklığa ilişkin TTK m. 396 hükmü oluşturmaktadır. Bu kapsamda şirketler topluluğu incelememize dahil edilmemiştir.

¹ 14.02.2011 tarihli 27846 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Sermaye piyasası mevzuatına ise TTK m. 396 hükmü ile ilişkilendirilebildiği ölçüde değinilmiştir.

II. YÖNTEM ve PLAN

Çalışmamızda, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı irdelenirken Türk doktrinde ileri sürülen bilimsel görüşler ve yargı kararlarından faydalanılmıştır. Çalışmamız bir karşılaştırmalı hukuk çalışması niteliğinde değildir. Ancak çalışmamızda İsviçre ve Alman Hukuku'ndaki yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına ilişkin düzenlemelere ve yargı kararlarına da yer verilmiş ve kimi zaman konunun mahiyeti ve önemi gereği anılan hukuk sistemlerindeki düzenlemelere temas edilmiştir.

Çalışmamızda yönetim kurulu üyesinin tabi olduğu rekabet yasağı tüm yönleri ile incelenmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda çalışmamız dört ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde rekabet yasağının kavramsal temellerinin ortaya konması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda ana hatları ile rekabet kavramının izah edilmesinin ardından, rekabet yasağını oluşturan unsurlara, rekabet yasağının tanımına, hukuki niteliğine, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin özelliklerine ve türlerine değinilecektir. Ardından Borçlar Hukuku'nda ve Ortaklıklar Hukuku'nda yer alan rekabet yasaklarına ilişkin anlayışa yönelik genel bir bakışın sağlanması ile birinci bölüm tamamlanacaktır.

İkinci bölümde yönetim kurulu üyesine rekabet yasağının öngörülme nedeni ile yasağın kişi bakımından uygulama alanı incelenecektir. Bu kapsamda, ilkin anonim ortaklıkta yönetim kurulunun, yönetim kurulu üyelerinin ve bağlı tacir yardımcılarının konumu ortaklık ile aralarındaki ilişki dahilinde ele alınacaktır. Ardından, anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen hükümler sırasıyla Alman, İsviçre ve Türk Hukuku'nda olmak üzere ortaya konacaktır. Bu bölümün ardından yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının düzenlenme nedeni ve bu doğrultuda üyenin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü de incelenecektir. Son olarak bu bölümde, TTK m. 396 hükmünün kişi bakımından uygulama alanının sınırları tayin edilecektir. Bu minvalde yönetim kurulu üyeleri, yönetim yetkisini devralan üçüncü kişiler, bağlı tacir yardımcıları ve pay sahipleri ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Üçüncü bölümde yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının konu, yer ve zaman bakımından kapsamı ve aynı zamanda sınırları irdelenecektir. Bu bölümde ilkin

yönetim kurulu üyesinin rekabet edici faaliyetinin varlığının tespiti üzerinde durulacaktır. Şöyle ki TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına aykırılık teşkil eden halleri ayrıntılı bir şekilde izah edilmesini takiben, bazı özel hallerin bu kapsama dahil olup olmayacağı değerlendirilecektir. Ardından üyenin rekabet yasağına izin verildiği takdirde ortadan kalkması nedeniyle, üyenin ortaklıkla rekabet etmesine izin verilmemiş olması da izne yetkili makam, iznin şekli, süresi ve neticeleri de dahil olmak üzere izah edilecektir. Bu bölümün ikinci kısmında üyenin rekabet yasağının zaman bakımından uygulanma şartları, yönetim kurulu üyeliği süresince ve yönetim kurulu üyeliği sona erdikten sonraki dönem olmak üzere iki ayrı zaman dilimi bakımından incelenecektir.

Yönetim kurulu üyeliği sona erdikten sonraki dönem için kararlaştırılacak görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesi geçerlilik ve uygulanma şartları da bu kısım içinde incelenmiştir. Bu bölümde son olarak üyenin tabi olduğu rekabet yasağının yer bakımından uygulanma şartları incelenecektir.

Çalışmamızın dördüncü ve son bölümünde ise, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının ihlalinin neticeleri ele alınacaktır. Bu bölümde ilkin, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal ettiği takdirde, TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca ortaklığa bahşedilen seçimlik talep hakları üzerinde ayrı ayrı durulacaktır. Ardından, anılan seçimlik hakların nasıl ve ne şekilde kullanılacağı ve bu kapsamda TTK m. 396 f. 3 hükmü uyarınca belirlenen zamanaşımına değinilecektir. Akabinde üyenin rekabet yasağını ihlal etmesinin, TTK m. 396 f. 1 hükmünde belirtilmeyen diğer yaptırım türleri hakkında genel bir bakış sağlanmaya çalışılacaktır. Bu bölümün son kısmında, TTK sisteminde bir yenilik olarak öngörülen TTK m. 396 f. 4 hükmü nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hükümleri ile üyenin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396 hükmünün birbiriyle karşılıklı konumu incelenerek çalışmamız tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM REKABET YASAĞININ KAVRAMSAL TEMELLERİ

I. GENEL OLARAK REKABET YASAĞI KAVRAMI

A. Rekabet Kavramı

1. Rekabet Kavramının Ekonomik Temelleri

Sözlük anlamı ile rekabet, “*Aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış*²” veya “*benzerleriyle yarışa çıkma*³”dır. Rekabet kelimesinin Almanca karşılığı “*konkurrenz*⁴”, Fransızca karşılığı “*concurrence*” olup; kökeni Latince’de birlikte koşturmak, savaşmak, mücadele etmek anlamındaki “*concurrere*⁵” kelimesine dayanmaktadır⁶. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere, rekabet kavramının özünde birbirinden üstün olma amacı ve bu amaç doğrultusunda gösterilen çaba, yarışma ve mücadele etme iradesi yatmaktadır. Dolayısıyla en genel ifadeyle rekabet, birden fazla kimsenin aynı amaca ulaşmak için çaba göstermesi, uğraşması; aynı amaç için yarışmasıdır⁷.

Doğal bir güdü ve davranış biçimi olması sebebiyle rekabet; sosyal, siyasi, kültürel, ekonomik, bilimsel ve sportif alanlar da dahil olmak üzere yaşamın tüm alanlarında kendini göstermektedir. Ancak özellikle ekonomi alanında rekabetin özel bir önemi ve anlamı mevcuttur. Zira rekabet, yaşamın diğer alanlarında olduğu gibi, ekonominin de temel dinamiğidir. Şöyle ki rekabet serbestisi, piyasanın oluşmasının devletin müdahalesi yerine piyasa dinamikleri ile özgür girişimcilere bırakılması

² Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

³ Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Hazırlayan: Ferit Devellioğlu, 16. Baskı, Ankara, Aydın Kitabevi, 1999, s. 884.

⁴ Rekabet kelimesinin karşılığı “*Konkurrenz*” olmakla birlikte; rekabet kavramı açısından yerleşik tabir olarak “*Wettbewerb*” kelimesi kullanılmaktadır, Helmut Köhler, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, 39. neu bearbeitete Aufl., München, C. H. Beck, 2021, vor § 1 UWG, N. 1. 1; Olaf Sosnitza, **Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht**, Peter W. Heermann / Jochen Schlingloff (Hrsg.), 3. Aufl., München, C. H. Beck, 2020, Allgemeiner Teil I., N. 1.

⁵ <https://outils.biblissima.fr/fr/collatinus-web/>, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁶ KBF Komm. - Köhler, vor § 1 UWG, N. 1. 1; Sabah Altay, “Türk Borçlar Kanunun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C: 14, S: 3, 2008, s. 172 dn. 1.

⁷ KBF Komm. - Köhler, vor § 1 UWG, N. 1. 1.

esasına dayanan piyasa ekonomisinin⁸ en temel unsurunu oluşturmaktadır⁹. Böylelikle rekabet, piyasa ekonomisi sisteminin temeli olarak bütün ekonomiye nüfuz etmekte ve sonuçları aracılığıyla tüm ekonomik süreçleri etkilemektedir¹⁰.

Ekonomi alanında rekabet veya ekonomik rekabet, ekonomi sözlüklerinde “*Bir piyasada aynı mal üzerinde alıcı veya satıcı olarak çok sayıda kişinin (firmanın) bulunması ve bunların kendi lehlerine daha uygun fiyat veya satış koşulları gerçekleştirmek için aralarında giriştikleri yarışma*”¹¹ şeklinde tarif edilmektedir. Ayrıca ekonomik rekabet, Türk Hukuk sisteminde bir kanun hükmü ile de tanımlanmıştır. Şöyle ki 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹² m. 3 uyarınca rekabet, “*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*” tır.

Ancak doktrinde ekonomik rekabetin kavram olarak kesin bir tanımının yapılmasının çok zor olduğu, rekabetin gerçekleşmesi için piyasa katılımcılarının özgür olması gerektiği ve bu özgürlüğün kullanılmasının piyasada ne tür sonuçlara yol açabileceğinin tahmin edilemeyeceği; bu anlamda rekabetin bir araştırma, öğrenme ve bilgilendirme süreci olduğu; tanımlamaya yönelik bir girişimin belirli davranışların rekabete aykırı veya rekabet edici faaliyet niteliğinde görülmemesi riskini barındırdığını, diğer bir deyişle rekabet edici faaliyetin tespitinde sınırlama yaratacağı ileri sürülmektedir¹³.

⁸ Zeynel Dinler, **İktisada Giriş**, Gözden Geçirilmiş 11. Basım, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2005, s. 41; David Begg / Stanley Fischer / Rudiger Dornbusch, **İktisat**, Çev: Vildan Serin, 8. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2010, s. 10.

⁹ N. Füsün Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 1; Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2017, s. 3; Pelin Güven, **Rekabet Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 21; Şirin Güven, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 7; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş Yirmi Altıncı Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020, s. 345; Reha Poroy / Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 18. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 373; Sabih Arkan, “Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2005, s. 3; Fülürya Yusufoglu, “Haksız Rekabetin Oluşmasının Şartlarından Biri Olarak Haksız Rekabet Oluşturan Fiilin Türkiye’de Sonuç Doğurması” **İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 92; Ali Cenk Keskin, **Uluslararası Rekabet Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 1.

¹⁰ KBF - Köhler, vor § 1 UWG, N. 1. 2.

¹¹ Halil Seyidoğlu, **Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük**, 2. Baskı, İstanbul, Güzem Can Yayınları: 16, 1999, s. 500.

¹² 13.12.1994 tarihli 22140 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

¹³ KBF - Köhler, vor § 1 UWG, N. 1. 6.

Ekonomik rekabet kavramı genel olarak, belirli bir piyasada birden fazla piyasa katılımcısının, üçüncü şahıslarla gerçekleştirdikleri iş ilişkilerinde kâr sağlama amacına veya çabasına dayanan yarışması şeklinde izah edilebilmektedir¹⁴. Açık bir anlatımla ekonomik rekabette, birden fazla işletme, piyasadaki karşı tarafıyla iş yapmak için; daha iyi fiyatlar, koşullar, daha iyi ürünler veya satış veya dağıtımda daha iyi hizmet teklifleri ile rakiplerinden daha üstün olmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle rekabet, piyasanın bir tarafındaki en az iki piyasa katılımcısının piyasanın karşı tarafıyla iş yapmak istemesini gerektirmektedir¹⁵. Bu noktadan hareketle rakip kavramı da, ticari hayatlarında aynı alıcı veya tedarikçi için çabalayan ve bu süreçte birbirini yerinden etmeye çalışan girişimciler olarak açıklanabilecektir¹⁶. Rakiplerin amacı, piyasadaki payını yükseltmek¹⁷; diğer bir deyişle rakiplerinden üstün olarak daha fazla kâr elde etmektir.

Ekonomik rekabetin gerçekleşmesi için sübjektif ve objektif olarak iki unsurun birlikte mevcut olması gerekmektedir. Objektif olarak, belirli bir piyasada arz ve talebi mümkün kılan değiştirilebilir, diğer bir deyişle ikâme edilebilir mal veya hizmetlerin varlığı şarttır. Sübjektif olarak ise, piyasa katılımcılarının rekabet etme iradesine sahip olmaları gerekmektedir¹⁸.

Ekonomik rekabetin işlevleri, piyasalarda yeniliklere ilham vermesi, yeni ürün ve buluşları teşvik etmesi, firmaları tüketicilerin karşılanmamış ihtiyaçlarını tanımlayarak yeni hizmet ve ürüne yöneltmesi¹⁹, piyasadaki tedarikçilerin ve alıcıların (arz ve talebin) menfaatlerini hızlı bir şekilde dengelenmesini ve ayarlanmasını koordine etmesi, piyasadaki kıt kaynakların verimli ve etkin bir şekilde tahsisini sağlaması, tedarikçileri ve alıcıları piyasadaki değişikliklere uyum sağlamak zorunda bırakması olarak sayılmaktadır²⁰. Dolayısıyla serbest ve sınırlandırılmamış bir rekabet ortamında, piyasadaki katılımcılara birden fazla seçenek sunulması sayesinde her katılımcı fiyat, kalite, yenilik vb. açısından kendine en uygun olanı özgürce

¹⁴ Rolf H. Weber / Stephanie Volz, **Wettbewerbsrecht - Fachhandbuch, Expertenwissen für die Praxis**, Zürich - Basel - Genf, Schulthess Juristische Medien, 2013, s. 4; Christian Rebell, **Lauterkeitsrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern**, Zürich / St. Gallen, Dike Verlag, 2015, s. 9.

¹⁵ Weber / Volz, s. 4.

¹⁶ KBF - Köhler, vor § 1 UWG, N. 1. 5.

¹⁷ Weber / Volz, s. 4; Yusufoğlu, s. 92.

¹⁸ Weber / Volz, s. 4 - 5.

¹⁹ Weber / Volz, s. 5 - 6; Poroy / Yasaman, s. 373.

²⁰ William E. Kovacic, "Intellectual Property and Competition Policy", **New York University Annual Survey of American Law**, C: 66, S: 1, 2010, s. 424.

seçebilecek; neticesinde bireysel ve toplumsal refah elde edilecektir²¹. Çalışmamızın konusu olan rekabet yasağının, ekonomik anlamda rekabete ilişkin bir kavram olması sebebiyle; bundan böyle çalışmamızda rekabet terimi ekonomik rekabet anlamında kullanılacaktır.

2. Rekabet Kavramının Hukuki Temelleri

Rakiplerinden üstün olma iradesinin doğası ve niteliği gereği, rekabet süreci çeşitli tehlikelerle karşı karşıyadır. Zira üstün olma iradesi ve bu yönde gösterilecek çabanın, kişiyi her türlü yola başvurmaya sevk etmesi ve bunun neticesinde de hem başkalarına hem de toplumun refah seviyesine zarar vermesi mümkündür²². Açık bir anlatımla, kişilerin üstün olma çabası, rekabet hakkının kötüye kullanılması veya rekabet ortamını kısıtlayıcı ya da ortadan kaldırıcı bir davranış şeklinde ortaya çıkarak piyasaların doğal dengesinin sarsılmasına ve dolayısıyla rekabet sürecinin bozulmasına sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle rekabet sürecini bu tür tehlikelerden korumak adına rekabet düzeni, adil bir yarışma ortamına hizmet eden belirli kurallar ile düzenlenmeye muhtaçtır²³. Özellikle rekabetin işlevlerinin gerçek anlamda ne derecede gerçekleşeceğini, anayasa ve kanunlar belirleyecektir²⁴. Ancak bu kapsamda önemle belirtelim ki, söz konusu belirleme devletin ya da merkezi bir otoritenin piyasaları müdahalesi anlamında değildir. Zira piyasanın içinde gerçekleşen, rakiplerin piyasayı etkileyerek serbest rekabet ortamını bozmaya yönelik davranışlarının yanında (iç etki); devletin ya da merkezi otoritenin piyasalara müdahalesi de (dış etki) serbest rekabet ortamının oluşturulmasına mani olacaktır. Bu doğrultuda Anayasa ve kanunlardaki düzenlemelerin amacı, piyasa ekonomisine müdahale anlamında olmayıp; bilakis serbest rekabet ortamının oluşturulmasına hizmet etmek amacıyla rekabetin bozulmasını yahut engellenmesini önleyici bir işlev sunmaktır²⁵. Açık bir anlatımla, rekabetin piyasalarda sağlıklı ve özgür bir şekilde işleyebilmesi ancak hukuk kurallarının yardımı ile mümkün olabilecektir.

²¹ Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme**, 3. Baskı, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1968, s. 13; Sait Kemal Mimaroglu, **Ticaret Hukuku Birinci Cilt İşletme Hukuku**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s. 377 - 378.

²² Poroy / Yasaman, s. 373.

²³ Erdal Türkan, **Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?**, İlk Baskı, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2009, s. 11 - 14.

²⁴ Weber / Volz, s. 6.

²⁵ Güven Pelin, s. 30.

Türkiye Cumhuriyeti'nde kişilerin ticari faaliyette bulunma özgürlüğü ve açıkça zikredilmese de rekabet etme özgürlüğü, bir başka deyişle rekabet hakkı anayasal güvence altına alınmıştır. Şöyle ki, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası²⁶, temel hak ve özgürlüklerden olan çalışma ve sözleşme hürriyetini m. 48 f. 1 ile düzenlemektedir. İlgili hüküm uyarınca herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olup; özel teşebbüsler kurmakta özgürdür. Nitekim, tüm bireylerin ticari faaliyette bulunma ve dolayısıyla rekabet etme özgürlüğü temel bir haktır.

AY'da kişilerin ticari faaliyette bulunma ve rekabet etme özgürlüğü sadece tanınmakla kalmamış; ayrıca bu özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak devlete görevler yüklenmiştir. Şöyle ki devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almakla görevlidir (AY m. 48 f. 2). Yine devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almakla; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemekle görevlidir (AY m. 167). Kişilerin rekabet etme hakkı ve özgürlüğünün anayasal bir koruma altında olduğu ve devletin de rekabeti koruma yükümlülüğünün bulunduğu tartışmasızdır²⁷.

Ancak, tıpkı diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, rekabet hakkı ve özgürlüğü de sınırsız bir şekilde kullanılamayacaktır. Zira her hak, ancak hukukun temel değerlerine uygun düştüğü şekilde ve hukuk düzeninin belirlediği sınırlar çerçevesinde kullanılabilir²⁸. Diğer bir ifadeyle, rekabet özgürlüğü ancak meşru rekabet ortamında mevcut olabilecektir²⁹. Zira, rekabet hakkının kötüye kullanılması ya da rekabet ortamını kısıtlayıcı davranışların ortaya çıkması gibi tehlikeler nedeniyle;

²⁶ 09.11.1982 tarihli 17863 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁷ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 1 - 2; Fatih Aydoğan, **Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı**, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 4; Arkan, s. 345 dn. 1; Aslan, s. 20 - 24; Gamze Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000, s. 6; Ozan Can, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 34 - 39; Altay Sabah, İşçi ile İşveren, s. 173; M. Fatih Uşan, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 42; Serdar Kale, **Haksız Rekabet Hukuku'nda Eski Hale Getirme Davası (Tecavüzün Ref'i Davası, TTK m. 58 / I-c)**, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 4; Hasan Karakılıç, **Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 14; Büşra Uysal Tuna, **İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 17; Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 325.

²⁸ Rona Serozan, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 272.

²⁹ Uşan, s. 42.

sağlıklı ve serbest bir rekabet ortamının ilkin tesisi ve ardından işlerliğinin sağlanması amacıyla korunması gerekmektedir. Söz konusu bu tesis ve koruma kanun koyucunun öngördüğü kurallar vasıtasıyla gerçekleşecektir. Ancak işaret ettiğimiz üzere, rekabetin tesisi, kanun koyucunun doğrudan amacı olmayıp, kanun koyucunun rekabetin önündeki engelleri kaldırmasıyla rekabetin kendiliğinden oluşması hedeflenmektedir.

Rekabeti düzenleyen kanunların amacının serbest piyasa ekonomisini korumak ve piyasadaki katılımcıların güvenliğini temin etmek olduğu³⁰; rekabet politikalarına da, piyasadaki şeffaflığı ve giriş - çıkışlarda serbestliği garanti etmek, hâkim gücü sınırlandırmak ile rekabetin devlet veya özel girişimciler tarafından bozulmasını önlemek gibi görevler düştüğü kabul edilmektedir³¹.

Türk Hukuku'nda serbest rekabet düzeninin tesisine ve korunmasına iki hukuki müessese hizmet etmektedir. Birincisi, rekabet hakkının sınırlarını çizen haksız rekabet hükümleridir³². Söz konusu kurallar dürüst ve bozulmamış rekabeti sağlamaya; diğer bir anlatımla, rekabetin haksız bir şekilde bozulmasını engellemeye yönelik kurallardır³³. Kanun koyucu, haksız rekabet hükümleri ile rekabetin hangi hallerde meşru sayılacağını, açık bir ifadeyle rekabete hangi şekil ve şartlarda izin verileceğini³⁴ tayin etmektedir. Haksız rekabete ilişkin kurallar, TTK'nın m. 54 ilâ m. 63 hükümleri arasında ve TBK m. 57 hükmünde yer almaktadır.

İkincisi, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ve davranışları engellemeye yönelik olarak RKHK³⁵'da yer alan kurallardır. Söz konusu kurallar, antitröst veya kartel kuralları olarak da adlandırılmaktadır³⁶. Bu kurallar, rekabetin kısıtlayıcı davranışlar nedeniyle bozulmasını engellemeye yöneliktir³⁷. Şöyle ki RKHK'nın amacı, rekabeti

³⁰ Ercüment Erdem, "Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar", **Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s. 2.

³¹ Peter Jung, **Stämpflis Handkommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, (Hrsg.) Jung Peter / Spitz Philippe, 2. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2016, Art. 1 UWG, N. 5.

³² Poroy - Yasaman, s. 373; Arkan, s. 345 vd.; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 3. Haksız rekabet müessesine ilişkin açıklamalarımız için bkz. Aşa. Birinci Bölüm, I., B., 3., a.

³³ Poroy - Yasaman, s. 375.

³⁴ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 3.

³⁵ 13.12.1994 tarihli 22140 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁶ Poroy - Yasaman, s. 375. Rekabet Hukuku müessesine ilişkin açıklamalarımız için bkz. Aşa. Birinci Bölüm, I., B., 3., b.

³⁷ Poroy - Yasaman, s. 375; Ercüment Erdem, "Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt: 1, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, s. 379; Güven Pelin, Rekabet Hukuku, s. 29 vd.

engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır (RKHK m. 1).

Geniş anlamda Rekabet Hukuku'nun haksız rekabet ve RKHK'da düzenlenen kuralları ihtiva ettiği kabul edilmekle³⁸ birlikte; Türk Hukuku'nda gerek yasal terminolojide³⁹, gerek bilimsel içtihatlar⁴⁰ gerekse yargı içtihatlarında⁴¹ haksız

³⁸ Poroy - Yasaman, s. 374; Arkan, Haksız Rekabet, s. 3; Hasan Karakılıç, Piyasa Ekonomisi Açısından Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, **Batider**, C: 32, S: 3, 2016, s. 112.

³⁹ TTK'nın dördüncü kısmının başlığı "*Haksız Rekabet*" olup; hükümleri TTK m. 54 ilâ m. 63 arasında yer almaktadır. Rekabet Hukuku ise, RKHK'da rekabetin korunmasına ilişkin kurallar ve RKHK uyarınca kabul edilen sistemdir. Rekabet Kurulunun görev ve yetkileri arasında, Rekabet Hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler konusunda doğrudan veya Bakanlığın talebi üzerine görüş bildirmekte yer almaktadır (RKHK m. 27 g bendi).

⁴⁰ Arkan, Haksız Rekabet, s. 3 vd.; Erdem, Rekabet Hukuku, s. 378 vd.; Güven, s. 127 vd.; Karakılıç, Haksız Rekabet, s. 108 vd.; Çağlar Özel / Semih Sırrı Özdemir, "Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 19, Özel Sayı, 2017, s. 199 vd.

⁴¹ "4054 s. Rekabet Korunması Hakkında Kanun'da düzenleme yeri bulan rekabet hukukunun amacı; mal ve hizmet piyasalarında, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları, ile piyasada hâkim durumda olan teşebbüslerin bu durumlarını kötüye kullanmalarını önlemektir. Bu amaçla 4054 Sayılı Kanun'da gerekli düzenleme ve denetleyici hükümler konulmuştur. Gerek 4054 Sayılı Kanun'daki piyasadaki rekabeti bozan tavır davranış ve uygulamalar, gerekse TTK 54 vd. ve TBK m. 57'deki rakip tacirler arasındaki dürüst rekabeti engelleyici tavır ve davranışlara aykırı eylemler herbir kanunda ayrı ayrı gösterilmiş olup, 4054 Sayılı Kanun'a aykırı eylemler nedeniyle, TTK'daki haksız rekabete dair kuralların uygulanması doğru olmayıp, söz konusu eylemler için 4054 Sayılı Kanun'da ayrı müeyyideler öngörülmüştür." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 04.12.2017 E: 2016 / 4553 K: 2017 / 6833, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; "Haksız rekabetin önlenmesindeki amaç, serbest piyasa düzeninde herkesin dürüstlük kuralları içerisinde hareket etmek suretiyle rekabet kurallarına uygun olarak piyasada faaliyet göstermesi ve sonuçta; mal ve hizmetlerin nihai tüketicilerinin aldatılmasına izin verilmeksizin kaliteli mal ve hizmetlerin piyasa kurallarına göre oluşan en uygun fiyatla satışa sunulmasıdır. Bu durumda, sonradan aynı sektörde faaliyet gösteren kişiler ticari hayatta dürüstlük ilkesine uygun bir şekilde ve iltibastan kaçınmak suretiyle piyasaya mal veya hizmet ürettikleri takdirde, piyasada ilk kez üretim yapan ürünün tanınmasını sağlayan kişinin üstün hakkı bulunduğundan bahisle, sonradan faaliyete başlayan kişilerin eylemleri haksız rekabet olarak nitelendirilemez. Böyle bir üstün hakkın varlığının kabulü aynı zamanda, rekabet hukuku ilkelerine aykırı olarak piyasada o mal veya hizmetle ilgili tekel yaratılması ve serbest rekabetin ortadan kaldırılması suretiyle ekonominin sağlıklı bir biçimde gelişmesini engelleyeceğinden kabul edilemez." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 13.02.2018 E: 2016 / 7095 K: 2018 / 1019, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; "Bu haliyle davalıların eylemleri, ücretini ödemek suretiyle bir başka bölgedeki tek satıcıdan aldıkları "Tempur" marka orijinal ürünleri satmaktan ibaret olup, yukarda değinilen ilkeler ve açıklamalar ışığında, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete dair hükümlerini ihlal eder nitelikte fiilleri mevcut değildir.", Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 22.01.2018 E: 2017 / 2676 K: 2018 / 479, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; "Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere, davacı vekili tarafından sunulan 14.11.2014 havale tarihli dilekçede davanın rekabet hukukuna dair olmayıp TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen hükümlerine göre açıldığının ifade edilmiş bulunmasına ve 6762 sayılı TTK'nın 56 vd. maddelerinde öngörülen haksız rekabet şartlarının gerçekleşmemiş olmasına göre, davacı vekilinin HUMK 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.", Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 20.02.2019 E: 2017 / 3366 K: 2019 / 1341, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi:

rekabet kavramı ile TTK m. 54 vd. hükümlerinde düzenlenen hukuki rejim; Rekabet Hukuku kavramı ile rekabetin korunması ve RKHK uyarınca getirilen hukuki rejim ifade edildiğinden, biz de bu terminolojiye uygun davranacağız.

Türk Hukuk sisteminde, rekabet kavramının merkez olduğu müesseseler haksız rekabet, Rekabet Hukuku ve rekabet yasağı olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan rekabet yasağına ilişkin tanımı ortaya koyduktan sonra; Rekabet Hukuku, haksız rekabet ve rekabet yasağı arasındaki ilintiye temas edilecektir⁴².

B. Rekabet Yasağının Unsurları, Tanımı ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması

1. Unsurları

Rekabet yasağı (“*Konkurrenzverbot*”⁴³, “*Wettbewerbsverbot*”) müessesesi ana hatlarıyla, kişilerin anayasal güvence ile korunma altında olan ticari faaliyette bulunma ve rekabet etme özgürlüğünün yasaklanmasına hizmet eden ve dolayısıyla hukukun kişilerin dürüst ve haklı rekabetinin yasaklanmasına izin verdiği istisnai nitelikte bir müessesedir.

Rekabet yasağının birinci unsuru taraflar arasında bir hukuki ilişkinin varlığı ve bu hukuki ilişki gereği taraflardan birinin, karşı taraf ile rekabetinde kendisini üstün hale getirecek bilgi, araç ve kaynaklara, başka bir ifadeyle donanıma sahip olma imkânıdır. Bu ilişki satım, hizmet, vekâlet, kira, eser, ortaklık, acente, franchise sözleşmesi şeklinde ortaya çıkabilir⁴⁴. Söz konusu bu hukuki ilişkinin taraflarından

01.10.2021; “*Dava konusu taşınmaz üzerindeki intifa hakkı sona erdirilmediği sürece hak sahibinin bu hakkını kullanmak istemesi hakkın özünden kaynaklanmaktadır. Rekabet Kanununun 4. maddesi ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin esasları belirleyen Rekabet Kurulunun 2002/2 - 2003/3 sayılı Tebliğleri uyarınca 18.09.2010 tarihine kadar dağıtım şirketleri ile bayiler arasındaki sözleşme ilişkisinin rekabet hukuku ilkeleri ile uyumlu hale getirilmesi için muafiyet tanınmıştır. Dağıtım şirketlerinin verilen süre içerisinde yükümlülüklerini yerine getirmemesi rekabet hukukunda öngörülen yaptırımların uygulanmasına neden olabilir*”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 13.04.2012 E: 2012 / 1604 K: 2012 / 5522, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021

⁴² Bkz. Aşa. Birinci Bölüm, I., B. 3.

⁴³ Alman mevzuatında rekabet yasağı müessesinin karşılığı olarak “*Wettbewerbsverbot*” terimi (bkz. örneğin Alm.POK § 88, Alm.TK § 60, § 74, § 112, § 284); İsviçre mevzuatında ise “*Konkurrenzverbot*” terimi tercih edilmiştir (bkz. örneğin İsv.BK Art. 340, Art. 464, Art. 536, Art. 561, Art. 803, Art. 812 hükümleri).

⁴⁴ Joe Räber, **Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag de lege lata und de lege ferenda**, Zürich, Schulthess Juristische Medien, 2020, N. 45 vd.; Christoph Neeracher, **Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot**, Bern, Stämpfli Verlag, 2001, s. 16 vd.; Ece Baş Süzöl,

biri, aralarındaki ilişkinin niteliği ve özelliği gereği kendisini karşı tarafı ile rekabetinde üstün hale getirecek; diğer bir deyişle rekabetçi pozisyonunu güçlendirecek bilgi ve kaynaklara sahip olmaktadır. Açık bir anlatımla, taraflardan biri sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerin ifasında, işin tabiatı gereği karşı tarafa ait ticari sırları, mesleki, teknik ve müşteri çevresine ilişkin bilgileri elde edebilmektedir⁴⁵. Bu bilgiler de ona bir rekabet avantajı bahşetmektedir. Rekabet yasağının temel işlevi, bir süreliğine de olsa bu avantajın önüne geçilmesidir. Bu sebeptendir ki, rekabet yasağının uygulanabileceği süre, söz konusu bu avantajın, diğer bir ifadeyle sahip olunan bilgi ve donanım gücünün ortadan kalkacağı varsayımına dayanmaktadır⁴⁶.

Rekabet yasağının ikinci unsuru ise, birinci unsurda bahsi geçen hukuki ilişkinin taraflarından birinin ticari faaliyetinin ve rekabet özgürlüğünün yasaklanmasıdır. Diğer bir ifadeyle rekabet yasağında, taraflardan biri karşı taraf ile rekabet etmeme yükümlülüğünü üstlenmektedir⁴⁷. Şöyle ki, taraflar arasındaki hukuki ilişki gereği elde edilen bilgi ve kaynakların hukuki ilişkinin karşı tarafı ile rekabeti halinde, kişiyi üstün pozisyona getirdiği ve bu nedenle karşı tarafın zarar görmesi, başka bir deyişle menfaatinin zedelenmesi ihtimalinin kuvvetle muhtemel olduğu aşikardır. İşte bu nedenle kişinin konumu nedeniyle elde edebileceği bilgiler ve kaynaklar nedeniyle rekabette üstün pozisyona geçmesinin ya da rekabetçi pozisyonunu güçlendirmesinin engellenmesi arzu edilmektedir. Böylelikle rekabet yasağında, bir tarafın menfaatinin zarar görme ihtimali ön planda tutularak diğer tarafın ticari faaliyet özgürlüğüne,

Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme - Menfaat Devri Yaptırımı -, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 327.

⁴⁵ Ersin Çamoğlu, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı”, **İktisat ve Maliye Dergisi**, C: 16, S: 9, 1969, s. 357; Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, Temel Yayınları, 1988, s. 626; Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 212; Aydoğan, s. 3; İsmail Kırca, **Ticari Mümessil**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1996, s. 171; Can, s. 7; Oruç Hami Şener, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 479; Karakılıç, s. 16; Roland Müller / David Zünd, “Die Durchsetzung von Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 2012, s. 1781; Räber, N. 16; Akın Ünal, **Kelepçeleme Sözleşmeleri**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 150; Rauf Karasu, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, **Rekabet Dergisi**, S: 20, 2004, s. 22 – 23; Elif Melis Ertaş, **Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı**, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 83; Altay Sabah, **İşçi ile İşveren**, s. 174; Sema Aydın / Hasan Ali Kaplan, “Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 18, S: 3 - 4, 2014, s. 166 – 167; Pınar Aşık, “Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK m. 396)”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 4, 2017, s. 166 – 167.

⁴⁶ Neeracher, s. 52.

⁴⁷ Räber, N. 14; Lukas Cotti, **Das vertragliche Konkurrenzverbot Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken**, Universitätsverlag Freiburg, 2001, N. 16 - 17.

dolayısıyla rekabet hakkı ve özgürlüğüne yapılan bir kısıtlama söz konusudur⁴⁸. Zira rekabet yasağının altında yatan düşünce; yasaktan yararlanan kimseyi, yasağı üstlenen kimsenin rekabet edici faaliyetleri karşısında koruma gerekliliğidir. Böyle bir korumanın eksikliği, yasaktan yararlananını zarar görme riskiyle karşı karşıya bırakacaktır⁴⁹.

Açık bir anlatımla, rekabet yasağı ile aralarındaki ilişki nedeniyle bir tarafın sahip olduğu imkân ve yetkileri sayesinde elde ettiği bilgi ve kaynakları kötüye kullanarak karşı tarafa zarar vermesini engellemek⁵⁰; başka bir deyişle taraflar arasındaki rekabet ilişkisi düzenlenerek, rekabetin yaratacağı muhtemel olumsuzluk ve risklere son vermek amaçlanmaktadır⁵¹. Bu amacın yolu da, sözleşme yoluyla karşı tarafın aktardığı bilgi ve kaynakları edinen kişinin ticari faaliyetini kısıtlamaktan geçmektedir. Ancak bu kısıtlamanın da elbette ki bir sınırı olmalıdır. Zira, rekabet etmeme yükümlülüğü kişinin anayasal güvence altına alınan ticari faaliyet ve rekabet özgürlüğüne yapılan ciddi bir müdahaledir; dolayısıyla müdahalenin kişilik haklarını ihlal edecek nitelikte aşırı, orantısız bir şekilde yapılması kabul edilemeyecektir⁵²⁵³.

⁴⁸ Turgut Kalpsüz, “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirkette Rekabet Teşkil Eden Davranışları”, **Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 347 - 348; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 7; Aydoğan, s. 3 - 4; Müller / Zünd, s. 1781; David Heeb, **Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340-340c OR**, 1. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2016, s. 8; Karakılıç, s. 15 - 16; Ünal, s. 150 - 151; Altay Sabah, İşçi ile İşveren, s. 175 - 178; Can, s. 7; Ertaş, s. 84; Sevil Doğan, **İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırrının Korunması**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 19 - 20; Tuna, s. 17; Aşık, s. 167; Aydın / Kaplan, s. 168.

⁴⁹ Heeb, s. 8.

⁵⁰ Çamoğlu, s. 357; Nisim Franko, “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, **Batider**, C: 13, S: 1, 1985, s. 25; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 626; Hayri Domaniç, **Adi – Kollektif ve Komandit Şirketler**, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları, 1988, s. 316; Oğuz İmregün, **Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar**, Ankara, Yasa Yayıncılık, 1989 s. 44; Şener, Limited Ortaklık, s. 479; Eugen Bucher, **Berner Kommentar, Kommentar zu Art. 27 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die natürlichen Personen**, Hausheer Heinz (Hrsg.), Dritte, völlig neu bearbeitete Aufl. des von Prof Dr. Ernst Hafter begründeten Kommentars zum Personenrecht, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1993, N. 369; Altay Sabah, İşçi ile İşveren, s. 176 - 177; Karakılıç, s. 16; Ahmet Emre Kaplan, **Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 8; Ertaş, s. 84; Tuna, s. 17; Pınar Aşık, s. 166; Ünal, s. 150 - 151; Karasu, s. 23; Can, s. 19.

⁵¹ Ercüment Erdem, “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s. 72; Polat Soyer, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352)**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994, s. 8; Uşan, s. 45; Altay Sabah, İşçi ile İşveren, s. 176.

⁵² Neeracher, s. 4; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 19; Ünal, s. 151 vd.; Ertaş, s. 84.

⁵³ Yönetim kurulu üyesinin görevinin sona ermesinden sonraki dönem için akdedilecek rekabet yasağı sözleşmesine yönelik ölçü ve ölçüt arayışlarımız için bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm, II., B.

Şu kadar ki, başlı başına dürüst ve haklı rekabetin önlenmesi etkisini içerdiği için, rekabet yasağı; süre, konu ve yer (coğrafi bölge) gibi sınırlamalara tabi tutulmalıdır⁵⁴. Kanunen düzenlenen rekabet yasaklarında kanun koyucu da, sözleşme ile öngörülen rekabet yasaklarında sözleşenler de, aslında meşru bir menfaatin korunması düşüncesinden hareket etmektedir. Zira, kendisine rekabet yasağı getirilen kişi, halihazırda veya önceden içinde bulunduğu bir hukuki ilişkide, kendisine rekabet avantajı sağlayacak bazı araçlarla ve olanaklarla donatılmaktadır; söz konusu araçlar üzerinde gerçekte hak sahibi olan tarafa karşı bu araçların ve olanakların kullanılmaması gerekir. Fakat bu yönde getirilecek aşırı bir sınırlama, bu kez doğrudan doğruya rekabet ilişkisini etkileyeceği için, bir rekabet sınırlaması olan rekabet yasağı, bizzat sınırlamaya tabi tutulmuştur. Dolayısıyla rekabet yasağına tabi olan, diğer bir deyişle rekabet etmeme yükümlülüğünü üstlenen kimsenin ticari faaliyet ve rekabet özgürlüğünün kısıtlanması ancak belli sınırlar dahilinde mümkün olabilecektir.

Bu noktada rekabet yasağı müessesesi ile yasaklanan rekabetin ve rekabet ilişkisinin niteliğine değinmeyi de faydalı bulmaktayız. Şöyle ki rekabet yasağında yasaklanan, yasağına tabi olan kişinin rekabet edici davranışlarda bulunarak yasaktan yararlanan ile rekabet etmesi, açık bir ifadeyle rekabet ilişkisi⁵⁵ tesis ederek rakip olmasıdır. Söz konusu bu rekabet ilişkisi, aynı veya benzer ihtiyaçlara yönelik aynı hizmet veya ürünün tamamen ya da kısmen aynı müşteri yahut müşteri grubuna sunulması halinde oluşacaktır⁵⁶. Bir başka deyişle, rekabet yasağı ile yasaklanan

⁵⁴ Yönetim kurulu üyesinin TTK m. 396 hükmü uyarınca kanundan doğan rekabet yasağının konu, yer ve zaman bakımından sınırlamaları, diğer bir ifadeyle rekabet yasağının kapsamı hakkında bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm.

⁵⁵ Lukas Handschin / Han-Lin Chou, **Zürcher Kommentar, Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Art. 552 - 619 OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht**, Handschin Lukas (Hrsg.), Vierte, völlig neu bearbeitete Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2009, Art. 561 OR, N. 8; Manfred Rehbinder / Jean-Fritz Stöckli, **Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 331 - 355 und Art. 361 - 362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, Hausheer Heinz / Walter Hans Peter (Hrsg.), 2. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2014, Art. 340 OR, N. 2; Ullin Streiff / Adrian von Kaenel / Roger Rudolph, **Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR**, 7., vollständig überarbeitete und stark erweiterte Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2012, Art. 340 OR, N. 7, 13; Heeb, s. 30 – 31; Christa Sommer, **Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR**, Zürich / St. Gallen, Dike Verlag, 2010, s. 145; BGE 92 II 22, 25, www.bger.ch, Erişim tarihi: 01.10.2021.

⁵⁶ BGE 92 II 22, 25 vd.; Sommer, s. 145, 265; BK - Rehbinder / Stöckli, Art. 340 OR, N. 2; Basler Juristische Mitteilungen, Aus den Berichten 1979 und 1980 des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt, 1981, s. 313 – 314, www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 8; Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 340 OR, N. 13; Adrian Staehelin, **ZK - Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361 - 362 OR**, Schmid Jörg (Hrsg.), 4. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien Yayınevi, 2014, Art. 340 OR, N. 20; Cotti, N. 17; Heeb, s. 31; Neeracher, s. 41; Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I**, 3. Baskı, İstanbul, Vedat

rekabet, müşterinin aynı hizmet veya ürünü doğrudan iki tedarikçiden temin edebilmesi halinde oluşacak rekabet ilişkisidir⁵⁷.

Rekabet ilişkisi, ilgili tarafların aynı iş alanında faaliyet göstermeleri ve aynı müşteri grubunu hedeflemeleri halinde mevcut olabilecektir⁵⁸. Böyle bir durumun yokluğu halinde, rekabetten ve rekabet ilişkisinden dolayısıyla rekabet yasağından söz edilemeyecek; diğer bir anlatımla rekabet yasağı uygulanamayacaktır. Söz konusu rekabet ilişkisinin, rekabet yasağının bir ön koşulu olduğu kabul edilmektedir⁵⁹. Aynı sektörde olup; farklı müşteri grubuna ürün veya hizmet sunulması halinde rekabet ilişkisinden söz edilemeyecektir. Yine bir ürünün sunulmasında perakendeci ile perakendecilik yapmadığı takdirde toptancı arasında rekabet mevcut değildir⁶⁰.

İki işletme aynı müşterilerin farklı ancak birbirini dışlayan ihtiyaçlarını karşılamaya çalışırsa, bir işletmenin başarısı diğerinin satışlarını etkileyecek olsa dahi, aralarında rekabetçi bir ilişkiden söz edilemeyecektir. Örneğin tıraş bıçağı üreticisi berber ile; çamaşır makinesi üreticisi ile müşteri çamaşırhanesi birbirlerine rakip değildir⁶². Ayrıca, rekabet ilişkisinin tesisi için rekabet edici davranışın bilfiil gerçekleşmesi ya da gerçekleşmesinin an meselesi olması gerekmektedir⁶³.

Aynı müşteri grubuna aynı ürün yerine ikame ürün sunulması halinde ise, ortalama bir müşteri açısından maliyetleri ve kaliteleri dikkate alınarak, her iki ürünün ihtiyaçların karşılanmasında birbirleri yerine alternatif bir çözüm sağladığı takdirde

Kitapçılık, 2013, s. 546; Kudret Ertaş, **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1982, s. 68 - 69; Uşan, s. 42; Arslan Ertürk, s. 326.

⁵⁷ Neeracher, s. 41.

⁵⁸ Sommer, s. 145; Heeb, s. 30; Florian S. Jörg, **Stämpfli Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530 - 619 OR)**, Schütz Jürg G. (Hrsg.), 1. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2015, Art. 561 OR, N. 12.

⁵⁹ Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 340 OR, N. 13.

⁶⁰ ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 10; ZK – Staehelin, Art. 340 OR, N. 20; Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 340 OR, N. 13.

⁶¹ Yine de ürün veya hizmet tedarik zincirinin farklı aşamalarında yer alan teşebbüslerin davranışlarının diğer piyasa aşamalarını etkiledikleri de kaydedilmektedir. Şöyle ki piyasanın farklı seviyelerinde yer alan teşebbüslerin örneğin toptancı ile perakendeci arasında yapılan anlaşma Rekabet Hukuku bakımından dikey anlaşmadır, Aslan, s. 335; Güven Pelin, Rekabet Hukuku, s. 134. Bu tür anlaşmaların Rekabet Hukuku'nda *per se* yasak olarak değerlendirilmediği; ancak, diğer teşebbüsler üzerinde piyasaya girişi engeli yahut rekabeti sınırlayıcı etkiler yaratabileceği ifade edilmektedir, Güven Pelin, Rekabet Hukuku, s. 136.

⁶² BGE 92 II 22, 26.

⁶³ Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 340 OR, N. 7, 13; ZK – Staehelin, Art. 340 OR, N. 20.

rekabet ilişkisi mevcut olacaktır; örneğin porselen ve seramik ürün arasında bu tür bir ilişkinin mevcut olmadığı kabul edilmektedir⁶⁴.

Öte yandan, rekabet ilişkisinin tanımı gereği rekabet yasağının söz konusu olabilmesi için arza yönelik bir rekabetin (“*Angebotskonkurrenz*”) varlığı gereklidir. Diğer bir deyişle rekabet yasağı, ürün veya hizmetin sunulması ile bağlantılıdır. Bu sebeple işletmecilerin, ürün veya hizmet ya da çalışanlara ilişkin taleplerine dair rekabetin (“*Nachfragekonkurrenz*”), rekabet yasağı ile bir ilgisi bulunmadığı kabul edilmektedir⁶⁵. Bu nedenle örneğin, bir içki fabrikası ile konserve fabrikasının aynı vişne hasadı için birbirleriyle mücadele etmesi, rekabet yasağı kapsamında bir rekabet ilişkisi oluşturmaz⁶⁶. Ancak bu tür taleplere dair rekabetin, somut olayın şartları bakımından haksız rekabet hükümlerine, yahut yasağa tabi kişinin varsa sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturabileceği unutulmamalıdır⁶⁷.

Taraflar arasında rekabet ve rekabet ilişkisinin mevcut olduğunun tespit edilmesinin akabinde, rekabet edici faaliyetin türü ve şekli kanunen düzenlenen rekabet yasaklarında kanun hükümleri⁶⁸; sözleşme ile öngörülen rekabet yasaklarında ise sözleşmeler tarafından kabul edilen hükümler doğrultusunda tayin edilecektir.

Netice itibarıyla rekabet yasağı müessesesi, “Damokles’in kılıcı” işlevi gören, yasaktan yararlanan kimsenin ekonomik menfaatlerinin korunmasına hizmet eden ve yasağın ihlaliyle yasaktan yararlanan kimseye çeşitli yaptırım imkanları sunan etkili bir araç mahiyetindedir⁶⁹.

⁶⁴ ZK – Stahelin, Art. 340 OR, N. 20.

⁶⁵ BGE 130 III 353, 358, www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; Sommer, s. 171-172; BK - Rehbinder / Stöckli, Art. 340 OR, N. 2; Neeracher, s. 41; Cotti, N. 17; ZK – Stahelin, Art. 340 OR, N. 20; Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 340 OR, N. 7; Gümüş, s. 546.

⁶⁶ ZK – Stahelin, Art. 340 OR, N. 20.

⁶⁷ Sommer, s. 171.

⁶⁸ Räder, N. 13.

⁶⁹ Heeb, s. 7.

⁷⁰ Söz konusu bu işlev, çalışmamızın konusu olan yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağında daha da çarpıcı bir şekilde kendini hissettirmektedir. Zira, yönetim kurulu üyesi ortaklığın her türlü bilgisine sahip, ortaklığın iktidarı konumundadır. Bu nedenle yönetim kurulu üyesi sahip olduğu güç ile sarhoş olmamalı, diğer bir deyişle üye sahip olduğu gücü kullanırken sorumluluğunun bulunduğunu aklından çıkarmamalıdır. Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının düzenlenme nedenine ilişkin ayrıntılı incelememiz için bkz. Aşa. İkinci Bölüm, III.

2. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Türk Hukuk mevzuatında rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler yer almakla birlikte; rekabet yasağının açık bir tanımı bulunmamaktadır. Doktrinde yapılan rekabet yasağının tanımlamalarında ise; tanıma ilişkin üç anlayış gözlenmektedir. İlk anlayış rekabet yasağını genel bir kavram olarak, belirli durumlarda belirli kişilerin ticari faaliyetlerinin ve rekabet etmelerinin yasaklanması⁷¹, ticari işlem yasağı⁷² şeklinde tanımlamaktadır. İkinci anlayış ise, ilk anlayıştaki tanımı kısmen genişleterek rekabet yasağını aynı alanda iş yapanların birbirleri ile yersiz⁷³, haksız⁷⁴ yarışa girme yasağı şeklinde tanımlamaktadır. Söz konusu bu anlayışa ilişkin olarak, aynı alanda iş yapma diğer bir deyişle rekabet ilişkisine değinilmesini faydalı bulmakla beraber; yersiz veya haksız bir yarışa girmesi ifadesinin doğru bir tercih olduğunu düşünmemekteyiz. Zira haksız rekabeti yasaklayan haksız rekabet kuralları iken rekabet yasağı haklı rekabeti yasaklamaktadır. Bu olgu karşısında, bu tür bir tanım, haksız rekabet ile rekabet yasağının karışmasına sebebiyet verebilecektir.

Üçüncü ve yaygın anlayış ise, rekabet yasağının tanımında müesseseye bir bütün olarak yaklaşarak; rekabet yasağının temelindeki hukuki ilişkiyi, rekabet yasağına tabi olabilecek kişileri ve yasağın nedeni ile amacını da kapsayacak şekilde rekabet yasağını tanımlamaktadır. Bu anlayış uyarınca rekabet yasağı, ortak, yönetici, vekil, işçi, tacir yardımcısı gibi belirli kişilerin, görevleri itibariyle edindikleri bilgi ve sırları; ortaklığın, ticari işletmenin, müvekkili veya işverenin menfaatine zarar verebilecek ticari faaliyetlerden ve rekabetten kaçınmasını öngören bir faaliyet yasağıdır⁷⁵.

Bu noktada rekabet yasağına ilişkin kendi tanımımıza geçmeden önce belirtmeliyiz ki, rekabet yasağının unsurlarını yukarıda⁷⁶ ifade etmeye çalıştık ve bu unsurları ifade ederken bazı özelliklere de değindik. Kanımızca rekabet yasağı tanımlanırken bu unsurlara ve bu unsurlara eşlik eden özelliklere de yer vermek gerekmektedir.

⁷¹ Akar Öçal, “Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı”, **Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi**, C: 17, S: 2, 1981, s. 431; Râber, N. 14; Kaplan, s. 8.

⁷² Gönen Eriş, **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1995, s. 287.

⁷³ Uşan, s. 44.

⁷⁴ Arslan Ertürk, s. 324; Doğan Sevil, **İşçinin Rekabet Yasağı**, s. 19.

⁷⁵ Aydoğan, s. 3; Nomer Ertan, **Haksız Rekabet**, s. 7; Can, s. 8; Kaplan, s. 8; Karakılıç, s. 15; Aşık, s. 166.

⁷⁶ Bkz. Yuk. Birinci Bölüm, I., B., 1.

Böylelikle, hem üç anlayışı özümseyerek hem de rekabet yasağının unsurlarını ve bu unsurlara eşlik eden özellikleri dikkate alarak kanımızca rekabet yasağı, taraflar arasındaki hukuki ilişki uyarınca, taraflardan birinin söz konusu ilişkideki pozisyonun tabiatı ve yürüttüğü işin ifasının mahiyeti gereği elde ettiği veya edebileceği tüm bilgi kaynaklar (mesleki ve teknik bilgiler, ticari sırlar, müşteri çevresine ilişkin bilgiler vb.) nedeniyle; karşı tarafın menfaatinin zarar görmemesi amacıyla, hukuki ilişki boyunca veya hukuki ilişki sona erdikten sonra belirli bir süre boyunca karşı tarafın iş alanında ve aynı müşteri grubunu hedef alarak rekabet etmesinin, dolayısıyla rakip olmasının engellenmesi neticesinde ticari faaliyet özgürlüğünü sınırlayan ve rekabet etmeme yükümlülüğü getiren istisnai bir müessesedir.

Rekabet yasağı, diğer bir anlatımla rekabet etmeme yükümlülüğü⁷⁷, yasağa tabi olan bakımından bir kaçınma edimi olarak kabul edilmektedir⁷⁸. Bir sözleşmenin diğer tarafı, sözleşmenin niteliğine göre örneğin işçi, ticari temsilci, vekil, ortak, yönetici, bulundukları hukuki ilişki gereğince sahip olduğu bilgiler ve kaynaklar nedeniyle, ilişkinin karşı tarafının menfaatinin zedeleyecek rekabet edici davranışlardan kaçınmalıdır. Ancak bu noktada ifade etmeliyiz ki kaçınma edimini üstlenen, diğer bir deyişle rekabet etmeme yükümlülüğünü üstlenen tarafın, bu edime aykırı olarak gerçekleştirdiği hukuki işlemler - başka bir geçerlilik şartını ihlal etmediği varsayımında - geçerli olacaktır. Zira kaçınma edimi, sadece borçlunun borçlandırıcı işlem yapma yetkisini sınırlamakta olup; tasarruf yetkisini bertaraf etmemektedir⁷⁹. Bu nedenle, rekabet yasağına tabi olan tarafın, yasağa aykırı davranarak yasaktan

⁷⁷ “Rekabet etmeme yükümlülüğü” ile “rekabet yasağı” kavramı aynı anlamda olup; çalışmamızda birbirlerinin yerlerine kullanılabilir. Zira bir kimsenin rekabet yasağına tabi olması, o kimsenin rekabet etmeme yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmektedir.

⁷⁸ Bu noktada edim çeşitleri, davranış biçimi açısından tasnifinde olumlu (müsbet) edimler ve olumsuz (menfi) edimler olarak ikiye ayrılmaktadır. Borçlunun rekabet etmeme yükümlülüğü “bir şey yapmama” şeklinde olduğundan olumsuz edim olarak kabul edilmektedir. Olumsuz edimler, kaçınma veya katlanma tarzında gerçekleşebilir. Rekabet etmeme bir kaçınma borcudur, M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 7 - 8; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 9; Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası’dan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 37; Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz / H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2020, s. 357; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 106; Kalpsüz, s. 358; Kırca, s. 171; Emre Ertan, **İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s. 63; Cotti, N. 15; Räber, N. 12; Heeb, s. 58.

⁷⁹ Eren, s. 107; Ertan, s. 63.

yararlanan ile rekabet edici nitelikte hukuki işlemler gerçekleştirmesi, rekabet yasağının ihlali anlamında gelmekle birlikte; anılan işlemleri geçersiz kılmaz⁸⁰.

Rekabet etmeme yükümlülüğü borçlunun şahsına bağlı şahsi bir edimdir⁸¹. Şöyle ki rekabet yasağına tabi olan taraf, rekabet etmeme yükümlülüğünü bizzat şahsen yerine getirmekle yükümlüdür. Bir başka deyişle, rekabet etmeme yükümlülüğü üçüncü şahıslar tarafından yerine getirilemeyecektir. Rekabet etmeme yükümlülüğü, yükümlülüğü üstlenen tarafın ölümü ile son bulacak olup; anılan yükümlülük, yükümlülüğü üstlenen tarafın mirasçılara intikal etmeyecektir⁸².

Rekabet etmeme yükümlülüğü üstlenen kişinin söz konusu bu yükümlülüğü sürekli bir edimi gerektirdiğinden; karşı taraf ile olan ilişkisi de sürekli borç ilişkisi niteliğindedir⁸³.

3. Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması

Hukuk sistemimizde rekabet kavramının merkez olduğu diğer müesseseler olan haksız rekabet ile Rekabet Hukuku aşağıda genel olarak ifade edilmeye çalışılmış ve rekabet yasağı ile karşılaştırılması yapılarak aralarındaki ilişki değerlendirilmiştir.

a. Haksız Rekabet – Rekabet Yasağı

aa. Haksız Rekabet Kavramının Ana Hatlarıyla İncelenmesi

Haksız rekabet (“*Unlauterer Wettbewerb*” / “*Lauterkeitsrecht*”) kavramı ve müessesesi Fransız mahkemelerinin içtihatlarıyla doğmuştur⁸⁴. Fransız mahkemeleri tarafından haksız rekabet, rakiplerin müşterilerinin ele geçirilmesine yönelik bir haksız fiil olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, ilk başlarda haksız rekabet müessesesi, doğrudan işletmelere ve rakibe yönelik bir davranış olarak ele alınmış; müessese ile

⁸⁰ Eren, s. 107; Ertan, s. 63.

⁸¹ Ertan, s. 64. Şahsi edim, borçlunun bedeni veya fikri bir güç sarf ederek yerine getirdiği edimlerdir. Örneğin hizmet veya vekâlet sözleşmelerinde, borçlunun üstlendiği iş görme edimi şahsidir, Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 35; Eren, s. 109. Şahsi edim, “borçlunun şahsına bağlı şahsi edim” ve “borçlunun şahsına bağlı olmayan şahsi edim” olarak ikiye ayrılmaktadır. Borçlunun şahsına bağlı şahsi edim, bizzat borçlu tarafından yerine getirilmelidir. Üçüncü şahıslar tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir. Zira burada, borçlunun fikri veya bedeni özellikleri ve yetenekleri sözleşmenin yapılmasına etken olmaktadır. Borçlunun şahsına bağlı olmayan şahsi edimlerde ise, borçlu üstlendiği edimi bizzat yerine getirmekle mecbur değildir. Bu tür borç ilişkilerinde borçlunun kişisel özellikleri ve yetenekleri önem arz etmemektedir, Eren, s. 109.

⁸² Ertan, s. 64.

⁸³ Râber, N. 40; Ertan, s. 65.

⁸⁴ Bu tespit için bkz. Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 4; Güven, s. 8.

haksız rekabet eyleminden zarar gören tacirin zararının tazmin edilmesi amaçlanmıştır⁸⁵. Diğer bir deyişle, haksız rekabet kuralları başta rakiplerin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmiştir. Geçen zamanla birlikte, sadece rakip ve işletmelerin değil; aynı zamanda başkalarının da menfaatlerinin korunması gerekliliği karşısında, haksız rekabet müessesesi rakibe yönelik bir müesseseden ziyade ayrı bir müessese haline gelmiştir⁸⁶. Üstelik çeşitli görünüm biçimleri itibariyle daha da ayrıntılı olarak ele alınır hale gelmiştir.

Günümüzde haksız rekabet müessesesi, rakiplerin, müşterilerin, diğer piyasa katılımcılarının ve kamunun menfaatlerini gözeterek rekabet hakkının dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılmasını ve bu şekilde dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamı sağlamayı amaçlayan bir müessese olarak kabul edilmektedir⁸⁷. Haksız rekabet hükümleri, serbest rekabet hakkının ve özgürlüğünün sınırlarını gösteren⁸⁸, rekabetin ne zaman haksız ve hukuka aykırı sayılacağını ve haksız sayıldığı takdirde uygulanacak yaptırımları düzenleyen kuralları ihtiva etmektedir. Haksız rekabet müessesesi esasen piyasa davranış kurallarını düzenlediği için, piyasa hukuku (“*Marktrecht*”) veya ticari uygulamalar hukuku (“*trade practices law*”) olarak da adlandırılabilir⁸⁹.

Türk Hukuk sisteminde haksız rekabete ilişkin hükümler, ayrı bir kanunla düzenlenmek yerine⁹⁰ iki temel kanunda yer almaktadır. Şöyle ki haksız rekabete ilişkin ilk düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁹¹,’nun “*haksız fiillerden doğan*

⁸⁵ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 4; Güven, s. 8.

⁸⁶ Poroy / Yasaman, s. 373 - 374; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 4; Güven, s. 19 vd.; Özel / Özdemir, s. 192.

⁸⁷ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 4.

⁸⁸ Poroy / Yasaman, s. 373; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 3; Arkan, s. 345; Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Arslan Kaya / Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 547.

⁸⁹ Bazı hukuk sistemleri tarafından bu şekilde adlandırılmasının sebebi, rakiplerin haksız eylemlerine karşı teşebbüslerin korunması ile tüketicinin bu davranışlara karşı korunması arasında ikili bir ayrım yapılması; diğer bir deyişle birbirinden ayrı kanunlarla düzenlenmesidir. Kara Avrupası Hukuk sisteminde ise tüm piyasa katılımcılarının menfaatlerinin ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olması nedeniyle tek bir kanunla düzenlenmesi gerektiği görüşü hâkimdir, Ansgar Ohly / Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Kommentar**, 7. Aufl., München, C. H. Beck, 2016, Einf. A UWG, N. 1.

⁹⁰ İsviçre ve Alman hukukunda haksız rekabet müessesesi bağımsız ve özel bir kanunla ayrı olarak düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda, halihazırda TTK sisteminde kabul edilen haksız rekabet kurallarının da mehası olan, 1986 tarihli Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanun (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*); Alman hukukunda ise 2004 tarihli Haksız Rekabete İlişkin Kanun (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) haksız rekabet kuralları bakımından yürürlüktedir.

⁹¹ 04.02.2011 tarihli 27836 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

borç ilişkileri” kısmında yer alan m. 57 hükmüdür. Söz konusu hükmün birinci fıkrası uyarınca, gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini talep edebilecektir. TBK m. 57 f. 2’de ise özel olarak, ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla TBK m. 57 hükmü sadece ticari olmayan haksız rekabet halleri için uygulanacaktır⁹².

⁹² Doktrinde tarafların, özellikle davalının tacir olmadığı örneğin serbest meslek mensuplarının (doktor, avukat gibi) ve esnafın haksız rekabetinde TBK m. 57 (EBK m. 48) hükmünün uygulanacağı ileri sürülmektedir, Karayalçın, s. 451; M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2**, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 13 dn. 1. Yargıtay’ın konuyu anlayışı ise şöyle cereyan etmektedir: EBK ve ETK’nin yürürlükte olduğu zamanda, Yargıtay’ın eski tarihli kararlarında, haksız rekabetin tacirler arasında olup olmamasına göre ayırım yapılarak; tacir olmayanlar arasındaki haksız rekabete ilişkin EBK m. 48 hükmünün uygulanması gerektiği şu ifadelerle kabul edilmiştir: “Diğer yandan T. Ticaret Kanununun 56-65 maddelerinde, haksız rekabeti düzenlemiş, ancak B.K.nun 48. maddesini kaldırmamıştır. Bu süratle tacirler arasındaki haksız rekabete T.T.K. hükümleri, tacir olmayanlar iki berber gibi arasındaki haksız rekabete ise B.K. 48 maddesi uygulanacaktır.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 15.05.1989 E: 1989 / 2889 K: 1989 / 2929, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “(..) davacı tarafından hazırlanan şikayet dilekçesindeki ve davalılara da adli mercilere sunulan dilekçelerdeki yazı ve açıklamaların, konusunda araştırma yapan bir avukat tarafından edinilen bilgi birikimi, mesleki tecrübe ve mevzuat incelemesi ile yazılabilecek mutad dilekçe tertip ve ifade tarzının üzerinde kabul edilebilecek şekilde, hukuki görüşlerin ve vakaların sunuluşu, düzenlenişi, bilgilerin derlenişi ve seçilmeleri itibarıyla FSEK’nin l/B ve 2/1. maddeleri uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak korunması için gerekli olan şekilde sahibinin hususiyetini taşıma unsurunu içeren bir dilekçe niteliğinde bulunmamasına, serbest meslek mensupları (avukatlar, doktorlar, mimarlar vb.) arasındaki rekabetin TTK’nın 56 vd. maddeleri kapsamında bir ticari rekabet olarak kabul edilemeyecek olmasına ve davada BK’nın 48. maddesi koşullarının da gerçekleşmemiş bulunmasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle kararın onanması gerekmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 07.06.2007 E: 2006 / 929 K: 2007 / 8748, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

Ancak ilerleyen zamanda Yargıtay, tüketici tarafından da, diğer bir deyişle tacir sıfatına sahip olmayan kişiler tarafından da TTK anlamında haksız rekabet fiilinin işlenebileceğini şu şekilde belirtmiştir: “Dava, haksız rekabetin önlenmesi, men’i ve tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiştir. Davacı şirket, ürünlerine, markasına, şirkete ve çalışanlarına yönelik olarak davalı tarafından internet ortamında gönderilen mesajların, yazılan yazıların haksız rekabet oluşturduğunu, bu olaydan dolayı şirketinin, ürünlerinin ve markasının zarar gördüğünü, tüketiciler nezdinde itibar kaybına uğradığını ileri sürmüştür. (..) Gerek haksız rekabete ilişkin yasal düzenlemeler gerekse Medeni Kanun’un 2. maddesinde belirtilen herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu yönündeki tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulunan temel hüküm uyarınca bir ticari işletmeye, şirkete yönelik olarak yapılan eylemlerin haksız rekabet oluşturması için bu eylemleri yapanların tacir olmaları veya haksız rekabete maruz kalan şahıs, şirket veya işletme ile aynı konularda iştirak etmeleri gerekmemektedir. (..) Bu durumda, somut olaya gelindiğinde davalının davacının ticari faaliyetine zarar verici nitelikteki eylemlerinin tespiti halinde tacir olmaması bu durumun haksız rekabet sayılmasını engellemeyeceğinden mahkemece tarafların dayandıkları delillerin toplanması, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılması suretiyle davalının eylemlerinin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde yasal olmayan gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.”, Yargıtay 11. Hukuk

Haksız rekabete ilişkin ikinci düzenleme ise, TTK'nın haksız rekabet başlıklı dördüncü kısmında yer alan m. 54 ve devamındaki hükümlerdir. Söz konusu bu hükümlerin, hiçbir ayırım gözetmeksizin tüm haksız rekabet hallerine uygulanacak genel nitelikte kurallar oldukları kabul edilmekte; bu sebeple aynı konu ile ilgili farklı kanunlarda farklı düzenlemelerin varlığı doktrinde eleştirilmektedir⁹³.

TTK m. 54 f. 1 haksız rekabetin amacını tayin etmiştir. Şöyle ki, haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının sağlanmasıdır. Açık bir anlatımla, haksız rekabet hükümlerinde rekabetin korunması amacı ön plandadır⁹⁴. Haksız rekabet hükümleri rekabetin hem dürüst hem de bozulmamış olmasını amaçlamaktadır. Dürüst ve bozulmamış rekabet ortamındaki dürüst rekabet kavramı ile saf, katışıksız, dürüstlük kurallarına ve

Dairesi Tarih: 21.02.2010 E: 2008 / 9072 K: 2010 / 591, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

Fakat Yargıtay, TTK'nın yürürlükte olduğu 2018 yılında verdiği bir kararda ise; tarafların esnaf olması sebebiyle TBK m. 57 hükmünün uygulanması gerektiğini tekrar kabul etmiştir: “*Dava, haksız rekabetin önlenmesi ve maddi manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı, davalının haksız rekabet hükümlerine aykırı davrandığını ileri sürmüştü de 24.07.2014 tarihli Denizli Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün yazısında tarafların herhangi bir şirkette ortaklıklarına ve şahıs kayıtlarına rastlanmadığı bildirilmiş olup, 21.07.2014 tarihli Denizli Esnaf ve Sanatkarlar Odaları Birliği yazısından tarafların esnaf siciline kayıtlı oldukları anlaşılmaktadır. Her ne kadar işbu dava ticaret mahkemesinde görülmüşse de TTK m. 4 gereğince ticari dava niteliğinde değildir. Bu durumda davanın TBK m.57 gereğince haksız rekabet hükümlerine göre değerlendirilmesi ve genel mahkemeler tarafından görülmesi gerekirken görevli olmayan mahkeme tarafından yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.*”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 21.03.2018 E: 2016 / 9172 K: 2018 / 2167, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021

⁹³ Doktrinde, TBK m. 57'nin iktisadi kişiliğin korunması ve sadece rakipleri koruma esasına dayandığı, bu esasın günümüzde terkedildiği; oysaki TTK sistemindeki haksız rekabet hükümlerinin rakiplerin, müşterilerin, diğer piyasa katılımcılarının ve kamunun menfaatinin gözetildiği ve dürüst bir rekabet ortamının tesisini amaçladığı, söz konusu hükümlerin genel nitelikte olduğu; diğer bir deyişle ticari iş veya tacir olup olmama bakımından hiçbir ayırım gözetmeden tüm haksız rekabet hallerine uygulanabilen kurallar olduğu, TTK m. 56 f. 3 ile esnaf odalarına ve üyelerine dava hakkı tanınması ile söz konusu bu hükümlerin ticari işlere özgülenmediğini gösterdiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir, Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 30 – 31; Poroy / Yasaman, s. 381 - 38; Arkan, s. 349 - 350. ETK ve EBK zamanında da doktrinde aynı yönde yapılan tartışmalar bakımından bkz. Karayalçın, s. 451 - 452; Halil Arslanlı, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 221 - 222; Sait Kemal Mimaroglu, **Ticaret Hukuku Birinci Cilt İşletme Hukuku**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s. 384 - 385; Hayri Domaniç, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları, 1988, s. 241 - 243. Türk hukukunda haksız rekabetin düzenleniş şekli açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 9 vd.

⁹⁴ Simone Dobler, **Der lauterkeitsrechtliche Schutz von Produktausstattungen**, Bern, Stämpfli Verlag, 2015, s. 8; SHK - Jung, Art. 1 UWG, N. 2; Fülüray Yusufoglu, “Eleştiri Hakkı Işığında Rakip Olmayanların Beyanlarının Haksız Rekabet Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 834; Yargıtay ETK'nın son zamanlarında, haksız rekabet hükümlerinin sadece rakiplerin ekonomik menfaatlerini değil; ekonomik düzeninde korumayı amaçladığını zaten kabul etmektedir: “*Her ne kadar tarafların rakip olmadıkları düşünülebilirse de bu maddeye TTK. 56. madde ile birlikte mütalaa etmek gerekir. Zira haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil rekabete dayalı ekonomik düzeninde korunmasını amaçlar.*”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 26.02.1999 E: 1999 / 1155 K: 1999 / 1574, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

centilmenliğe uygun bir rekabetin; bozulmamış rekabet kavramı ile ise güven duyulan, hilesiz bir rekabetin kastedildiği ifade edilmektedir⁹⁵. Haksız rekabet hükümleri ile menfaati korunanlar ise TTK m. 54 f. 1’de “*bütün katılanlar*” şeklinde belirtilmiştir. Bütün katılanlar ibaresi, kimlerin haksız rekabet fiilini işleyebileceğini ve bu fiil karşısında kimlerin dava hakkının olacağına işaret etmektedir⁹⁶.

Söz konusu hükümde bütün katılanların kimlerden oluştuğu açıkça gösterilmemiş olup; hükmün gerekçesinde “*Tüm katılanlar ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsü kastedilmiştir: Ekonomi, tüketici ve kamu.*”⁹⁷ şeklinde açıklanmıştır⁹⁸. Doktrinde bütün katılanlar teriminden; rakiplerin, diğer piyasa katılımcılarının - müşterilerin, tedarik edenlerin, alıcıların, kredi alanların, tüketicilerin vb. gibi - ve kamunun (toplumun) anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁹⁹. TTK m. 56 hükmü ile kendisine dava hakkı tanınan kişilerde katılanları izah edebilecektir. Şöyle ki ilgili hüküm uyarınca, müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya zarar tehlikesiyle karşılaşan herkese; ekonomik menfaati zarar gören veya zarar tehlikesiyle karşılaşan müşterilere; esas sözleşmelerine veya tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlara dava hakkı tanınmıştır. Netice itibarıyla haksız rekabet kuralları sadece rakipleri değil; müşteriler, tedarikçiler, dağıtıcılar, mesleki ve ekonomik birlikler, kamusal nitelikli kurumlar da dahil olmak üzere genel olarak rekabeti ve ülke

⁹⁵ Poroy / Yasaman, s. 378 - 388.

⁹⁶ Hamdi Yasaman, “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı”, **Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 14; Poroy / Yasaman, s. 389.

⁹⁷ Bkz. TTK m. 54 hükmünün gerekçesi.

⁹⁸ Hükmün gerekçesinde yer alan “*üçlü*” kavramının; aslında İsviçre kanun koyucusu tarafından İsv.UWG Art. 1 (TTK m. 54 f. 1) hükmünün gerekçesinde kullanılan kavram olduğu ifade edilmektedir, Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 90; Şirin Güven, 6102 Sayılı TTK’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C: 18, Özel Sayı, 2012, s. 176 - 177. TTK m. 54 f. 1’in mehzazı olan İsv.UWG Art. 1 hükmünün gerekçesinde, söz konusu hüküm ile birlikte Rekabet Hukuku’nun üç boyutluluğunun (“*Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts*”), - ekonominin, tüketicilerin ve genel olarak kamunun (toplumun) - menfaatlerinin eş değerliliğinin görünür hale geldiği belirtilmiştir, Botschaft UWG 1986, s. 1058, <https://links.weblaw.ch/BBl-1983-II-1070>, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁹⁹ SHK - Jung, Art. 1 UWG, N. 23 vd.; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 90 vd.

ekonomisini korumaya ve dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının sağlanmasına hizmet etmektedir¹⁰⁰.

TTK m. 54 f. 2 ise, haksız rekabetin tespitinde doğrudan uygulanabilecek genel bir hüküm olarak, hangi davranış ve uygulamaların haksız rekabet oluşturacağını göstermektedir¹⁰¹. İlgili hüküm uyarınca, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. Bu tanım uyarınca, haksız rekabetin şartları şu şekilde tayin edilebilecektir: İlk ortada ticari nitelikte bir davranış veya uygulamanın varlığı gerekmektedir. Bu noktada ticari davranış veya uygulamalar, TTK m. 3 ve m. 19 anlamında değerlendirilmemelidir¹⁰². Rekabet ortamını etkileyen veya etkileme ihtimali bulunan her türlü rekabet edici davranış hükmün kapsamına girmektedir¹⁰³. İkinci olarak, söz konusu bu davranışın veya uygulamanın aldatıcı veya başka bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı olması şarttır. Dolayısıyla bir davranışın veya uygulamanın haksız rekabet teşkil edip etmediği bakımından temel ve merkezi unsur dürüstlük kuralıdır¹⁰⁴. TTK m. 54 f. 2 uyarınca haksız rekabetin gerçekleşmesi için söz konusu davranış veya uygulamanın dürüstlük kuralına aykırı olması gerekmektedir. Üçüncü ve son olarak, söz konusu bu davranış veya uygulama rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki

¹⁰⁰ Yasaman, s. 14; KBF Komm. - Köhler, § 1 UWG, N. 42; Ohly / Sosnitzer, Einf. A UWG, N. 1; SHK - Jung, Art. 1 UWG, N. 22.

¹⁰¹ SHK - Jung, Art. 2 UWG, N. 1; Lorenza Ferrari Hofer, **UWG Kommentar - Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, Heizmann Reto / Loacker Leander D. (Hrsg.), Zürich, Dike Verlag, 2018, Art. 2 UWG, N. 10 – 11.

¹⁰² Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 100.

¹⁰³ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 100; SHK - Jung, Art. 2 UWG, N. 10 - 12; Heizmann / Loacker Komm. - Ferrari Hofer, Art. 2 UWG, N. 23 - 24.

¹⁰⁴ Yasaman, s. 14; Hamdi Yasaman, “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Haksız Rekabet İle İlgili Getirdiği Yenilikler”, **Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 78 - 79; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 112 - 113; Arkan, s. 353; SHK - Jung, Art. 2 UWG, N. 20; İsviçre doktrininde İsv.UWG’nin Art. 2 (TTK m. 54 f. 2) hükmünde yer alan dürüstlük kuralının (*Treu und Glauben*) içeriğinin, İsviçre Medeni Kanunu’nun Art. 2 hükmünde yer alan ve Medeni Hukuk’un temel prensibi olan dürüstlük kuralından öte bir anlam taşıdığı; İsv.UWG Art. 2 (TTK m. 54 f. 2) hükmündeki dürüstlük kuralının haksız rekabet müessesinin amacı, kuralları ve zaman içinde gelişen içtihatları doğrultusunda değerlendirilmesi ve dolayısıyla haksız rekabet müessesine özgü bir kural olarak yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir, SHK - Jung, Art. 2 UWG, N. 20; Heizmann / Loacker Komm. - Ferrari Hofer, Art. 2 UWG, N. 36. Türk hukukunda da, aynı yönde Yasaman, s. 15; TTK m. 54 f. 2’nin gerekçesinde de “Buradaki, yani rekabet hukukundaki dürüstlük kuralları İsviçre öğretisinde belirtildiği gibi Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrası hükmündeki dürüst davranış kuralları ile tam örtüşmeyebilir. Çünkü Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesi anlamında dürüstlük kuralları sözleşmesel veya önsözleşmesel temelde ve taraflar arasındaki ilişkide var olan güvenle ilgilidir. Rekabet hukukunda ise bu anlamda taraf mevcut olmayabilir. Çoğu kez bir haksız fiil konumu bile söz konusu olabilir.” şeklindeki izahattan, TTK sistemindeki haksız rekabet kuralları açısından aynı görüşün benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

ilişkileri etkilemelidir. Böylelikle, davranış veya uygulamanın rekabet üzerinde herhangi bir etkisi yok ise; söz konusu davranış veya uygulama haksız rekabet teşkil etmeyecektir¹⁰⁵. Ayrıca, haksız rekabetin oluşması için taraflar arasında bir rekabet ilişkisinin bulunmasına da ihtiyaç yoktur¹⁰⁶. Diğer bir ifadeyle taraflar birbirlerine rakip olmasalar dahi haksız rekabet oluşabilecektir.

ab. Rekabet Yasağı ile Karşılaştırılması

Haksız rekabet müessesesi ile rekabet yasağını karşılaştırdığımızda ise öncelikle her iki müessesenin amaçlarının birbirine zıt olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹⁰⁷. Şöyle ki haksız rekabet dürüst, hilesiz ve güven duyulan bir rekabet ortamı oluşturma amacı taşımakta ve kişileri haklı rekabete¹⁰⁸ yöneltirken; rekabet yasağı kişiye rekabet etmeme yükümlülüğü getirmekte ve açıkça haklı rekabeti engellemektedir.

Doktrinde, haksız rekabet ile rekabet yasağının bir nevi ortak özelliği olarak rekabete sınırlama getirmeleri gösterilmektedir¹⁰⁹. Şöyle ki bu görüş uyarınca, haksız rekabet hükümleri haksız rekabeti yasaklamakta olup; bu durum da tıpkı rekabet yasağında olduğu gibi rekabetin sınırlanması, yasaklanması anlamına gelmektedir. Aslında bu görüşün temeli¹¹⁰, haksız rekabet müessesesi ile Rekabet Hukuku müessesesinin karşılaştırmasına dayanan bir anlayışı esas almaktadır¹¹¹. Söz konusu anlayış, haksız rekabet ile Rekabet Hukuku'nun birbirine zıt amaçlar güttüğünü; haksız rekabetin, rekabetin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla olsa bile

¹⁰⁵ Poroy / Yasaman, s. 389; Yasaman, s. 15; Yusufoglu, s. 93; Yusufoglu, Eleştiri Hakkı, s. 836; Heizmann / Loacker Komm. - Ferrari Hofer, Art. 2 UWG, N. 44; Güven, Haksız Rekabet, s. 182.

¹⁰⁶ SHK - Jung, Art. 2 UWG, N. 18; Heizmann / Loacker Komm. - Ferrari Hofer, Art. 2 UWG, N. 45; Dobler, s. 19 - 20; Poroy / Yasaman, s. 391; Yasaman, s. 15; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 114, 117 – 118; Yusufoglu, Eleştiri Hakkı, s. 839 vd.

¹⁰⁷ Soyer, s. 11 vd.; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 7; Erdem, Rekabet Hukuku, s. 383; Karakılıç, s. 22.

¹⁰⁸ Sıtkı Anlam Altay, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin İş Mahsullerinden Yararlanma Suretiyle Haksız Rekabete İlişkin İçtihadının Değerlendirilmesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C: 1 Özel Hukuk, S: 1, 2004, s. 731.

¹⁰⁹ Aydoğan, s. 5; Aynı yönde Can, s. 9; Karakılıç, s. 20.

¹¹⁰ Aydoğan, s. 5 dn. 7.

¹¹¹ Nurkut İnan, "Rekabet Hukukunun diğer Disiplinlerle İlişkisi", **Perşembe Konferansları**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 1999, s. 10 vd.

rekabeti sınırladığını; oysa Rekabet Hukuku'nun rekabeti mümkün olduğunca genişletmeye çalıştığını kabul etmektedir¹¹².

Aslında haksız rekabet kuralları, rekabet hakkının meşru bir zeminde nasıl kullanılacağını göstermektedir¹¹³. Rekabet özgürlüğü de, sadece meşru sınırlar dahilinde gerçekleşebilecektir. Başka bir deyişle, kişilerin ticari faaliyette bulunma ve rekabet etme özgürlüğü ancak hukuk düzeninin izin verdiği kapsamda mevcuttur; dolayısıyla haksız rekabet hükümleri rekabet özgürlüğüne getirilen bir sınırlama niteliğinde görülmemelidir¹¹⁴. Zira, Rekabet Hukuku ile de korunması hedeflenen serbest rekabet ortamı; dürüst ve kanunen izin verilen rekabettir¹¹⁵. Bu nedenle haksız rekabet hükümlerinin rekabet özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak değerlendirilmemesi gerektiğini, aksine kişileri temiz ve haklı rekabete yönelttiğini; böylelikle doğrudan doğruya rekabet özgürlüğüne hizmet ettiğini, rekabet yasağının

¹¹² İnan, s. 10; Haksız rekabet ile Rekabet Hukuku karşılaştırmasında aynı yönde, bkz. Erdem, Rekabet Hukuku, s. 383 – 385. Aslında doktrinde İnan'ın söz konusu görüşü, haksız rekabet ile Rekabet Hukuku müesseselerinin aralarındaki ilişkileri izah etmek için ilk ileri sürülen ayrımcı teori (*Trennungstheorie*) ile rekabetin dürüstlüğü ile rekabet serbestisinin birbiriyle çelişmesi teorisinin bir yansımasıdır. Şöyle ki, ayrımcı teori uyarınca her iki müessesenin amaçları birbirinden farklıdır. Rekabet Hukuku, rekabet özgürlüğünü ve bir müessese olarak rekabetin korunmasını amaçlamaktadır. Halbuki haksız rekabet müessesesi piyasada rekabetin mevcut olması ya da etkilenmesi ile ilgilenmemektedir. Söz konusu bu görüş artık geçerliliğini büyük anlamda yitirmiştir. Ayrımcılık görüşünü takiben Alman doktrininde rekabetin dürüstlüğü ile rekabet serbestisinin birbiriyle çelişmesi teorisi ile, her iki müessesenin amaçlarının birbirine zıt olduğu ve haksız rekabet hükümleri ile rekabet özgürlüğünün sınırlandığı ileri sürülmektedir. Bu görüş, rekabet özgürlüğünün ancak meşru sınırlar içinde olabileceği, bu sebeple haksız rekabete ilişkin hükümlerin rekabet özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir, Güven, s. 128 vd. ; Arkan, Haksız Rekabet, s. 6 vd.; MükoUWG – Sosnitza, A. Teil I, N. 27 vd.; Weber / Volz, s. 41 - 42; Peter V. Kunz, **Wirtschaftsrecht**, 1. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2019, s. 383; Heizmann / Loacker Komm. - Heizmann, Art. 1 UWG, N. 66 vd.

Günümüzde ise çoğunluk tarafından genel olarak benimsenen birlik teorisi (*Einheitstheorie*) uyarınca, her iki müessesenin amaçlarının aynı olduğu ve rekabetin korunmasına hizmet ettikleri kabul edilmektedir, MükoUWG - Sosnitza, A. Teil I, N. 29; Ohly / Sosnitza, Einf. D UWG, N. 71; Heizmann / Loacker Komm. - Heizmann, Art. 1 UWG, N. 64 - 65; Kunz, s. 383; Arkan, Haksız Rekabet, s. 12; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 5.

¹¹³ “*Davalı, davacının haksız rekabet yaptığı iddiasında ise yasal yolları kullanarak hakkına kavuşması mümkün ve gerekli iken, hiç gerekmediği halde davacı-karşı davalının müşterisine çektiği faksı, davacı-karşı davalının diğer müşterilerine göndererek hakkını elde etmeye kalkışması, hukuken benimsenecek bir tavır değildir. Bu durumda mahkemece, davalının eyleminin TTK'nun 56. ve 57. maddeleri uyarınca haksız rekabet oluşturduğu ve meşru rekabet ve tüketicilerin uyarılması sınırlarını açtığı kabul edilerek ve davacının manevi tazminat talebi değerlendirilip, sonucuna göre karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddi, bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 15.01.2007 E: 2005 / 13287 K: 2007 / 227, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹¹⁴ KBF Komm. – Köhler, vor § 1 UWG, N. 1. 29; Adolf Baumbach / Wolfgang Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16. Auflage, München, 1990, Anm. 86, 87 (Arkan, Haksız Rekabet, s. 10'dan naklen)

¹¹⁵ KBF Komm. – Köhler, vor § 1 UWG, N. 1. 29; Rekabet Hukuku ile haksız rekabet hükümlerinin rekabet özgürlüğünü korumak için birlikte çalıştıkları yönünde bkz. Ohly / Sosnitza, Einf. A UWG, N. 22.

ise gerçek anlamıyla rekabet hakkına ve özgürlüğüne getirilen ciddi bir sınırlama olduğunu düşünmekteyiz.

İkinci olarak, haksız rekabet sisteminde haksız, dürüstlük kuralına aykırılık taşıyan rekabet yasaklanırken; rekabet yasağında haklı ve hukuka uygun rekabet yasaklanmaktadır¹¹⁶. Başka bir ifadeyle, haksız rekabette rekabet hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi söz konusu iken; rekabet yasağında, yasaklanan rekabet hakkının kötüye kullanılması değil; başlı başına hukuka uygun rekabet hakkıdır¹¹⁷.

Üçüncüsü, haksız rekabet düzenindeki hükümler herkesin uyması gereken genel nitelikli kurallara olduğu halde; rekabet yasağı sadece yasağa tabi belirli kimseler için geçerlidir¹¹⁸. Bu noktada, rekabet yasağının unsurları arasında yasağa tabi olan kimse ile yasaktan yararlanan kimse arasında bir hukuki ilişkinin varlığına işaret etmiştik. İşte bu nedenle rekabet yasağı, haksız rekabet hükümlerinin aksine, herkesin uymakla yükümlü olduğu genel nitelikteki bir kural niteliğinde olmayıp; belirli bir hukuki ilişki kapsamında ortaya çıkan ve anılan ilişkinin taraflarından birinin riayet etmesi gereken özel bir yükümlülüktür.

Dördüncüsü ise, haksız rekabete ilişkin hükümler kamu menfaatini korumaları sebebiyle emredici nitelik taşımakta; buna karşılık rekabet yasağına ilişkin hükümler taraflarca kaldırılması, daraltılması veya genişletilmesi imkân dahilinde olması ve istisnai nitelikte olması sebebiyle emredici değildir¹¹⁹.

¹¹⁶ Räber, N. 185; Neeracher, s. 7; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 626; Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 239; Mustafa Yasan, “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı (TTK m. 335)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 7, Özel Sayı, 2005, s. 439; “Bir ticaret ortaklığının uğraşı alanına giren herhangi bir iş kolunda ticaret yapmak üzere başka bir ortaklığın kurulması ve faaliyet göstermesi toplumunun yararı ile ilgili ve yasaların teminatı altında bulunan haklı rekabetin gereğidir. Bu ana kuralın ayırık hükmü, ticaret ortaklıklarında uygulama olanağı bulunan (rekabet yasağı)nda görülür (TTK. 172, 173, 250, 335, 483 ve 547. maddeleri). (..) TTK.nun 56 ve bunu izleyen maddelerinde sözü edilen (haksız rekabet) ise, amaç ve koşulları tamamen ayrı olup hukuki ve cezai yaptırımları yasada gösterilmiştir (TTk. 58-65. maddeleri).”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 29.09.1977 E: 1977 / 3358 K: 1977 / 3890, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹¹⁷ Soyer, s. 11; Aydoğan, s. 5; Karakılıç, s. 21; Ertaş, s. 84; Tuna, s. 4.

¹¹⁸ Öçal, s. 432; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 626; Can, s. 10; Ersin Çamoğlu, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 103 - 104; Aydoğan, s. 5; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 7; Ertaş, s. 84; Karakılıç, s. 20 - 21; Kaplan, s. 14 - 15.

¹¹⁹ Can, s. 11; İsmail Kayar / İlyas Çeliktas, “Limited Şirkette Müdür-Ortakların Rekabet Yasağı”, **Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s. 313 - 314; Franko, s. 27; Poroy / Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 72.

Beşinci ve son olarak ise; her iki müessese açısından rekabet kavramı farklı değerlendirilmektedir. Şöyle ki, haksız rekabet müessesesindeki rekabet kavramının, müessesenin hizmet ettiği amaç ve koruduğu menfaat grubu dikkate alındığında geniş yorumlanması gerekmektedir. Zira, haksız rekabet ile müşteriler, mesleki ve ekonomik birlikler, kamusal nitelikli kurumlar da dahil olmak üzere genel olarak rekabetin ve kamu menfaatinin korunması amaçlanmaktadır. Buna karşılık rekabet yasağında, kişinin tarafı olduğu hukuki ilişki gereği elde ettiği bilgi ve kaynakların kullanarak yasaktan yararlananın zarar görmesini, diğer bir deyişle yasaktan yararlananın ekonomik menfaatinin korunması amaçlanmaktadır¹²⁰.

Dolayısıyla, rekabet yasağının amacı ve koruduğu menfaat grubu göz önüne alındığında; buradaki rekabet kavramı, haksız rekabetin aksine dar yorumlanmalıdır¹²¹¹²². İsviçre Federal Mahkemesi¹²³ söz konusu bu farklılığa, taraflar arasındaki hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra geçerli olacak şekilde akdedilen rekabet yasağı sözleşmesini değerlendirirken şu şekilde değinmiştir: Mahkeme, rekabet yasağı müessesesindeki rekabet kavramının değerlendirilmesinde, haksız rekabet müessesesindeki rekabet kavramının esas alınmasının doğru ve belirleyeceği olmayacağını, haksız rekabet müessesesinin dürüstlük kuralına aykırı ve bu nedenle hukuka aykırı olan rekabeti belirlemeye hizmet ettiğini, açık bir ifadeyle haksız rekabetin, rakiplerin özellikle ürünlerin sunulması ve satışına ilişkin gösterdikleri ekonomik mücadelede dürüstlük kuralı uyarınca uymak zorunda oldukları kuralları belirlediğini, bu sebeple haksız rekabet müessesesindeki rekabet kavramının geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini; buna karşılık rekabet etmeme yükümlülüğü üstlenen kimsenin her ne amaçla olursa olsun rekabetten kaçınması gerektiğini, rekabet yasağının dürüst rekabet ortamının oluşturulmasını amaçlamadığını, bu nedenle rekabet kavramının geniş bir şekilde yorumlanması için bir sebep bulunmadığını, aksine rekabet yasağının amacı ve şartları göz önüne alındığında dikkatli ve ihtiyatlı bir yoruma muhtaç olduğunu, dolayısıyla rekabet etmemekle

¹²⁰ BK - Rehbinden / Stöckli, Art. 340 OR, N. 2; Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 340 OR, N. 7.

¹²¹ BK - Rehbinden / Stöckli, Art. 340 OR, N. 2; Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 340 OR, N. 7, 13; ZK – Staehelin, Art. 340 OR, N. 1; Neeracher, s. 41.

¹²² Çalışmamızın konusu olan yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının tayininde, ortaklığın tüm işletme konusuna nazaran fiili işletme konusunun, diğer bir deyişle fiili faaliyet konusunun esas alınması da rekabet yasağının kapsamının dar belirlendiğinin bir göstergesidir, bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm, I., A., 1., b., ba.

¹²³ BGE 92 II 22.

yükümlü kişinin ekonomik ilerlemesinin durdurulduğu dikkate alındığında rekabet yasağındaki rekabet kavramının dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir¹²⁴.

Bu noktada ayrıca ifade etmeliyiz ki rekabet yasağının ihlali, kanunda öngörüldüğü hallerde dahi, bir sözleşmesel ilişkideki taraflardan birine düşen kaçınma borcunun ihlali neticesini doğuracaktır. Açık bir anlatımla, yasağa tabi kimsenin rekabet yasağını ihlal etmesi, diğer bir ifadeyle üstlendiği rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranması, esasen sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi anlamındadır. Dolayısıyla, yasağa tabi kimsenin rekabet yasağına aykırı davranması halinde, anılan kimse bakımından sözleşmeden doğan sorumluluk gündeme gelecektir.

Netice itibarıyla, rekabet yasağının ihlali tek başına haksız rekabet addedilemeyecektir¹²⁵. Rekabet yasağı ihlalinin aynı zamanda bir haksız rekabet eylemi olarak sayılabilmesi için; söz konusu eylemin dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkilemesi gerekmektedir. Elbette ki bazı durumlarda rekabet yasağının ihlali, aynı zamanda haksız rekabetin ihlali anlamına da gelebilecektir. Şöyle ki, rekabet yasağı her ne kadar meşru rekabeti yasaklıyorsa, evleviyetle haksız rekabeti de yasaklamaktadır. Her iki müesseseyi bir daire olarak varsaydığımızda kesişim kümelerinin bulunduğunu ifade etmek yanlış sayılmayacaktır. Bu itibarla rekabet yasağına tabi olan bir kişi, yasaktan yararlanan kişiyle yasağa rağmen rekabete girer üstelik haksız rekabet fiilini de işlerse, bu olasılıkta rekabet yasağına ilişkin hükümler ve haksız rekabete ilişkin hükümler birbiriyle yarışacaktır. Başka bir deyişle, rekabet yasağını ihlal eden davranış, aynı zamanda bir haksız rekabet teşkil edebilecektir. Esasen burada teknik anlamda haksız fiilden (haksız rekabet) ve sözleşmeden (rekabet yasağını doğuran sözleşmeden) doğan sorumluluk birbiriyle yarışmaktadır¹²⁶. Böyle bir varsayımda, yasaktan yararlanan kimse her iki sorumluluk sebebinden hangisi kendisi için daha avantajlı ise onu seçmekte özgürdür¹²⁷.

¹²⁴ Rekabet yasağına ilişkin hükümlerin özelliklerinden olan “dar yorumlanma” konusundaki incelemelerimiz için bkz. Aşa. Birinci Bölüm, I., C., 2.

¹²⁵ Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 340 OR, N. 18; Räber, N. 185.

¹²⁶ Yönetim kurulu üyesinin TTK m. 396 hükmü uyarınca rekabet yasağının ihlali, aynı zamanda TTK m. 54 vd. hükümleri uyarınca bir haksız rekabet niteliğinde ise; ortaklığın yarışan iki hakkının bulunduğu yönünde bkz. Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 416.

¹²⁷ Haksız fiil ile sözleşmesel sorumluluk karşılaştırıldığı vakit, sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin alacaklı için daha yararlı olduğu yönünde bkz. Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 466.

Ancak yukarıda saydığımız farklılıklara rağmen; maalesef yargı kararlarında her iki müessesenin kavram olarak birbiriyle karıştırıldığı, özellikle rekabet yasağı müessesinin “haksız rekabet” olarak vasıflandırıldığı gözlemlenmektedir¹²⁸.

b. Rekabet Hukuku – Rekabet Yasağı

Rekabet düzeninin sağlanıp, etkin bir şekilde işleyip korunması için haksız rekabet hükümlerinin yanı sıra; rekabeti engelleyen, kısıtlayan anlaşmalar ve uygulamalar ile piyasada hâkim durumda olanların hâkimiyetlerini kullanmalarına yönelik olarak da özel düzenleme yapılması ihtiyacı duyulmuştur¹²⁹. İşte bu noktada, mal ve hizmetler açısından rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı nitelikte anlaşma, karar ve uyumlu eylem ile piyasadaki hâkim durumun kötüye kullanılması ve tekelleşmeye neden olacak yoğunlaşmaların önlenmesine ilişkin tüm hukuki düzenlemeler genel olarak Rekabet Hukuku¹³⁰ olarak ifade edilmektedir.

Rekabet Hukuku’nun esas amacı serbest rekabet ortamını, rekabet düzenini korumak ve rekabetin önündeki tüm engelleri kaldırmaktır¹³¹. Türk Hukuk sisteminde

¹²⁸ Aynı yönde bkz. Karakılıç, s. 12; Çalışmamız kapsamında değerlendirdiğimiz ilgili kararlar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 05.12.2017 E: 2016 / 5179 K: 2017 / 6911, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “*Kollektif ortaklıkta, ortakların birbirine güven duygusu ön planda tutulduğundan, TTK’nun 172. maddesi ile ortaklar arasında rekabet yasağı ilkesi benimsenmiştir. Anılan yasa hükmüne göre, davanın haksız rekabette bulunduğu ileri sürülen kollektif şirket ortağına karşı açılması gerekir.*”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 04.03.2002 E: 2001 / 9414 K: 2002 / 1733, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “*Her iki şirketin faaliyet konuları da aynı olduğuna göre bu durumda (TTK. 335/1) maddesindeki davacı anonim şirketin konusuna giren ticari muamele nev’inden bir muameleyi hesabına yapma şeklindeki hükme göre davalının bu davranışının iş bu maddedeki rekabet yasağına aykırılık teşkil ettiğinin kabulü gerekmektedir... Şu hâlde haksız rekabetin mevcudiyeti kabul edilmek suretiyle davanın esasına girilerek (..)*”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 21.11.1985 E: 1985 / 5620 K: 1985 / 6350, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tarih: 02.06.2015 E: 2015/10059 K: 2015/20045, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “*(..) müvekkilinin eşine ait işletmenin faaliyetinin, müvekkilinin eşi ve oğlu tarafından sürdürüldüğünü, bu işletmenin davalı tarafından yürütüldüğü iddiasının gerçek dışı olduğunu, kaldı ki bu işletmenin davacının faaliyet alanı dışında farklı iş bölgesi olan... sınırlarında üstlendiğini, yine haksız rekabet iddiası ile ilgili rekabet yasağının TTK 547 maddenin müdür olan ortakla ilgili olduğunu, müvekkilinin rekabet yasağını ihlal etmediğini savunarak davanın reddini istemiştir.*”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 24.04.2017 E: 2015/14754 K: 2017/2383, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “*Mahkemece, (..) rekabet yasağının anonim ortaklığın yönetim kurulu üyesi olma şartına bağlandığı, davalının yönetim kurulundan istifa tarihi olan 28.01.2005 tarihinden sonra 09.02.2005 tarihinde kalker ruhsatı için başvuru yaptığı, bu durumda davacı şirketteki yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesinden sonra yapılan kalker ruhsatı başvurusunun haksız rekabet kapsamında olmadığı sonucuna varılarak, davanın reddine karar verilmiştir.*”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 04.10.2012 E: 2010 / 11204 K: 2012 / 15168, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹²⁹ Arkan, Haksız Rekabet, s. 7 - 8; Poroy / Yasaman, s. 374.

¹³⁰ Söz konusu düzenlemeler “rekabet sınırladıcıları hukuku” ya da “kartel hukuku” olarak da adlandırılmaktadır, bkz. RKHK’nın genel gerekçesi.

¹³¹ Erdem, Rekabet Hukuku, s. 379 - 380; Aslan, s. 15, 24; Aşçıoğlu Öz, s. 15; İnan, s. 11; Keskin, s. 8; Güven Pelin, s. 21. Doktrinde Rekabet Hukuku’nun amacına farklı yaklaşan Gürcaynak ise, amacın

Rekabet Hukuku'na ilişkin düzenleme, Avrupa Birliği'ni kuran Roma Antlaşması m. 85 ve m. 86 kaynaklığında hazırlanan RKHK'dır. RKHK m. 1'de söz konusu kanunun amacının rekabetin korunması¹³² olduğu açıkça ifade edilmiştir. RKHK ile genel olarak, belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabeti engelleme, kısıtlama ya da bozma amacı taşıyan veya bu etkiye sebep olacak teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylemler (RKHK m. 4) ile hâkim durumun kötüye kullanılması hukuka aykırı sayılarak yasaklanmıştır (RKHK m. 6). Ayrıca birleşme ve devralmaların Rekabet Hukuku'na uygun bir şekilde gerçekleştirileceğine dair koşullar belirlenmiştir (RKHK m. 7).

Rekabet Hukuku ve haksız rekabet müessesesinin aralarındaki ilişki betimlenirken doktrinde “*bir paranın, madalyonun iki yüzü*¹³³”, “*bir elmanın yarısı*¹³⁴” şeklinde tanımlamalar kullanılmaktadır¹³⁵. Zira, her iki müessese de temelde rekabet düzenini korumayı hedeflemekte olup; kapsamaları birbirinden farklı olmakla birlikte, birbirini tamamlamakta ve birbirleriyle etkileşim içinde bulunmaktadır¹³⁶. Şöyle ki Rekabet Hukuku rekabeti, piyasa katılımcılarının ekonomik faaliyetlerini ve karar alma özgürlüklerini sınırlandıran belirli kısıtlamalara, diğer bir ifadeyle rekabeti sınırlayıcı davranışlara ve hukuki işlemlere karşı korumayı amaçlamaktadır. Böylelikle Rekabet Hukuku, rekabet hakkını ve özgürlüğünü kısıtlamalara karşı korumaktayken; haksız rekabet müessesesi rekabet hakkını ve özgürlüğünü haksız uygulamalara karşı korumaktadır. Yine, haksız rekabet müessesesi mevcut bir pazardaki piyasa katılımcılarının, bir başka deyişle piyasadaki bireysel oyuncuların (örneğin rakiplerin) davranışlarını mikro düzeyde düzenlemektedir; Rekabet Hukuku rekabeti sınırlamalara karşı makro düzeyde korumaktadır¹³⁷. Yine, haksız rekabet ile Rekabet Hukuku'nun karşılaştırılmasında, piyasada rekabetin az olduğu zaman Rekabet

iktisadi etkinliğin korunması yoluyla toplumsal refahın sağlanması olarak ifade etmektedir, bkz. Gönenç Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk” ve “İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003, s. 3.

¹³² RKHK'nın genel gerekçesinde de amacın, “*rekabet sürecinin veya serbest rekabetin muhafazası*” ya da “*etkin rekabetin korunması*” olduğu vurgulanmaktadır, bkz. RKHK'nın genel gerekçesi.

¹³³ Kunz, s. 380; Aslan, s. 26.

¹³⁴ Erdem, Rekabet Hukuku, s. 395.

¹³⁵ Haksız rekabet ve Rekabet Hukuku ayrıntılı karşılaştırması için bkz. Erdem, Rekabet Hukuku, s. 377 vd.; Arkan, Haksız Rekabet, s. 3 vd.; Güven, s. 127 vd.

¹³⁶ Kunz, s. 383; Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 5 – 6. Haksız rekabet ile Rekabet Hukuku müesseselerinin aralarındaki ilişkinin değerlendirilmesi hakkında bkz. Yuk. Birinci bölüm, I., B., 3., a., ab., dn. 112.

¹³⁷ KBF Komm. - Köhler, vor § 1 UWG, N. 1. 7; Ohly / Sosnitza, Einf. A UWG, N. 2; Haksız rekabet müessesesinin piyasa davranışlarını kontrol ettiği, ancak Rekabet Hukuku ile düzenlenen piyasaya giriş önündeki engelleri artırma ve dolayısıyla piyasanın kapanmasına katkıda bulunma etkisine sahip olmadığı yönünde bkz. BGH - I ZR 151/01 = GRUR 04, 602, 603, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

Hukuku'nun; rekabetin fazla olduğu zaman ise haksız rekabet kurallarının uygulanacağı ifade edilmektedir¹³⁸.

Rekabet Hukuku ile rekabet yasağını karşılaştırdığımızda ise öncelikle her iki müessesenin amaçlarının birbirine zıt olduğunu ifade etmeliyiz. Öyle ki, Rekabet Hukuku rekabetin serbest ve etkin olmasına ve bu durumun sürekli korunmasına hizmet ederken; rekabet yasağı rekabet etmeme üzerine kurulu, hem de meşru rekabete set çeken bir yapıdadır¹³⁹. İkinci olarak, rekabet yasağında menfaatinin korunması amaçlanan belirli bir kişi iken; Rekabet Hukuku kişiden öte kurum düzeyinde özgür bir rekabet ortamı sağlama ve korumayı hedeflemektedir¹⁴⁰. Buradan hareketle de, Rekabet Hukuku kurallarının kamu düzenine ve menfaatine ilişkin olduğu için emredici nitelikte olduğu fakat bunun aksine rekabet yasağına ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşımadığı kabul edilmektedir¹⁴¹.

Yine Rekabet Hukuku hükümleri teşebbüs¹⁴² veya teşebbüs birlikleri¹⁴³ niteliğini haiz olmak kaydıyla herkesin uyması gereken genel nitelikli kurallar iken¹⁴⁴; rekabet yasağına ilişkin hükümler rekabet etmeme yükümlülüğü altında olan kimsenin, diğer bir deyişle belirli bir kimsenin uyması gereken hükümlerdir. Rekabet yasağına tabi kimse, belirli bir hukuki ilişki kapsamında bu yükümlülük altına girmektedir.

Yapılan tüm bu açıklamalar ve bahsedilen özelliklerden anlaşılacağı üzere, her iki müessesenin hizmet ettiği amaç ve koruduğu menfaat birbirine karşıttır. Rekabet Hukuku rekabeti, rekabeti sınırlandıran davranışlardan arındırmaya çalışırken; rekabet yasağı açıkça rekabeti engellemeye hizmet etmektedir. Ancak, ilerleyen bölümlerde ayrıntılı bir şekilde değerlendirileceği üzere, kanun koyucunun tarafların menfaatlerini dikkate alarak rekabet yasaklarını bir kanun hükmü ile düzenlemeyi tercih ettiği

¹³⁸ Kunz, s. 379 – 380.

¹³⁹ Aslan, s. 26; Aydoğan, s. 6; Karakılıç, s. 17 – 18.

¹⁴⁰ Aşçıoğlu Öz, s. 19; Arkan, Haksız Rekabet, s. 8; İnan, s. 11; Erdem, Rekabet Hukuku, s. 384-385.

¹⁴¹ Can, 12 - 13; Ozan Can, "Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi", **Rekabet Dergisi**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, S: 32, 2007, s. 17 - 18, 20 - 24.

¹⁴² RKKH m. 3'te teşebbüs şu şekilde tanımlanmıştır: "Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler".

¹⁴³ RKKH m. 3'te teşebbüs birlikleri şu şekilde tanımlanmıştır: "Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler".

¹⁴⁴ Can, Rekabet Yasağı, s. 25 - 26; Can, s. 13.

hukuki ilişkiler mevcuttur. Bu noktada kanunen düzenlenen rekabet yasaklarının Rekabet Hukuku karşısındaki durumu izah edilmelidir.

Diğer bir anlatımla, kanunen düzenlenen rekabet yasaklarının emredici kurallar içeren Rekabet Hukuku düzenlemeleri ile çeliştiği düşünülebilir. Söz konusu bu mesele Alman Federal Mahkemesi tarafından değerlendirilmiştir. Şöyle ki mahkeme¹⁴⁵, somut olayda Ortaklıklar Hukuku'nda özellikle şahıs ortaklıklarında ortakların kanundan doğan rekabet yasaklarına ilişkin düzenlemelerin başlı başına Rekabet Hukuku anlamında rekabeti sınırlayıcı davranış niteliğinde görülemeyeceğini; söz konusu düzenlemelerin amacının ortaklığın varlığını ve amacını korumaya hizmet ettiğini ve ortakların kanun gereği bu yasağa tabi olduğunu, bu yasak ile ortakların ortaklık amacının gerçekleşmesine katkı sağladıklarını, yasağın niteliğinin ortaklığı korumanın ve sadakat yükümlülüğü kapsamında daha ileriye gidemeyeceğini; söz konusu rekabet yasağının Rekabet Hukuku anlamında rekabeti sınırlayıcı davranış olarak kabul edilebilmesi için yasağın piyasa koşullarını etkilemeye uygun olduğunun, diğer bir ifadeyle ilgili piyasadaki rekabeti sınırladığının ayrıca ispatlanması gerektiğine hükmetmiştir.

Böylelikle rekabet yasağı ile yasaklanan her davranış, Rekabet Hukuku anlamında rekabeti sınırlandırıcı davranış olarak nitelendirilemeyecektir. Rekabet yasağının, Rekabet Hukuku anlamında rekabeti sınırlandıran bir davranış olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği somut olayın şartlarına göre tayin edilecektir. Rekabet yasağı ile yasaklanan davranışın Rekabet Hukuku'na aykırı kabul edilebilmesi için, söz konusu yasağın piyasa ve rekabet üzerinde etkisinin olması gerekmektedir¹⁴⁶.

Nihayetinde her üç müesseseyi birlikte değerlendirdiğimizde, Rekabet Hukuku ile haksız rekabetin rekabeti farklı açılardan ve farklı kurallarla düzenlemesine rağmen, temelinde rekabet ve ticaret serbestisini teşvik ile rekabet ortamını yapay ve haksız sınırlamalara karşı koruma niyeti yattığı görülmektedir. Şöyle ki, her iki müessese de dürüst davranış kuralına uygun ve engellenmeyen, kısıtlanmayan, bozulmayan bir rekabet ortamının sağlanıp korunması hedefinde olup, aslında piyasanın tüm katılanlarından kıyasıya ve etkin rekabet etmelerini talep etmektedir.

¹⁴⁵ BGH - KZR 6/77 = AP HGB § 112 N. 1, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹⁴⁶ Karakılıç, s. 282.

Ancak bunun tam aksine rekabet yasağı müessesesi, kişilerin anayasal güvence altına alınan sözleşme ve çalışma özgürlüklerini ve dolayısıyla ekonomik kişilik haklarından sayılan rekabet etme hakkını sınırlandırma ya da ortadan kaldırma hedefiyle, belirli kişilere rekabet etmeme yükümlülüğü getirmektedir. İlk bakışta bu yasağın haksız rekabetin ve rekabetin korunmasına dair düzenin amacıyla çatıştığı düşünülebilirse de, rekabet yasağında korunan ve yasak getirilen tarafın içinde bulunduğu sözleşmesel ilişki, bu yasağı haklı kılmakta ve diğer iki kuruma rağmen bu yasağın öngörülmesine izin vermektedir.

C. Rekabet Yasağına İlişkin Hükümlerin Özellikleri

1. Emredici Nitelikte Olmama

Emredici (âmir, mecburi) hukuk kuralları, kesin ve zorunlu bir biçimde riayet edilmesi gereken kurallardır¹⁴⁷. Söz konusu bu kuralların aksi taraflarca kararlaştırılamaz; diğer bir ifadeyle, taraflar anılan kuralları kendi iradeleri ile değiştiremez yahut ortadan kaldıramazlar¹⁴⁸. Bir hukuk kuralının emredici nitelikte olup olmadığı evvela ilgili kuralın lafzında yer alan ifadeden anlaşılabilmektedir¹⁴⁹. Şöyle ki emredici hukuk kuralları, dilbilgisel bakımından emredicilik özelliği sunan “yasaktır”, “geçersizdir”, “zorunludur” gibi fiillerle sona erebilmektedir¹⁵⁰. Bu tür hallerde kuralın emrediciliği açık bir biçimde ortadadır. İkinci olarak ise, emredici hukuk kuralların amaçları ve muhteviyatları bakımından özellik arz etmektedir. Şöyle ki, emredici hukuk kurallarının öngörülme sebebi; kamu düzenini, genel ahlak ve ekonomik, sosyal ve fiziki durumları nedeniyle zayıf olanların korunması fikrine

¹⁴⁷ Yasemin Işıktaç, **Hukuk Başlangıcı**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskıdan Tıpkı 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 148; Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, Güncellenmiş Gözden Geçirilmiş 36. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 65; A. Şeref Gözübüyük, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 40. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, s. 81; Eren, s. 366 - 367.

¹⁴⁸ M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 89; Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 87; Eren, s. 367; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 536; Bilge Öztan, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 45. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 20; Yasemin Işıktaç / Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, 4. Baskı'dan 7. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 159; Bilge, s. 65; Gözübüyük, s. 81; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 254.

¹⁴⁹ Işıktaç, s. 148; Öztan, s. 20; Oğuzman / Barlas, s. 90; Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 87; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 255; Eren, s. 367.

¹⁵⁰ Işıktaç, s. 148.

dayanmaktadır¹⁵¹. Açık bir anlatımla emredici hukuk kuralları; toplum menfaatini, kamu düzenini, genel ahlâk ve kişiliği ve zayıf olanı korumaya yönelik hükümlerdir.

Böylelikle bir hukuk kuralının emredici nitelikte olup olmadığı, ya kuralın kaleme alınışından açıkça ya da kuralın ruhundan ve koruduğu amaçtan zımni bir şekilde tespit edilebilecektir¹⁵². Bu noktada emredici hukuk kurallarının da yöneldiği amaç bakımından ikiye ayrıldığını¹⁵³ belirtmeliyiz. Bunlardan ilki, mutlak (iki taraflı) emredici kurallardır. Bu kurallar genel menfaati korumayı hedefleyen ve tarafların hiçbirinin -aleyhlerinde olsun olmasın- aksi bir düzenleme kararlaştıramayacakları kurallardır¹⁵⁴. İkincisi ise, nispi (tek taraflı) emredici kurallardır. Bu kurallar zayıf olanı korumayı hedefleyen ve taraflardan yalnızca birisinin lehine düzenleme yapılmasına imkan sunan kurallardır¹⁵⁵.

Emredici hukuk kurallarına aykırı yönde yapılan düzenlemeler beraberinde hükümsüzlüğü meydana getirecektir¹⁵⁶. Zira TBK m. 27 f. 1 hükmü uyarınca, taraflarca yapılan düzenlemeler emredici hükümlerine aykırılık teşkil ettiği takdirde kesin hükümsüzdür.

Rekabet yasağının bir kanun hükmü ile öngörüldüğü durumlarda, anılan hükmün emredici nitelikte olmadığı doktrinde kabul edilmektedir¹⁵⁷. Doktrinde bu tür hükümlerin emredici nitelikte olmamasının nedeni olarak, tarafların iç ilişkisine

¹⁵¹ Işıқтаç, s. 149; Işıқтаç / Metin, s. 159; Bilge, s. 67 – 69; Öztan, s. 20; Oğuzman / Barlas, s. 90 - 91; Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 87; Eren, s. 366; Gözübüyük, s. 81; Erdem Özdemir, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 54, S: 3, 2005, s. 96.

¹⁵² Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 255.

¹⁵³ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 255; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 538.

¹⁵⁴ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 255; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 538.

¹⁵⁵ Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 87; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 255; Eren, s. 367 – 368; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 538; Öztan, s. 21; Özdemir, s. 96. Örneğin işçinin korunması amacını güden kuralların nispi emredici nitelikte kurallar olduğu kabul edilmektedir. Başka bir deyişle işçinin korunması amacına hizmet eden kurallar, ancak işçi lehine olmak şartıyla değiştirilebilmektedir, bkz. Özdemir, s. 96; Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 87; Eren, s. 367 – 368; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 538. Aynı şekilde tüketiciyi koruyan kurallar da nispi emredici sayılmaktadır, Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 87.

¹⁵⁶ Oğuzman / Barlas, s. 89; Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 86; Işıқтаç, s. 149; Işıқтаç / Metin, s. 159; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 263.

¹⁵⁷ Cotti, N. 39; Räber, N. 20; Heeb, s. 11; Franko, s. 27; Kayar / Çelikaş, s. 313; Aydoğan, s. 15 – 16; Kaplan, s. 10; Can, s. 23. Kanundan doğan rekabet yasaklarının emredici nitelikte olmamalarına ilişkin kuralın istisnası hizmet sözleşmesinde yer almaktadır. Şöyle ki, işçi ile işveren arasında hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra uygulanacak rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı, geçerlilik şartları ve ihlalinin neticesi TBK m. 444 ilâ 447 hükümleri arasında düzenlenmiş olup; söz konusu düzenlemelerin nispi emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, II., A.

yönelik olması¹⁵⁸, kamu düzeni ile bir ilgisinin bulunmaması ve yasaktan yararlanan kimsenin kişisel menfaatine hizmet etmesi¹⁵⁹ gösterilmektedir.

Rekabet yasağına ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olmaması nedeniyle; taraflarca aksi yönde bir düzenleme yapılabilecektir. Şöyle ki taraflar, rekabet yasağına ilişkin düzenlemeyi daraltıp genişletebilecek veya tamamen bertaraf edebileceklerdir¹⁶⁰.

2. Dar Yorumlanma

Toplumdaki tüm bireyler dilediği alanlarda çalışma ve sözleşmeler akdetme, özel teşebbüsler kurarak ticari faaliyet göstermekte özgürdür. Zira kişilerin ticari faaliyetlerde bulunma ve rekabet etme özgürlüğünün anayasal güvenceye sahip temel bir hak olduğunu ifade etmiştik. Esasen bu durum, serbest rekabet düzenine dayanan piyasa ekonomisinin tam ve etkin bir şekilde işleyebilmesi için arzu edilendir; zira ancak serbest ve sınırlandırılmamış bir rekabet ortamında bireysel ve toplumsal refah hedefine varılabilecektir. Böylelikle herkesin dilediği alanda ticari faaliyet gösterebilmesi ve rekabet edebilmesi aslolanıdır.

Buna karşılık rekabet yasağının özünde, yasağa tabi kimselerin ticari faaliyetlerini ve rekabet hakkını sınırlandırma yahut yasaklama düşüncesi yatmaktadır. Zira rekabet yasağı, kişilerin dilediği alanda faaliyet gösterebileceğine ilişkin temel hakkın; diğer bir ifadeyle anayasal güvence altına alınan temel haklardan kişilik hakkının bir sınırlandırılması mahiyetindedir. Şöyle ki bu yasak ile birlikte, yasağa tabi olan kimsenin ticari faaliyette bulunma özgürlüğü ciddi bir şekilde

¹⁵⁸ Poroy / Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 72.

¹⁵⁹ Ömer Teoman, “Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı”, **Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt: 1, Hukuki Mütalâalar, Kitap: 7 1995 – 1996**, İstanbul, Beta Yayınları, 1997, s. 43; Aydoğan, s. 15.

¹⁶⁰ Franko, s. 27; Poroy / Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 72; Can, s. 23; Aydoğan, s. 15; Ali Haydar Yıldırım, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu**, 1. Baskı, İzmir, Güncel Yayınevi, 2008, s. 85; Ertaş, s. 85; Kayar / Çelikleş, s. 313; Kalpsüz, s. 359; Halil Arslanlı, **Kollektif ve Komandit Şirketler**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 233; Fahiman Tekil, **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Tekil Yayıncılık, 1996, s. 119; İmregün, Kollektif, s. 44; Oruç Hami Şener, **Adi Ortaklık**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 349; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 54; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Bursa, Dora Basım Yayın, 2013, s. 35; Karasu, s. 22; Karakılıç, s. 222 - 223; Kaplan, s. 10; Heeb, s. 11; Sommer, s. 148 dn. 805; Räber, N. 20; Barbara Dauner-Lieb, **Beck’sche Kurz Kommentare Gesellschaftsrecht**, Henssler Martin / Strohn Lutz (Hrsg.), 4. Aufl., München, C. H. Beck, 2019, § 88 AktG, N. 1; Andreas Schwennicke, **Aktiengesetz Kommentar**, Grigoleit Christoph Hans (Hrsg.), 2. Aufl., München, C. H. Beck, 2020, § 88 AktG, N. 10; Gerald Spindler, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Goette Wulf / Habersack Mathias / Kalss Susanne (Hrsg.), 5. Aufl., München, C. H. Beck, 2019, § 88 AktG, N. 1. 7; Aşık, s. 169.

kısıtlanmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallar istisnai nitelik arz etmektedir¹⁶¹. Bu sebeple rekabet yasağına ilişkin hükümlerin mahiyeti gereği istisnai nitelikte hükümler olduğunu ifade edebiliriz¹⁶².

Rekabet yasağının, ticari faaliyet ve rekabet özgürlüğü kuralından saparak, yasağa tabi kimselerin serbest rekabet hakkını kısıtlayan ya da ortadan kaldıran bir hüküm olması nedeniyle; doktrinde rekabet yasağına ilişkin hükümlerin yorumlanmasında, dar (daraltıcı, sınırlandırıcı) yorum esası kabul edilmektedir¹⁶³. Bu yorum esası, istisnalar dar yorumlanır ilkesi ile de uyumludur¹⁶⁴.

Dar yorumlama, bir kuralın konuluş amacı (*ratio legis* 'i) gereği kuralda yer alan bir kelimenin veya bir kavramın, anılan kuralın uygulama alanını daraltacak şekilde anlaşılması; kurala lafzından daha dar bir anlam yüklenmesidir¹⁶⁵. Şöyle ki, kuraldaki ifadelerin yorumu, kuralın uygulama alanının genişlemesine sebebiyet vermemelidir. Rekabet yasağına ilişkin hükümlerin dar yorumlanması ise, hükümde yer alan kelimelerin veya kavramların geniş anlamıyla değil; dar anlamıyla değerlendirilerek, yasağın kapsamını kişi, konu, zaman ve yer bakımından genişletmemek anlamındadır. Rekabet yasağında, yasağa tabi kişinin ticari faaliyet özgürlüğünün kısıtlanması uğruna yasaktan yararlanan kimsenin ekonomik menfaati korunmaktadır. Bu nedenle hükmün amacı da dikkate alındığında, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin geniş bir biçimde uygulanmasının hakkaniyete de uygun düşmeyeceği kanısındayız.

Örneğin çalışma konumuzu oluşturan yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396 hükmündeki, üyenin rekabet edici

¹⁶¹ Aynur Yongalık, “İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 60, S: 1, 2011, s. 10.

¹⁶² Akar Öçal, “Rekabet Yasağına İlişkin Bazı Yeni Fransız Mahkeme Kararları”, **Batider**, C: 11, S: 4, 1982, s. 82.

¹⁶³ Răber, N. 363 – 364; BK - Rehbindler / Stöckli, Art. 340 OR, N. 2; ZK – Staehelin, Art. 340 OR, N. 1; Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 340 OR, N. 13; Neeracher, s. 41; Cotti, N. 313; Sommer, s. 145; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 12; Öçal, Fransız Mahkeme Kararları, s. 82; Franko, s. 27 – 28; Kalpsüz, s. 348; Eriş, s. 288; Aydoğan, s. 16; Can, s. 23; Kayar / Çeliktaş, s. 314; Karasu, s. 23; Kaplan, s. 10; Karakılıç, s. 27; Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: 72, S: 2, 2014, s. 2; Gülsevil Alpagut, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, C: 8, S: 31, 2011, s. 945; Aşık, s. 169 - 170; Karasu, s. 23.

¹⁶⁴ “Hürriyet asıl, sınırlama istisnaidir.” ve “İstisnalar dar yorumlanır.” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 15 vd., 59; Yongalık, s. 10 vd.; Işıқтаç / Metin, s. 209; Oğuzman / Barlas, s. 74 – 75.

¹⁶⁵ Işıқтаç / Metin, s. 209; Işıқтаç, s. 175; Serozan, s. 119, 143; Gözübüyük, s. 94.

faaliyetlerinin tayininde önem arz eden “ortaklığın işletme konusu” ifadesi dar yorumlanarak, ortaklığın ana sözleşmesinde yazılan tüm işletme konularına değil; ortaklığın fiili olarak faaliyet gösterdiği işletme konusuna özgülenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁶. Bu kabul dar yorumlamanın bir göstergesidir. Yine bu kapsamda rekabet yasağına ilişkin hükümlerin uygulanmasında, ortada bir rekabet ilişkisinin mevcut olup olmadığı, tarafların birbirilerine rakip konumunda olup olmadıkları değerlendirilirken genişletici yorumdan kaçınılmalıdır.

Bu noktada ayrıca ifade etmeliyiz ki, Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve ilkelerin dolaylı işlerliğinin Medeni Hukuk’taki merkezi, kişilik haklarını düzenleyen MK m. 23 ve kişilik haklarına, hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelerin hükümsüzlüğünü öngören TBK m. 27 hükümleridir¹⁶⁷. Bu nedenle rekabet yasağına ilişkin hükümlerin yorumunda Anayasa’ya uygun yorum yapılması gerektiğini de belirtmeliyiz.

Netice itibariyle, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin değerlendirilmesinde, anılan hükümlerin özgürlüğe bir sınırlama getiren istisnai nitelikte olduğu daima göz önünde tutularak, son derece temkinli ve ihtiyatlı davranmak gerekecektir.

D. Rekabet Yasağının Türleri

1. Kanundan Doğan Rekabet Yasağı

Kişilerin ticari faaliyetlerinin kısıtlanması sonucunu doğuran rekabet yasağının kanun tarafından açıkça öngörülmesi halinde kanuni rekabet yasağından bahsedilecektir. Kanundan doğan rekabet yasağı, kanun koyucunun taraflar arasındaki özel ilişki bağlamında rekabetten kaçınma yükümlülüğüne özel önem atfettiği hallerde ortaya çıkmaktadır¹⁶⁸. Şöyle ki, kanundan doğan rekabet yasağı, kanunun sonuç bağladığı hukuki durumun gerçekleşmesine dayanmaktadır¹⁶⁹. Sözleşmeden doğan rekabet yasağının aksine, kanundan doğan rekabet yasağında tarafların rekabet yasağı üzerinde ayrıca anlaşmalarına ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁷⁰. Kanunun öngördüğü

¹⁶⁶ Rekabet yasağına aykırılık teşkil eden hallere ilişkin açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, I.

¹⁶⁷ Serozan, s. 242.

¹⁶⁸ Cotti, N. 35

¹⁶⁹ Cotti, N. 35.

¹⁷⁰ Cotti, N. 35; Heeb, s. 10; Räber, N. 19.

durumun gerçekleşmesi ile, yasağa tabi kimse rekabet etmeme yükümlülüğünü üstlenmiş hale gelmektedir.

Kanundan doğan rekabet yasağında; kanun koyucu, taraflar arasındaki muhtemel menfaat çatışmalarını engellemek iradesiyle hareket etmektedir. Menfaat çatışması, bir kişinin belirli bir konuyla ilgili olarak birden fazla menfaati temsil etmesi ve bu nedenle bir menfaatin korunmasının bir başkasının korunmasına zarar vermesi veya zarar verme ihtimali olarak tanımlanabilir¹⁷¹. Taraflar arasındaki hukuki ilişkide taraflardan biri diğer tarafla rekabet etmeye kalkıştığında, kendi menfaati ile aradaki hukuki ilişki gereği korumakla yükümlü olduğu menfaat arasında çatışma yaşaması kuvvetle muhtemeldir. Zira bu tür durumlarda yasaktan yararlanan kimse ile yasağa tabi kimsenin menfaatleri taban tabana zıttır¹⁷². İşte kanundan doğan rekabet yasaklarında kanun koyucu, yasağa tabi kimsenin ticari faaliyette bulunma özgürlüğü ile yasaktan yararlananın ekonomik menfaati arasında kurduğu menfaat terazisinde; ağırlığı yasaktan yararlanan kimseye vermekte ve böylelikle belirli bir menfaati korumak uğruna, temel hak olan rekabet etme hakkı bakımından ayrık düzenlemeler öngörebilmektedir.

Yine kanundan doğan rekabet yasaklarının amacının, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sağlıklı işlemesi ve bu ilişki çerçevesinde kurulan bağın zarar görmemesi olduğu ve bu sebeple sadakat yükümlülüğünden kaynaklandığı ileri sürülmektedir¹⁷³.

Aslında kanun koyucunun rekabet yasağını pozitif bir norm olarak öngördüğü hukuki ilişkiler yakından incelendiğinde; bu hukuki ilişkilerin sürekli ve güvene dayalı borç ilişkileri olduğu görülecektir. Örneğin Ortaklıklar Hukuku'nda adi ortaklık ortakları açısından TBK m. 626, ticaret ortaklıkları ortakları ve yöneticileri açısından TTK m. 230, m. 311, m. 396, m. 572 ve m. 626 ile düzenlenen rekabet yasağı uyarınca, bir kişi ortak veya yönetici sıfatını kazandığı andan itibaren ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğü altına girecek ve bu sıfatı kaybetmesiyle de yükümlülük son bulacaktır¹⁷⁴. Rekabet yasağının kanundan kaynaklanmasının diğer bir sonucu da ilgili

¹⁷¹ Sommer, s. 88.

¹⁷² Heeb, s. 8.

¹⁷³ Kaplan, s. 11.

¹⁷⁴ Franko, s. 26; Kayar / Çeliktaş, s. 313; Aydoğan, s. 17; Öçal, s. 431; Can, s. 25; Domaniç, Adi - Kollektif, s. 316; Uşan, s. 44.

ortaklık sözleşmelerinde açıkça yer almasa bile rekabet yasağının mevcudiyetini korumasıdır¹⁷⁵.

Kanundan doğan rekabet yasağında, yasağa tabi kişiler, yasağın uygulanma şartları, kapsamı ve sonuçları açıkça ilgili hükümlerle belirlenmiştir. Ancak kanundan doğan rekabet yasakları emredici nitelik taşımadığından sözleşme ile bu yasakların kapsamı değiştirilebilecektir¹⁷⁶.

Bazı durumlarda, her ne kadar açık bir kanun hükmü ile veya sözleşmeyle düzenlenmese de MK m. 2 hükmü kapsamında dürüstlük kuralından kaynaklanan bir kanuni rekabet yasağının varlığından bahsedilmektedir. Bu duruma örnek olarak, ticari işletmenin devrinde devir sözleşmesinde devreden açısından açıkça bir rekabet yasağı öngörülme dahi, devreden devrettiği işletme ile rekabet etmeme yükümlülüğü gösterilmektedir. Bu durumda devreden rekabet etmeme yükümlülüğünün MK m. 2 dürüstlük kuralından kaynaklandığı kabul edilmektedir¹⁷⁷.

2. Sözleşmeden Doğan Rekabet Yasağı

Rekabet yasağı, taraflarca akdedilecek bir sözleşme ile de belirlenebilir. Sözleşme ile bir taraf, bir veya birden fazla kişi ile rekabet etmeme yükümlülüğü altına girerek, şahsi iradesi ile kendisinin ticari faaliyetlerini, dolayısıyla rekabet hakkını ve özgürlüğünü kısıtlamaktadır¹⁷⁸. Böyle bir durumda ortada sözleşmesel rekabet yasağı mevcuttur. Rekabet yasağı sözleşmesi niteliği itibarıyla tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ancak rekabet yasağı sözleşmesi ivazlı olarak da; diğer bir ifadeyle karşı tarafın rekabet etmeme yükümlülüğünü üstlenen kişiye bu edimine karşılık olarak

¹⁷⁵ Öçal, s. 433; Aydoğan, s. 17.

¹⁷⁶ Cotti, N. 39; Heeb, s. 11.

¹⁷⁷ Arkan, s. 44 - 45; Karakılıç, s. 23 - 24; Răber, N. 23, 49 vd.; Kaplan, s. 12. “*Dava, işletmenin devrinden kaynaklanmakta olup, BK.nun 179 vd. maddeleri uyarınca işletmenin devri, işletmenin en önemli unsuru müşteri çevresinin de alıcıya geçmesine neden olur. Bu itibarla işletmenin devri sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmemiş olsa bile devreden, devrettiği işletme ile rekabet etmeme borcu altına girer. (...) Dairemizin yerleşmiş uygulaması bu yöndedir.*” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T: 25.05.2006 E: 2005 / 3383 K: 2005 / 6167, Batider, C: 24, S: 3, 2008, s. 543 – 545. Söz konusu rekabet yasağının temeli ve içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Monika Ruggli / Markus Vischer, Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 102/2006, s. 294 vd.

¹⁷⁸ Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 30. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s. 284 - 285; Altay Sabah, *İşçi ile İşveren*, s. 177 - 178.

belirli bir edimde bulunacağı kararlaştırılması mümkündür. Bu takdirde rekabet yasağı sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğine bürünecektir¹⁷⁹.

Kanunda rekabet yasağının öngörülmemesi nedeniyle kanunun hiçbir koruma sağlamadığı ya da kanunda öngörülmesine rağmen yasaktan yararlananın istediği ölçüde bir koruma elde edememesi hallerinde, sözleşmesel rekabet yasağı ile yasaktan yararlananın korunması temin edilebilecektir¹⁸⁰.

Sözleşmesel rekabet yasağının özellikle iki durumda ortaya çıktığı kabul edilmektedir. İlki, kanunda öngörülen rekabet yasağının kapsamının, sözleşme ile genişletilmesinin veya daraltılmasının mümkün olmasıdır¹⁸¹. Bu durum kanuni rekabet yasağının emredici nitelikte bir hüküm olmaması nedeniyle, yasağın geçerli olduğu, diğer bir deyişle taraflar arasındaki hukuki ilişkinin devam ettiği dönem içinde mümkün olacaktır. İkincisi ise, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkindir. Şöyle ki, kanuni rekabet yasağına tabi olan taraf, hukuki ilişkinin sona ermesiyle rekabet yasağına tabi olmaktan kurtulacak; başka bir deyişle rekabet etme hakkını ve özgürlüğünü elde edecektir. Bu noktada, bu kişinin hukuki ilişki devam ettiği dönemde elde ettiği bilgi ve kaynakları, hukuki ilişkinin sona ermesinden sonra kullanmasını engellemek amacıyla rekabet yasağı sözleşmesi akdedilmektedir¹⁸². Bu minvalde akdedilen rekabet yasağı uygulamada; hizmet sözleşmesinde, acentelik sözleşmesinde, ortaklığın, ortaklık payının veya işletmenin devrinde, franchising ve dağıtım sözleşmelerinde yaygın olarak düzenlendiği görülmektedir¹⁸³. Bu kapsamda anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin TTK m. 396 hükmü ile düzenlenen kanuni rekabet yasağının sona ermesinden; açık bir ifadeyle üyelik sıfatının kaybedilmesinden sonraki dönem için akdedilecek rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı ve geçerlilik şartları aşağıda çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir¹⁸⁴.

Rekabet yasağı sözleşmesi ayrı bir sözleşme ile düzenlenebileceği gibi; taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen sözleşmede “kloz” ya da “kayıt” olarak

¹⁷⁹ Cotti, N. 57 – 59; Räber, N. 32 – 34; Altay Sabah, İşçi ile İşveren, s. 181, 184.

¹⁸⁰ Cotti, N. 36.

¹⁸¹ Domaniç, Adi - Kollektif, s. 316; Can, s. 28; Aydoğan, s. 35; Cotti, N. 76.

¹⁸² Aydoğan, s. 35; Karakılıç, s. 26; Ertaş, s. 87 - 88.

¹⁸³ Cotti, N. 69 – 71.

¹⁸⁴ Bkz. Aşa. Üçüncü bölüm, II., B.

kararlařtırılabilir¹⁸⁵. Sözleşmesel rekabet yasağının kapsamı, uygulanma şartları ve yaptırımları tarafların karşılıklı rızaları uyarınca yapılacak sözleşmeye göre belirlenecektir¹⁸⁶. Borçlar Hukuku'nun temel prensibi olan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar kural olarak rekabet yasağı sözleşmesinin uygulanma şartlarını ve yaptırımlarını kanunda öngörülen sınırlar içinde diledikleri gibi kararlaştırabileceklerdir. Türk Ortaklıklar Hukuku'nda bu tür bir rekabet yasağı sözleşmesi, bir sözleşme tipi olarak özel bir kanun hükmüyle düzenlenmediğinden, yasağın geçerlilik şartları ve kapsamı açısından genel olarak Borçlar Hukuku'nun genel hükümleri uygulanacaktır¹⁸⁷.

Rekabet yasağı sözleşmesinin sınırlarını ise, kişilik haklarının korunması açısından MK m. 23 f. 2 ve sözleşme özgürlüğü açısından TBK m. 27 f. 1 çizecektir¹⁸⁸. Bu kapsamda rekabet yasağı sözleşmesinin konu, yer ve zaman bakımından içeriğinin ve sınırlarının da açıkça tayin edilmesi gerekmektedir¹⁸⁹. Şöyle ki rekabet yasağı sözleşmesi ile kişinin ekonomik faaliyetlerinin kısıtlanması taahhüdü altına girmesi; başka bir ifadeyle şahsi iradesi ile ekonomik özgürlüğünü kısıtlaması nedeniyle, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin olarak kişiliğın korunmasına dair MK m. 23 f. 2 dikkate alınmalıdır. Söz konusu hüküm uyarınca, kimse özgürlüklerinden vazgeçemeyecek veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandıramayacaktır.

Bu noktada ifade etmeliyiz ki, bir sözleşmenin içinde yer alan hükümlerden birinin yahut sözleşmenin tamamının, emredici bir hükme aykırılık teşkil etmeksizin, genel ahlak anlayışına veya değer yargılarına aykırı olması halinde ahlâka aykırılıktan

¹⁸⁵ Sommer, s. 150 - 151; Räber, N. 29 - 31; Ünal, s. 150.

¹⁸⁶ Franko, s. 26 - 27; İmregün, Kollektif, s. 48; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 239; Kayar / Çelikaş, s. 313; Can, s. 27; Aydoğan, s. 35 - 36.

¹⁸⁷ Türk Borçlar Hukuku'nda hizmet sözleşmesine ilişkin olarak, sözleşmenin sona ermesinden sonra geçerli olmak üzere akdedilen rekabet yasağı sözleşmesi için özel hükümler kabul edilmiş olup; geçerlilik ve uygulanma şartları kanun hükümleri ile tayin edilmiştir. Söz konusu yasağı düzenleyen BK m. 444 ila 447 hükümleri hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Aşa. Birinci Bölüm, II., A.

¹⁸⁸ Daniel Würsch, **Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft, Seine rechtliche Stellung sowie Massnahmen zur Verhinderung einer Schädigung von Gesellschaft und Mitaktionären**, Diss. Zürich, 1989, s. 32; Ronald Müller, **Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer**, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2005, s. 285; Sommer, s. 151; Katja Roth Pellanda, "Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten", **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**, 2012, s. 82; Neeracher, s. 16; Räber, N. 25; Aydoğan, s. 36; Karakılıç, s. 29 - 30; Yaşar Can Göksoy, "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 9, Özel Sayı, 2007, s. 659; Ünal, s. 154, 165 - 166.

¹⁸⁹ Konu, yer ve zaman sınırlandırması, her ne kadar hizmet sözleşmesinin sona ermesini takiben geçerli olmak üzere akdedilen rekabet yasağı sözleşmesinin şartlarında yer alsa da, MK m. 23 f. 2 anlamında tüm sözleşmeden doğan rekabet yasakları için genel bir kural olduğu kabul edilmektedir, BK - Bucher, Art. 27 ZGB, N. 417; Cotti, N. 132.

bahsedilecektir¹⁹⁰. Ahlâka aykırılık, kanun koyucunun emredici olması gereken kuralları önceden noksansız bir şekilde öngöremeyeceği fikrine dayanmaktadır¹⁹¹. Ahlaka aykırılığın tespitinde hakimın takdir yetkisi ve yaratıcı gücü ön plana çıkmaktadır. Zira hakim, ahlaka aykırılığa dayanarak, kişisel özgürlüklere aykırılık teşkil eden kısıtlamaları önleyebilme imkanına sahip olmaktadır¹⁹².

TBK m. 27 f. 1 hükmü uyarınca, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Ahlaka aykırılık, anılan hükümde esasen iki şekilde belirmektedir. Bunlardan ilki, kişilik haklarına aykırı düzenlemelerdir. Bu husus ifade ettiğimiz üzere MK m. 23 f. 2 hükmünde öngörülmüş olup; kişileri aşırı yükümlülüklerle karşı korumayı amaçlamaktadır. Kişilik hakkına aykırılık, kişinin üstlendiği yükümlülüğün konusu, yükümlülüğün doğurduğu sonuçlar (bir kimseyi bir başkasına aşırı bağımlı kılan yükümlülükler) ve süresine (uzun bir süreli yükümlülükler) ilişkin ortaya çıkabilmektedir¹⁹³. İkincisi ise, ahlak kurallarına aykırı düzenlemelerdir. Bu tür düzenlemeler ise ahlaka aykırı bir edim içeren kayıtlar, ticari doğruluk kurallarını ihlal eden kayıtlar örnek olarak gösterilebilir¹⁹⁴.

Bu sebeple taraflarca akdedilen rekabet yasağı sözleşmesinde yasağın kapsamı, kişinin üstlendiği kaçınma edimi ekonomik özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıran, başka birine bağımlı kılan ya da ekonomik varlığını tehlike altına sokacak derecede kısıtlayan nitelikteyse ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz addedilecektir¹⁹⁵.

Yargıtay da gerek genel olarak sözleşme hükümlerine göre gerek rekabet yasağı sözleşmesi hükümlerine göre yaptığı değerlendirmelerde, kişilerin ekonomik varlıklarını tehlikeye sokan, ekonomik özgürlüklerini olağanüstü derecede sınırlayan

¹⁹⁰ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 257; Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 90; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 398; Eren, s. 371.

¹⁹¹ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 257.

¹⁹² Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 258.

¹⁹³ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 259 – 260; Eren, s. 373, 378; Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 89, 91 – 92; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 391, 401 - 402

¹⁹⁴ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 260.

¹⁹⁵ Sommer, s. 151; Eren, s. 373; Altay Sabah, İşçi ile İşveren, s. 184 - 187; Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 91 - 92; Aydoğan, s. 36; Şener, s. 350; Uşan, s. 44; Karakılıç, s. 270 vd.; Cotti, N. 133; Kaplan, s. 135.

veya ekonomik özgürlüklerinin tamamen kaybedilerek bir başkasının mutlak iradesine tabi kılan sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağını kabul etmektedir¹⁹⁶¹⁹⁷.

II. REKABET YASAĞININ BORÇLAR HUKUKU'NDAKİ YERİ

A. Hizmet Sözleşmesi

TBK m. 393 f. 1 uyarınca hizmet sözleşmesi “İşçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır. Hizmet

¹⁹⁶ “ bireylerin kişiliklerini ekonomik varlıklarının temellerini ahlaki anlayışlarla bağdaştırmayacak bir biçimde fiziki ahlaki ekonomik bakımdan tehlikeye sokan sınırlanmalar aşırı olup, bu sınırlamaları öngören sözleşmeler geçersiz sayılırlar.”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tarih: 11.02.1976 E: 1973/1088 K:1976/209, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “Butlanı dermeyer eden kişi davacının o konuda bir hakkının mevcut olduğunu kabul etmiyor demektir. Butlan niteliği itibariyle mutlak sonuç doğurur. Keza butlan, akdin bir bölümüne ilişkin de olabilir. Emredici hukuk kuralları, uyulması zorunlu kurallardır. Yasaya aykırılık durumu, özellikle cezayı gerektiriyorsa, borçlu tarafından taahhüt edilen hareket tarzı batıl olur. Ahlak ve adaba aykırılıkta amaçlanan sosyal ve ekonomik ahlaktır. Hatta ahlak ve adaba aykırı sonuç doğuran ya da kolaylaştıran borçlandırıcı akitlerde batıl sayılmalıdır. Ayrıca kişisel veya ekonomik hürriyeti kabul edilmez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler ahlak ve adaba aykırı düşer. Sözleşmeye bağlanan sınırlamalar, borçlunun kişilik ve bekası için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun için katlanılamaz ve çöktürücü bir düzeye gelmemelidir. Yoksa kişi ekonomik özgürlüğünü yitirir ve alacaklının mutlak iradesine tabi duruma gelir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 01.03.2011 E: 2009 / 9624 K: 2011 / 2059, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “Ancak, davacı N.A., Ç. G. ile davalı S. K. ve dava dışı C. D. arasında düzenlenen hisse devrine ilişkin protokolün 7. maddesi “C. D. ve S. K. A.K. Ticaret Ltd. Şti.'nin noter huzurunda hisse devrinden sonra Antalya il sınırları içerisinde yerleşik olarak, devamlı ve kesintisiz surette kumanyacılık işini mevcut faaliyet ruhsatı süresi boyunca şahsi, bir şirket ortağı olarak ve akrabalık bağı bulunan birisiyle yapmayacaklarını taahhüt ederler” şeklinde düzenlenmiş, bu suretle davalı S. K. yönünden aynı işte faaliyet göstermeme konusunda mevcut faaliyet ruhsatı süresi boyunca rekabet etmeme koşulu getirilmiştir. (..) Somut olayda, taşıtlara kumanya verme işi ile iştigal eden şirketin hissesini davalıdan devralan davacılar, davalının hissesini devrettikten sonra bir başka şirket kurmak/kurdurmak suretiyle veya şahsen belli bir süre için rekabet etmemesini devir protokolünde şart olarak öne sürmüşler ve ihlali halinde cezai şart kararlaştırmışlardır. Sözleşmenin bu hükmü "mevcut faaliyet ruhsatı süresi boyunca" demek suretiyle bir süreyle sınırlı olarak kararlaştırılmıştır. Sözleşmede gösterilen bu süre araştırılıp belirlenmeden bu hükmün batıl olduğu söylenemeyeceğinden ve makul bir süre için rekabet etmeme koşulu BK'nın 19/2. maddesi kapsamında bulunmadığından mahkemece bu konuda hiçbir araştırma yapılmaksızın davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Bu sebeple mahkemece, davacı şirketin kumanyacılık işi ile iştigal edebilmesi için hangi ruhsata sahip olduğu, ruhsatın da süresinin araştırılıp belirlendikten sonra bu süre zarfında davalının bu işle iştigal etmemesinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayıp kısıtlamadığı çalışma ve sözleşme özgürlüğünü ihlâl edip etmediği değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak verilen kararın bozulması gerekmektedir.”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 02.07.2013 E: 2012/16412 K: 2013/14003, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹⁹⁷ İsviçre Federal Mahkemesi de sözleşme ile düzenlenen kısıtlamaları ekonomik faaliyet özgürlüğü açısından değerlendirirken, İsviçre Medeni Kanunu'nun kişilik haklarını koruyucu Art. 27 hükmünün ihlali olarak kabul etmekte ihtiyatlı davranmaktadır. Şöyle ki mahkeme ekonomik faaliyet üzerinde, kişiyi başka bir kişinin iradesine yönelik yükümlülük altına sokan, bir başka deyişle başkasının iradesine veya keyfiyetine bağlı kılan, ekonomik özgürlüğü ortadan kaldıran veya ekonomik varlığın temelini tehlikeye girecek kadar kısıtlayan durumlarda, ekonomik hareket özgürlüğünün aşırı kısıtlandığını kabul etmektedir, bkz. BGE 123 III 337 E. 5; BGE 114 II 159 E. 2a; BGE 111 II 330 E. 4, www.bger.ch, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

sözleşmesi iş görme sözleşmelerinden olup; hukuki niteliği gereği tam iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir ve işçinin kişiliğine bağlı bir yapı arz etmektedir¹⁹⁸¹⁹⁹.

Sürekli bir borç ilişkisi doğuran hizmet sözleşmesinde, işçi işgörme ediminin karşılığında ücret almaya hak kazanmakta ve bu edimini işverenin iş organizasyonuna dahil olma yoluyla gerçekleştirmektedir. Ancak hizmet sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran belirleyici unsur; başkasının, diğer bir deyişle işverenin iş organizasyonuna dahil olmak suretiyle doğan bir bağımlılık ilişkisidir. Bu bağımlılık, bir hiyerarşi çerçevesinde işçinin işverenin verdiği emir ve talimata bağlı olması, başka bir deyişle bu emir ve talimata riayet etme zorunluluğu ile kendini gösterir²⁰⁰. Başka bir anlatımla, bu ilişkide işveren yönetim hakkına sahip olarak emir ve talimat verme; işçi de bu emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü altındadır²⁰¹.

İşçinin kişiliğine bağlılık ve işverenle arasındaki bağımlılık ilişkisi nedeniyle işçinin işverene karşı borçları arasında sayılan sadakat yükümlülüğünün²⁰² temelini MK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralı olduğu kabul edilmekle²⁰³ birlikte, bu

¹⁹⁸ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 547 - 548; Gümüş, s. 381; Aydın Zevkliler / K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 20. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 427 - 428; Murat Aydoğdu / Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 730; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 156 - 157; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s. 172.

¹⁹⁹ BK'da hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri karşısında 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu özel kanun hükümleri niteliğinde olup; BK'daki hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, özel kanun hükümlerinin herhangi bir düzenleme yapmadığı alanlarda uygulama alanı bulabilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki iş sözleşmesi ile BK'daki hizmet sözleşmesinin yapısal olarak aynı olduğu yönünde bkz. Gümüş, s. 388; Aydoğdu / Kahveci, s. 730.

²⁰⁰ Lukasz Grebski / Fabian Meier, **Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Fankhauser Roland (Hrsg.), 3. überarbeitete Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 319 OR, N. 2 - 6; Frank Emmel, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**, Huguenin Claire / Müller-Chen Markus (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 319 OR, N. 2, 5 - 6; BGE 4A 553 / 2008, 4.; BGE 4A 194 / 2011, 5. 6. 1.; Eren, **Özel Hükümler**, s. 542; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 874; Aydoğdu / Kahveci, s. 731; Süzek, s. 244 - 245; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 150; Eda Manav, "İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C: 2, S: 4, 2011, s. 101 - 134, s. 103. Ayrıca bu bağımlılık ilişkisinin kişisel, ekonomik ve organizasyonel anlamında gerçekleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, s. 384.

²⁰¹ Süzek, s. 147.

²⁰² Gümüş, s. 399; Eren, **Özel Hükümler**, s. 550; Lukasz Grebski, **Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Fankhauser Roland (Hrsg.), 3. überarbeitete Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 321a OR, N. 2; Manav, s. 103.

²⁰³ Gümüş, s. 399; Altay Sabah, **İşçi ile İşveren**, s. 176; Tuncay, s. 1048; Ertaş Kudret, **Sadakat Borcu**, s.10, 19; Doğan Sevil, **İşçinin Rekabet Yasası**, s. 32; Manav, s. 104; Arslan Ertürk, s. 326.

yükümlülüğün varlığı ayrıca TBK m. 396 f. 1 ile de kanuni bir dayanak kazanmıştır²⁰⁴. Söz konusu hüküm uyarınca, işçi işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. Sadakat yükümlülüğünde ön planda olan işçinin işverene ekonomik olarak zarar verebilecek her türlü eylem ve işleminden kaçınmasıdır²⁰⁵. Hizmet sözleşmesinin karakterinde yer alan karşılıklı bağımlılık ilişkisi nedeniyle işçinin sadakat yükümlülüğü karşısında işverenin de işçiyi gözetme borcu yer almaktadır²⁰⁶.

İşçinin sadakat yükümlülüğü hizmet ilişkisi devam ettiği sürece mevcut olup; hizmet ilişkisi sona erdikten sonra da önemi ve kapsamı azalarak sadece sır saklama yükümlülüğü şeklinde kendini gösterecektir²⁰⁷ (TBK m. 396 f. 4). Sadakat yükümlülüğü niteliği gereği bir üst kavram olup, alt görünümüleri başka bir ifade ile özel uygulanma halleri sır saklama yükümlülüğü (TBK m. 396 f. 4), rekabet etmeme yükümlülüğü (TBK m. 396 f. 3), teslim ve hesap verme yükümlülüğü (TBK m. 397), fazla çalışma yapma yükümlülüğü (TBK m. 398) olarak sıralanabilir²⁰⁸. Hizmet sözleşmesinde hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işçinin işvereni ile rekabet etmeme yükümlülüğünün temelini sadakat yükümlülüğü oluşturmaktadır²⁰⁹.

TBK m. 396 f. 3 uyarınca, işçinin hizmet ilişkisi devam ettiği sürece kendi işvereni ile rekabet etmesi yasaklanmıştır²¹⁰. İşçinin işvereni ile rekabet etmesi

²⁰⁴ 4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin pozitif bir kanun hükmü bulunmasa da, ilgili kanunun m. 25 f. 2'de işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesine yol açacak, "*Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerler*" kısmında işçinin sadakat yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımının ve yükümlülüğün içeriğinin somutlaştığı belirtilmektedir, Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 277; Manav, s. 104 - 105; Tuna, s. 23.

²⁰⁵ CHK - Emmel, Art. 321a OR, N. 2; A. Can Tuncay, "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", **Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı II. Cilt**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 1060; Ertaş Kudret, Sadakat Borcu, s. 63; Eren, Özel Hükümler, s. 550; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 278; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 88.

²⁰⁶ CHK - Emmel, Art. 321a OR, N. 2; Eren, Özel Hükümler, s. 550; Zevkliler / Gökyayla, s. 444; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 322; Süzek, s. 368; BK'da hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerde işverene ait açık bir genel gözetme borcu yer almasa da; işçinin kişiliğini koruma borcu (BK m. 417), işçinin kişisel verilerinin korunması (BK m. 419), masrafların giderimi ve avans ödemesi (BK m. 416) gibi hükümler işverenin işçiyi gözetme borcunun özel görünümü olarak değerlendirilmektedir, Gümüş, s. 471.

²⁰⁷ CHK - Emmel, Art. 321a OR, N. 4; Neeracher, s. 5; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 280.

²⁰⁸ Gümüş, s. 399 - 400; CHK - Emmel, Art. 321a OR, N. 5; OFK - Grebski, Art. 321a OR, N. 2; Herbert Wohlmann, **Die Treupflicht des Aktionärs**, Diss. Zürich, 1968, s. 21; Ertaş Kudret, Sadakat Borcu, s. 63; Eren, Özel Hükümler, s. 551 - 552; Süzek, s. 370; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 35; Tuncay, s. 1049 vd.

²⁰⁹ Neeracher, s. 5; Tuncay, s. 1060; Alpagut, s. 943; Arslan Ertürk, s. 323; Manav, s. 104 - 105; Tuna, s. 21; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 45 - 46.

²¹⁰ Söz konusu hüküm 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler açısından da geçerlidir, Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 280.

doğrudan sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir²¹¹. İşçinin, işverenin tamamen veya kısmen aynı müşterilerine, işverenin sunduğu aynı türde hizmeti teklif etmesi dahi, rekabetin doğması için yeterli olacaktır²¹². İşçi bu rekabeti, kendi adına ya da başka bir işverenin yanında çalışma veyahut rakip bir işletmeye ortak olma şeklinde gerçekleştirebilecektir²¹³. İşçi, hizmet sözleşmesi devam ederken, hizmet sözleşmesinin ardından işvereni ile rakip oluşturacak bir işe başlaması için ön hazırlık yapabilecek; fakat rekabete başlayamayacaktır²¹⁴.

İşçinin hizmet sözleşmesi süresince işverenle rekabet etmeme yükümlülüğü her hizmet sözleşmesinin özünde mevcut olup; taraflarca ayrıca kararlaştırılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır²¹⁵. Başka bir anlatımla, işçinin işverene karşı tabi olduğu rekabet

²¹¹ Gümüş, s. 402; CHK – Emmel, Art. 321a OR, N. 7; Eren, Özel Hükümler, s. 551; Zevkliler / Gökyayla, s. 437; Aydoğdu / Kahveci, s. 733; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 280; Manav, s. 105; Doğan, s. 59 vd.

²¹² CHK - Emmel, Art. 321a OR, N. 7; Altay Sabah, İşçi ile İşveren, s. 192.

²¹³ Tuncay, s. 1060; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 55 – 56; Ertan, s. 71 vd. “Davacı, davalıların iş sözleşmesi sona ermeden önce işveren ile aynı alanda faaliyet gösteren bir şirket kurarak kendisi ile haksız rekabette bulunduklarını ileri sürmüştür. Davalılar ise davacı ile aynı alanda faaliyette bulunmadıklarını savunmuştur. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davalıların kurdukları şirketin davacı ile aynı alanda faaliyette bulunduğu sabittir.”, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tarih: 02.06.2015 E: 2015/10059 K: 2015/20045, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “Somut olayda davacı, bölümündeki öğretmenlerin zümre toplantılarında işyeri antetli kağıtlara hazırlanması gereken soruları antetli olmayan düz kağıtlara yazdırarak teslim aldığı, alman bu soruların başka bir dersane yayını olarak davacı adı ile basılan kitapta yer aldığı, kitabın piyasada satıldığı, olayın soruları hazırlayan öğretmenlerin tanıklık anlatımları ve işyerinde hazırlanan soruların müsveddeleri ile piyasada satılan bu kitaptaki ile aynı olduklarının noter tasdikleri ile de doğrulandığı görülmüştür. (..) İşçi sadakat borcu kapsamında ediminin ifasında işverenin haklı çıkarlarını koruma ve zarar vermekten kaçınırken bu borcu vakıanın özelliğine göre yapma veya yapmama şeklindeki davranışları ile gerçekleştirir. Olayda dersane işyerinin eğitim faaliyetlerinde ve basılı yayınlarında kullanılmak üzere dersane öğretmenlerince oluşturulan soruların davacı bölüm başkanında toplandığı ve denetlendiği anlaşılmaktadır. Davacı, bu amaçla elde ettiği soruları davalı şirketin faaliyet alanı açısından rekabet içerisinde bulunduğu başka dershanenin basılı yayınları içerisinde kendi adına bastırıp menfaat temin elde etmek suretiyle sadakat borcuna ve dolayısıyla 4857 sayılı Kanun’un 25-II-e maddesindeki doğruluk ve bağlılığa aykırı davranmıştır. Bu durumda davacının iş sözleşmesi haklı nedenle feshedildiğinden kıdem tazminatı isteğinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Tarih: 11.06.2015 E: 2015/15554 K: 2015/20344, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

²¹⁴ CHK - Emmel, Art. 321a OR, N. 7; Tuncay, s. 1065; Ertaş Kudret, Sadakat Borcu, s. 68; Uşan, s. 148; Manav, s. 116 – 117.

²¹⁵ Ertaş Kudret, Sadakat Borcu, s. 64; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 281; Manav, s. 105 - 106; Râber, N. 19; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 47 – 48; Tuna, s. 22; “Vurgulamakta yarar vardır ki, işçi işe alındığı andan işten çıkarılacağı ana kadar işverene karşı rekabet yapamaz. Zira, söz konusu zaman parçası içinde yapılmış rekabet sadakat borcuna aykırılık oluşturur. İşçinin İş Kanununun 25./II. b,d ve e bentleri gereğince doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması sadakat borcunun ihlali olarak kabul edilmiş; bu halde işverenin iş akdini feshedebileceği gibi tazminat da isteyebileceği hükme bağlanmıştır. (...) Bu noktada, iş görme ve sadakat borçları ile rekabet etmeme borcu (rekabet yasağı) arasındaki ayrıma değinilmesinde yarar bulunmaktadır: İş görme ve sadakat borçları, açıkça kararlaştırılmasına bile her iş sözleşmesinde vardır. Rekabet etmeme borcu ise, ancak iş sözleşmesi taraflarının açıkça kararlaştırmaları halinde ortaya çıkar. İş sözleşmesi devam ederken, işçinin rekabet sayılacak davranışları ise "doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar olup "İş Kanunu'nun 25/II-e

yasağı hizmet sözleşmesi devam ettiği müddetçe mevcuttur. Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra ise, şayet işçi ile işveren arasında TBK m. 444 ilâ 447 hükümleri uyarınca yapılan ve hükümlerinin hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra uygulanacağı kararlaştırılan geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi önceden (hizmet sözleşmesi akdedilirken yahut hizmet ilişkisi sürerken) akdedilmemiş ise, işçi hizmet sözleşmesinden sonra işvereni ile rekabet etmekte özgürdür²¹⁶.

İşçinin hizmet sözleşmesi devam ederken elde ettiği iş sırları, üretim ve pazarlamaya ait teknikler ile müşteri çevresi bilgilerini, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra kullanarak işverenle rekabet edecek şekilde faaliyette bulunmasının engellenmesi amacıyla²¹⁷, işveren ve işçi arasında rekabet yasağı sözleşmesi akdedilebilecektir. Ancak, işçi ile işveren arasında hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra uygulanacak rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı, geçerlilik şartları ve ihlalinin neticesi TBK m. 444 ilâ 447 hükümleri arasında özel olarak düzenlenmiştir²¹⁸. Bunun sebebi kanun koyucunun, işçinin işverene nazaran zayıf konumda olması ve işverenin bu konumdan yararlanarak haksız yere menfaat sağlamasını engellemek amacıyla işçiyi korumayı arzu etmesidir²¹⁹. Söz konusu bu hükümler, rekabet yasaklarını düzenleyen diğer kanuni hükümlerin aksine, nispi emredici niteliktedir; başka bir anlatımla sadece işçi lehine aksi kararlaştırılabilecektir²²⁰. Anılan kuralların emredici olma sebebi, hizmet

kapsamına girer ve işveren için haklı fesih nedeni oluşturur. Rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi halinde ise işçi, zararı tazmin ile mükelleftir.” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Tarih: 13.12.2017 E: 2017 / 41731 K: 2017 / 28540, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

²¹⁶ BGE 9C_250/2017, 5. 4. 2., www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; CHK - Emmel, Art. 321a OR, N. 7; BK - Rehbinden / Stöckli, Art. 340 OR, N. 4; Tuncay, s. 1060 - 1066; Süzek, Rekabet, s. 457; Yavuz, s. 901; Gümüş, s. 545; Uşan, s. 45; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat s. 281 - 282; Süzek, s. 370; Alpagut, s. 943 - 944; Manav, s. 105 - 106; Ertan, s. 58; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 45; Tuna, s. 19. “İşçi işe alındığı andan işten çıkarılacağı ana kadar işverene karşı rekabet yapamaz. İş sözleşmesinin devamı süresince, işçinin işverenle rekabet etmemesi sadakat borcu içerisinde yer alan bir yükümlülüktür. İş görme ve sadakat borçları, açıkça kararlaştırılmasa bile her iş sözleşmesinde vardır. Buna karşılık, taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine dair bir hükmün iş sözleşmesine konulmasını veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. İş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmeme borcu, ancak böyle bir yükümlülük sözleşme ile kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olmaktadır.” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Tarih: 19.01.2016 E: 2014 / 27948, K: 2016 / 1165, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; Aynı yönde Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Tarih: 15.12.2014 E: 2013 / 27498, K: 2014 / 35496, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021

²¹⁷ BK - Rehbinden / Stöckli, Art. 340 OR, N. 1; Soyer, s. 4; Süzek, Rekabet, s. 458; Alpagut, s. 944; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 83; Tuna, s. 28.

²¹⁸ Söz konusu hüküm 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler açısından da geçerlidir, Alpagut, s. 944.

²¹⁹ Yavuz, s. 906; Neeracher, s. 16; Altay Sabah, İşçi ile İşveren, s. 180.

²²⁰ Soyer, s. 19; Altay Sabah, İşçi ile İşveren, s. 184; Özdemir, s. 99; Tuna, s. 41.

sözleşmesinin yapısı ve mahiyeti gereği, işçinin işverenin rekabet yasağı sözleşmesi önerisini kabul etmemesinin bir hayli zor olduğundan işçinin ekonomik özgürlüğünün korunma ihtiyacıdır²²¹.

Söz konusu bu sözleşme, hizmet sözleşmesine eklenen bir yan anlaşma niteliğinde olup, bağımsız bir sözleşme niteliğinde değildir. Bu yüzden hizmet sözleşmesi olmaksızın yapılan bir rekabet yasağı sözleşmesinin bu hükümlere tabi olmayacağı; diğer bir ifadeyle bu hükümlerin diğer rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanamayacağı ifade edilmektedir²²².

Rekabet yasağı sözleşmesinin konusu işçinin belirli şartlar ve sınırlar dahilinde işverene karşı rekabet etmeme yükümlülüğünü üstlenmesidir. Bu sözleşmede, işverenin sahip olduğu ticari kaynakların korunmasındaki haklı menfaat ile işçinin ekonomik özgürlüğünün korunması arasında adil bir denge olmalı ve rekabet yasağının hükümleri işçinin MK m. 23 f. 2 uyarınca kişilik haklarını zedelemeyecek nitelikte kesin ve dar tanımlanmalıdır²²³.

TBK m. 444 f. 1 uyarınca fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, aralarındaki hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilecektir²²⁴.

Kanun koyucu rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için yazılı olarak akdedilmesini ve işçinin bu sırada fiil ehliyetine sahip olmasını öngörmektedir. Kanun koyucunun rekabet yasağı sözleşmesi için şekil şartını öngörmesi, işçiye üstlendiği edimin neticesinde ekonomik özgürlüğünün kısıtlanmasının farkına varmasını sağlayarak işçinin korunmasının teminidir²²⁵. Doktrinde rekabet yasağı sözleşmesinin

²²¹ Ertan, s. 58.

²²² ZK - Staehelin, Art. 340 OR, N. 3 - 4; BK - Rehbinden / Stöckli, Art. 340 OR, N. 1, 5; Yavuz, s. 907; Soyer, s. 11; Gümüş, s. 545; Uşan, s. 55; Altay Sabah, İşçi ile İşveren, s. 182; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 84, 86; Ünal, s. 160; Tuna, s. 32. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin, üyelik sıfatının kaybedilmesinden sonraki dönem için uygulanacak rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı kısmında, söz konusu hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

²²³ ZK - Staehelin, Art. 340 OR, N. 1; Süzek, Rekabet, s. 458; Süzek, s. 371; Uşan, s. 50.

²²⁴ Hükümde sayılan rekabet edici faaliyetler sınırlı sayıda değildir; kanun koyucu “*özellikle*” ifadesi ile sadece üç önemli şekli örneklendirme yoluyla sıralamıştır, BK - Rehbinden / Stöckli, Art. 340 OR, N. 3.

²²⁵ ZK - Staehelin, Art. 340 OR, N. 8.

ortaklıklara ve kurumlara özgü iç yönetmeliklerle veya bu belgelere yollama yapılmak suretiyle düzenlenemeyeceği kabul edilmektedir²²⁶.

Ayrıca rekabet yasağı sözleşmesi ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olacaktır (TBK m. 444 f. 2). Bu düzenleme gereği, rekabet yasağının uygulanabilmesi için ilkin işverenin korunmaya dair haklı bir menfaatinin varlığı gerekmektedir. Bunun söz konusu olabilmesi için de, işçinin işverenin yaptığı işler, üretim sırları ve müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olabilme imkânı ve bu bilgiler işçi tarafından kullanıldığı takdirde işverenin önemli bir zarara uğrama ihtimalinin bulunması gerekmektedir²²⁷. Her iki şart da kümülatif olup; rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği açısından bir arada bulunmalı ve aralarında bir nedensellik ilişkisi mevcut olmalıdır²²⁸.

İkinci olarak, rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemesi gerekmektedir²²⁹. Şöyle ki TBK m. 445 f. 1 gereğince, rekabet

²²⁶ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 281; Süzek, Rekabet, s. 458; Süzek, s. 371; ZK - Staehelin, Art. 340 OR, N. 8; “Yasada geçerlilik şartı olarak öngörülen şekil, adı yazılı şekildir. Bu bakımdan, sözleşme metninin herhangi bir surette yazılması mümkündür. Ayrıca, tarafların önceden düzenlenmiş bir formüller kullanmaları da imkân dahilindedir. Yasağın hizmet akdi içinde veya hizmet akdine eklenen bir belgede düzenlendiği hallerde, çoğu kez formüllerlerden yararlanılmaktadır. Bu durumda işçinin özel olarak korunması gerekeceğinden rekabet yasağına, genel işlem koşulları alanında geçerli olan ilkeleri uygulamakta tereddüt gösterilmemelidir. Ne var ki, rekabet yasağının, personel yönetmeliği veya iç yönetmelik gibi adlar altında işveren tarafından tek taraflı olarak düzenlenen kurallara "sadece bir atıfta bulunmak suretiyle" kararlaştırmasını da mümkün görmemek gerekir. Çünkü şekil şartının amacı, yasağın kapsamı konusunda işçinin tam bir bilgi sahibi olmasını sağlamaktır.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 28.03.2013 E: 2010 / 25792 K: 2013 / 10539, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

²²⁷ BK - Rehbinden / Stöckli, Art. 340 OR, N. 5; Süzek, s. 372-374; Alpagut, s. 946 - 950; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 286 – 287; Gümüş, s. 548 - 549; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 91 - 104; Tuna, s. 67 - 79; Süzek, Rekabet, s. 458 - 460. “Somut uyumsuzluğa uygulanacak 6098 Sayılı TBK 444/2. maddesi uyarınca işçinin rekabet yasağına dair sözleşmenin geçerli olabilmesi için, işçinin işverenin müşteri çevresi ve üretim sırları hakkında ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlayacak pozisyonda çalışmış olması yanında, işçinin bu bilgileri kullanması neticesinde işverene bir zarar verebilme ihtimalinin de bulunması gerekmektedir. Somut olayda, isnat olunan eylem davacı tarafa ait tescilli tasarımların aynı ya da benzerinin davalılar tarafından rakip işyerinde üretilmesi olup, zaten tasarım tescili aşamasında yetkili makam olan Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından yayınlanmak suretiyle aleni olan pasta tasarımları sebebiyle herhangi bir üretim sırrının kullanıldığından söz edilemeyeceği gibi anılan eylemin dışında davalı işçilerin üretim sırrı sayılabilecek bilgileri haiz oldukları ve bu bilgileri işveren aleyhine rakip işyerinde kullandıkları ya da kullanma pozisyonunda çalıştıkları iddia ve ispat edilmiş değildir. Bu sebeple yazılı gerekçeyle davanın kısmen kabulü doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 05.12.2017 E: 2016 / 4433 K: 2017 / 6926, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

²²⁸ Gümüş, s. 548.

²²⁹ Gümüş, s. 549; Süzek, Rekabet, s. 360; Süzek, s. 372; Alpagut, s. 950; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 107; Müller, s. 287.

yasağı sözleşmesi işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyecektir. Bununla birlikte rekabet yasağının süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacaktır. Böylelikle, işçinin ekonomik geleceği açısından rekabet yasağı sözleşmesinin konu, yer ve zaman yönünden sınırlandırılması gerekmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin konu yönünden sınırlandırılması, işçinin işverenin yaptığı tüm faaliyetlerinden değil; sadece işletmede yaptığı somut iş üzerinden rekabet yasağına tabi olabilmesi anlamına gelmektedir²³⁰. Yine rekabet yasağı sözleşmesinin, işçinin işverenin işlerini fiilen yürüttüğü coğrafi yer yönünden sınırlı kalması gerekmektedir²³¹. Zaman yönünden ise kanun koyucu rekabet yasağı sözleşmelerinin

²³⁰ Soyer, s. 68; Süzek, Rekabet, s. 461; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 117. “*Rekabet yasağının işverene ait işlerden hangisi ya da hangileri ile sınırlandırıldığı net biçimde belirlenmelidir. Özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulduğu ülkemizde, işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılması mümkün olmaz. İşçinin işverene ait işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili ve işverenin asıl faaliyet alanına giren işler bakımından böyle bir sınırlama getirilmelidir. İşçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri halinde de kural olarak geçerliliğini sürdürür. Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde ise rekabet yasağı sona erer.*”, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Tarih: 8.04.2013 E: 2013 / 2542 K: 2013 / 5823, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

²³¹ Soyer, s. 66; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 110 vd. Yer bakımından sınırlandırmada Yargıtay, rekabet yasağı sözleşmesinin yer bakımından “tüm Türkiye” ile sınırlandırılmasının, gerçek anlamda bir sınırlandırma mahiyetinde olmadığını şu ifadelerle izah etmektedir: “(...) Açıkça rekabet yasağı konusunda bir düzenleme söz konusudur. Ancak sözleşme davacının ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye girmesini yasaklayacak ölçülerde şart edilmemiş ve mahal ve çalışma alanı kapsamında normalin üzerinde sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten “Türkiye’de ki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder” biçimindeki düzenleme iki yıl süre ile sınırlı olarak getirilmiş ise de, Türkiye’deki tüm bankaları kapsamı bakımından mahal ve banka açısından bir sınır söz konusu olmadığı için davacı bankacının geleceği bakımından ağır sonuçları beraberinde getirecek bir düzenleme olarak kabul edilmelidir.” Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi Tarih: 6.07.1999 E: 1999 / 8262 K: 1999 / 12073, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021. Yargıtay, rekabet yasağı sözleşmesinin yer bakımından “tüm Dünya” ile sınırlandırılmasını ise kesin hükümsüz gören ilk derece mahkemesi kararını şu gerekçelerle bozmuştur: “Dava, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali iddiasına dayalı cezai şart istemine ilişkindir. Taraflar arasında imzalanan rekabet yasağı sözleşmelerinin 4/3. maddesinde “rekabet yasağı anlaşmasının coğrafi sınırının “Tüm Dünya” olarak belirlendiği” görülmektedir. (...) tüm bu yapılan açıklamalar çerçevesinde her ne kadar mahkemece, taraflar arasında imzalanan sözleşmelerde yer alan “Tüm Dünya” ibaresinin yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmiş ise de ...’nın 445/1 ve 2. maddesi hükmü nazara alındığında hakime, rekabet yasağı sözleşmesindeki aşırı hükümlere karşı sözleşmeyi ayakta tutacak önlemleri alma ve sözleşmeye müdahale etme imkanı tanınmış olup, somut uyuşmazlıkta rekabet yasağı konusunda tarafların iradeleri birleştikten anılan sözleşmede kesin hükümsüzlük-butlan hali bulunmayıp hakimin müdahalesi ile giderilebilecek hükümsüzlük hali bulunduğundan ...’nın 445/2. maddesi hükmüne göre bir değerlendirme yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yanılıgılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi Tarih: 16.06.2016 E: 2015 / 12450 K: 2016 / 6672, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021. Ancak söz konusu bu karardan yaklaşık bir yıl sonra Yargıtay yer yönünden bölge ile sınırlandırılmasında hakimin müdahalesi ile makul bir seviyeye çekilmesini kabul etmeyip; sınırlandırmayı oyçokluğuyla kesin hükümsüz kabul etmiş ve bu yöndeki karar karşı görüşle eleştirilmiştir: “Somut olayda, taraflar arasında imzalanan 14.05.2009 tarihli hizmet sözleşmenin 10. maddesinde sözleşmenin işveren tarafından herhangi bir nedenle feshedilmesi hali hariç olmak üzere sona ermesinden itibaren çalışanın

özel durum ve koşullar dışında iki yıldan uzun süreyle yapılamayacağını kabul etmiştir²³².

Rekabet yasağı sözleşmesi yazılı olarak akdedilmemişse veya işçi fiil ehliyetine sahip değilse ya da işverenin korunmaya değer haklı bir menfaati bulunmuyorsa rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz sayılacaktır. Rekabet yasağının kapsamı veya süresi yönünden aşırı olduğu hallerde ise hâkimin müdahalesi söz konusu olacaktır. Şöyle ki hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilecektir (TBK m. 445 f. 2).

iki yıllık bir süre boyunca ... Bölgesi, ... Bölgesi ve ... Bölgesinde işveren şirketin iştirak konusu olan tıbbi sarf malzemeleri, cihazları, mal ve hizmetleri alanında faaliyet gösteren herhangi bir firmanın işiyle kısmen veya tamamen rekabet halinde olan veya rekabet etme ihtimali bulunan iş veya faaliyetler ile doğrudan veya dolaylı olarak kendi hesabına veya herhangi bir kimse, firma veya şirketle bağlantılı olarak veya bunların hesabına veya bunların yöneticisi, müdürü, acentesi, müstahdemi, danışmanı veya müşaviri olarak herhangi bir iş veya faaliyetle iştirak etmeyeceğinin, 12. maddesinde ise sözleşmenin 10. maddesinin ihlali halinde işverene verilen tüm zarar ziyan haricinde 10.000,00 ABD dolarının cezai şart olarak ödeneceğinin düzenlendiği, davalı tarafından 25.02.2011 tarihinde iş akdinin istifa yoluyla sonlandırıldığı, davalının iki yıllık süre dahilinde davacı şirket ile aynı iş kolunda faaliyet gösteren rakip firmada fiilen Mart 2011 tarihinden itibaren çalışmaya başladığı hususlarında ihtilaf bulunmamaktadır. (..) Sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu ve cezai şartın miktarını belirlemede özgür iseler de, bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. 818 sayılı BK'nın 19, 20, 161 maddelerinde bu özgürlüğün sınırları çizmiştir. Sözleşmede öngörülen cezai şartın borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise, adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönecek olursa, davalının imzaladığı hizmet sözleşmesinin rekabet yasağına ilişkin maddesinde yer alan coğrafi alan sınırlaması, işçinin iktisaden mahvına sebep olacak düzeyde geniş bir alan kapsadığından yukarıda açıklanan çalışma özgürlüğüne, akit serbestisine ilişkin yasal düzenlemelere aykırı olup bu nedenle cezai şartla ilişkin sözleşme hükmünün batıl sayılması gerekmektedir. Mahkemece, bu durum gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir. Karşı oy: Somut olayda Sözleşmede bulunan rekabet yasağı sınırının geniş bir coğrafyayı kapsamasının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye düşüreceğini ve bu nedenle geniş coğrafya için geçerli olmadığını biz de kabul etmekteyiz. Bununla birlikte, geniş bir coğrafya yönünden geçersiz olan bir Sözleşme hükmünün, tarafların sözleşme yapma iradesine uygun olarak, makul bir coğrafi alan yönünden geçerli, makuliyet dışında kalan alan yönünden ise geçersiz sayılması gerektiğini düşünmekteyiz. (...) Somut olayda, Sözleşmede her ne kadar rekabet yasağı ..., ... ve ... Bölgesi gibi geniş bir coğrafi alanı kapsar şekilde öngörülmüş ise de, Sözleşmedeki coğrafi sınırın, bu bölgelerde yer alan tüm vilayetler olarak yorumlanması ve Sözleşmenin en azından davacı ile aynı bölgede yer alan işyeri bakımından geçerli sayılması gerekmekte olup, nitekim yerel mahkemece de, davalının davacıya ait işyerinden ayrıldıktan çok kısa bir süre sonra, aynı iş kolunda, aynı sıfatla ve aynı il sınırları içerisinde işe başlamış olması suretiyle, sözleşmedeki rekabet yasağı kuralının ihlal edildiği sonucuna ulaşılarak davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, kararın onanmasına karar verilmesi gerekirken bozulması yönündeki Daire çoğunluğunun görüşlerine katılmıyorum.”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 16.03.2017 E: 2016 / 2751 K: 2017 / 1589, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

²³² Konu, yer ve zaman bakımından sınırlandırmalara yönelik olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, Rekabet, s. 460 - 461; Süzek, s. 374 - 376; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 288 - 291; Gümüş, s. 549 - 550; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 107 - 121; Tuna, s. 88 - 102.

İşçi rekabet yasağı sözleşmesini ihlal ettiği takdirde; işverenin uğradığı tüm zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Bu minvalde işveren işçiden müspet zararının giderilmesini talep edebilecektir²³³. Rekabet yasağı sözleşmesinde ayrıca bir cezai şart da kararlaştırılabilir. Şayet bu yönde bir cezai şart kararlaştırılmış ve sözleşmede aksine bir hüküm de mevcut değilse, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin yükümlülüğünden kurtulabilecektir. Eğer işverenin zararı bu miktarı aşıyorsa, işçi tarafından bu aşan kısım giderilmelidir (TBK m. 446 f. 2). Ayrıca işveren, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösterdiği takdirde, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına son verilmesini de isteyebilecektir (TBK m. 446 f. 3).

Rekabet yasağı sözleşmesi, genel sona erme sebepleri olan taraflarca kararlaştırılan sürenin sona ermesi veya işçinin ölümü ile ya da tarafların karşılıklı anlaşması ile sona erecektir²³⁴. Bu hususlardan ayrı olarak TBK m. 447 bazı özel sona erme halleri kabul etmiştir. Şöyle ki ilkin, rekabet yasağı sözleşmesi, işverenin rekabet yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı tespit edildiği takdirde sona erecektir. İşverenin faaliyet alanını değiştirmesi, işyerinin kapanması veya bilgilerin sır olmaktan çıkması gibi durumlarda işverenin rekabet yasağının devam etmesinde bir menfaati kalmayacaktır²³⁵. İkinci olarak işveren tarafından hizmet sözleşmesi haklı bir sebep olmaksızın feshedildiği takdirde de rekabet yasağı sözleşmesi son bulacaktır. Üçüncü olarak, işçi hizmet sözleşmesini işverene yüklenebilen bir nedenle feshettiği takdirde de rekabet yasağı sözleşmesi sona erecektir.

Son olarak rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, TTK m. 4 f. 1 c bendi uyarınca mutlak ticari dava niteliğinde olduğundan görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleri olacaktır²³⁶. Ancak söz konusu bu hükmün yerindeliği doktrinde

²³³ Gümüş, s. 552; Süzek, Rekabet, s. 462; Süzek, s. 377; Tuna, s. 110.

²³⁴ Süzek, Rekabet, s. 465; Süzek, s. 380; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 188 – 189.

²³⁵ ZK - Staehelin, Art. 340c OR, N. 2; Süzek, Rekabet, s. 465.

²³⁶ “İş akdinin devamı sırasında işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yasağına aykırılık halinde, bu tür davalara bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir. İş akdinin sona ermesinden sonra rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi halinde ise, buna dayalı olarak açılacak dava niteliği itibarıyla ticari dava olmakla, bu tür davaların ticaret mahkemesinde incelenip karara bağlanması gerekir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.02.2012 gün ve 2011/11-781 E., 2012/109 K.) sayılı kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir. Somut olayda, birleşen dava ile talep edilen, taraflar arasında imzalanan gizlilik esasına uyma ve haksız rekabet etmemeye dair beyan ve taahhütnamenin yedinci maddesi gereğince davacının çalışma ilişkisinin sona ermesinden sonra aynı

eleştirilmektedir. Şöyle ki meseleye Ticaret Hukuku'ndan yaklaşan görüşler²³⁷, hizmet sözleşmesinin her daim bir ticari işletmeyi ilgilendireceğinin kabulünün mümkün olmadığını, bu nedenle esnaf düzeyinde bir berber ile çırağı arasındaki hizmet sözleşmesinde bulunan rekabet yasağının ihlalini mutlak ticari dava olarak addetmenin isabetsiz olacağını ifade etmektedirler. Zira, bu tür uyuşmazlıklar “öz ticaret hayatı” ile ilgili değildir. Meseleye İş Hukuku'ndan yaklaşan görüşler²³⁸ ise, rekabet yasağı ile hizmet sözleşmesi arasındaki yakın ilişki nedeniyle hükmü isabetsiz bulmaktadır. Şöyle ki, TBK m. 444 vd. uyarınca düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi niteliği itibarıyla, hizmet sözleşmesine bağlı bir yan anlaşma niteliğindedir. Bu nedenle rekabet yasağı sözleşmesinin hizmet sözleşmesinden soyutlamak olanak dahilinde değildir. Zira her iki sözleşme de adeta ortak bir kaderi paylaşmaktadır. Rekabet yasağının kapsamı ve sınırları ancak taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi ile anlam bulabilecektir. Dolayısıyla, *de lege ferenda* bakımından görevli mahkemeler iş mahkemeleri olmalıdır.

Bizce de, TBK m. 444 vd. hükümlerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinin hizmet sözleşmesine yan nitelikte bir sözleşme olması nedeniyle, anılan rekabet yasağı sözleşmesinin hizmet sözleşmesinden bağımsız ve ayrı bir şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. TBK m. 444 vd. uyarınca öngörülen rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, TTK m. 4 f. 1 c bendi uyarınca mutlak ticari dava niteliğinde görüldüğünden; kanun koyucu ticaret mahkemesi hakiminden, esasen anılan sözleşmenin temelini oluşturan hizmet sözleşmesini değerlendirmesini beklemektedir. Zira hakimin, temeldeki hizmet sözleşmesinin kapsamını belirlemeden rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin uyuşmazlığa yönelik bir karara varması olası değildir. Oysa ki, ticaret mahkemeleri ve iş mahkemeleri birbirinden farklı usul ve esaslara sahip olup; her iki mahkeme de ayrı uzmanlık alanlarına sahiptir. Bu

işkolunda işverenle rekabet halinde olan bir başka işyerinde çalışmaya başlaması nedeni ile istenen tazminat alacağı konusunda davaya bakma görevi Ticaret Mahkemesine aittir. Anılan talebe dair açılan dava tefrik edilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Tarih: 13.12.2017 E: 2017 / 41731 K: 2017 / 28540, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; Aynı yönde, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Tarih: 06.06.2017 E: 2016 / 15100 K: 2017 / 3424, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Tarih: 19.09.2014 E: 2012 / 35116 K: 2014 / 27327, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021. Konuya ilişkin doktrindeki tartışmalar ve Yargıtay hukuk dairelerinin tutumu açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 173 vd.; Tuna, s. 124 vd.

²³⁷ Arkan, s. 116; Seyithan Deliduman / Yakup Oruç, “Ticari Davalar”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C: 18, S: 2, 2012, s. 104.

²³⁸ Soyer, s. 24; Ertan, s. 459 – 462; Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı, s. 177 – 178.

nedenlerle biz de, *de lege ferenda* bakımından görevli mahkemelerinin iş mahkemeleri olması gerektiğini düşünmekteyiz.

B. Vekâlet Sözleşmesi

TBK m. 502 f. 1 uyarınca vekâlet sözleşmesi, “*vekilin, vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme*” şeklinde tanımlanmıştır. Vekâlet sözleşmesi de tıpkı hizmet sözleşmesi gibi işgörme niteliğini haiz, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Şöyle ki, vekil edimi karşılığında bir ücret almaya hak kazanmışsa, diğer bir deyişle vekâlet sözleşmesi ivazlı ise tam iki tarafa; vekil edimini ücret almaksızın yerine getirmişse, diğer bir deyişle vekâlet sözleşmesi ivazsız ise eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusudur²³⁹. Vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, TBK’da düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanacaktır (TBK m. 502 f. 2). Vekâlet sözleşmesi, inceleme konumuz olan anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağı bağlamında özel önem taşımaktadır. Zira yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasında bir vekâlet sözleşmesinin kurulduğu görüşü doktrine ve Yargıtay içtihatlarına hakimdir²⁴⁰²⁴¹.

Vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâlet verenin menfaatine ve hesabına hareket ederek bir iş veya hizmet görmeyi borçlanmaktadır. Bu iş veya hizmetin görülmesi hizmet sözleşmesinin aksine vekilin kendi organizasyonunda gerçekleşmekte; başka bir ifadeyle vekil tarafından vekâlet verenin iş organizasyonunda bağımlı olmadan,

²³⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 714 - 715; Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 116 - 117; Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 435; Roland Bühler, **Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Fankhauser Roland (Hrsg.), 3. überarbeitete Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 394 OR, N. 5; Carole Gehrer Cordey / Gion Giger, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**, Huguenin Claire / Müller-Chen Markus (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 394 OR, N. 10.

²⁴⁰ Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ilişkin açıklamalarımız için bkz. Aşa. İkinci Bölüm, I., B.

²⁴¹ Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hizmet sözleşmesi, sözleşme sonrası rekabet yasağının en geniş düzenlendiği sözleşme tipidir. Hizmet sözleşmesi de, tıpkı vekalet sözleşmesi gibi, bir işgörme sözleşmesidir. Bu nedenle hizmet sözleşmesine ilişkin değerlendirmeler, bir işgörme sözleşmesi olan anonim ortaklık – yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkiye uygulanabilirlik yönünden önem taşımaktadır. Çalışmamızın ilerleyen kısmında yönetim kurulu üyesinin, görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesine anılan hükümlerin uygulanabilirliği, ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmektedir, bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm, II., B.

bağımsız bir şekilde yerine getirilmektedir. Bu yüzden de, vekil ile vekâlet veren arasında hizmet sözleşmesindeki gibi bir bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır²⁴².

Vekilin her zaman başkasının işini görmeyi üstlenmesi nedeniyle, vekâlet sözleşmesinde esas olan başkasının menfaatidir²⁴³. Bu sebeptendir ki, vekâlet sözleşmesinin tarafları arasında yoğun bir güven ilişkisi²⁴⁴ mevcut olup; bu ilişki, vekilin vekâlet verene karşı sadakat yükümlülüğünde kendini göstermektedir²⁴⁵. Sadakat yükümlülüğü doktrinde “*vekilin müvekkilin menfaatlerini sözleşmenin amacı çerçevesinde koruyacağı ve davranışının müvekkilin (ya da himaye ettiği üçüncü bir kişinin) menfaatine tabi olacağı yönündeki yükümlülüğü*”²⁴⁶ olarak tanımlanmaktadır. Vekilin sadakat yükümlülüğünün temeli MK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralı olup; hukuksal niteliği bakımından bir yan yükümlülüktür²⁴⁷.

Vekilin sadakat yükümlülüğü pozitif bir kanun hükmü ile de düzenlenmiştir. Şöyle ki TBK m. 506 f. 2 uyarınca vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ile yerine getirmekle yükümlüdür. Bu çerçevede vekilin sadakat yükümlülüğü, vekâlet verenin menfaatlerini başka menfaatlerden üstün

²⁴² Gümüş, Cilt II, s. 117 - 121; OFK - Bühler, Art. 394 OR, N. 3; CHK - Cordey / Giger, Art. 394 OR N. 2; Aydoğdu / Kahveci, s. 794, 797; Aral / Ayrancı, s. 435 - 438; Zevkliler / Gökyayla, s. 636 - 637.

²⁴³ Alper Gümüş, **Türk - İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 154.

²⁴⁴ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II**, 1989 yılı 4. Tıpkı Basım'dan 5. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 407; Eren, Özel Hükümler, s. 741; Gümüş, Özen Borcu, s. 34 - 35; Zevkliler / Gökyayla, s. 655; Gümüş, Cilt II, s. 121; Wohlmann, s. 23; OFK - Bühler, Art. 394 OR, N. 4; Frédéric Krauskopf, **Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)**, Gauch Peter / Aepli Viktor / Stöckli Hubert (Hrsg.), Neunte, nachgeführte und erweiterte Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 394 OR, N. 1.

²⁴⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 741; Zevkliler / Gökyayla, s. 619. Sadakat yükümlülüğünün sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde güven ilişkisinin (diğer tarafın edimini layıkıyla yerine getireceğine dair inancın) bir neticesi olduğu; bu yüzden de hizmet sözleşmesi ve Ortaklıklar Hukuku'nda da sadakat yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin yer aldığı ifade edilmektedir, Walter Fellmann, **Berner Kommentar, Der einfache Auftrag, Art. 394 - 406 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, Hausheer Heinz (Hrsg.), 1. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 1992, Art. 398 OR, N. 31. Aynı şekilde, sadakat yükümlülüğünün sürekli borç ilişkilerinde karşılıklı güven ve etkileşimin yoğunluğu neticesinde belirdiği; bu tip borç ilişkilerinde kanunda pozitif bir norm olarak yer almasa bile MK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralı gereği mevcut olduğu yönünde bkz. Murat Yusuf Akın, **Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**, İstanbul, Mart Matbaacılık, 2002, s. 22, 84; Güven ilişkisinin, vekilin iş veya hizmeti kişisel olarak görme yükümlülüğü (BK m. 506 f. 1) ile tarafların her zamanlı fesih haklarında (BK m. 512) da belirginleştiği yönünde bkz. Gümüş, Cilt II, s. 121.

²⁴⁶ Gümüş, Özen Borcu, s. 154.

²⁴⁷ BK - Fellmann, Art. 394 OR, N. 251, 253; BK - Fellmann, Art. 398 OR, N. 37; Gümüş, Özen Borcu, s. 154 -157.

tutup koruması, vekâletin sonucuna ulaşmak için gerekli olan her şeyi yapması ile vekâlet vereni zarara uğratacak her türlü şeyden kaçınması anlamındadır²⁴⁸.

Vekilin sadakat yükümlülüğünün kapsamı ve yoğunluğu tarafların güven ilişkisi göz önünde tutularak her ilişkide somut olaya göre farklı değerlendirilmelidir²⁴⁹. Sadakat yükümlülüğünün görünüş biçimleri olarak doktrinde vekilin sır saklama ve gizlilik yükümlülüğü, çifte temsil ve kendi kendisiyle sözleşme yapmaktan kaçınma yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğü, rekabet etmeme yükümlülüğü sayılmaktadır²⁵⁰. Vekilin sadakat yükümlülüğü, vekâlet ilişkisi sona erdikten sonra da devam edecektir²⁵¹.

Böylelikle, vekâlet verenin menfaatine hareket eden vekil, vekâlet verenin menfaatini her zaman üstün tutmalı ve vekâlet verenin menfaatine zarar verecek ya da zedeleyecek her türlü iş ve eylemden kaçınmalıdır. Vekilin vekâlet verenle rekabet etmesi halinde ise, vekilin kendi menfaati ile vekâlet verenin menfaati arasında çatışma yaşaması kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir durumda vekilin kendi menfaatini üstün tutarak, vekâlet verenin menfaatine aykırı davranması sadakat yükümlülüğünün ihlali kabul edilecektir.

Yönetim kurulu üyesinin ortaklık ile arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde, vekâlet sözleşmesi görüşünün hakim olduğunu ifade etmiştik. Vekâlet sözleşmesi gereği yönetim kurulu üyesi (vekil), ortaklığın menfaatine ve

²⁴⁸ Tandoğan, s. 407; Eren, Özel Hükümler, s. 741 - 742; Yavuz, s. 1204 - 1205; Zevkliler / Gökyayla, s. 656; BK - Fellmann, Art. 394 OR, N. 251; BK - Fellmann, Art. 398 OR, N. 24 - 25; Gümüş, Özen Borcu, s. 155; CHK - Cordey / Giger, Art. 398 OR, N. 3; Aydoğdu / Kahveci, s. 799; Aral / Ayrancı, s. 447. Yargıtay'ın bir kararında sadakat yükümlülüğünün tanımı ve kapsamı şu sözlerle ifade edilmiştir: *"Sadakat borcu, vekilin kendisine değil başkasına ait bir işi görmesinden ve işini gördüğü kimsenin menfaat ve iradesine uygun hareket etmesinin vekâletin zorunlu bir unsuru olmasından çıkarılabilir. Bu borç gereğince, gerek vekâletin devamı sırasında ve gerekse vekâlet ilişkisi sona erdikten sonra vekil, müvekkilin yararını sözleşmenin amacına uygun bir biçimde korumak ve kollamakla yükümlüdür. Bu borç nedeniyledir ki, vekil daima müvekkilin yararını gözeterek hareket etmeli, davranışlarını müvekkilin bu sözleşme ile ulaşmak istediği sonuçlara göre yönlendirmelidir. Başka bir deyimle, vekil sadakat borcu gereği olarak, müvekkilin yararına olacak davranışlarda bulunmak ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Sadakat borcu, vekâletin nasıl yerine getirileceği konusunda sözleşmede açık bir hüküm olmasa ve müvekkilin herhangi bir talimatı bulunmasa da yine zorunlu olarak ortaya çıkar."* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Tarih: 07.11.2012 E: 2012 / 531 K: 2012 / 760, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

²⁴⁹ BK - Fellmann, Art. 398 OR, N. 26; Gümüş, Cilt II, s. 147; CHK - Cordey / Giger, Art. 398 OR, N. 3.

²⁵⁰ Tandoğan, s. 408; Eren, Özel Hükümler, s. 742 - 743; Präjudizienbuch - Krauskopf, Art. 394 OR, N. 1; Gümüş, Cilt II, s. 147; Gümüş, Özen Borcu, s. 156; BK - Fellmann, Art. 398 OR, N. 33; Aral / Ayrancı, s. 447 - 844.

²⁵¹ Tandoğan, s. 407, 409; Yavuz, s. 1204; Gümüş, Cilt II, s. 148; Aral / Ayrancı, s. 447; Zevkliler / Gökyayla, s. 656.

hesabına hareket ederek ortaklığa (vekalet veren) karşı iş görmeyi üstlenmektedir. Bu kapsamda yönetim kurulu üyesi, ortaklıkla bir bağımlılık ilişkisi içinde bulunmadan, ortaklığın yönetim işini görmektedir. Bu iş görme esnasında üye, daima ortaklığın menfaatini esas alarak hareket etmekle yükümlüdür. Yönetim kurulu üyesi ortaklıkla rekabet etmeye kalkıştığı vakit ise, üyenin “daima ortaklığın menfaatini esas alarak ortaklık menfaatine hareket etme” iradesi tehlikeye girecektir. Zira, üye böyle bir ihtimalde ortaklık menfaati yerine kendi kişisel menfaatini ön planda tutabilecektir. Aynı zamanda üyenin ortaklığın rakibi konumunda olması, vekalet sözleşmesinin özünde bulunan güven duygusunu da sarsacaktır. Nihayetinde vekalet veren, kendi işini gören vekiline güvenmek ve inanmak isteyecektir.

Kanun koyucu, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkiye özel bir önem atfederek, üyenin ortaklıkla rekabet etmesini bir kanun hükmü (TTK m. 396) ile açıkça yasaklamıştır. Ancak önemle belirtelim ki yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabeti, ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmesi nedeniyle vekalet sözleşmesinin ihlali anlamına gelmektedir. Açık bir anlatımla, kanun koyucu açık bir kanun hükmü ile üyenin ortaklıkla rekabet etmesini yasaklamış olmasaydı dahi, üyenin ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğü ortaklık ile arasındaki vekalet sözleşmesinin bir gereğidir. Bu nedenle üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi, temelde ortaklık ile arasındaki vekalet sözleşmesinin ihlali niteliğindedir.

III. REKABET YASAĞININ ORTAKLIKLAR HUKUKU'NDAKİ YERİ

A. Adi Ortaklık

Türk Hukuku'nda temel ortaklık tipi olan adi ortaklık, TBK m. 620 ilâ m. 645 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Adi ortaklık sözleşmesi, TBK m. 620 f. 1 uyarınca “iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Sürekli bir borç ilişkisi doğuran adi ortaklık sözleşmesi kişi, sermaye, sözleşme, müşterek amaç ve *affectio societatis* unsurlarından meydana gelmektedir²⁵². Adi ortaklık yapısı itibariyle ortaklar

²⁵² Poroy / Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 24 - 30; Bilgili / Demirkapı, s. 21 - 25; Şener, Ortaklıklar, s. 1 - 9; Tekil, s. 20 - 31.

arası karşılıklı güven ve iyiniyet ilişkisine dayalı²⁵³, tüzel kişiliği bulunmayan bir şahıs ortaklığıdır.

Adi ortaklıkta rekabet yasağını düzenleyen TBK m. 626 uyarınca, adi ortaklıkta ortaklar kendileri veya üçüncü kişiler menfaatine ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işler yapamazlar. Söz konusu bu düzenleme ortaklığın amacının korunmasına hizmet etmektedir. Kanun koyucu, ortakların ortaklığın yönetimi ve denetlenmesi esnasında sahip olabilecekleri ticari sırları, müşteri bilgileri gibi kaynakların ortaklık aleyhine kullanılarak ortaklık amacının zarar görmesini engellemeyi arzu etmektedir²⁵⁴. Ayrıca, TBK m. 626 hükmünün rekabet yasağını düzenlemekten öte; aslında genel bir menfaat çatışması yasağı niteliğinde olduğu da ileri sürülmektedir²⁵⁵.

Rekabet yasağının adi ortaklığın temelinde bulunan *affectio societatis* unsuru ile sadakat yükümlülüğüne dayandığı kabul edilmektedir²⁵⁶. Bu noktada *affectio societatis* unsuru ile sadakat yükümlülüğü arasındaki ilişkiye kısaca değinmeyi faydalı bulmaktayız. Şöyle ki ortakların müşterek amacı gerçekleştirmek üzere birlikte çaba göstermesi olarak kabul edilen *affectio societatis*, ortaklık ilişkisini diğer sözleşmelerden ayıran karakteristik bir unsurdur²⁵⁷. *Affectio societatis* uyarınca ortakların her biri müşterek amacın gerçekleşmesinde katkıda bulunmalı ve bu amaca aykırı işlem ve eylemden kaçınmalıdır²⁵⁸. *Affectio societatis* unsuru tüm ortaklık tiplerinde bulunmasına rağmen; bu unsurun yoğunluğu ve etkisi ortaklık tipine göre

²⁵³ Şener, s. 148 - 149; Şener, Ortaklıklar, s. 18 - 19; N. Füsün Nomer, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s. 16.

²⁵⁴ Domaniç, Adi - Kollektif, s. 77; Öçal, s. 432 - 433; Şener, s. 349; Şener, Ortaklıklar, s. 54; Karakılıç, s. 81.

²⁵⁵ Walter Fellmann / Karin Müller, **Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530 - 544 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse**, Hausheer Heinz / Walter Hans Peter (Hrsg.), 1. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2006, Art. 536 OR, N. 6; Lukas Handschin / Reto Vonzun, **Zürcher Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530 - 551 OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht**, Handschin Lukas (Hrsg.), Vierte, völlig neu bearbeitete Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2009, Art. 536 OR, N. 1.

²⁵⁶ Franko, s. 23; Poroy / Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 72; Şener, Ortaklıklar, s. 9; Şener, s. 118; Domaniç, Adi - Kollektif, s. 14; Aydoğan, s. 27; Akın, s. 36, 44; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 10 - 11; Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 41 - 43; Bilgili / Demirkapı, s. 25, 35; Ertaş, s. 85 - 86; Göksoy, s. 634.

²⁵⁷ Öçal, s. 432; Poroy / Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 29; Barlas, s. 40 vd.; Sıtkı Anlam Altay, **Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 241; Şener, Ortaklıklar, s. 8 - 9.

²⁵⁸ Domaniç, Adi - Kollektif, s. 14; Şener, s. 116 - 117; Şener, Ortaklıklar, s. 8 - 9; Akın, s. 36; Bilgili / Demirkapı, s. 25.

farklılık göstermektedir²⁵⁹. Bu kapsamda *affectio societatis* unsuru, ortakların kişisel özelliklerin ön planda olduğu şahıs ortaklıklarında daha güçlü; ortakların kişisel özelliklerinin ön planda olmadığı sermaye ortaklıklarında ise etkisi zayıflamaktadır²⁶⁰. Doktrinde *affectio societatis* unsurunun rekabet yasağının temeli olduğu²⁶¹; ortakların sadakat yükümlülüğünün de *affectio societatis* unsurundan doğduğu kabul edilmektedir²⁶². Ortakların sadakat yükümlülüğü ise, kanunda açık bir kanun hükmü ile düzenlenmemekle birlikte, ortakların müşterek amacın gerçekleşmesi için her türlü fiili gayreti göstermesi ve bu amacı engelleyebilecek her türlü işlem ve eylemden kaçınmasıdır²⁶³.

Adi ortaklıkta tüm ortaklar rekabet yasağına tabidir. Kanuni bir rekabet yasağı mevzubahis olduğundan, ortak sıfatının kazanılmasından kaybedilmesi anına kadar yasak geçerli olacaktır²⁶⁴. Açık bir anlatımla, ortağın rekabet yasağı ortaklık sözleşmesinin imzalanmasından ortaklıktan ayrılmasına yahut ortaklığın sona ermesine kadar devam edecektir. Ortaklığın tasfiyeye girmesi halinde ise, ortaklığın amacının tasfiye ile sınırlı olması nedeniyle, ortakların rekabet yasağına aykırı davranışları tasfiyeyi engelleyecek nitelikte olmamalıdır. Bir başka deyişle, ortaklar tasfiyenin tamamlanmasını engellemedikleri müddetçe ortaklığın eski amacında faaliyette bulunabilecektir²⁶⁵.

TBK m. 626 uyarınca düzenlenen rekabet yasağı emredici nitelikte bir düzenleme değildir²⁶⁶. Bu nedenle ortaklar diledikleri takdirde ortaklık sözleşmesi ile yahut TBK m. 624 hükmü doğrultusunda alacakları bir karar ile rekabet yasağını genişletebilecek veya daraltabileceklerdir. Ancak, rekabet yasağının aşırı ölçüde genişletilmesinin ortağın ticari faaliyet özgürlüğünün ortadan kalkmasına yol

²⁵⁹ Altay, Anonim Ortaklıklar, s. 242.

²⁶⁰ Poroy / Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 30; Altay, Anonim Ortaklıklar, s. 242; Aydoğan, s. 11.

²⁶¹ Poroy / Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 30; Öçal, s. 432; Barlas, s. 42 – 43; Şener, Ortaklıklar, s. 9.

²⁶² Akın, s. 36; Şener, s. 149 - 150.

²⁶³ Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 10 - 11; Şener, s. 149 - 151; Şener, Ortaklıklar, s. 19; Akın, s. 45 - 46; Göksoy, s. 634; Bilgili / Demirkapı, s. 25, 35; Poroy (Çamoğlu / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 72; Sabih Arkan, “Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları”, **Batider**, C: 21, S: 2, 2001, s. 21.

²⁶⁴ Şener, s. 350; Şener, Ortaklıklar, s. 54 - 55; ZK - Handschin / Vonzun, Art. 536 OR, N. 6; BK - Fellmann / Müller, Art. 536 OR, N. 31.

²⁶⁵ ZK - Handschin / Vonzun, Art. 536 OR, N. 14; Şener, s. 350.

²⁶⁶ Poroy (Tekinalp / Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 72; Şener, s. 349; Şener, Ortaklıklar, s. 54; BK - Fellmann / Müller, Art. 536 OR, N. 42.

açabileceği ve dolayısıyla MK m. 23 f. 2'nin ihlali anlamına gelebileceği unutulmamalıdır.

TBK m. 626 uyarınca, ortakların kendileri veya üçüncü kişiler menfaatine ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici her türlü işleri, ticari bir faaliyet niteliğinde olmasa ve ortaklığın rekabetçi pozisyonunu etkilemese dahi yasak kapsamındadır²⁶⁷. Burada belirleyici olan işin ortaklığın amacına veya konusuna girip girmemesi değil; amacı engelleme veya zarar verme niteliğidir²⁶⁸.

TBK m. 626'da düzenlenen rekabet yasağının kapsamının ve ihlali halinde uygulanacak yaptırımın belirsiz olması sebebiyle, doktrinde kolektif ortaklıklara ait TTK m. 230 - m. 231 hükümlerinin²⁶⁹ yasağın kapsamının ve yaptırımın tayininde kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmüştür²⁷⁰. Rekabet yasağının ihlali, ayrıca bir haklı neden oluşturarak yönetici ortağın yönetim yetkisinin TBK m. 629 uyarınca kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına²⁷¹; TBK m. 639 b. 7 uyarınca ortaklığın haklı nedenle feshini de sebebiyet verebilir²⁷².

B. Kolektif Ortaklık

Şahıs ortaklıklarının temel tipi olan kolektif ortaklık, TTK m. 211 ilâ m. 303 hükümleri arasında düzenlenmiştir. TTK m. 211 uyarınca kolektif ortaklık, gerçek kişiler arasında bir ticaret unvanı altında ticari bir işletmeyi işletmek amacıyla

²⁶⁷ ZK - Handschin / Vonzun, Art. 536 OR, N. 1.

²⁶⁸ Öçal, s. 437; Aydoğan, s. 28.

²⁶⁹ Kolektif ortaklıklarda ortağın rekabet yasağının kapsamına ilişkin TTK m. 230 hükmü ve ortağın rekabet yasağının ihlalinin neticelerini düzenleyen TTK m. 231 hükmü hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Aşa. Birinci Bölüm, II., B.

²⁷⁰ Şener, s. 351. Buna karşılık uygulanacak yaptırım açısından karşı görüş, rekabet yasağına aykırılık halinde sözleşme ihlali nedeniyle tazminat veya tacir yardımcılarının rekabet yasağını düzenleyen TBK m. 553 f. 2'nin kıyasen uygulanarak yapılan işlemin ortaklık hesabına yapılmış sayılması talebinin ileri sürülebileceğini savunmaktadır, ZK - Handschin / Vonzun, Art. 536 OR, N. 34 - 35.

²⁷¹ ZK - Handschin / Vonzun, Art. 536 OR, N. 33; Şener, Ortaklıklar, s. 56. “Dava ortaklıkta yönetim yetkisine sahip ortağın bu yetkisini fahiş olarak kötüye kullandığı nedeniyle yönetim yetkisinin Borçlar Kanunu'nun 529. maddesi gereğince kaldırılması isteğine ilişkindir. Borçlar Kanunu'nun rekabet memnuniyetine ilişkin 526. maddesi hükmü gereğince ortaklardan hiçbiri kendi hesabına şirketin amacına aykırı veya zararlı işleri yapamaz. Yönetici ortak, ortaklık işlerinde, kendi işlerinde gösterdiği özen ve ihtimamı göstermekle yükümlüdür. Olayda, davacı tarafından yaptırılan tesbitte, ortaklığın icra edildiği dükkânda davalının kendi adına sakı getirerek sattığı, ikrarı ve bilirkişi beyanıyla sabittir. Borçlar Kanunu'nun 529. maddesine göre, haklı sebeplerin bulunması halinde yönetici ortağın bu yetkisi kaldırılabilir ve sınırlanabilir. Davalının, ortaklığın konusu olan sakı ticaretini kendi adına aynı dükkânda icra etmesi, yönetici ortağın ortaklık işlerini idarede göstermesi gereken gayret ve ihtimamla bağdaşır nitelikte değildir. Olayda yönetim yetkisinin kaldırılması koşulları gerçekleştiği halde, mahkemece davanın reddi yasaya aykırıdır ve bozma nedenidir.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tarih: 20.01.1987 E: 1986/6120 K: 1987/133, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

²⁷² Poroy / Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 73; Şener, Ortaklıklar, s. 56; Aydoğan, s. 28.

kurulmaktadır. Ortakların sorumluluğu sınırlanmamıştır; açık bir ifadeyle ortaklar, ortaklık alacaklılarına karşı şahsi malvarlığı ile sorumludur. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kollektif ortaklık bünyesinde, ticari işletme, ticaret unvanı, en az iki gerçek kişi, sınırsız sorumluluk ve tüzel kişilik unsurlarını barındırmaktadır²⁷³. Bir şahıs ortaklığı ve ortaklarının sınırsız sorumlu olması nedeniyle kollektif ortaklıkta ortakların kimliği ve rolü ön planda olup, aralarındaki yakın ilişki karşılıklı güven esasına dayanmaktadır²⁷⁴.

Kollektif ortaklıkta rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 230 hükmü uyarınca, bir ortak, ortağı olduğu ortaklığın yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi aynı tür ticari işlerle uğraşan bir ortaklığa sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak da katılamayacaktır. Hükümle amaçlanan, ortağın ortaklık sıfatıyla (ve geniş denetim hakkıyla) elde ettiği bilgileri kendi menfaatini üstün tutarak ortaklığın aleyhine kullanmasının engellenmesidir²⁷⁵.

Doktrin kollektif ortaklıkta rekabet yasağı düzenlemesinin nedeninin ortakların birbirlerine ve ortaklığa karşı olan sadakat yükümlülükleri olduğunu; diğer bir ifadeyle rekabet yasağının sadakat yükümlülüğünün bir görünüş biçimi olduğunu kabul etmektedir²⁷⁶.

TTK m. 230 uyarınca tüm ortaklar rekabet yasağına tabidir. Ortağın yönetici olup olmamasının bir önemi yoktur; zira kollektif ortaklıkta tüm ortaklar geniş bir denetim ve olağanüstü işlemlerde ortaklık kararına katılma haklarına sahip

²⁷³ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 213 - 215; İmregün, Kollektif, s. 3 - 7; Bilgili / Demirkapı, s. 147 -150; Tekil, s. 107 - 109, Şener, Ortaklıklar, s. 205 – 207.

²⁷⁴ Yılmaz Ulusoy, **Mukayeseli Şahıs Şirketleri**, Ankara, 1977, s. 241 - 242; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 237; İmregün, Kollektif, s. 1; ZK - Handschin / Han-Lin Chou, Art. 561 OR, N. 1; Ersin Çamoğlu, **Kollektif Ortaklığın Hakkı Sebepler Feshi ve Ortağın Hakkı Sebepler Çıkarılması**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 4.

²⁷⁵ Gerd H. Langhein, **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch**, Schmidt Karsten / Ebke Werner F. (Hrsg.), 4. Aufl., München, C. H. Beck, 2016, § 112 HGB, N. 2.

²⁷⁶ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 232; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 237; Bilgili / Demirkapı, s. 161; İmregün, Kollektif, s. 43 - 44; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 40, 50; SHK - Jörg, Art. 561 OR, N. 1; MüKo - Langhein, § 112 HGB, N. 1; Jan Lieder, **Handelsgesetzbuch**, Oetker Hartmut (Hrsg.), 7. Aufl., München, C. H. Beck, 2021, § 112 HGB, N. 3; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 13; Karakılıç, s. 82.

olduklarından, ortakların birbirlerine üstünlükleri bulunmamaktadır²⁷⁷. Dolayısıyla, tüm ortaklar ortaklık bilgilerine erişme imkanına eşit derecede sahiptirler.

Ortak, ortak sıfatını koruduğu müddetçe; diğer bir deyişle ortak sıfatının kazanılmasından kaybedilmesine kadar kanuni rekabet yasağına tabi olacaktır. Böylelikle rekabet yasağının uygulanma süresi, ortaklığa ortak olma süresi ile sınırlıdır. Ortağın rekabet yasağının ortaklık sıfatı sona erdikten sonra da geçerli olması istenildiği takdirde; ortaklık sıfatının sona ermesinden sonra geçerli olmak üzere Borçlar Hukuku kapsamında, rekabet yasağı sözleşmesi akdedilmesi gerekmektedir²⁷⁸. Ortaklığın sona ermesi ve bu nedenle tasfiyeye girmesi halinde ise, ortaklık ehliyeti sadece tasfiye işlemlerini gerçekleştirmek amacıyla kullanılabilir. Bu sebeple, ortaklığın tasfiyeye girmesi ortakların rekabet yasağı üzerinde etkili olacaktır. Şöyle ki, ortaklığın amacı tasfiye işlemlerini gerçekleştirmek üzere sınırlandırıldığından; rekabet yasağının kapsamı da daralmış olacaktır²⁷⁹. Açık bir ifadeyle ortaklar, tasfiye amacına zarar vermediği müddetçe ortaklıkla rekabet edici faaliyetleri gerçekleştirebileceklerdir.

Kollektif ortağın rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 230 hükmü emredici nitelikte olmayıp; yasağın ortaklık sözleşmesi ile ağırlaştırılması veya hafifletilmesi ya da tamamen kaldırılması mümkündür. Bu düzenlemenin sınırını da yine ortağın kişilik haklarının aşırı derecede sınırlanmaması ve ortaklığın amacının ciddi bir şekilde ihlal edilmemesi çizecektir²⁸⁰.

TTK m. 230 uyarınca düzenlenen rekabet yasağına aykırılık teşkil eden ilk hal, ortağın ortaklığın yaptığı ticari işler türünden bir işi kendi veya başkası hesabına yapmasıdır. Açık bir ifadeyle ortak, ortaklık konusuna giren ticari işleri kendi adına yapamayacağı gibi; söz konusu bu işleri ticari temsilci, ticari vekil, acente, komisyoncu ya da bir tüzel kişinin organı sıfatıyla da gerçekleştiremeyecektir²⁸¹. TTK m. 230 uyarınca düzenlenen rekabet yasağına aykırılık teşkil eden ikinci hali, ortağın

²⁷⁷ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 236; Aydoğan, s. 39; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 52; MüKo - Langhein, § 112 HGB, N. 5; Göksoy, s. 636.

²⁷⁸ Ulusoy, s. 382; Domaniç, Adi - Kollektif, s. 318; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 239; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 12; SHK - Jörg, Art. 561 OR, N. 10.

²⁷⁹ Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 15; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 64; SHK - Jörg, Art. 561 OR, N. 11; İmregün, Kollektif, s. 48.

²⁸⁰ İmregün, Kollektif, s. 44; Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 233; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 238; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 40; Karakılıç, s. 84.

²⁸¹ Ulusoy, s. 382; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 237; Aydoğan, s. 45; MüKo - Langhein, § 112 HGB, N. 10; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 27; SHK - Jörg, Art. 561 OR, N. 4.

aynı tür ticari işlerle uğraşan bir ortaklığa sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak katılmasıdır. Bir başka deyişle ortak, ortağı bulunduğu ortaklıkla aynı tür ticari işlerle uğraşan başka bir kollektif ortaklığa ve adi ortaklığa ortak, komandit ortaklığa komandite ortak olarak katılamazken; anonim ortaklığa pay sahibi, limited ortaklığa ortak ve komandit ortaklığa komanditer ortak olarak katılabilecektir. Ancak ortağın, ortaklıkla aynı tür ticari işlerle uğraşan bir anonim veya limited ortaklığa katılmaları mümkün olmakla beraber; yönetim ve temsil yetkisini üstlenmeleri başkası adına işlem yapma mahiyetinde olup rekabet yasağına aykırılık teşkil eden ilk hali oluşturacaktır²⁸².

TTK m. 230 hükmü ile ortakların yapmaktan yasaklı kılındığı faaliyetler, ortaklığın fiilen yaptığı ticari işlere özgülenmiş olup; ortaklık sözleşmesinde yazmakla birlikte fiilen yapılmayan işler yasak kapsamına dâhil değildir²⁸³.

Aynı şekilde TTK m. 230 hükmünde belirtildiği üzere diğer ortakların izni ile de ortak rekabet yasağını bertaraf edebilecek; açık bir ifadeyle ortaklıkla rekabet etmesi mümkün olacaktır. Ortakların izninin mutlaka bir karar şeklinde olması gerekmediği; iznin, ortaklar tarafından farklı zamanlarda da süreli, sürekli veya tek seferlik verilebileceği, açık veya zımni²⁸⁴ olabileceği, rekabet edici davranıştan önce veya sonradan onay şeklinde olabileceği²⁸⁵ ve ortaklık sözleşmesi ile de verilebileceği²⁸⁶ kabul edilmektedir.

Ortağın rekabet yasağını ihlal etmesi neticesinde uygulanacak yaptırımlar TTK m. 231 hükmü uyarınca saptanmıştır. Şöyle ki TTK m. 231 ortaklığa, yasağı ihlal eden ortağa yönelteceği seçimlik haklar bahşetmiştir. İlgili hüküm uyarınca, ortaklık

²⁸² Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 238; Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 7; MüKo - Langhein, § 112 HGB, N. 18.

²⁸³ Bilgili / Demirkapı, s. 159; İmregün, Kollektif, s. 44; Domaniç, Adi - Kollektif, s. 318; Ulusoy, s. 381 - 382; Tekil, s. 120; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 237; MüKo - Langhein, § 112 HGB, N. 11, 17; Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 6 - 7; Aydoğan, s. 42 - 47; SHK - Jörg, Art. 561 OR, N. 9.

²⁸⁴ TTK m. 230 f. 2 uyarınca yeni kurulan bir ortaklığa giren ortağın, daha önce kurulmuş diğer bir ortaklığın da sorumluluğu sınırlandırılmamış ortaklarından olduğunu diğer ortaklar bildikleri hâlde önceki ortaklıktan ilişkisinin kesilmesini aralarında açıkça kararlaştırmadıkları takdirde, bu durumu kabul ettikleri varsayılır. Kanun koyucu, diğer ortakların zımnen izin verebileceklerini açıkça kabul etmiştir.

²⁸⁵ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 238.

²⁸⁶ Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 30; MüKo - Langhein, § 112 HGB, N. 24.

rekabet yasağını ihlal eden ortak²⁸⁷ tazminat isteme veya ortağın kendi adına yaptığı işleri ortaklık adına yapılmış sayılmasını isteme ya da üçüncü kişilerin hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin ortaklığa bırakılmasını istemekte serbesttir. Ortaklığa tanınan bu seçimlik haklardan birisini seçmesi, diğer ortakların çoğunluk ile alacağı bir karar ile gerçekleşecektir²⁸⁸. Ortaklığın talep hakkını kullanması, işlemin yapıldığının veya ortağın diğer bir ortaklığa katıldığının öğrenildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde işlemin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl sonra zamanaşımına uğrayacaktır (TTK m. 231 f. 2).

Ayrıca, kollektif ortaklıkta ortağın rekabet yasağını ihlal etmesi bir haklı sebep oluşturabileceğinden, diğer ortaklar ortaklığın feshini veya yasağı ihlal eden ortağın ortaklıktan çıkarılmasını da talep edebilecektir²⁸⁹ (TTK m. 245, m. 255).

Bu noktada ifade etmeliyiz ki çalışma konumuzu oluşturan yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına ilişkin düzenleme ile kollektif ortaklıkta ortağın rekabet yasağına ilişkin düzenleme arasında önemli benzerlikler mevcuttur²⁹⁰. Şöyle ki ilkin, TTK m. 396 f. 1 hükmünde yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı kapsamına giren rekabet edici faaliyetlerin türü ile TTK m. 230 f. 1 hükmünde ortağın rekabet yasağı kapsamına giren rekabet edici faaliyetlerin türü esasen aynıdır. İkinci olarak, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde ortaklığın sahip olduğu seçimlik

²⁸⁷ Yargıtay bir kararında, ilk derece mahkemesinin ortağın rekabet yasağına aykırı davranarak bir ortaklığa katılması üzerine tazminat davasının söz konusu bu ortaklığa açılması gerektiğini kabul eden kararını şu gerekçelerle bozmuştur: “*Kollektif ortaklıkta, ortakların birbirine güven duygusu ön planda tutulduğundan, TTK'nun 172. maddesi ile ortaklar arasında rekabet yasağı ilkesi benimsenmiştir. Anılan yasa hükmüne göre, davanın haksız rekabette bulunduğu ileri sürülen kollektif şirket ortağına karşı açılması gerekir. Ayrıca iki ortaklı bir kollektif ortaklıkta, haksız rekabet iddiasıyla bir ortak, diğer ortak aleyhine tazminat davası açabilir. Tarafların ortak olduğu H. İnşaat Koll. Şti'nin ticaret sicil kaydına göre, şirketin iki ortağı bulunmaktadır. İki ortak da davacı ve davalı sıfatı ile işbu davada temsil edilmektedir ve dava, haksız rekabete bulunduğu ileri sürülen ortak aleyhine açılmıştır. Mahkemece, davacı tarafından doğru hasma karşı dava açıldığının kabulü ile işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davayı reddetmesi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.*”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 04.03.2002 E: 2001 / 9414 K: 2002 / 1733, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

²⁸⁸ “*TTK'nun 173. maddesinde rekabet yasağına aykırı davranan ortak aleyhine dava açılabilmesi için ortaklar kurulu kararı ön şart olduğu ve davacı tarafın verilen süreye rağmen ortaklar kurulu kararı sunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili ve fer'i müdahil vekili ayrı ayrı temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekili ile Fer'i müdahil vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.*”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 09.01.2013 2011 / 15239 K: 2013 / 294, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

²⁸⁹ Çamoğlu, Haklı Sebep, s. 42 ; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 238; Aydoğan, s. 59.

²⁹⁰ Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler, II - III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 156; Aydoğan, s. 119; İsmail Kırca / Feyzan Hayal Şehirali Çelik / Çağlar Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013, s. 687 dn. 787.

hakları düzenleyen TTK m. 396 f. 1 ile ortağın rekabet yasağını ihlal etmesi halinde ortaklığa tanınan seçimlik hakları düzenleyen TTK m. 231 f. 1 hükmü de esasen aynıdır²⁹¹. Başka bir anlatımla, aslında TTK m. 396 ve TTK m. 230 – m. 231 hükümleri, rekabet yasağına aykırı davranışın tayininde ve rekabet yasağının ihlalinde ortaklığa tanınan seçimlik haklara ilişkin neredeyse aynı şekilde formüle edilmiştir. Bu nedenle çalışmamızda kolektif ortaklıklarda ortağın rekabet yasağını inceleyen eserlerden de ziyadesiyle faydalanmaktayız.

C. Adi Komandit ve Paylı Komandit Ortaklık

Komandit ortaklıklar, hukukumuzda adi ve paylı komandit olmak üzere iki tipte düzenlenmiştir. Adi komandit bir şahıs ortaklığı olup, yapısal olarak da benzediği kolektif ortaklık hükümlerinin hemen akabinde TTK m. 304 ilâ m. 328 arasında düzenlenmiştir.

TTK m. 304 uyarınca adi komandit ortaklık, tıpkı kolektif ortaklık gibi bir ticaret unvanı altında ticari bir işletmeyi işletmek amacıyla kurulmaktadır. Fakat ortaklık yapısı kolektif ortaklıktan farklılık göstermektedir. Şöyle ki, adi komandit ortaklıkta sorumluluğu şirket alacaklılarına karşı sınırlandırılmamış ortakların yanı sıra sorumluluğu taahhüt ettiği sermaye miktarı ile sınırlanan en az bir ortağın da varlığı gerekmektedir. Birinci tipteki ortak TTK m. 304 f. 2 gereğince komandite, ikinci tipteki ortak komanditer olarak adlandırılmaktadır. Komandite ortak sadece gerçek kişi olabilirken; komanditer ortak gerçek veya tüzel kişi olabilecektir.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere adi komandit ortaklık bünyesinde, ticari işletme, ticaret unvanı, en az bir gerçek kişi komandite ortak ve en az bir gerçek veya tüzel kişi komanditer ortak, komandite ortak açısından ortaklık alacaklılarına karşı

²⁹¹ Hükümler esas itibarıyla aynı da olsa, hükümlerin lafzında az sayıda farklılıklar bulunduğunu da ifade etmeliyiz. İlk rekabet yasağına aykırı davranışın tayininde, TTK m. 230 f. 1 hükmünde “*şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi*”; TTK m. 396 f. 1 hükmünde “*şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi*” ifadeleri yer almaktadır. İkinci olarak rekabet yasağının ihlali halinde ortaklığa tazminat talebi haricinde tanınan diğer talep haklarının formülünde, TTK m. 231 f. 1 hükmünde “*tazminat yerine bu ortağın kendi adına yaptığı işleri şirket adına yapılmış saymakta, üçüncü kişilerin hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasını istemekte serbesttir*”; TTK m. 396 f. 1 hükmünde “*tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etmekte serbesttir.*” ifadeleri bulunmaktadır.

sınırsız sorumluluk, komanditer ortak açısından ise ortaklık alacaklılarına karşı sınırlı sorumluluk ve tüzel kişilik unsurlarını barındırmaktadır²⁹².

Adi komandit ortaklıkta rekabet yasağı ortaklar açısından farklılık göstermektedir. Şöyle ki, TTK m. 308’de komandit ortaklıkta ortakların birbirleriyle olan ilişkilerinin ortaklık sözleşmesi ile düzenleneceği; ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunmayan durumlarda ise, TTK m. 309 ilâ m. 316 arasında yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, kollektif ortaklıklara ilişkin m. 217 ilâ m. 231 hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. TTK m. 311’de ise ilkin, kollektif ortakların ortaklık konusunu oluşturan işlemlerin aynını yapamayacaklarına ilişkin m. 230 hükmünün komanditerler hakkında uygulanmayacağı ifade edilmiş; ardından da komanditer ortağın, ortaklığın işletme konusunun kapsamına giren işlerle uğraşacak bir ticari işletme açması veya böyle bir işletme açan bir kişiyle ortak olması ya da bu nitelikte bir ortaklığa katılması halinde, ortaklığın belgelerini ve defterlerini inceleme hakkını kaybedeceği dile getirilmiştir.

Ortaklık sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmadığı takdirde, komandite ortak hakkında, TTK m. 308’in yollamasıyla, kollektif ortakların rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 230 hükmü uygulanacaktır. Açık bir ifadeyle, kollektif ortak için geçerli olan rekabet yasağı, aynı şekilde komandite ortak için de geçerli olacaktır. Böylece, rekabet yasağı açısından kollektif ortak ile komandite ortak aynı konumdadır²⁹³.

Komanditer ortak açısından ise kollektif ortak hakkında düzenlenen rekabet yasağı uygulanmayacaktır. Komanditer ortak, ortaklığın işletme konusunun kapsamına giren işlerle uğraşacak bir ticari işletme açmakta veya böyle bir işletme açan bir kişiyle ortak olmakta ya da bu nitelikte bir ortaklığa katılmakta özgürdür. Ancak böyle bir durumda, komanditer ortak ortaklığın belgelerini ve defterlerini inceleme hakkını kaybedecektir. Söz konusu inceleme hakkı, komanditer ortağın iş yılı sonunda ve iş saatleri içinde, ortaklığın envanteriyle finansal tabloları üzerinde gerçekleştirdiği olağan denetim hakkıdır (TTK m. 310 f. 1). Doktrinde, rekabet yasağına aykırı davranan komanditer ortağın sadece olağan denetim hakkını

²⁹² Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 282 - 283; Tekil, s. 157 - 160; Bilgili / Demirkapı, s. 180 - 182.

²⁹³ Franko, s. 33; Kalpsüz, s. 354; Ulusoy, s. 398; İmregün, Kollektif, s. 157; Domaniç, Adi - Kollektif, s. 484; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 291; Bilgili / Demirkapı, s. 189; Aydoğan, s. 66.

kaybedeceği; TTK m. 310 f. 3'te düzenlenen mahkeme vasıtasıyla gerçekleştirilen olağanüstü denetim hakkının mevcudiyetini koruyacağı ifade edilmektedir²⁹⁴. Diğer bir deyişle, komanditer ortak rekabet yasağına aykırı davranışa da, haklı sebeplerin varlığı hâlinde, mahkemeden ortaklık işlerinin ve varlığının bizzat veya bilirkişi tarafından incelenmesini talep edebilecektir.

Bu noktada komanditer ortak ile komandite ortak arasında rekabet yasağına ilişkin yaratılan farkın nedeni ise şu şekilde açıklanabilecektir: Adi komandit ortaklıkta yönetim yetkisi komandite ortağa aittir (TTK m. 309 f. 2). Bu nedenle ortaklığın yönetiminde hak sahibi olmadığı için yer almayan komanditer ortak, ortaklığın iş ve işlemleri hakkında yakından bilgi sahibi olamayacaktır. Dolayısıyla yönetimde yer alan komandite ortak gibi kollektif ortak hakkında düzenlenen rekabet yasağına tabi tutulmamıştır. Ancak yine de komanditer ortağın, ortaklıkla rekabet edici faaliyete yönelmesi halinde; kanun koyucu ortaklığı korumak adına denetleme hakkının kaybedilmesi yaptırımını öngörmüştür. Böylece, komanditer ortağın olağan denetleme hakkını kullanırken elde edebileceği bilgileri kendi menfaatine kullanmasını engellenmektedir.

Paylı komandit ortaklığı ise, bir sermaye ortaklığı olup; yapısal olarak da benzediği anonim ortaklık hükümlerinin bitiminde, TTK m. 564 ilâ m. 572 hükümleri arasında düzenlenmiştir. TTK m. 564 uyarınca paylı komandit ortaklıkta, sermaye paylara bölünmüş olup, ortaklarından bir veya birkaçı ortaklık alacaklılarına karşı bir kollektif ortaklık ortağı, diğerleri bir anonim ortaklık pay sahibi gibi sorumludur. Paylı komandit ortaklıktan bahsedebilmek için sermayenin paylara bölünmüş olması gerekir. Aksi halde sermaye, paylara bölünmeksizin sermayesi sadece birden çok komanditerin sermayeye katılma oranlarını göstermek amacıyla kısımlara ayrılmış bulunuyorsa, ortaklık paylı komandit ortaklık sıfatını kazanamayacak ve ortaklığa adi komandit ortaklık hükümleri uygulanacaktır²⁹⁵.

Paylı komandit ortaklığı, tıpkı adi komandit ortaklık gibi genel olarak diğer ortaklıklara yollama yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Şöyle ki, komandite ortakların birbirleriyle, komanditerlerin tümüyle ve üçüncü kişilerle hukuki ilişkileri, ortaklık

²⁹⁴ Franko, s. 59; Şener, Ortaklıklar, s. 280 - 281; Bilgili / Demirkapı, s. 189; Aydoğan, s. 72. Yaptırımın hem olağan hem de olağanüstü denetimi kapsadığı yönünde bkz. Ulusoy, s. 400.

²⁹⁵ Tekil, s. 157; Domaniç, Adi - Kollektif, s. 471; Bilgili / Demirkapı, s. 609.

yönetimine ve temsiline ilişkin görev ve yetkileri ile şirketten ayrılmaları hakkında komandit ortaklık hükümleri geçerli olup; bu hususlar dışında kalanlar hakkında ise aksine hüküm bulunmadıkça anonim ortaklık hükümleri uygulanacaktır (TTK m. 565).

Paylı komandit ortaklık, komandite ortak tarafından yönetilmektedir. Bu doğrultuda tıpkı adi komandit ortaklıkta olduğu gibi, paylı komandit ortaklıkta da komandite ortak kanunen rekabet yasağına tabidir. TTK m. 572 uyarınca komandite ortak, diğer komanditelerin ve genel kurulun izni olmaksızın ortaklığın işletme konusuna giren bir iş yapamayacak veya bu tür ticaretle uğraşan bir ortaklığa ortak sıfatıyla katılamayacaktır. Bu yasağı ihlal eden komandite ortak hakkında kollektif ortaklık hükümleri uygulanacaktır. Komanditer ortak açısından ise kanun koyucu tarafından rekabet yasağı öngörülmemiştir²⁹⁶.

Gerek adi komandit gerek paylı komandit ortaklıklar uygulamada çok nadir görülen ortaklık tipleridir²⁹⁷.

D. Limited Ortaklık

Sermaye ortaklıklarından olan limited ortaklık, TTK m. 573 ilâ m. 644 hükümleri arasında düzenlenmiştir. TTK m. 573 uyarınca limited ortaklık, bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında, kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulmaktadır. Sermaye ortaklığı olması nedeniyle ortakların sorumluluğu sınırlıdır. Bir başka ifadeyle, ortaklar kural olarak ortaklık borçlarından sorumlu değildir. Ortaklar sadece ortaklığa karşı, taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve ortaklık sözleşmesinde öngörülmüşse ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdür.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere limited ortaklık bünyesinde, ticaret unvanı, ortak sıfatını taşıyan en az bir gerçek veya tüzel kişi, ortaklık borçlarından sadece ortaklık malvarlığıyla sorumluluk (ortaklar açısından sınırlı sorumluluk), esas sermaye ve tüzel kişilik unsurlarını barındırmaktadır²⁹⁸.

²⁹⁶ Komanditer ortak denetleme hakkını bizzat kullanamayacağından, adi komandit ortaklıkta komanditer ortak için uygulanan denetleme hakkının kaldırılması yaptırımını burada söz konusu olmayacaktır, İmregün, Kollektif, s. 193; Aydoğan, s. 149.

²⁹⁷ Şener, Ortaklıklar, s. 277; Bilgili / Demirkapı, s. 609.

²⁹⁸ Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku II**, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 400 - 404; Bilgili / Demirkapı, s. 618 - 628;

Limited ortaklık bir sermaye ortaklığı olmasına rağmen; aslında kişisel özelliklerin ön planda olduğu bir ortaklıktır²⁹⁹. Şöyle ki, limited ortaklıkta şahıs ortaklıklarına özgü düzenlenmeler bulunmaktadır. Bu tür düzenlemelere örnek olarak ortakların sadakat ve sır saklama yükümlülüğünün düzenlenmesi (TTK m. 613), pay devrinin şahıs ortaklarında olduğu gibi zor ve şartlara bağlanmış olması (TTK m. 595), ortaklıktan çıkma ve çıkarılmanın düzenlenmesi (TTK m. 638 ilâ m. 640) gösterilebilir. Bu özellikleri nedeniyle doktrinde ara tür, melez ortaklık olarak kabul edilmektedir. Limited ortaklık, şahıs ortaklıkları gibi ortakların kişisel özelliklerin önem taşıdığı ancak ortakların sınırlı sorumluluktan faydalandığı bir ortaklık tipidir³⁰⁰.

Limited ortaklıktaki ortakların birbirleriyle ve ortaklıkla olan yakın ilişkilerinin kollektif ortaklıktan daha az; ancak anonim ortaklıktan daha fazla olduğu kabul edilmektedir³⁰¹. Limited ortaklığın gösterdiği bu özel yapı nedeniyle, kanun koyucu hem ortaklar açısından rekabet yasağının düzenlenebilmesini mümkün kılmış (TTK m. 613 f. 2); hem de ortaklığın yönetim organı olan müdürlerin rekabet yasağını bir kanun hükmü (TTK m. 626) ile düzenlemiştir³⁰².

Limited ortaklıkta da, ortaklar için öngörülebilecek ve müdürler için kanun koyucu tarafından öngörülen rekabet yasağının temelini sadakat yükümlülüğü olduğu, diğer bir anlatımla rekabet yasağının sadakat yükümlülüğün somutlaşmış bir hali olduğu kabul edilmektedir³⁰³.

İlk olarak limited ortaklıkta ortaklar, rekabet yasağına tabi olabileceklerdir. Şöyle ki, TTK m. 613 hükmünün birinci fıkrasında ortakların, sadakat yükümlülüğünün görünüş biçimlerinden olan sır saklama yükümlülüğü

Şener, Limited Ortaklık, s. 5 - 17; Şener, Ortaklıklar, s. 669 - 672; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s. 409 – 417.

²⁹⁹ İsv.BK'nın Art. 772 hükmünde, limited ortaklığın kişisel özelliklerine dayalı bir sermaye ortaklığı (*personenbezogene Kapitalgesellschaft*) olduğu açıkça ifade edilmiştir.

³⁰⁰ Lukas Handschin / Christof Truniger, **Die GmbH**, 3., vollständig neu bearbeitete Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2019, § 1, N. 1 - 2; Şener, Limited Ortaklık, s. 9 - 11; Bahtiyar, s. 407 - 409; Karakılıç, s. 9 - 10; Bilgili / Demirkapı, s. 615.

³⁰¹ Handschin / Truniger, § 14, N. 1.

³⁰² Limited ortaklıkta ortağın ve müdürün rekabet yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karakılıç, s. 103 vd.; Ertaş, s. 90 vd.

³⁰³ Şener, Limited Ortaklık, s. 479, 757; Rino Siffert / Marc Pascal Fischer / Martin Petrin, **Stämpfli Handkommentar, GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772 - 827 OR)**, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern, Stämpfli Verlag AG, 2008, Art. 803 OR, N. 1; Hans Rudolf Trüeb, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz Art. 772 - 1186 OR und BEG**, Vito Roberto / Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 803 OR, N. 1; Karakılıç, s. 48 - 49; Ertaş, s. 90.

düzenlenmiştir. Ortaklar, ortaklık sırlarını korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük ortaklık sözleşmesi veya genel kurul kararıyla kaldırılamayacaktır. Hükmün ikinci fıkrasında ise, ortakların sadakat yükümlülüğü ve onun bir görünüş biçimi olarak rekabet yasağı açıkça ortaya konmuştur. Zira ilgili hüküm uyarınca, ortaklar, ortaklığın menfaatlerini zedeleyebilecek davranışlarda bulunamayacaktır. Ortaklar özellikle, kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve ortaklığın amacına zarar veren işlemler yapamayacaktır. Ortaklık sözleşmesiyle, ortakların, ortaklıkla rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları da ayrıca öngörülebilir³⁰⁴.

Kural olarak limited ortaklıkta ortağın kanundan doğan rekabet yasağı mevcut değildir; ortaklar ancak ortaklık sözleşmesiyle kararlaştırıldığı takdirde rekabet yasağına tabi olabilmektedir³⁰⁵³⁰⁶. Ortaklık sözleşmesinde tüm ortaklar açısından

³⁰⁴ Hükmün ifade alınış biçiminin isabetli olmadığı yönünde eleştiriler için bkz. Şener, Limited Ortaklık, s. 460; CHK - Trüeb, Art. 803 OR, N. 1a; Ayrıca hükmün ifadesinden ortakların sadakat yükümlülüğünün sadece ortaklığa karşı bulunduğu anlamının çıkarıldığı; ancak ortakların ortaklığa ve birbirlerine karşı sadakat yükümlülüklerinin bulunduğu yönünde bkz. Şener, Limited Ortaklık, s. 461.

³⁰⁵ SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 803 OR, N. 6; Handschin / Truniger, § 3, N. 30, § 14, N. 8; Şener, Limited Ortaklık, s. 480 - 481; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar II, s. 476; Karakılıç, s. 132; Göksoy, s. 643. Alman Hukuku'nda da ortağın rekabet yasağını düzenleyen kanuni bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde ise ortağın genel olarak rekabet yasağına tabi olmadığı; ancak bazı durumlarda rekabet yasağının sadakat yükümlülüğünden kaynaklanabileceği ifade edilmektedir. Şöyle ki, ortaklık kararlarını etkileyebilme gücü dikkate alınarak hâkim ortağın rekabet yasağının sadakat yükümlülüğünden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Yine azınlık ortağa, şayet ortaklığın yönetimini etkileyebilecek nitelikte özel imtiyazlar tanınmış ise, bu takdirde azınlık ortağın da rekabet yasağına tabi olması gerektiği dile getirilmektedir. Buna karşın, yönetime katılmayan azınlık ortak, yönetimi etkileyebilecek gücü olmaması nedeniyle rekabet yasağına tabi olmayacaktır. Burada belirleyici husus ortaklığın kararlarını ve dolayısıyla yönetimi etkileme gücünün varlığıdır, Wolfgang Weitnauer / Verena Grob, "Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote", **GWR**, S: 9, 2014, s. 186 - 187; Hanno Merkt, **Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG**, Fleischer Holger / Goette Wulf (Hrsg.), 3. Aufl., München, C. H. Beck, 2018, § 13 GmbH, N. 215 - 217. Alman Federal Mahkemesi de, limited ortaklıkta hakim ortağın rekabet yasağını kabul etmektedir, bkz. BGH II ZR 242/82 = NJW 1984, 1351, 1352, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021. Böylelikle, Alman limited ortaklarda hakim ortağın, yönetimi etkileyebilecek imtiyazlara (örneğin müdürün tayini veya azli gibi kararlar hakkında) sahip olan ortakların, diğer ortaklarla oy sözleşmeleri yaparak ortaklar kurulu toplantısında hakim bir grup oluşturan azınlık ortakların, kişisel özelliklere göre tesis edilmiş limited ortaklıklar ortaklarının rekabet yasağına tabi olduğu ifade edilmektedir, Müko - Merkt, § 13 GmbH, N. 219 - 222.

³⁰⁶ ETK zamanında limited ortaklıklara ilişkin rekabet yasağına ilişkin tek hüküm olan m. 547 şu şekilde düzenlenmişti: Müdür olan bir ortak, diğer ortakların onayı olmadan ortaklığın uğraştığı ticaret dalında kendisi veya başkasının hesabına iş göremeyeceği gibi; başka bir işletmeye sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak, komanditer ortak veya limited ortaklığın ortağı olamayacaktı. Bu yasa, ortaklık sözleşmesine konulacak bir hükümle diğer ortaklara da teşmil edebilecekti. Yargıtay da kararlarında müdür olmayan ortağın rekabet yasağını, ortaklık sözleşmesinde düzenlenmediği takdirde kabul etmemekteydi: "*Davacı vekili, şirketlerinin elektrik, elektronik alanında faaliyet gösterdiğini, davalının şirkette % 10 paya sahip olduğunu, davalı şirket ile ilgilenmemekte olup huzursuzluk çıkardığını, davalının maksadının şirketi ifisah ettirmek olduğunu anlaşıldığını, aynı iş kolunda faaliyette bulunan bir kişi şirketini eşinin adına açmak sureti ile çalışmalar yaptığını, müvekkili firmanın ticari sırlarını öğrendiğini, tüm müşterileri eşinin adına açmış olduğu yeni şirkete yönlendirdiğini, şirket sırlarını kötüye kullanarak müşterilerini kapıldığını, bu fiilleri ile şirkete zarar*

rekabet yasağı öngörülebileceği gibi; ortaklardan bir kısmı yahut sadece bir ortak yönünden de rekabet yasağı kararlaştırılabilecektir³⁰⁷. Bu durum eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir; zira limited ortaklıklarda eşit işlem ilkesi mutlak bir şekilde uygulanmamaktadır³⁰⁸.

verdiğini, haksız rekabette bulunduğunu iddia ederek şirket ortaklığından çıkarılmasını talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının iddialarının haksız ve gerçek dışı olduğunu, (..) müvekkilinin eşine ait işletmenin faaliyetinin, müvekkilinin eşi ve oğlu tarafından sürdürüldüğünü, bu işletmenin davalı tarafından yürütüldüğü iddiasının gerçek dışı olduğunu, kaldı ki bu işletmenin davacının faaliyet alanı dışında farklı iş bölgesi olan... sınırlarında üstlendiğini, yine haksız rekabet iddiası ile ilgili rekabet yasağının TTK 547 maddenin müdür olan ortakla ilgili olduğunu, müvekkilinin rekabet yasağını ihlal etmediğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece iddia, savunma, tanık beyanları, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacı şirketin % 10 sermaye ortağı olan davalı ...'ın davacının iddia ettiği şirket sırlarını kötüye kullanma ve müşterilerini kapıldığı iddialarının sübut bulmadığı, ayrıca davalının şirketi temsil ve ilzam yetkisi bulunmadığı, müdür olmayan davalının rekabet yasağına tabi olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. (..) Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir., Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 24.04.2017 E: 2015/14754 K: 2017/2383, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

Davacı şirket anasözleşmesinin 14.maddesinde konulan bir hükümle, şirket ortakları, şirket genel kurulundan gerekli izni olmadan şirketin uğraştığı ticaret dalında ne kendi ne de başkaları hesabına iş görmeyecekleri hükme bağlanmıştır. Aynı maddede bu sözleşmede bulunmayan hükümler hakkında TTK. hükümleri uygulanacağı öngörülmüştür. Esasen, şirketin konusuna giren hususlarda rekabet yasağı TTK.nun 547. maddesinde müdür olan ortak için öngörülmüşse de, aynı maddede ana sözleşmeye konulacak hükümle bu yasağın, bütün ortaklara teşmil edilebileceği hükme bağlanmıştır. Anılan madde uyarınca şirket anasözleşmesinin 14. maddesine konulan hüküm bütün ortakları bağlayan, şirketin uğraşı alanına giren işi yapmama zorunluluğu altına sokan açık bir hükümdür. Mahkemece, ana sözleşme hükmünün hatalı olarak değerlendirilmesi suretiyle davanın reddolunması yerinde değildir, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 08.06.2000 E. 2000/4138 K. 2000/5287, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

Ancak doktrinde, yönetim hakkına sahip olmayan ortakların, bir başka deyişle kanunun yaptığı ayırımdan yola çıkarak müdür olmayan ortakların ortaklıkla rekabet etmesini yasaklayan pozitif bir kanun hükmü bulunmasa da, ortakların rekabeti halinde ortaklık için ortaya çıkabilecek tehlikeler dikkate alındığında, yirmi veya yirmiden az ortaklı limited ortaklıklarda, hâkim ortağın ve bazı durumlarda azınlık ortağın sadakat borcundan doğan rekabet yasağına tabi olduğu, ancak ortaya çıkabilecek sorunları peşinen önlemek adında, ETK m. 547'nin son cümlesinden yararlanarak ortaklık sözleşmesine bu yönde hüküm konulmasının faydalı olduğu da ileri sürülmüştür, bkz. Rauf Karasu, "Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı", **Batider**, C: 22, S: 3, 2004, s. 150 vd.

ETK zamanında kanun koyucu tarafından rekabet yasağını düzenlerken müdür olan ortak ile müdür olmayan ortak arasında ayırım yapılmasına karşın; TTK sisteminde, ortak ve müdüre ilişkin rekabet yasağı düzenlemeleri birbirinden farklı hükümlerle ve aralarında bir bağlantı kurmadan düzenlenmesi tercih edilmiştir. Açık bir ifadeyle, TTK limited ortak için rekabet yasağından bahsederken müdür olup olmamasını; yine müdür için rekabet yasağını düzenlerken müdürün ortak olup olmamasını sorgulamamıştır.

³⁰⁷ SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 803 OR, N. 6; Urs Gasser / Christian Eggenberger / Richard Stäuber, **Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Fankhauser Roland (Hrsg.), 3. überarbeitete Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 803 OR, N. 7; CHK - Trüeb, Art. 803 OR, N. 8; Şener, Limited Ortaklık, s. 480 – 481; Karakılıç, s. 134; Şükrü Yıldız, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, Arıkan Basım Yayın, 2007, s. 187.

³⁰⁸ Şener, Limited Ortaklık, s. 771 vd.

Ortakların rekabet yasağı ortaklığın kuruluş aşamasında ortaklık sözleşmesinde düzenlenebileceği gibi; sonradan ortaklık sözleşmesi değişikliği ile ortaklık sözleşmesine eklenebilir. Ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi suretiyle ortakların rekabet yasağı kabul edildiği takdirde ise ilgili tüm ortakların onayı aranacaktır (TTK m. 607)³⁰⁹. Ortakların rekabet yasağı ortaklık sözleşmesi ile öngörüldükten sonra, istendiği takdirde sözleşmenin değiştirilmesi suretiyle kaldırılabilir³¹⁰.

Ortaklar arasında ileride yaşanacak ihtilafların ve belirsizliklerin önlenmesi ile hukuki güvenliğin sağlanması adına, ortaklık sözleşmesinde rekabet yasağının konusu, süresi ve yeri bakımından uygulanma şartlarının açıkça tanımlanması gerektiği ileri sürülmektedir³¹¹. Ortağın rekabet yasağının konusu açık bir şekilde tanımlanmadığı takdirde; rekabet yasağının sınırını kuşkusuz ortaklığın amacını ve konusunu gerçekleştirmek üzere yapılan faaliyetler çizecektir. Zaman bakımından ortağın rekabet yasağı ortaklıktan ayrılana kadar geçerli olup; bunun ötesinde bir uzatmaya izin verilmeyecektir. Diğer bir ifadeyle ortak bakımından, ortaklık sıfatı sona erdikten sonra da geçerli olmak üzere bir rekabet yasağı, ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılamayacaktır³¹². Rekabet yasağının ortaklık sıfatı sona erdikten sonra da devam etmesi arzu ediliyorsa, bunun ayrıca bir Borçlar Hukuku kaynaklı bir rekabet yasağı sözleşmesi ile kararlaştırılması gerekmektedir. Rekabet yasağının yer bakımından sınırının tayininde ise ortaklığın veya ortakların hangi piyasada bulunduğu (örneğin yerel, bölgesel, ulusal veya uluslararası) belirleyici olacaktır. Açık bir

³⁰⁹ OFK - Gasser / Eggenberger / Stäuber, Art. 803 OR, N. 7; Şener, Limited Ortaklık, s. 483; Karakılıç, s. 135. Her ne kadar TTK m. 607 hükmü, ortakların ek ve yan edim yükümlülükleri bakımından kabul edilmiş ise de; anılan hükmün, ortaklık sözleşmesi ile ortakların rekabet yasağının öngörülmesinde de uygulanacağı belirtilmektedir, bkz. Şener, Limited Ortaklık, s. 483.

³¹⁰ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar II, s. 476; OFK - Gasser / Eggenberger / Stäuber, Art. 803 OR, N. 9.

³¹¹ SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 803 OR, N. 8; Şener, Limited Ortaklık, s. 484 vd.; OFK - Gasser / Eggenberger / Stäuber, Art. 803 OR, N. 8; Olivier Blanc, “Das statutarische Konkurrenzverbot der GmbH-Gesellschafter - statuten-, quorums- und handelsregisterspezifische Aspekte”, **Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht**, 1 / 2013, s. 27; CHK - Trüeb, Art. 803 OR, N. 9; Karakılıç, s. 134. Doktrinde Çamoğlu, ortaklık sözleşmesinde sadece ortakların rekabet yasağına tabi oldukları belirtildiği takdirde; anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396 ile limited ortaklıkta müdürün rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 626 hükmünden uygun düştüğü ölçüde yararlanılabileceğini ileri sürmektedir, Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar II, s. 476.

³¹² Şener, Limited, s. 484; Karakılıç, s. 217.

anlatımla rekabet yasağı yalnızca ortaklığın ticari faaliyetleriyle yer bakımından örtüşen faaliyetler için geçerli olabilecektir³¹³.

Ortağın rekabet yasağını ihlal ettiği takdirde, ortağa karşı uygulanacak yaptırım TTK'da belirlenmemiştir. Doktrinde, rekabet yasağını ihlal eden ortağa karşı ortaklığın; uğradığı zarar nedeniyle tazminat talebinde bulunabileceği; eğer ortaklık sözleşmesinde rekabet yasağının ihlali bir çıkarılma sebebi olarak düzenlenmişse TTK m. 640 f. 1 uyarınca ortağın genel kurul kararı ile ortaklıktan çıkarılabileceği ya da TTK m. 640 f. 3 uyarınca haklı sebep nedeniyle mahkemeden dava yolu ile ortaklıktan çıkarılmasının talep edilebileceği kabul edilmektedir³¹⁴. Ortaklık sözleşmesinde, ortağın rekabet yasağını ihlal etmesi halinde cezai şart da kararlaştırılabilir³¹⁵. Ayrıca, kollektif ortaklıkta rekabet yasağının yaptırımına ilişkin TTK m. 231'in kıyasen limited ortaklığa uygulanabileceği de doktrinde ileri sürülmektedir³¹⁶.

Ancak ortağın rekabet edici faaliyetine, diğer ortaklar yazılı olarak onay verdikleri takdirde; ortak rekabet yasağına aykırı davranışı nedeniyle yaptırıma tabi olmayacaktır. Ortaklık sözleşmesi diğer ortakların yazılı onayı yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilecektir (TTK m. 613 f. 4).

İkinci olarak limited ortaklıkta müdürler kanuni rekabet yasağına tabidir³¹⁷³¹⁸. Şöyle ki, TTK m. 626 hükmünün üçüncü fıkrasında müdürlerin de ortaklar için

³¹³ SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 803 OR, N. 10 - 12; OFK - Gasser / Eggenberger / Stäuber, Art. 803 OR, N. 8; CHK - Trüeb, Art. 803 OR, N. 9 - 10; Weitnauer / Grob, s. 186 – 187. Genel olarak rekabet yasağının konu, yer, zaman bakımından kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karakılıç, s. 165 – 219.

³¹⁴ SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 803 OR, N. 18; OFK - Gasser / Eggenberger / Stäuber, Art. 803 OR, N. 12; Şener, Limited Ortaklık, s. 487 – 488; Karakılıç, s. 324 vd. Yargıtay, limited ortaklarının kendi aralarında rekabet yasağına dair akdettikleri sözleşmeye aykırı davranan ortağın rekabet yasağı ihlalini, dava yolu ile ortaklıktan çıkarılması için haklı sebep olarak kabul etmiştir, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Tarih: 03.06.2003 E: 2003/492 K: 2003/5870, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

³¹⁵ OFK - Gasser / Eggenberger / Stäuber, Art. 803 OR, N. 13; Şener, Limited Ortaklık, s. 487.

³¹⁶ Şener, Limited Ortaklık, s. 487; Karakılıç, s. 324.

³¹⁷ Handschin / Truniger, § 10, N. 44; OFK - Gasser / Eggenberger / Stäuber, Art. 812 OR, N. 7; Şener, Limited Ortaklık, s. 757; Karakılıç, s. 118.

³¹⁸ Alman Hukuku'nda, müdürler için kanuni rekabet yasağını öngören bir düzenleme mevcut değildir. Ancak doktrin ve yargı kararlarınca müdürün rekabet yasağına tabi olduğu kabul edilmektedir. Müdürün tabi olduğu yazılı olmayan rekabet yasağının (*ungeschriebenes Wettbewerbsverbot*) kaynağının organ pozisyonundan doğan sadakat yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir. Rekabet yasağının uygulanmasında müdürün ortak olmasının veya ortaklık dışından biri olmasının herhangi bir önemi yoktur, Georg Jaeger / Katharina Steinbrück, **Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG**, Fleischer Holger / Goette Wulf (Hrsg.), 3. Aufl., München, C. H. Beck, 2018, § 35 GmbH, N. 360; Weitnauer / Grob, s. 185; Dieter Leuering / Daniel Rubner, "Das Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers", **NJW - Spezial**, S: 23, 2020, s. 719; Ertaş, s. 35 vd. ; Karakılıç, s. 74 vd.

öngörülen sadakat yükümlülüğüne tabi olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu hükmün ikinci fıkrasında ise, müdürlerin ortaklıkla rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamayacağı kabul edilmiştir. Limited ortaklıkta ortağın rekabet yasağına tabi olabilmesi ancak ortak sözleşmesinde öngörülmesine bağlı iken; müdür kanunen rekabet yasağına tabidir.

Kanun koyucu limited ortaklığın iç ilişkisinin düzenlemesine ilişkin düzenlemelerde emredici hükümler öngörmeyip; ortaklığın kişisel durum ve özelliklere göre düzenlenebilmesine imkân tanımıştır. Ancak ortaklığın dış ilişkisinin düzenlenmesine dair hükümler alacaklıları koruduğundan emredicidir³¹⁹. Müdürün tabi olduğu rekabet yasağına ilişkin hüküm de ortaklığın iç ilişkisinin düzenlenmesine hizmet eden, emredici nitelikte olmayan bir hükümdür³²⁰. Bu nedenle müdürün tabi olduğu rekabet yasağı ortaklık sözleşmesi ile tamamen kaldırılabilir veya hafifletilebilir. Yine, müdürün ortaklıkla rekabet edici bir faaliyette bulunmasına, diğer ortaklar yazılı olarak onay verebilecektir. Ortaklık sözleşmesi diğer ortakların yazılı onayının yerine ortaklar genel kurulun onay kararını da arayabilir (TTK m. 613 f. 2). Söz konusu bu onay kararında, müdür aynı zamanda ortak ise oy kullanamayacaktır (TTK m. 619 f. 3).

TTK m. 626 hükmünün uygulanmasında müdürün ortak olup olmamasının ya da temsil yetkisine sahip olup olmamasının bir önemi yoktur. Yine, müdürün ortaklık sözleşmesi ile tayin edilmesi veya genel kurul kararı ile seçilmesi de hükmün uygulanması bakımından bir farklılık yaratmayacaktır³²¹.

Limited ortaklıkta diğer ortaklıkların aksine, rekabet edici eylemler açıkça belirtilmemiş; bir başka deyişle somutlaştırılmamıştır³²². Ancak genel olarak müdürün, ortaklığın faaliyet alanına giren işleri kendisi veya başkası hesabına

³¹⁹ Handschin / Truniger, § 1, N. 6.

³²⁰ Yıldırım, s. 85; OFK - Gasser / Eggenberger / Stäuber, Art. 812 OR, N. 1; Karakılıç, s. 120; Yıldız, s. 265.

³²¹ Handschin / Truniger, § 10, N. 46; SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 812 OR, N. 9; Şener, Limited Ortaklık, s. 759; Yıldırım, s. 86; Karakılıç, s. 119.

³²² Karakılıç, s. 298.

yapamayacağı, ortaklıkla aynı faaliyet alanında olan ortaklıklara sınırsız sorumlu olarak katılamayacağı doktrinde ifade edilmektedir³²³.

Tıpkı ortağın rekabet yasağında olduğu gibi, müdürün tabi olduğu rekabet yasağının konu, yer ve zaman bakımından bir sınırı olması gerektiği kabul edilmektedir. Ortaklığın faaliyet alanı konu bakımından ve faaliyet gösterdiği piyasa da yer bakımından belirleyici olacaktır. Ayrıca, müdürün rekabet yasağının süresi müdürlük sıfatına bağlı olduğundan; müdürlük sıfatı sona erdiği takdirde rekabet yasağının uygulanması da son bulacaktır³²⁴. Ortaklık sıfatının sona ermesinde ifade edildiği gibi, rekabet yasağının müdürlük sıfatının sona ermesinden sonra geçerli olması arzu edildiği takdirde, bunun ayrıca bir Borçlar Hukuku kaynaklı bir rekabet yasağı sözleşmesi ile kararlaştırılması gerekmektedir. Ortaklık tasfiyeye girdiği takdirde ise müdürün rekabet yasağı, tasfiyenin gerçekleşmesi amacı ile sınırlanacaktır³²⁵.

Müdür rekabet yasağını ihlal ettiği takdirde, uygulanacak yaptırımlar TTK'da belirtilmemiştir. Doktrinde, ortaklığın uğradığı zarar yönünden rekabet yasağını ihlal eden müdürden tazminat talep edebileceği, müdür hakkında sorumluluk davası açılabileceği, müdürün yönetim ve temsil yetkisinin mahkeme tarafından kaldırılması veya sınırlandırılması bakımından haklı sebep oluşturacağı, müdür aynı zamanda ortak ise yukarıda ifade ettiğimiz üzere rekabet yasağının haklı sebep oluşturması nedeniyle ortaklıktan çıkarılabileceği türünden yaptırımların uygulanabileceği dile getirilmektedir³²⁶. Ayrıca, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396'da belirtilen yaptırımların limited ortaklığa uygulanabileceği

³²³ Şener, Limited Ortaklık, s. 761; Yıldırım, s. 89; Yıldız, s. 265; OFK - Gasser / Eggenberger / Stäuber, Art. 812 OR, N. 9. Müdürün sınırlı sorumlu ortak olarak da katılamayacağı yönünde bkz. Handschin / Truniger, § 10, N. 48. Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396 hükmünün uygulanma şartlarının kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar II, s. 526. Müdürün rakip bir ortaklığa, ticari kararları etkileme olasılığı olmadan sırf finansal düzeyde azlık ortak olarak katılmasının rekabet yasağı kapsamına girmediği; buna karşın rakip bir ortaklıkta hakim ortak olmasının rekabet yasağı kapsamında değerlendirileceği, önemli olanın müdürün katıldığı ortaklıkta bireysel olarak ortaklık kararlarını etkileyip etkilemediği yönünde bkz. Leuering / Rubner, s. 719 - 720.

³²⁴ Handschin / Truniger, § 10, N. 47, 49; SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 812 OR, N. 11 - 13; OFK - Gasser / Eggenberger / Stäuber, Art. 812 OR, N. 10 - 12; Şener, Limited Ortaklık, s. 762 - 763; Karasu, Limited Şirketler, s. 164.

³²⁵ OFK - Gasser / Eggenberger / Stäuber, Art. 812 OR, N. 12.

³²⁶ Handschin / Truniger, § 10, N. 50; SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 812 OR, N. 14; Weitnauer / Grob, s. 185 - 186; Şener, Limited Ortaklık, s. 770 - 771; Karakılıç, s. 324 vd.; Aydoğan, s. 145 - 146.

de ileri sürülmektedir³²⁷. Fakat bu görüşe karşılık olarak, TTK m. 626 hükmünün anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396'ya yollama yapmadığı, bu yüzden müdürün rekabet yasağını ihlal etmesi halinde TTK m. 644 atfı nedeniyle genel olarak yönetim kurulu üyesinin TTK m. 553 vd.'nda düzenlenen sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir³²⁸. Biz de anılan görüşe iştirak etmekteyiz. Şöyle ki TTK m. 644 hükmü, anonim ortaklıklara ilişkin hangi hükümlerin limited ortaklığa uygulanacağını ayrıntılı ve açıkça madde hükümlerine yollama yapmak suretiyle düzenlemiştir. Bu kapsamda anılan hükümde müdürlerin rekabet yasağına ilişkin olarak, TTK m. 396 hükmüne açık bir yollama bulunmamaktadır. Bu nedenle bizce de, limited ortaklıkta müdürün rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 553 hükmü uyarınca ortaklık, müdürün sorumluluğuna başvurabilecek olup; TTK m. 396 hükmünün uygulama alanı bulunmamaktadır.

³²⁷ Kalpsüz, s. 353 dn. 8; Aydoğan, s. 144; Karakılıç, s. 325; Kayar / Çeliktas, s. 317 - 318; Yıldırım, s. 94; Ertas, s. 102 – 105. Alman Hukuku'nda müdürün rekabet yasağının ihlali halinde kolektif ortağın rekabet yasağının ihlalinin neticelerini düzenleyen Alm.TK'nın § 113 Abs. I hükmü ile anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını düzenleyen Alm.POK § 88 Abs. II hükümlerindeki talep haklarının (tazminat, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması ve işlemde doğan menfaatin ortaklığa bırakılması) kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. MüKo - Jaeger / Steinbrück, § 35 GmbH, N. 364; Weitnauer / Grob, s. 186; Leuring / Rubner, s. 720.

³²⁸ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar II, s. 527.

İKİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM KURULU ÜYESİNE GETİRİLEN REKABET YASAĞININ DÜZENLENME NEDENİ VE KİŞİ BAKIMINDAN UYGULANMASI

I. GENEL OLARAK YÖNETİM KURULUNUN, YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN VE BAĞLI TACİR YARDIMCILARININ KONUMU

A. Yönetim Kurulu

Anonim ortaklık tüzel kişiliği haiz bir ticaret ortaklığı olup; yaradılış gereği gerçek kişilere özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildir (TTK m. 125; MK m. 48). Tüzel kişilerin iradeleri organları aracılığıyla oluşturulur ve açıklanır (MK m. 50). Organ en geniş anlamıyla, tüzel kişilerin iradesini oluşturan ve bu iradeyi dış dünyaya açıklayan, kanunen geçerli bir şekilde teşekkül ettiği takdirde tüzel kişinin fiil ehliyetini kazanmasını sağlayan kişi veya kişi toplulukları şeklinde ifade edilmektedir³²⁹. Tüzel kişi kendi doğal iradesine sahip olamadığından, iradeyi oluşturan tüzel kişinin organıdır. Açık bir deyişle organın irade beyanı, tüzel kişinin irade beyanı olarak addedilmektedir. Bu nedenle organlar tüzel kişinin temsilcisi değil; bir parçasıdır³³⁰.

Anonim ortaklığın kanunen zorunlu organlarından³³¹ olan yönetim kurulu ortaklığın yönetim ve temsil organıdır³³² (TTK m. 365 f. 1). Yönetim kurulunun uzun

³²⁹ Mustafa Dural / Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C: II**, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2013 s. 250; Sıtkı Anlam Altay, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 15; Bilge Öztan, **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 82; Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 8; Yadiğar İzmirli, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları**, 1. Baskı, Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, 2001, s. 18.

³³⁰ Dural / Ögüz, s. 251. Doktrinde, yönetim kurulunun TTK m. 365 f. 1 hükmü uyarınca anonim ortaklığı temsil etmesinin; borçlar hukuku anlamında teknik bir temsil ilişkisi olmadığı, bilakis söz konusu temsil ilişkisinin kaynağını kanundan aldığı ve kişiler hukuku kökenli bir ilişki olduğunun altı çizilmektedir, Dural / Ögüz, s. 251 ve dn. 150.

³³¹ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 361; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 35; İzmirli, s. 28; Helvacı, s. 29; Altay, Yetki Devri, s. 7; Kırca (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 388; Özge Ayan, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 3; Akdağ Güney, s. 3.

³³² Yönetim kurulunun organ niteliği şüphe götürmez iken; yönetim kurulu üyelerinin organ niteliğini taşıyıp taşımadıkları doktrinde tartışmalıdır. Şöyle ki bir görüşe göre, organ kavramı bir bütün olarak yönetim kuruluna ait olup, yönetim kurulu üyelerinin organ niteliğinde bulunmamaktadır. Üyeler teker teker organ görevlisi konumundadır, Çamoğlu, Sorumluluk, s. 37. Aksi yöndeki görüş ise, yönetim kurulu üyelerinin ve yönetim yetkisini devralan üçüncü kişilerin de organ niteliğinde olduğunu kabul etmektedir, Helvacı, s. 30; Altay, Yetki Devri, s. 19. Ancak bu noktada ilk görüşün de, yönetim yetkisini

süreden beri mevcut olmaması, anonim ortaklığın feshine sebebiyet verebilecektir³³³ (TTK m. 530). Devamlı faaliyette olan ve kurul olarak çalışan yönetim kurulu³³⁴ anonim ortaklığın iş ve işlemleri hakkında kararlar almakta ve faaliyetlerini yürütmektedir. İşletmenin sahibi konumunda olduğu kabul edilen yönetim kurulu³³⁵, görevi ve yetkisi gereği ortaklığın tüm işleyişine ait bilgi, ticari sır ve kaynaklarına hâkimdir. Yönetim kurulu üyelerine yüklenen rekabet yasağı da temelini yönetim kurulunun “işletme sahibi” konumunda bulmaktadır. Zira ortaklığın işleyişini sağlayan yönetim kuruludur ve doğal olarak bu işleyişe ait her türlü bilgi ve imkânın anahtarı yönetim kurulundadır. Bu nedenle ortaklık, rekabet yasağıyla adeta kendi organına karşı korunmaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin seçimi kural olarak genel kurulun devredilemez yetkilerindendir (TTK m. 408 f. 2 b) bendi). Ancak istisnaen yönetim kurulu, ortaklığın kuruluşunda ana sözleşme ile (TTK m. 339 f. 3); ortaklığın faaliyet dönemi esnasında yönetim kurulu üyeliğinin boşalması halinde ise, geçici olarak yönetim kurulu tarafından tayin edilmektedir (TTK m. 363 f. 1). Anonim ortaklığın yönetim kurulu en az bir kişiden oluşmaktadır ve ETK’nın aksine TTK sisteminde üyenin ortaklıkta pay sahibi olma zorunluluğu bulunmamaktadır (TTK m. 359 f. 1). Yönetim kurulu üye sayısının azami sınırına ilişkin bir hüküm ise TTK’da öngörülmemiş olup; üye gerçek veya tüzel kişi olabilecektir. Bir tüzel kişi yönetim kurulu üyeliğine seçildiği takdirde; tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de, tüzel kişi üyenin görevini yerine getirmesini sağlamak üzere tescil ve ilan edilecektir. Tüzel kişi tarafından seçilen ve ortaklık tarafından tescil edilen bu gerçek kişi, yönetim kurulu toplantılarına katılıp oy kullanabilecektir (TTK m. 359 f. 2).

Yönetim kurulu üyelerinde aranacak nitelikler açısından TTK m. 359 hükmü birtakım düzenlemeler öngörmüştür. İlk yönetim kurulu üyeleri ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişi tam ehliyetli olmalıdır. İkinci olarak, üyeliği sona erdiren

devralan üçüncü kişileri organ konumunda gördüğünü de ifade etmeliyiz, Çamoğlu, Sorumluluk, s. 195. Ayrıca, organ ve organ görevlisi ayrımının sorumluluk hukukuna ilişkin organ kavramı bakımından herhangi bir fark yaratmayacağına ilişkin bkz. Altay, Yetki Devri, s. 20 – 21.

³³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. İzmirli, s. 55 vd.; Burcu Günaydın, **Anonim Şirkette Zorunlu Organ Eksikliğine Dayanan Fesih Davası**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 13 vd.

³³⁴ Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, 4. Baskı, İstanbul, Yasa Yayınları, 1989, s. 191; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), **Ortaklıklar I**, s. 361; İzmirli, s. 28; Helvacı, s. 29; Akdağ Güney, s. 4.

³³⁵ Sait Kemal Mimaroglu, **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967, s. 5; İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 191; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), **Ortaklıklar I**, s. 361; İzmirli, s. 28; Akdağ Güney, s. 4.

sebeplerin seçilmeye de engel olduğu kanunen belirtilmiştir. Zira TTK m. 363 f. 2 uyarınca, yönetim kurulu üyesinin iflasına karar verilmesi veya ehliyetinin kısıtlanması, üyelik için kanunda yahut ana sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybetmesi halinde; yönetim kurulu üyeliği herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erecektir.

TTK’da yönetim kurulu üyesinin seçilme şartlarında cinsiyet, yaş, meslek ya da kişisel nitelikler gibi hususlara yer verilmemiştir. Bu aşamada ortaklığın ana sözleşmesi ile yönetim kurulu üyelerinin seçilme şartlarına ilişkin özel düzenleme yapmasının mümkün olup olmadığını irdelemek gerekmektedir. Zira TTK sisteminde kabul edilen emredici hükümler ilkesi³³⁶ gereği; ana sözleşme, TTK’nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilmektedir³³⁷ (TTK m. 340). Sözleşme özgürlüğü ilkesine ciddi bir sınırlama getiren bu ilke uyarınca, ana sözleşmede ancak TTK’nın açıkça imkân tanıdığı hallerde, TTK’da belirlenen hükümden farklı bir düzenleme yapılabilecektir. Anılan ilke gereği, TTK sisteminde yer alan anonim ortaklıklara ilişkin hükümler kural olarak emredici hale gelmiştir³³⁸³³⁹.

³³⁶ Emredici hükümler ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rauf Karasu, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 45 vd.; Cem Veziroğlu, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 343 vd.

³³⁷ Hükümün gerekçesinde “kanunda açıkça izin verilmişse” ve “sapabilme” kavramları şu şekilde açıklanmıştır: “*Hükümdeki “kanunda açıkça izin verilmişse” ibaresi, maddenin lafzından “sapabilme” imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetken bir yorumla “sapabilme”nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır. Kanunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanunî boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanır.*”, bkz. TTK m. 340 hükmünün gerekçesi.

³³⁸ Karasu, **Emredici Hükümler**, s. 45; Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 386; Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), **Ortaklıklar I**, s. 348; Şehirali Çelik (Kırca / Manavgat), s. 157; Abuzer Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 229; Tolga Ayoğlu, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 26; Veziroğlu, s. 378.

³³⁹ Ancak bu noktada ifade etmeliyiz ki, emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK m. 340 hükmünde, anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerden ancak Kanun açıkça izin verildiği hallerde sapılabileceği kabul edilmiştir. Emredici hükümlerin tespitine ilişkin olarak, anılan hükümde yer alan “açıkça” ifadesinin kapsamı doktrinde tartışmalıdır. Şöyle ki azınlık görüşü uyarınca, hükmün emredici olup olmadığının tespitinde hükmün lafzı ile bağlı kalınmalıdır, Şehirali Çelik (Kırca / Manavgat), s. 160 – 161. Ancak bizim de katıldığımız hâkim görüş uyarınca, hükmün emredici olup olmadığının tespitinde hükmün lafzının yanı sıra hükmün *ratio legis*’inin de dikkate alınması gerekmektedir, Karasu, **Emredici Hükümler**, s. 50 – 51; Bilgili / Demirkapı, s. 233- 234; Ayoğlu, **Tahkim**, s. 28 – 29; Şener, **Ortaklıklar**, s. 306 – 306. Bu nedenle TTK m. 340 hükmünün uygulanmasında, katı bir uygulama şekline ziyade

Bu durumda TTK sisteminde geçerli olan emredici hükümler ilkesi çatısı altında, ana sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin seçilme şartlarında yeni kriterler getirerek farklı bir düzenleme yapılması mümkün olabilecek midir? Bu sorunun cevabı olumlu olmalıdır; zira TTK m. 340 hükmünün gerekçesinde³⁴⁰, TTK'nın herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, ana sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri³⁴¹ ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasının mümkün olduğu; zira her anonim ortaklığın, yöneticilerinde kanunda öngörülenlere ek olarak nitelikler arama ve yaş sınırları koyma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Dolayısıyla, ana sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin seçilme şartlarına ilişkin farklı kıstaslar getirilebilir. Şöyle ki, yönetim kurulu üyelerinde yaş sınırı, pay sahipliği, yerleşim yeri ile eğitim ve mesleki tecrübeye ilişkin çeşitli kıstaslar kabul edilebilecektir³⁴². Bu tür kıstasların sınırını, iyiniyet kuralları ve kişilik hakları oluşturacaktır³⁴³. Bu durumda, yönetim kurulu üyelerinin seçilme şartları içerisinde ortaklıkla rakip pozisyonunda bulunmama; ortaklıkla rekabet eden bir firmada çalışmama yahut yönetici olmama veya rekabet eden bir ortalıkta ortak olmama özellikleri de ana sözleşme ile getirilebilecektir³⁴⁴. Bu şekilde, yönetim kurulu üyesi bakımından ortaklıkla rekabet etmeme bir seçilme engeli oluşturmaktadır. Ayrıca bu tür bir kriter, yönetim kurulu üyesinin görevi devam ederken ortaklıkla rekabet etmesi halinde, üyeliğinin kendiliğinden sona ermesine yol açacaktır (TTK m. 363 f. 2).

B. Yönetim Kurulu Üyesi İle Ortaklık Arasındaki Hukuki İlişki

emredicilik niteliğinde hükmün lafzının ve *ratio legis*'inin birlikte ele alınmasıyla daha esnek bir anlayışın hâkim olduğunu ifade edebiliriz.

³⁴⁰ Bkz. TTK m. 340 hükmünün gerekçesi.

³⁴¹ TTK'nın getirdiği yeniliklerden biri olan ve kuruluş, sermaye artırımı, sermaye azaltılması, bölünme, birleşme, tür değiştirme gibi işlemleri denetleyen uzmanlar olan işlem denetçileri, TTK'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 01.07.2012 tarihinden bir gün önce Resmî Gazete'de yayınlanan 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kaldırılmıştır.

³⁴² Karasu, Emredici Hükümler, s. 150; Şehirli Çelik (Kırca / Manavgat), s. 167; Kırca (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 414; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 397; Veziroğlu, s. 405 – 406.

³⁴³ Oğuz İmregün, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatının Kazanılması ve Ortaklık Sözleşmesi ile Bu Konuda Getirilebilecek Düzenlemeler", Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, C:1, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 182.

³⁴⁴ Peter Forstmoser / Arthur Meier-Hayoz / Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1996, § 27, N. 12 - 13; Eric Homburger, *Zürcher Kommentar, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft*, 2. Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1997, Art. 707 OR, N. 127.

Yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık arasındaki hukuki ilişki, adayın genel kurul tarafından seçilmesinin akabinde görevi kabul etmesiyle kurulmuş olacak ve aday, yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanacaktır. Bir başka anlatımla, genel kurulun adayı yönetim kurulu üyesi olarak seçmesi icap olarak değerlendirilerek; adayın görevi açık veya zımni olarak kabul etmesiyle birlikte taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır³⁴⁵. Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde ise doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Şöyle ki, doktrinde çoğunluk görüşü yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkiyi vekâlet sözleşmesi olarak kabul etmektedir³⁴⁶. Yargıtay'ın da çeşitli kararlarında bu ilişkiyi vekâlet sözleşmesi olarak addettiği görülmektedir³⁴⁷. Mamafih vekâlet sözleşmesi görüşü, yönetim kurulu üyesinin ortaklığın temsilinde üçüncü kişi olarak hareket etmemesi; ortaklığın organı, diğer bir deyişle bir parçası olması sebebiyle vekil sayılamayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁴⁸. Yine, yönetim kurulu üyeliği kavramının saf vekâlet sözleşmesine uygun olmadığı; zira yönetim kurulunun müzakere ve karar alma organı olduğu ve vekâlet verenin talimat verme hakkının pay sahipleri açısından mümkün olamayacağı da ileri sürülmektedir³⁴⁹.

Doktrinde diğer bir görüş, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkiyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir³⁵⁰. Şöyle ki bu görüş, yönetim kurulu üyelerinin ücret başta olmak üzere mali haklarının ve görevden azledilince

³⁴⁵ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 107; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 389 - 390; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 202; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 114 - 115; Tuğrul Ansay, **Anonim Şirketler Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982, s. 102; Mimaroglu, Anonim Şirketler, s. 98; Akdağ Güney, s. 276; Sibel Hacımahmutoğlu, The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı mı?, **Batider**, C: 30, S: 4, 2014, s. 129; Ayan, s. 9; Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 27, N. 23; Peter Böckli, **Schweizer Aktienrecht**, Vierte, vollständige neu überarbeitete Aufl., Zürich - Basel – Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2009, § 13, N. 47, 90; Pellanda, s. 73.

³⁴⁶ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 389; Şener, Ortaklıklar, s. 363; Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 108; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 202; Ansay, s. 104; Mimaroglu, Anonim Şirketler, s. 102; Çamoğlu, Sorumluluk, 117; İsmail Kırca, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Takdir Yetkisi-Özen Borcu”, **Batider**, C: 22, S: 3, 2004, s. 89; Yaşar Karayalçın, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1975, s. 167; Franko, s. 25; Ayan, s. 11; Altay, Yetki Devri, s. 83; İzmirli, s. 37; H. Güzin Üçışık / Aydın Çelik, **Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt:1**, 1. Baskı, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2013, s. 395; Hacımahmutoğlu, s. 129; Bahtiyar, s. 233; Yıldırım, s. 38 - 40; Kayar / Çeliktas, s. 312; Muharrem Kaan Yağcıoğlu, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 74; Süzek, s. 148.

³⁴⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Tarih: 24.11.1981 E: 1981 / 4751 K: 1981 / 5019, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Tarih: 09.11.1984 E: 1984 / 5003 K: 1984 / 5397, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

³⁴⁸ Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 28, N. 8.

³⁴⁹ Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 88.

³⁵⁰ Ünal Tekinalp, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 155 ve dn. 27.

tazminat haklarının hizmet sözleşmesinin birer özelliği olduğunu ve Alman Hukuku'nda da hâkim görüşün bu yönde olduğunu ifade etmektedir³⁵¹. Hizmet sözleşmesi nitelemesine yöneltlen en önemli eleştiri, hizmet sözleşmesinin belirleyici özelliği olan bağımlılık unsurunun bu ilişkide mevcut olmamasıdır³⁵². Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında³⁵³ da bağımlılık unsuruna dikkat çekilmektedir. Söz

³⁵¹ Tekinalp, s. 155 ve dn. 27. Bu noktada Alman Hukuku'nda düzenlenen hizmet sözleşmesine ("Dienstvertrag") genel hatları ile kısaca değinmeyi uygun buluyoruz. Şöyle ki, Alm.MK'da düzenlenen hizmet sözleşmesi, taraflara karşılıklı borç yükleyen; bir tarafın hizmet ediminde bulunmayı, karşı tarafın da bu hizmet edimi karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşme tipidir (Alm.MK § 611). Ancak Alman Hukuku'nda, Türk – İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak, hizmetin yerine getirilmesi, bağımlı veya bağımsız olarak gerçekleştirilebilecektir. Şayet, hizmeti yerine getiren ile bu hizmet karşılığında ücret ödemekle yükümlü kişi arasında bir bağımlılık ilişkisi mevcut ise, bu ilişkinin niteliği hizmet sözleşmesinin en tipik uygulanma hali olan iş sözleşmesi ("Arbeitsvertrag") olacaktır (Alm.MK § 611a). Ancak, hizmeti yerine getiren bunu bağımsız olarak gerçekleştiriyorsa; diğer bir anlatımla ücret ödeyen ile arasında bağımlılık ilişkisi mevcut değilse, bu ilişki serbest hizmet sözleşmesi ("Der freie Dienstvertrag") olarak adlandırılmaktadır. Bu ilişkinin uygulanma alanını, hizmetlerini bağımsız şekilde gerçekleştiren doktorlar, avukatlar, muhasebeciler, mimarlar ile akdedilen sözleşmeler oluşturmaktadır, Günter Spinner, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Sackner Franz Jürgen / Rixecker Roland / Oetker Hartmut / Limperg Bettina (Hrsg.), 8. Aufl., München, C. H. Beck, 2020, § 611 BGB, N. 1 – 9; Müko - Spinner, § 611a BGB, N. 1 - 3. Alman Hukuku'nda doktrin ve yargı kararları tarafından yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkinin niteliğinin hizmet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Zira, kural olarak yönetim kurulu üyesi yürüttüğü görevi karşılığında ücret almaktadır. Ancak yönetim kurulu üyesinin kendi sorumluluğu altında ortaklığın işlerini yürütmesi ve ortaklığın temsilcisi olması, gözetim kurulunun ve genel kurulun kendisine talimat verememesi, dolayısıyla görevini bağımsız yürütmesi sebebiyle, yönetim kurulu üyesi işçi ("Arbeitnehmer") sayılmamaktadır. Bu nedenle yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki istihdam sözleşmesi ("Anstellungsvertrag") iş sözleşmesi kapsamında görülmemektedir, Müko - Spindler, § 84 AktG, N. 59; Uwe Hüffer / Jens Koch, Beck'sche Kurz Kommentare, Aktiengesetz, 14. Aufl., München, C. H. Beck, 2020, § 84 AktG, N. 14; Holger Fleischer, **Kommentar zum Aktiengesetz: AktG**, Spindler Gerald / Stolz Eberhard (Hrsg.), 4. Aufl., München, C. H. Beck, 4. Aufl., 2019, § 84, 24 – 25; BGHZ 10, 187, 191 = NJW 1953, 1465; BGHZ 36, 142, 143 = NJW 1962, 340, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

³⁵² Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 28 N. 7; Pellanda, s. 75; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 455; Yıldırım, s. 34 - 35; Yağcıoğlu, s. 66. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da, ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasında hizmet sözleşmesi isimli bir sözleşme akdedilse dahi; aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olması için, taraflar arasında bağımlılık ve talimat alma ilişkisinin mevcut olması gerektiği, sırf sözleşmenin isminin hizmet sözleşmesi olarak tayin edilmesinin bir önemli bulunmadığı, aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu iddia eden tarafın, bağımlılık ve talimat alma unsurlarını ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir, BGE 4C.39 / 2005, Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts, 2006, www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

³⁵³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tarih: 24.10.2011 E: 2009 / 24493 K: 2011 / 39002, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021, "İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirir. İşçinin işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin ölçüt teşkil olmaz. İşçinin işverenin belirlediği koşullarda çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kâr ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme

konusu kararlarda, yönetim ve temsil yetkisini devralan üyelerin kişi - organ sıfatını kazanacağı; tüzel kişiler yönünden tüzel kişinin kendisinin soyut işveren, tüzel kişinin organını oluşturan kişilerin ise somut işveren sıfatını haiz olacağı vurgulanmış, bu nedenle yönetim ve temsile yetkili kişi - organ sıfatını taşıyan kişilerin işçi sayılamayacağı kabul edilmiştir³⁵⁴.

Yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde ileri sürülen başka bir görüş³⁵⁵ ise, İsviçre Hukuku'ndaki üye ile ortaklık arasındaki ilişkinin ikili bir yapıya sahip olduğuna dair çoğunluk görüşüdür³⁵⁶.

özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir. İş sözleşmesinde işçi işveren için belirli veya belirsiz süreli olarak çalışır. Vekil kural olarak uzmanlığı bakımından iş sahibinin talimatları ile bağlı değildir. İş sözleşmesinin varlığı ücretin ödenmesini gerektirir. Vekâlet için ücret zorunlu bir öge değildir. Vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerde iş sözleşmesinin aksine sosyal nitelikte edimlere ve koruma yükümlülüklerine rastlanmaz. Bağımsız olarak iş gören, bu nedenle faaliyetini sürdüreceği zamanı belirlemede kısmen de olsa serbestliğe sahiptir. Bütün zamanını tek bir müvekkile özgülemek zorunda olmayan vekil farklı kişilerle vekâlet sözleşmeleri yapabilir. Ekonomik olarak tek bir işverene bağımlı değildir. Tüzel kişilerde yönetim hakkı ile emir ve talimat verme yetkisi organlarını oluşturan kişiler aracılığıyla kullanılır. Tüzel kişiler yönünden tüzel kişinin kendisi soyut işveren, tüzel kişinin organını oluşturan kişiler ise somut işveren sıfatını haizdir. Ticaret şirketleriyle tüzel kişilerde somut işveren sıfatını taşıyan organ bir kurul olabileceği gibi tek başına bir kişiye verilen yetki çerçevesinde gerçek kişinin de organ sıfatını kazanması mümkündür. Türk Ticaret Kanunu'nun 319. maddesine göre anonim şirketler yönünden yönetim ve temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerine bırakılması halinde bu kişi veya kişiler kişi-organ sıfatını kazanır. Tüzel kişi şirketi temsil ve yönetime yetkili kişi-organ sıfatını taşıyan kişiler, doğrudan somut işveren olduğundan işçi sayılmazlar.”; Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tarih: 07.07.2011 E: 2011 / 2810 K: 2011 / 23208, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021, “Türk Ticaret Kanunu'nun 319 uncu maddesine göre anonim şirketler yönünden yönetim ve temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerine bırakılması halinde bu kişi veya kişiler kişi-organ sıfatını kazanır. Tüzel kişi şirketi temsil ve yönetime yetkili kişi-organ sıfatını taşıyan kişiler, doğrudan somut işveren olduğundan işçi sayılmazlar. İş Kanunu'na tabi genel müdür olarak çalışanların aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmaları halinde kişi-organ statüsünü taşıyıp taşımadıklarının araştırılması gerekir. Genel müdürün organ sıfatını kazanmaksızın yönetim kurulu üyesi olması halinde, yürütmekte olduğu genel müdürlük görevi sebebiyle iş ilişkisinin devam ettiği sonucuna varılmalıdır. Buna karşın şirketi temsil ve ilzama yetkili kişi-organ sıfatı kazanılmışsa, işçi ve işveren sıfatı aynı kişide birleşemeyeceğinden iş ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir. (..) İşçi sıfatını taşımayan kişinin talepleriyle ilgili davanın, iş mahkemesi yerine genel görevli mahkemelerde görülmesi gerekir.”

³⁵⁴ Bu noktada soyut işveren – somut işveren kavramına kısaca değinmek arzusundayız. Bir tüzel kişinin hizmet akdinde işveren tarafı olduğu hallerde, işin görülmesini talep hakkı tüzel kişiye ait olup; yönetim hakkı ile emir talimat verme yetkisi ise kanunen tüzel kişinin organı tarafından yerine getirilecektir. Bu yüzden tüzel kişi işverenlerde; tüzel kişi soyut işveren, tüzel kişinin organı ise somut işveren olarak kabul edilmektedir. Doktrinde bu duruma verilen örnekler arasında anonim ortaklıkta mevcuttur. Şöyle ki, hizmet akdinin işveren tarafının bir anonim ortaklık olması halinde; anonim ortaklık soyut işveren, yönetim kurulu ise somut işveren olarak addedilmektedir, Süzek, s. 147 vd. Fakat doktrinde aksi görüş olarak, yönetim kurulu üyesinin veya yönetim yetkilerini devralmış üyenin somut işveren sıfatının, ortaklık ile arasında hizmet akdinin bulunmayacağı anlamına gelmeyeceği; somut işveren sıfatının, üye ile ortaklık arasındaki ilişkinin niteliğini değiştirmeyeceği ileri sürülmüştür, bkz. Ayşegül Sezgin, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s. 372.

³⁵⁵ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 453 vd.; Aynı yönde bkz. Akdağ Güney, s. 284 vd.

³⁵⁶ Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 28, N. 2 vd.; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 88; Adrian Plüss, Dominique Facincani-Kunz, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften**

Şöyle ki, bu görüş uyarınca, yapının birinci bileşenini yönetim kurulunun organ olma özelliği nedeniyle anonim ortaklıklar hukukundaki emredici hükümler oluşturmaktadır. Söz konusu bu bileşen, büyük ölçüde taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi şekillendirmektedir. İkinci bileşen ise Borçlar Hukuku ilişkisidir. Borçlar hukuku ilişkisi açısından, bu ilişkinin iş görme sözleşmelerinden vekâlet, vekâlet benzeri veya hizmet sözleşmesi olabileceği ileri sürülmektedir. Bu durumda, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki hak ve yükümlülüklerin tayini TTK'da yer alan ilgili hükümlerle belirlenmektedir. Ancak TTK'da hüküm bulunmadığı hallerde Borçlar Hukuku hükümleri esas alınacak olup; söz konusu boşluğun hangi sözleşme tipi ile doldurulması gerektiği tayin edilmelidir. Bu noktada boşluğun, niteliği uygun düştüğü ölçüde temel olarak vekâlet hükümleri ile doldurulacağı, bunun da TBK m. 502 f. 2 (İsv.BK Art. 394 Abs. 2) hükmü ile de uyumlu olduğu kabul edilmektedir³⁵⁷.

Biz de, doktrindeki hâkim görüşe iştirak ederek, yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık arasındaki ilişkinin bir sözleşmesel ilişki olduğunu ve bu ilişkinin de niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğunu düşünmekteyiz. Zira, yönetim kurulu üyesi bu ilişkide ortaklığın menfaatine ve hesabına hareket etmekle yükümlü olarak, iş görme edimi kapsamında ortaklığın yönetim organına ait yönetim ve temsil işini görmektedir. Ancak burada önemle ifade etmeliyiz ki söz konusu iş görme, ortaklık ile bir bağımlılık ilişkisi içinde bulunmadan yerine getirilmektedir. Bu nedenle yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde hizmet sözleşmesi görüşü isabetli değildir. Yukarıda³⁵⁸ da ifade ettiğimiz üzere, üye ile ortaklık arasındaki ilişkinin niteliğinin tespitinde Alman Hukuku'na başvurmak pek doğru olmayacaktır. Zira, Alman Hukuku'ndaki hizmet sözleşmesi ile Türk - İsviçre Hukuku'ndaki hizmet sözleşmesi birbirleriyle özdeş yapıda değildir. Kaldı ki Alman

und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR - VegüV, Vito Roberto / Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 707 OR, N. 11; Roland Müller / Lorenz Lipp / Adrian Plüss, **Der Verwaltungsrat Ein Handbuch für Theorie und Praxis**, 4. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2014, s. 39 vd.; Müller, s. 40 vd.; Pellanda, s. 75. Bununla beraber, İsviçre doktrininde üye ile ortaklık arasındaki ilişkinin kendine özgü isimli bir sözleşme (*innominatkontrakt sui generis*) mi ya da organsal bir ilişki (*organschaftliches verhältnis*) olarak nitelendirileceği hususu tartışmalıdır, Müller / Lipp / Plüss, s. 50; Sommer, s. 69. İsviçre Federal Mahkemesi ise ikili yapıyı kabul etmekle birlikte, üye ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği, belirleyici özelliğin ilgili kişinin talimat aldığı bir bağımlılık ilişkisinde olup olmadığını vurgulamaktadır, BGE 130 III 213 E. 2.1; BGE 128 III 129, E. 1.aa, www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

³⁵⁷ Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 28, N. 10; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 455 - 456, 458.

³⁵⁸ Bkz. Yuk. İkinci Bölüm, I., B., dn. 351.

Hukuku'nda da, yönetim kurulu üyesinin görevini bağımsız bir şekilde yerine getirmesi, gözetim kurulunun ve genel kurulun kendisine talimat verememesi gibi nedenler gerekçe gösterilerek; üye ile ortaklık arasındaki ilişkinin, hizmet sözleşmesinin türlerinden (bağımlılık unsuru barındıran) iş sözleşmesi niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, Alman Hukuku'nda da yönetim kurulu üyesinin görevini yerine getirmekte bağımsız olduğu vurgulanmakta; fakat hukuki yapıları gereği, bağımlı veya bağımsız bir şekilde iş görme ediminin gerçekleştirilebilmesi nedeniyle hizmet sözleşmesi olarak ifade edilmektedir. Halbuki Türk - İsviçre hukukunda iş görme edimlerini içeren vekâlet ve hizmet sözleşmesinin karakteristik farkları; hizmet ilişkisinde işçinin ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin, vekâlet ilişkisinde vekil ile müvekkil arasında bulunmamasıdır.

Ancak yönetim kurulu üyesinin, ortaklığın yönetim organına ait yönetim ve temsil işini görmesinin yanı sıra; ortaklık ile ayrı bir hizmet ilişkisi içinde bulunması da mümkündür. Şöyle ki yönetim kurulu üyesi, ortaklığın yönetim organına ait yönetim ve temsil işini yerine getirmede ortaklık ile arasındaki (organsal) hukuki ilişki vekâlet sözleşmesidir; ancak bunun haricinde üye, başka bir iş görme edimi kapsamında ortaklığa hizmet sözleşmesi ile bağlı bir çalışan konumunda da bulunabilir. Bu tür durumlarda her bir ilişki, kendi kurallarına tabi olacaktır. Açık bir anlatımla, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkiye yönelik herhangi bir uyuşmazlık meydana geldiği takdirde; ilkin somut olayın şartları uyarınca, uyuşmazlığın niteliği ve hangi ilişki kapsamında ortaya çıktığı tayin edilmesi; ardından da uyuşmazlık hangi hukuki ilişkiye ait ise, uyuşmazlığın anılan ilişkinin hüküm ve şartları uyarınca çözülmesi uygun olacaktır.

C. Yönetim veya Temsil Yetkisini Devralan Üçüncü Kişi

Ortaklığın yönetimi ve temsili yönetim kuruluna ait olup, yönetim kurulu, kanun ve ana sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir (TTK m. 374). Bu yetkiler bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredilebilir (TTK m. 367, m. 370 f. 2).

Bu noktada yönetim ve temsil kavramlarını kısaca izah etmek istemekteyiz. Geniş anlamda yönetim kavramı, ortaklığın amacının gerçekleştirilmesini teminen işletme konusuna ilişkin her türlü karar, işlem ve faaliyet anlamında olup; yönetim

yetkileri, bünyesinde gerek yürütmeye gerek gözetmeye dair görevleri barındırmaktadır³⁵⁹. Ortaklığın yönetimine ilişkin yetkilerin kullanılması, iç ilişkiye dönük iken; ortaklığın temsiline ilişkin yetkilerin kullanılması dış ilişkide sonuç doğurmaya yöneliktir³⁶⁰. Dar anlamda yönetim kavramı ise, devredilebilen yönetim yetkileri anlamında olup; TTK m. 367, TTK m. 369, TTK m. 374 hükümlerinin lafzında yer alan “yönetim” ifadesini karşılamaktadır³⁶¹.

TTK sistemi, ETK’nin³⁶² aksine yönetim kurulunun yönetim ve temsil yetkisini birbirinden ayırmış ve farklı esaslar kabul etmiştir. İlkın, TTK m. 367 uyarınca yönetimin devri, başka bir ifadeyle delegasyonu mümkündür. Şöyle ki yönetim, yönetim kuruluna vazgeçilemez ve devredilemez görev ve yetki olarak yüklenmiş olan yetkiler (TTK m. 375) dışında, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredilebilir³⁶³. Söz konusu devir için ana sözleşmede devre izin veren nitelikte bir hüküm bulunması, usulüne uygun bir iç yönerge hazırlanması ve yönetim kurulu kararıyla bu yönergenin kabul edilmesi, yönetim kurulunun yönetim yetkisini bu iç yönergeye göre devrettiğine dair bir karar alması ve devredilecek görev ve yetkinin münhasır nitelikte olmaması gerekmektedir³⁶⁴.

Bu noktada, devredilecek görev ve yetkinin münhasır nitelikte olmasından kasıt, TTK uyarınca yönetim kuruluna özgülenmiş bir görev ve yetkinin devrinin mümkün olmamasıdır. Zira, ETK döneminde açık bir kanun hükmü ile belirlenmeyen yönetim kuruluna ait devredilemez görev ve yetkiler, TTK m. 375 ile kanuni bir düzenlemeyle açıklığa kavuşmuştur. Şöyle ki, ortaklığın üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi; ortaklık yönetim teşkilatının belirlenmesi; muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli

³⁵⁹ Poroy / Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 61; Kırca, Özen Borcu, s. 85; Altay, Yetki Devri, s. 93.

³⁶⁰ Altay, Yetki Devri, s. 93.

³⁶¹ Altay, Yetki Devri, s. 94.

³⁶² Yönetim ve temsil yetkisinin devrine ilişkin ETK m. 319 şu şekildedir: “f. 1 Esas mukavelede idare ve temsil işlerinin idare meclisi azaları arasında taksim edilip edilmeyeceği ve taksim edilecekse bunun nasıl yapılacağı tesbit olunur. İdare meclisinin en az bir azasına şirketin temsil yetkisi verilir. f. 2 Esas mukavele ile temsil yetkisinin ve idare işlerinin hepsini veya bazılarını idare meclisi azası olan murahhaslara veya pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere bırakabilmek için umumi heyete veya idare meclisine yetki verilebilir. Bu gibi kayıtlar bulunmadığı takdirde 317 nci madde hükmü tatbik olunur.”

³⁶³ Altay, Yetki Devri, s. 78.

³⁶⁴ Altay, Yetki Devri, s. 163 vd.; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 598 vd.; Beşir Fatih Doğan, **Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 119 vd.; Beşir Fatih Doğan, “Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C: 18, S: 2, 2012, s. 625 vd.; Akdağ Güney, s. 83 vd.; Tekinalp, s. 131 vd.

düzenin kurulması; müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları; yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, ana sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi; pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi; borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır (TTK m. 375). Ayrıca TTK m. 375 hükmünde sayılan vazgeçilemez yetkiler, sınırlayıcı değildir³⁶⁵.

Yönetim yetkisi, yönetim kurulu üyelerine de yönetim kurulunda yer almayan üçüncü kişilere de devredilebilir³⁶⁶. Söz konusu üçüncü kişilerin ortaklıkta pay sahibi olma zorunluluğu bulunmamaktadır³⁶⁷. Yine, üçüncü kişinin ortaklıkla bir hizmet ilişkisinde bulunma zorunluluğu da mevcut değildir³⁶⁸. Aslında yönetim yetkilerinin devredildiği yönetim kurulu üyesi ile üçüncü kişi arasında yetkileri açısından esaslı bir fark bulunmadığı kabul edilmektedir³⁶⁹. Şöyle ki en önemli fark, yönetim yetkisinin devredildiği yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu toplantılarına katılıp oy kullanabilecek ve özellikle devredilemez yetkilerle devredilmemiş yetkileri diğer üyelerle birlikte kurul halinde kullanabilecek iken; yönetim yetkisinin devredildiği üçüncü kişinin yönetim kuruluna katılıp, oy kullanmasının mümkün olmamasıdır. Yönetim yetkisinin devredildiği üçüncü kişi, sadece kendisine yetki devredilen alanda işlev gösterecek, diğer alanlarda kendisinden sadece istişare anlamında yararlanılabilecektir. Bir diğer fark ise, yönetim yetkisinin devredildiği yönetim kurulu üyesi üst gözetimle görevli ve yükümlü iken³⁷⁰; yönetim yetkisinin devredildiği üçüncü kişinin böyle bir görev ve yükümlülüğü mevcut değildir.

Ortaklığın temsilinde ise, ana sözleşmede aksi öngörülmemişse veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmadığı takdirde, temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere

³⁶⁵ Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 30 N. 30; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 287; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 248; Doğan, s. 173 – 174.

³⁶⁶ Altay, Yetki Devri, s. 81 – 83; Doğan, s. 223.

³⁶⁷ Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 29 N. 49.

³⁶⁸ Altay, Yetki Devri, s. 82 – 83.

³⁶⁹ Ünal, s. 71 vd.; Akdağ Güney, s. 89.

³⁷⁰ Şaban Kayıhan, **6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim**, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 129.

yönetim kuruluna ait olacaktır. Temsil yetkisi de, en az bir üyenin temsil yetkine sahip olması şartıyla, bir veya daha fazla yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişilere devredilebilecektir (TTK m. 370). Temsil yetkisinin devrinde ana sözleşmede hüküm bulunmasının gerekip gerekmediği, yönetim yetkisinin devrinin şartlarını öngören TTK m. 367 hükmüne riayet edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır³⁷¹.

Bu noktada yönetim ve temsilin devrine dair TTK sisteminde kullanılan terminolojiye de değinme ihtiyacı duyuyoruz. ETK sisteminde yönetim ve temsil yetkisinin devredilmesine dair m. 319 f. 2 hükmü gereği, yasada yönetim ve temsilin birlikte devredilmesi üzerinde durulmaktaydı³⁷². ETK zamanında yönetim ve temsil yetkisi yönetim kurulu üyesine devredildiği takdirde, bu kimse “*murahhas aza*”; yönetim ve temsil yetkisi üçüncü bir kişiye devredildiği takdirde ise “*murahhas müdür*” olarak adlandırılmaktaydı³⁷³. TTK ise, yönetim ve temsilin devrinde farklı kavramlar kullanmayı tercih etmiştir. Şöyle ki, yönetimin devri TTK m. 367 f. 1 uyarınca düzenlenmiş ve devrin yapıldığı kişi “*yönetim kurulu üyesi veya üçüncü kişi*” olarak addedilmiştir. Buna mukabil temsil yetkisinin devri TTK m. 370 f. 2 uyarınca düzenlenmiş ve devrin yapıldığı kişi “*murahhas üye veya müdür olarak üçüncü kişiler*” olarak ifade edilmiştir. Mevzuatın İsv.BK’da yönetimin devri Art. 716b, temsilin devri ise İsv.BK Art. 718 Abs. 2 hükmünde düzenlenmiştir³⁷⁴. Şöyle ki, İsv.BK Art. 716b uyarınca yönetim yetkisinin devrinde *murahhas* veya *müdür* kavramı kullanılmamakta³⁷⁵; ancak temsil yetkisinin devrinde İsv.BK Art. 718 Abs. 2 hükmünde *murahhas üye* (“*Delegierte*”) veya üçüncü kişi *müdür* (“*Direktoren*”)

³⁷¹ Görüşler için bkz. Akdağ Güney, s. 106 vd.; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 627 vd.; Tekinalp, s. 141 vd.; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 386.

³⁷² ETK m. 319 hükmü için bkz. Yuk. İkinci Bölüm, I, C., dn. 362.

³⁷³ İbrahim Arslan, **Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması**, Konya, Mimoza Yayınları, 1994, s. 79 – 81. ETK m. 319 f. 2 hükmünde yönetim ve temsilin devrine dair “*pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere*” ifadesi yer almaktadır. Ancak ETK döneminde, m. 342 vd. hükümlerinde düzenlenen yönetim kurulunun emir ve gözetiminde ortaklığın günlük işlerini icra eden “müdür” kavramından ayrılması için; yönetim ve temsil yetkisinin devredildiği üçüncü kişi “*murahhas müdür*” olarak kabul edilmiştir, Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 128 dn. 93. TTK’da, ETK’da yer alan m. 342 vd. hükümlerine karşılık gelen hükümler bulunmamakla birlikte; yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerini düzenleyen TTK m. 375’te yer alan “*Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları.*” şeklindeki d bendinde yer alan müdürlerin ETK m. 342 anlamında müdürü kapsadığı yönünde bkz. Altay, Yetki Devri, s. 110.

³⁷⁴ Bu hükümlerin ETK terminolojisinin dikkate alınmadan aynen çevrilerek iktibas edilmesi doktrinde eleştirilmektedir, bkz. Akdağ Güney, s. 82; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat) s. 594 – 595.

³⁷⁵ Ancak hükmün gerekçesinde yönetimin devrinin izahında, “*Delegierte*” ve “*Direktoren*” kavramları tercih edilmiştir, bkz. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, N. 332.3.

ifadesi yer almaktadır³⁷⁶. Bu durumda gerek Türk gerek İsviçre kanun koyucusu; yönetimin, yönetim kurulu üyesi olmayan kişilere devrinde “üçüncü kişi” ifadesini tercih ederken; temsilin, yönetim kurulu üyesi olmayan kişilere devrinde “üçüncü kişi müdür” ifadesini kullanmıştır.

Böylece TTK’da kullanılan terminoloji açısından, yönetim yetkisi devredilip temsil yetkisi devredilmediği takdirde, murahhas üye veya müdür kavramı kullanılamayacaktır³⁷⁷. Doktrinde Tekinalp, hem yönetimin hem de temsilin birlikte devredildiği hallerde yönetim kurulu üyesinin murahhaslık sıfatından bahsedilebileceğini; bunun da TTK m. 370 f. 2 hükmünden anlaşıldığını ileri sürmektedir. Ancak, bu görüş TTK m. 370 f. 2 hükmünün açık olması ve ETK sisteminin aksine yönetim ve temsil yetkisinin devrinde ayrım yapan TTK sisteminde kabul edilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁷⁸. İsviçre uygulamasında ise, yönetim yetkisi devredilmiş ve bu devre kural olarak temsil yetkisi eklenmiş yönetim kurulu üyesi için murahhaslık tabiri kullanılmaya devam etmektedir³⁷⁹.

Netice itibarıyla, TTK sisteminde teorik olarak yönetim ve temsil birbirinden farklı kişilere devredilebilmektedir. Fakat konuya yönetim ve temsil kavramları arasındaki ilişki ve sorumluluk hükümleri açısından bakıldığında; her iki kavramın birbirini tamamladığı³⁸⁰, geniş anlamıyla yönetim kavramının temsili kapsadığı, uygulama açısından doğal olanının yönetim ve temsil yetkisinin birlikte devredilmesinin olduğu, dolayısıyla temsil yetkisini devralanın amacına uygun çalışabilmesi için kısmen dahi olsa yönetim yetkisinin devredilmiş olması gerektiği de ifade edilmektedir³⁸¹.

Yönetim ve temsil yetkisini devralanların, organ sıfatını kazanacakları doktrinde kabul edilmektedir³⁸². Söz konusu bu yetkileri devralanlar ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde ise, ortaklıklar hukuku anlamında TTK uyarınca

³⁷⁶ İsviçre doktrininde, yönetim ve temsilin devrindeki kavram farklılığının sebebinin anlaşılabilir olduğu ileri sürülerek eleştirilmektedir, Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 28 N. 149 dn. 86.

³⁷⁷ Tekinalp, s. 139; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat) s. 595; Şener, Ortaklıklar, s. 370.

³⁷⁸ Altay, Yetki Devri, s. 78, 93 - 94 dn. 7; Doğan, Devredilemez Yetkiler, s. 633; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 595 dn. 553; Akdağ Güney, s. 82.

³⁷⁹ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 28, N. 149 dn. 86.

³⁸⁰ Bkz. TTK m. 370 f. 2 hükmünün gerekçesi.

³⁸¹ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 619 - 620.

³⁸² Tekinalp, s. 137; Altay, Yetki Devri, s. 18 - 20; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 195; Helvacı, s. 79; Kırca, s. 59 dn. 44; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 593, 629; Akdağ Güney, s. 89, 133.

belirlenen hak ve yükümlülüklerin yanı sıra, Borçlar Hukuku anlamında taraflar arasında bir hizmet veya vekâlet ilişkisinin olabileceği de öngörülmektedir³⁸³.

D. Ticari Temsilci ve Ticari Vekil

Ticari temsilci ve ticari vekil, TBK’da düzenlenen temsil müessesesinin, ticari hayatın ihtiyaçlarını karşılamak üzere uyarlanmış özel türleridir. Her ikisi de tek taraflı bir hukuki işlemle verilen bir temsil yetkisini haizdir ve bu temsil yetkisinin verilmesinde etken olan taraflar arasındaki temel ilişkiden (hizmet, ortaklık, vekâlet) soyut niteliktedir³⁸⁴. Ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da zımni olarak yetki verdiği kişidir (TTK m. 547). İşletme sahibinin bir nevi “*alter ego*”su olarak addedilen³⁸⁵ ticari temsilci son derece geniş yetkilere sahiptir. Öyle ki, TTK m. 548 uyarınca ticari temsilci, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili olup; sadece açıkça yetkili kılınmadıkça, taşınmazları devredemeyecek veya bir hak ile sınırlandıramayacaktır.

Ticari vekil ise, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir. Ticari temsilciye nazaran daha dar bir yetkiye sahip olan ticari vekil, işletmenin sadece alışılmış (olağan) bütün işlemlerini yapabilir; fakat açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez³⁸⁶.

³⁸³ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 195; Akdağ Güney, s. 133 - 134; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 629-630; Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 28, N. 14; Homburger, Art. 717 OR, N. 769; Pellanda, s. 77. TTK m. 367 uyarınca yönetim yetkisini devralan üçüncü kişi, şayet ortaklık ile bir hizmet ilişkisi içinde değilse; bu devrin ortaklık ile arasında bir iş görme ilişkisinin kurulmasına yol açacağı ve söz konusu ilişkinin de vekâlet sözleşmesi niteliğinde değerlendirileceği yönünde bkz. Altay, Yetki Devri, s. 82 – 83.

³⁸⁴ Kırca, s. 33 vd.; Oruç Hami Şener, **Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 85 - 88, 116 – 117; Poroy / Yasaman, s. 290; Kaplan, s. 31.

³⁸⁵ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, “Ticari Müessesiller ve Diğer Ticari Vekiller”, **Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, s. 411, 429; Poroy / Yasaman, s. 290; Kırca, s. 29; Kaya (Ülgen / Helvacı / Nomer Ertan), s. 731; Kaplan, s. 34. Buna karşılık doktrinde, ticari temsilcinin tacirin *alter ego*’su olarak nitelendirilmemesi gerektiği yönünde bkz. Şener, Ticari Temsilci, s. 134 – 136.

³⁸⁶ Arkan, s. 200; Kaya (Ülgen / Helvacı / Nomer Ertan), s. 748 - 749; Poroy / Yasaman, s. 291; Ali Bozer / Celal Göle, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018, s. 123 - 124; Kaplan, s. 49.

Bir kişinin ticari temsilci ya da ticari vekil olduğunun tespitinde ise, ilkin işletme sahibinin iradesinin dikkate alınması gerektiği; eğer bu yönde açık bir irade beyanı mevcut değilse temsil yetkisinin kapsamı olarak yapılan işlemlerin olağan veya olağanüstü iş niteliği açısından değerlendirilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir³⁸⁷. Yargıtay’a göre de bir kişinin ticari temsilci ile ticari vekil olduğunun çekişmeli olduğu hallerde, ilk olarak işletme sahibi tarafından verilen yetkilerin içerik ve kapsamının dikkate alınması gerekmektedir. Şöyle ki verilen yetkilerin hem olağan hem de olağanüstü nitelikteki işlemlerin yönetimini kapsamı halinde ticari temsilcinin; buna mukabil sadece olağan işlemlere ilişkin sınırlı bir yetki verilmesi halinde ticari vekilin varlığı kabul edilmelidir³⁸⁸.

TTK m. 547 f. 2 hükmü gereğince, ticari temsilcinin ticaret siciline tescili zorunlu olmakla birlikte; ticari temsilcilik sıfatının kazanılmasında tescilin etkisi kurucu değil, açıklayıcıdır³⁸⁹. Buna karşılık, kural olarak ticari vekilin tayini ticaret siciline tescil edilmez³⁹⁰. Fakat istisnaen, 10.09.2014 tarihli 6552 sayılı Torba Kanun m. 131 ile anonim ortaklık açısından tayin edilecek ticari vekil açısından bir sapma yaşanmıştır³⁹¹. Yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkisinin kapsam ve sınırlarını düzenleyen TTK m. 371 hükmüne eklenen yedinci fıkra ile; yönetim kurulunun, temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyelerini veya ortaklığa hizmet akdi ile bağlı olanları sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcıları olarak atayabileceği, bu şekilde atanacak olanların görev ve yetkilerinin, TTK m. 367 uyarınca düzenlenen iç yönergede açıkça belirleneceği ve bu halde iç yönergenin tescil ve ilanının zorunlu olduğu, iç yönerge ile ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının

³⁸⁷ Kaya (Ülgen / Helvacı / Nomer Ertan), s. 749.

³⁸⁸ Kararda olağan ve olağanüstü iş ayrımı da şu şekilde ifade edilmiştir: “Yeri gelmişken şu da belirtilmelidir ki; olağan işlerin neler olduğunun belirlenmesinde, hem işletmenin niteliği, iş hacmi gibi unsurlar, hem de, yapılacak işlemlerin türü ve değeri göz önüne alınmalıdır. Örneğin, işletmenin satış politikasında değişikliğe gitmek, işletmede kullanılan makineleri daha yeni teknolojiyle üretilmiş olanlarla değiştirmek konusunda sözleşmeler yapmak, olağanüstü nitelikteki işlemlerden sayılmaktadır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Tarih: 19.10.2011 E: 2011 / 12-549 K: 2011 / 644, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

³⁸⁹ Poroy / Yasaman, s. 289; Arkan, s. 189.

³⁹⁰ Feyzioğlu, s. 430; Poroy / Yasaman, s. 291; Arkan, s. 199; Kaya (Ülgen / Helvacı / Nomer Ertan), s. 770; Bozer / Göle, s. 123; Şener, Ticari Temsilci, s. 97.

³⁹¹ Aynı sapma, TTK m. 629’a eklenen üçüncü fıkra ile limited şirketler için de geçerlidir.

atanamayacağı ve bu şekilde yetkilendirilen ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarının da ticaret siciline tescil ve ilan edileceği ifade edilmiştir³⁹².

Anonim ortaklıkta ticari temsilci ve ticari vekil tayini yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasındadır (TTK m. 368). Yönetim kurulu tarafından tayin edilen ticari temsilci ve ticari vekiller de, kanundan ve ana sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, ortaklığa, pay sahiplerine ve de ortaklık alacaklılarına karşı verdikleri zarardan TTK m. 553 hükmü uyarınca sorumlu tutulabilecektir. Zira ticari temsilci ve ticari vekiller, TTK m. 553 hükmünün lafzında yer alan “yönetici” kavramına dahildirler³⁹³.

II. ANONİM ORTAKLIKTA REKABET YASAĞINI DÜZENLEYEN HÜKMÜN ANA HATLARI İLE TANITILMASI

A. Alman Hukuku’nda

Alman Hukuku’nda, anonim ortaklığın yapısı özellikle yönetim modeli açısından Türk - İsviçre Hukuku’ndan farklılık arz etmektedir. Bu sebeple, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı hakkında bilgi vermeden evvel, Alman Hukuku’ndaki anonim ortaklığın yönetim organına ilişkin kısa bir açıklama yapma ihtiyacı hissetmekteyiz.

Şöyle ki Alman Hukuku, Türk - İsviçre Hukuku’nun aksine, anonim ortaklığın yönetim modeli olarak ikili (*düalist*) sistemi kabul etmiştir. İkili sistemde, yönetim kurulunun yanında yönetimin iş ve işlemlerinin denetlenmesinde ayrı bir gözetim kurulu mevcuttur. Türk - İsviçre Hukuku’nda geçerli olan tekli (*monist*) sistemde ise ayrı bir organ, açık bir anlatımla gözetim kurulu mevcut olmayıp; yönetimin iş ve işlemlerinin denetim yetkisi de tek yönetim organı olan yönetim kuruluna aittir. İkili

³⁹² Söz konusu hükme yapılan eleştiriler ve değerlendirmeler için bkz. İsmail Kırca, “TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme: AB’ye Üyelik Yolunda Geri Adım”, **Batider**, C: 30, S: 3, Ankara 2014, s. 21 vd.; Necla Akdağ Güney, “6552 sayılı Torba Kanun ile TTK md. 371’e Eklenen Yedinci Fıkra ile İlişkin Değerlendirmeler”, **Halil Arslanlı Bilim Arşivi**, 2014, www.arslanlibilimarsivi.com, s. 1 vd., Erişim Tarihi: 01.10.2021; Veliye Yanlı / Gül Okutan Nilsson, “Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini”, **Batider**, C: 30, S: 4, 2014, s. 5 vd.; Kaya, (Ülgen / Helvacı / Nomer Ertan), s. 750.

³⁹³ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 435. Ancak, TTK m. 371 f. 7 kapsamında tayin edilen sınırlı yetkili ticari vekiller ile sınırlı yetkili diğer tacir yardımcılarının TTK m. 553 hükmü uyarınca “yönetici” kabul edilmemektedir, Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 435.

sistemde, aynı anda iki organda yer almak mümkün değildir; açık bir anlatımla bir yönetim kurulu üyesi aynı zamanda gözetim kurulu üyesi olamayacaktır³⁹⁴.

Alman Hukuku'nda anonim ortaklığın yönetimi ("Verwaltung") iki ayrı organdan teşekkül etmektedir. Yönetim kurulu ("Vorstand") anonim ortaklığın kanuni yönetim ve temsil organı olup; ortaklığın amacının gerçekleştirilmesi amacıyla tüm yönetim ve temsil faaliyetlerini kendi inisiyatifi ile yürütmektedir. Yönetim kurulu üyeleri gözetim kurulu tarafından seçilmektedir³⁹⁵.

Gözetim kurulu ("Aufsichtsrat") ise, yönetim kurulunun gerçekleştirdiği ortaklığın yönetimine ilişkin faaliyetleri denetlemektedir. Ancak ortaklığı yönetme yetkisini haiz değildir. Gözetim kurulunun esas görevinin, yönetim kurulu üyelerini seçmek ve görevden almak; yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasındaki istihdam sözleşmesini akdetmek, değiştirmek ve feshetmek olduğu ifade edilmektedir. Gözetim kurulu üyeleri, genel kurul tarafından seçilmektedir³⁹⁶.

Alman Hukuku'nda, Türk Hukuku'nda olduğu gibi, anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen yasal bir düzenleme mevcuttur. Şöyle ki, Alman Ticaret Hukuku mevzuatında yer alan ve halihazırda yürürlükte olan anonim ortaklıklara ilişkin 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (*Aktiengesetz*, "Alm.POK")'nun § 88 hükmü ile yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı

³⁹⁴ Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 897 - 898; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 529; TTK m. 367 hükmünün gerekçesinde "*Tasarının 367 ile 370 inci maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinde yer alan düzen, yönetimin tek kurullu (monist) rejime göre şekillenmesine veya Almanya'da uygulanan iki organlı (dualist) anlayış uyarınca oluşturulmasına olanak vermektedir. Bu düzen yani Tasarının sistemi yönetim kurulu üyelerini, Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan, yönetim hakkını haiz olan (intern, executive) ve olmayan (exter, non-executive) üyeler ayrımına tâbi tutmaya da elverişlidir. Hatta Fransa'da geçerli "Président Directeur Général" sisteminin uygulanmasına da müsaittir*" şeklinde belirtildiği üzere; yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri haricinde, yönetim ve temsil yetkilerinin üçüncü kişilere devri ile anonim ortaklıkları diledikleri takdirde, ikili sisteme yaklaştırma imkânı sağladığı doktrinde kabul edilmektir, Kırca, (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 530. Ancak, TTK sistemi yönetim organında esnek bir yapı gösterse dahi, tekli sistemi esas almaktadır. Zira, yönetim kurulu yönetim ve temsil yetkilerini devretse dahi; TTK sisteminde yönetim kurulu anonim ortaklığın yönetimine ilişkin tek zorunlu organdır. Alman Hukuku'ndaki ikili sistemde ise, yönetim kurulu ve gözetim kurulu anonim ortaklığın zorunlu organları olup, aralarındaki ayrım keskin, belirli ve emredici olarak düzenlenmiştir, Müko - Spindler, vor § 76 AktG, N. 1; Müko - Spindler, § 76 AktG, N. 2; Mathias Habersack, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Goette Wulf / Habersack Mathias / Kalss Susanne (Hrsg.), 5. Aufl., München, C. H. Beck, 2019, vor § 95 AktG, N. 1. Türk - İsviçre Hukuku'nun tekli sistemindeki yönetim kurulu ile Alman Hukuku'nun ikili sistemindeki gözetim kurulunun özelliklerinin karşılaştırılması için bkz. Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 903 vd.

³⁹⁵ Müko - Spindler, § 76 AktG, N. 1; Müko - Spindler, vor § 76 AktG, N. 4; Altay, Yetki Devri, s. 51; Yönetim kuruluna ilişkin hükümler için bkz. Alm.POK § 76 - 94.

³⁹⁶ Müko - Spindler, vor § 76 AktG, N. 50; Müko - Habersack, vor § 95 AktG, N. 2; Altay, Anonim Ortaklıklar, s. 555; Yönetim kuruluna ilişkin hükümler için bkz. Alm.POK § 95 - 116.

düzenlenmiştir. Dolayısıyla Alman Hukuku'nda yönetim kurulu üyesi kanuni rekabet yasağına tabidir.

Söz konusu Alm.POK § 88³⁹⁷ I hükmü, anonim ortaklıkta kimin rekabet yasağına tabi olduğunu ve yasağın uygulanma şartlarını tayin etmektedir. Şöyle ki, ilgili hüküm uyarınca yönetim kurulunun tüm üyeleri rekabet yasağına tabidir. Yönetim kurulu üyesinin gözetim kurulunun izni olmaksızın, bir ticari işletme işletmesi; ortaklığın iş kolunda (*Geschäftszweig*), diğer bir deyişle faaliyet alanında kendisinin veya başkasının hesabına işlem yapması; başka bir ticaret ortaklığında yönetim kurulu üyesi (*Mitglied des Vorstands*) veya müdür (*Geschäftsführer*) olması ile başka bir ticaret ortaklığına sınırsız sorumlu ortak olarak katılması yasaklanmıştır. Gözetim kurulu yönetim kurulu üyelerine sadece belli ticari işletmeler, ticaret ortaklıkları veya belirli türdeki işlemler için izin verebilecektir.

Alm.POK § 88 II hükmü, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal ettiği takdirde uygulanacak yaptırımlara işaret etmektedir. Yönetim kurulu üyesi rekabet yasağına aykırı davrandığı takdirde, ortaklık üyeden tazminat talep edebilecektir. Ortaklık tazminat talebi yerine, üyeden kendi hesabına yaptığı işlemin ortaklık hesabına yapılmış sayılmasını ve başkası hesabına yaptığı işleminden elde edilen karşılığın ortaklığa devredilmesini ya da karşılık üzerindeki haklarını ortaklığa temlik etmesini de talep edebilecektir.

Alm.POK § 88 III hükmü ise, ortaklığın talep haklarının zamanaşımını özel olarak düzenlemektedir. Hükümde biri kısa biri uzun olmak üzere çift zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Şöyle ki, ortaklığın talep haklarına ilişkin kısa zamanaşımı süresi üç ay olup; bu süre diğer yönetim kurulu üyelerinin ve gözetim kurulu üyelerinin,

³⁹⁷ Alm.POK § 88 hükmünün Türk doktrinde Kalpsüz tarafından yapılan çevirisi şu şekildedir: “(1) Denetleme Kurulunun izni olmaksızın, idare meclisi üyeleri, ne bir ticarî işletme işletebilir, ne de şirketin iş dalında kendisi veya başkası hesabına muamele yapabilirler; Keza izin almaksızın diğer bir ticaret şirketinin idare meclisi üyesi, idarecisi yahut şahsen mesul ortağı da olamazlar. Denetleme kurulunun izni, sadece belli ticarî işletmeler, ticaret şirketleri veya belli neviden muameleler için ita olunabilir.

(2) Bir idare meclisi üyesi bu yasağa aykırı hareket ederse, şirket tazminat talep edebilir. Bunun yerine üyeden, kendi hesabına yaptığı muamelelerin şirket hesabına yapılmış sayılmasını ve bu muamelelerden bir başkası hesabına elde edilen karşılığın kendisine bırakılmasını veya ortağın, o karşılık üzerindeki haklarını şirkete devretmesini isteyebilir.

(3) Şirketin talep hakları, diğer idare meclisi üyeleri veya murakıpların tazminat ödenmesini icap ettiren harekete vakıf oldukları tarihten itibaren 3 ay ve herhalde doğduklarına vukuf peyda edilmiş olsun olmasın, doğumları tarihinden itibaren 5 yıl zarfında müruruzamana uğrar. ”, Kalpsüz, s. 350 dn. 2.

yönetim kurulu üyesinin tazminata sebebiyet verecek davranışından haberdar oldukları ya da ağır ihmalleri olmaksızın haberdar olmaları gerektiği andan itibaren başlayacaktır. Uzun zamanaşımı ise beş yıl olup; bu süre, talep haklarının doğumlarından itibaren beş yıldır. Beş yıllık süre, haberdar olunan veya haberdar olunması gereken andan bağımsızdır³⁹⁸.

TTK m. 396 hükmünün Alm.POK § 88 hükmü ile esasen benzer yönleri bulunmakla birlikte; farklılıkları da mevcuttur. Bu sebeple çalışmamızda, Alman Hukuku'ndaki bu düzenlemeye de yeri geldikçe değinilecek; Alman doktrini ve yargı kararlarından da TTK m. 396'da düzenlenen rekabet yasağı müessesesine uygun düştüğü ölçüde yararlanılacaktır.



³⁹⁸ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 41 vd.; Markus Weber, **Aktiengesetz Kommentar**, Hölters Wolfgang (Hrsg.), 3. Aufl., München, C. H. Beck, 2017, § 88 AktG, N. 21 - 22.

B. İsviçre Hukuku'nda

TTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerin kaynağını genel olarak İsviçre Borçlar Kanunu ("*Obligationrecht*") hükümleri oluşturmaktadır. Bu nedenle Türk ve İsviçre Hukuku'nda anonim ortaklığın yapısına, organlarına ve işleyişine ilişkin temel hükümler genel olarak birbirleriyle örtüşmektedir.

Ancak İsviçre Hukuku'nda, Türk Hukuku'nun aksine, yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet etmesini yasaklayan açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Buna rağmen İsviçre doktrini yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının, yönetim kurulu üyesinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünü düzenleyen İsv.BK'nın Art. 717 Abs. 1 hükmünden kaynaklandığını kabul etmektedir³⁹⁹. Şöyle ki, ilgili hüküm uyarınca yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle ilgili üçüncü kişiler, görevlerini yerine getirirken ortaklığın menfaatlerini dürüstlük kuralı uyarınca gözetmekle yükümlüdür.

Yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet etmesi halinde, ortaklığın menfaati ile yönetim kurulu üyesinin menfaatinin karşı karşıya geleceği, bu nedenle menfaat çatışmasının ortaya çıkacağı kabul edilmektedir⁴⁰⁰. İsviçre Hukuku'nda yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına ilişkin pozitif bir kanun hükmü bulunmaması sebebiyle önceleri doktrinde, şahıs ortaklıklarındaki ortakların ve limited ortaklıktaki müdürün rekabet yasağına ilişkin hükümlerin yönetim kurulu üyeleri hakkında kıyasen

³⁹⁹ Homburger, Art. 717 OR, N. 882; Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 28 N. 35; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 611; Rolf Watter / Katja Roth Pellanda, **Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR**, Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, Art. 717 OR, N. 18; Sommer, s. 144, 148; Müller, s. 281; Christoph B. Bühler, **Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR**, Handschin Lukas (Hrsg.), 3., neu bearbeitete Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2018, Art. 717 OR, N. 174; Pellanda, s. 78; Jeannette K. Wibmer, **Orell Füssli Kommentar, Aktienrecht Kommentar**, Wibmer Jeannette K. (Hrsg.), 1. Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 717 OR, N. 8; Müller / Lipp / Plüss, s. 285; CHK - Plüss / Facincani-Kunz, Art. 717 OR, N. 8; Damian A. Fischer, **Interessenskonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht Ein Beitrag zur dogmatischen Erfassung eines omnipräsenten Governance-Problems**, Zürich / St. Gallen, Dike Verlag, 2019, s. 151, 154. İsviçre Hukuku'nda yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğünü düzenleyen bu hüküm 1991 yılındaki reformla öngörülmüştür. Ancak 1991 yılından önce de doktrinde yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının kabulü yönünde bkz. Wüsch, s. 29; Adrian Plüss, **Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes**, Diss. Zürich, 1990, s. 42; Georg Krneta, "Der Rechtsanwalt als Verwaltungsrat", **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 97/2001, s. 290; Wohlmann, s. 131; Flurin von Planta, **Der Interessenskonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft**, Diss. Zürich, 1988, s. 55.

⁴⁰⁰ Sommer, s. 147; Fischer, s. 154; Pellanda, s. 78.

uygulanması gerektiği ileri sürülmüş; ancak sonraları söz konusu bu görüş kabul görmemiştir⁴⁰¹.

İsviçre Hukuku'nda yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının açık bir kanun hükmü ile düzenlenmemiş olması sebebiyle, açık ve genel bir rekabet yasağından söz edilemeyecektir. Bu nedenle de, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının içeriği ve kapsamı açısından bir genelleme yapılamamakta; rekabet yasağının somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerektiği önemle vurgulanmaktadır⁴⁰². Zira, bu konuda yargı kararlarından da yararlanabilecek pek husus bulunmadığı⁴⁰³; İsviçre Federal Mahkemesi'nin şimdiye kadar bu konuda ayrıntılı olarak yorum yapma fırsatı bulmadığı, bunun nedeninin de uygulamada rekabet yasağının ortaklık sözleşmesinde⁴⁰⁴, ortaklık iç yönergelerinde (*Organisationsreglement*)⁴⁰⁵ veya rekabet yasağı sözleşmelerinde⁴⁰⁶ düzenlenmiş olmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir⁴⁰⁷.

İsviçre Hukuku'nda gerek uygulamada taraflar arasında rekabet yasağı sözleşmesi düzenlenirken rekabet yasağının uygulanma şartlarının tayininde⁴⁰⁸; gerek

⁴⁰¹ Karş. Wüsch, s. 30; Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 28, N. 36; Plüss, s. 42; Sommer, s. 154; Homburger, Art. 717 OR, N. 882 - 883; Söz konusu hükümlerin kıyasen uygulanmaması gerektiği görüşü şu şekilde gerekçelendirilmektedir : İlkın, şahıs ortaklıklarına ve limited ortaklığa ait hükümlerin yapıları gereği bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklığa uygulanması, İsviçre Hukuku'nda ortaklık tiplerinde geçerli olan *numerus clausus* ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Zira, taraflarca ortaklık tipinin seçilmesi ile birlikte; o ortaklık tipi için geçerli olan kuralların da uygulanacağı kabul edilmiş olmaktadır. Bu durumda söz konusu hükümlerin kıyasen uygulanması, ortaklık tiplerinin karışması neticesine sebebiyet verecektir. İkinci olarak, rekabet yasağının içerik ve kapsamının belirlenmesinde söz konusu hükümlerin kıyasen uygulanması kanun koyucunun iradesine de aykırıdır. Zira kanun koyucu, devam eden anonim ortaklıklar revizyonunda rekabet yasağı hükmüne ilişkin hiçbir yeni düzenleme önermemiştir. Kanun koyucunun bu konuda düzenleme yapmaması dikkatsizliği veya ihmali olarak da nitelendirilemeyecektir; zira limited ortaklıklara ilişkin revizyonda yönetici ortaklar için sadakat ve rekabet etmeme yükümlülüğü yeniden düzenlenmiştir. Üçüncü ve son olarak, yönetim kurulu üyesi genellikle uygulamada görevini yarı zamanlı şekilde yürütmektedir; bu nedenle kıyasen uygulama, rekabetin genel anlamda yasaklanması sonucunu doğuracaktır, ayrıntılı bilgi için bkz. Sommer s. 154 vd.

⁴⁰² Forstmoser / Meier - Hayoz / Nobel, § 28, N. 37, N. 70; Homburger, Art. 717 OR, N. 885; Sommer, s. 152 vd.; Müller / Lipp / Plüss, s. 286; Pellanda, s. 78; Müller, s. 284; Plüss, s. 42; ZK - Bühler, Art. 717 OR, N. 175.

⁴⁰³ ZK - Bühler, Art. 717 OR, N. 174; Sommer, s. 152.

⁴⁰⁴ Forstmoser / Meier - Hayoz / Nobel, § 27, N. 12 - 13; Homburger, Art. 707 OR, N. 127.

⁴⁰⁵ Böckli, ortaklık sözleşmesinde veya iç yönergelerde düzenlenecek rekabet yasağının pek etkili olmayacağını, zira rıza göstermeyen üyenin yasal olarak bağlı tutulamayacağını; bu sebeple rekabet yasağına dair detaylı bir sözleşme yapılmasını ve sözleşmede cezai şartın kabul edilmesinin gerektiğini ifade etmektedir, Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 613, N. 671a. Yine, iç yönergelerde düzenlenen rekabet yasağının etkisinin sınırlı olduğu görüşü için bkz. BSK - Watter / Roth Pellanda, Art. 717 OR, N. 18.

⁴⁰⁶ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 28, N. 38.

⁴⁰⁷ Wüsch, s. 32; Sommer, s. 150 - 153; Müller, s. 284; Pellanda, s. 77 - 78.

⁴⁰⁸ BGE 89 II 126, www.bger.ch, Erişim Tarihi: 01.10.2021; 4C.222/2000, swisslex.com, Erişim Tarihi:01.10.2021.

doktrinde rekabet yasağı incelenirken, rekabet edici davranışların niteliğinin tespitinde doğrudan ve dolaylı rekabet kavramları kullanılmaktadır⁴⁰⁹. Doğrudan rekabette, iki rakip kendi adlarına hareket ederek piyasada karşı karşıya gelmektedir. Dolaylı rekabette ise, rakiplerden biri piyasada “rakip” olarak görünmemekte, ancak üçüncü bir rakibi kişisel veya maddi olarak desteklemektedir.

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyesinin kendi adına rekabet edici faaliyetlerde bulunarak ortaklıkla rakip olarak karşı karşıya gelmesi halinde, ortada doğrudan rekabet mevcuttur. Doğrudan rekabete örnek olarak, yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet eden bir ticari işletme işletmesi, kendi adına ticari işlemler gerçekleştirmesi gösterilmektedir. Şayet yönetim kurulu üyesi piyasada ortaklığın rakibi olarak hareket etmez ancak üçüncü kişi olan ortaklığın bir rakibini, kişisel veya maddi anlamda desteklerse, bu takdirde ortada dolaylı rekabet mevcuttur. Dolaylı rekabet oluşturabilecek hallere örnek olarak ise, yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklığa kredi vermesi veya rakip bir ortaklıkta yönetim organında yer alması, rakip bir ortaklığa danışmanlık hizmeti sunması yahut rakip ortaklığa hizmet sözleşmesi ile bağlı bir çalışan olması verilmektedir⁴¹⁰.

İsviçre doktrininde hâkim görüş yönetim kurulu üyesinin kendi adına ortaklığın piyasada rakibi olarak hareket etmesini ve diğer bir deyişle ortaklıkla doğrudan rekabet etmesini, rekabet yasağının ihlali olarak kabul etmektedir⁴¹¹. Buna karşılık yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla dolaylı rekabeti, *per se* rekabet yasağının ihlali olarak nitelendirilmemektedir⁴¹². Doktrinde üyenin ortaklıkla dolaylı rekabetini oluşturan haller bakımından, rekabet yasağının varlığının kabul edilebilmesi için; yönetim

⁴⁰⁹ Würsch, s. 58 vd.; Sommer, s. 146 - 147, 159 vd.; ZK - Homburger, Art. 717 OR, N. 884; ZK - Handschin / Vonzun, Art. 536 OR, N. 17; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 25 vd.; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 611; Müller / Lipp / Plüss, s. 285 vd.; Müller, s. 281 vd.; Pellanda, s. 78 vd.; BSK - Watter / Roth Pellanda, Art. 717 OR, N. 18.

⁴¹⁰ Würsch, s. 58 vd.

⁴¹¹ Homburger, Art. 717 OR, N. 884; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 611; OFK - Wibmer, Art. 717 OR, N. 9; BSK – Watter / Roth Pellanda, Art. 717 OR, N. 18; Müller / Lipp / Plüss, s. 285; ZK – Büchler, Art. 717 OR, N. 180. Azınlık görüşü ise, her doğrudan rekabet halinin rekabet yasağı ihlali anlamına gelmeyeceğini; ortaklığın ana faaliyet alanındaki doğrudan rekabetin rekabet yasağının ihlalini oluşturacağını, ancak yan (ikincil) faaliyet alanındaki doğrudan rekabet halinde rekabet edici faaliyetin yoğunluğuna ve somut olayın şartlarına daha yakından bakılması gerektiğini ileri sürmektedir, Sommer, s. 159.

⁴¹² Sommer, s. 160.

kurulu üyesinin rakibe kişisel veya maddi desteğinin kapsamı ve süresi ile rakibin rekabet gücü üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴¹³.

Netice itibariyle İsviçre Hukuku'nda yönetim kurulu üyesinin genel bir rekabet yasağı bulunmadığından; üyenin ortaklıkla her rekabet edici faaliyeti rekabet yasağı kapsamında görülmemektedir. Rekabet yasağı kapsamına dahil sayılabilmesi için belirleyici olan, üyenin rekabet edici faaliyetinin ortaklık menfaatinin dürüstlük kuralı çerçevesinde korumasına engel olup olmadığı; başka bir deyişle, sadakat yükümlülüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığının tespiti⁴¹⁴. Bu tespiti ise ancak somut olayın şartlarının değerlendirilmesi ile ulaşılabilecektir. Şayet bu tespiti sonunda, üyenin ortaklıkla rekabet etmesinin sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiği kanaatine varıldığı takdirde; üye hakkında İsv.BK'da düzenlenen gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin Art. 423 hükmünün ya da tacir yardımcılarının rekabet yasağını düzenleyen Art. 464 Abs. 2 hükmünün kıyasen uygulanabileceği, üyenin rekabeti nedeniyle ortaklık zarar görmüşse, üye aleyhine sorumluluk davası ikame edilebileceği, diğer yönetim kurulu üyeleri tarafından üyenin azli için genel kurulun toplantıya davet edileceği türünden yaptırımlar öngörülmektedir⁴¹⁵.

Nihayetinde İsviçre Hukuku'nda yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen pozitif bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışmamızda İsviçre doktrininin yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına ilişkin görüşlerinden ve yargı kararlarından, TTK m. 396'da düzenlenen rekabet yasağı müessesine uygun düştüğü ölçüde yararlanılacaktır.

C. Türk Hukuku'nda

Türk Hukuk sisteminde kanun koyucu, anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğünü, diğer bir anlatımla yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını hep kanuni bir hükümle düzenlemeyi tercih etmiştir. Şöyle ki hukuk sistemimizde ilkin, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı 1926 tarihli

⁴¹³ Homburger, Art. 717 OR, N. 886; OFK - Wibmer, Art. 717 OR, N. 9; Sommer, s. 160 vd.

⁴¹⁴ Plüss, s. 42; Müller / Lipp / Plüss, s. 286; Sommer, s. 156 vd.; ZK - Bühler, Art. 717 OR, N. 176.

⁴¹⁵ BSK - Watter/Roth Pellanda, Art. 717 OR, N. 18; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 611; Sommer, s. 331 vd.; Pellanda, s. 80; ZK - Bühler, Art. 717 OR, N. 182.

Ticaret Kanunu⁴¹⁶ m. 324⁴¹⁷ hükmü ile öngörülmüştür. Söz konusu hükmün kaynağının, 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu (*Handelsgesetzbuch* - “Alm.TK”)’nun § 236 hükmünün olduğu; ancak söz konusu hükümle farklılıkların bulunması nedeniyle, iki hükmün birebir aynı olmadığı doktrinde ifade edilmiştir⁴¹⁸. ETK zamanında ise, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı m. 335⁴¹⁹ hükmü ile düzenlenmiş olup; anılan hüküm, birkaç ufak değişiklik haricinde 1926 tarihli Ticaret Kanunu m. 324’ün tekrarı niteliğindedir⁴²⁰.

Nihayetinde TTK’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı halihazırda TTK m. 396 hükmü ile düzenlenmektedir. TTK m. 396’nın gerekçesinde, m. 335’teki düzenlemenin aynen korunduğu ifade edilse de⁴²¹; aslında ETK m. 335’ten farklı olarak hükme, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk

⁴¹⁶ 28.06.1926 tarihli 406 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴¹⁷ “Madde 324 – (f. 1) Meclisi idare azasından biri heyeti umumiyenin müsaadesini almaksızın şirketin icra eylediği muamele ticariye nevinden bir muameleyi kendi veya aharı hesabına yapamayacağı gibi aynı nevi muamele ticariye ile meşgul bir şirkete şahsan mesul aza sıfatile de giremez.

(f. 2) Bu hükme muhalif harekette bulunan meclisi idare azasından şirket zarar ve ziyan istemekte veya zarar ve ziyana bedel yapılan muameleyi şirket namına yapılmış addetmekte ve üçüncü şahıslar hesabına aktolunan mukavel âttan mütevellit menafin şirkete aidiyetini talep etmekte muhtardır.

(f. 3) Bu hukuku mutalibeden birinin tercihi fikrai sabika hükmüne muhalif harekette bulunan azadan gayri azaya veya murakıplara racidir. Hukuku mezkûre ânîfüzzikir muamele ticariye aktine veyahut meclisi idare azasının diğer bir şirkete duhulüne azayı sairenin iltılâları tarihinden itibaren üç ay ve tarihi ittıla nazara alınmaksızın vukularından itibaren bir sene sonra sakat olur.”

⁴¹⁸ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 155; Kalpsüz, s. 349; Alm.TK’nın § 236 hükmünde yer alan yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına dair düzenlemenin yerini, önce 1937 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun § 79 hükmü; ardından bahsi geçen 1937 tarihli kanunun yerine geçen ve halihazırda yürürlükte olan 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun § 88 hükmü almıştır, Spindler / Stilz Komm. – Fleischer, § 88 AktG, N. 3.

⁴¹⁹ “Madde 335- (f. 1) İdare Meclisi azalarından biri umumi heyetin müsaadesini almaksızın şirketin konusuna giren ticari muamele nevinden bir muameleyi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı nevi ticari muamelelerle meşgul bir şirkete mesuliyeti tahdid edilmemiş olan ortak sıfatıyla de giremez. Bu hükme aykırı harekette bulunan idare meclisi azasından şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan muameleyi şirket namına yapılmış addetmekte ve üçüncü şahıslar hesabına aktolunan mukavelelerden doğan menfaatlerin şirkete aidiyetini talep etmekte, serbesttir.

(f. 2) Bu haklardan birinin tercihi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan azadan başka azalara aittir.

(f. 3) Bu haklar, zikredilen ticari muamelelerin yapıldığını veyahut idare meclisi azasının diğer bir şirkete girdiğini sair azaların öğrendikleri tarihten itibaren üç aylık ve herhalde vukularından itibaren bir yıllık müruzamana tabidir.”

⁴²⁰ ETK’nın tasarı metnine ilişkin genel gerekçesinde, yönetim kuruluna ilişkin hükümlerin genelde aynen muhafaza edildiği, teklif edilen değişiklikler kısmında rekabet yasağı ile ilgili m. 335’in yer almadığı görülmektedir. Ancak Adliye Encümeni tarafından hükümde iki hususta değişiklik yapılmıştır. İlki, m. 335’in son fıkrasında belirtilen hakların kullanım hakkı ile ilgili olarak “(..) düşer.” ifadesi yerine “(..) müruzamana uğrar.” ifadesi tercih edilmiş; Adliye Encümeni Mazbatasında yer alan m. 335’in gerekçesinde hükümde geçen sürenin hak düşürücü değil; zamanaşımı olduğu açıklanmıştır. İkincisi ise m. 335 f. 2’de, ortaklığın seçimlik talep haklarının tercihinin kime ait olduğu hususuna ilişkin denetçiler ifadesi çıkarılmıştır; fakat bu değişikliğe ilişkin herhangi bir açıklama mazbatada yapılmamıştır, bkz. TBMM Zabıt Ceridesi 29.06.1956 Türk Ticaret Kanunu lâyihası ve Adliye Encümeni mazbatası (1/150) Devre: 10 Cilt: 12 İçtima: 2, m. 335, s. 381.

⁴²¹ Bkz. TTK m. 396 hükmünün gerekçesi.

hükümlerinin saklı tutulduğuna dair dördüncü fıkra eklenmiştir. Söz konusu ekleme haricinde ETK m. 335 ile TTK m. 396 hükümlerinin temelde aynı doğrultuda olmaları sebebiyle, çalışmamızda ETK zamanındaki doktrin ve yargı kararlarından da yararlanılacak; farklılıklara ise özel olarak temas edilecektir.

TTK m. 396 f. 1 hükmünde, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına aykırılık oluşturan haller, diğer bir anlatımla yasak kapsamında görülen rekabet edici faaliyetler ve üyenin rekabet yasağını ihlal ettiği takdirde kendisine uygulanacak yaptırımını düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca yönetim kurulu üyesi, genel kurulun iznini almadan ortaklığın işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi; aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla da katılamayacaktır. Yönetim kurulu üyesi rekabet yasağına aykırı davrandığı takdirde ise ortaklık, rekabet yasağını ihlal eden üyeden tazminat talep edebilecektir. Ortaklık tazminat yerine üyeye karşı, üyenin kendi adına yaptığı işlemin ortaklık adına yapılmış sayılmasını; üyenin üçüncü kişiler hesabına yaptığı sözleşmelerden doğan menfaatlerinin ortaklığa ait olduğuna dair talepleri ileri sürebilecektir.

TTK m. 396 f. 2, üyenin rekabet yasağına aykırı faaliyet neticesinde ortaklığın seçimlik talep haklarından birini seçmeye kimin yetkili olduğunu açıklamaktadır. Şöyle ki ilgili hüküm uyarınca, seçimlik talep haklarından birinin seçilmesi, yönetim kurulu üyelerinden yasağı ihlal etmeyen diğer üyelere ait olacaktır.

TTK m. 396 f. 3, üyenin rekabet yasağına aykırı faaliyetin neticesinde ortaklığın seçimlik talep haklarının kullanılmasına dair zamanaşımı hakkında özel bir düzenleme yapmaktadır. Şöyle ki ortaklığın söz konusu bu seçimlik talep hakları, diğer üyelerin ticari işlemin veya işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin başka bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katıldığını, açık bir ifadeyle üyenin TTK m. 396 f. 1 uyarınca düzenlenen rekabet yasağına aykırı faaliyetini öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve herhâlde rekabet yasağına aykırı faaliyetin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrayacaktır. TTK m. 396 f. 4 ise, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını düzenleyen hükümlerin saklı olduğunu vurgulamıştır.

Böylelikle TTK m. 396 hükmünde, anonim ortaklıkta rekabet yasağına kimin tabi olduğunu, yasağın uygulanma şartlarını, rekabet yasağına aykırı sayılan

faaliyetleri ve yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar ile bu yaptırımlara ilişkin zamanaşımını özel olarak düzenlemiştir.

Yönetim kurulu üyesinin kanundan doğan rekabet yasağı emredici nitelikte olmayıp⁴²²; diğer rekabet yasaklarında olduğu gibi hafifletilebilecek, genişletilebilecek veya tamamen ortadan kaldırılabilir. Üyenin rekabet yasağının kaldırılabilmesine TTK m. 396 f. 1’de geçen “*Yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın*” ifadesi de işaret etmektedir. Başka bir deyişle, genel kurulun izni ile üye rekabet yasağını bertaraf edebilecektir. Bu noktada doktrinde çoğunluk görüşü, ana sözleşme ile de yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının bertaraf edilebileceği yönündedir⁴²³.

Yönetim kurulu üyesinin TTK m. 396’da düzenlenen rekabet yasağının uygulanma şartları incelendiğinde, kanun koyucunun yönetim kurulu üyesinin temelde ortaklıkla rakip olmasını ve aralarında rekabetin bulunmasını esas aldığı görülecektir. Zira, TTK m. 396 f. 1 uyarınca rekabet yasağına aykırılık oluşturan haller, ortaklığın işletme konusu ile sınırlandırılmıştır. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere⁴²⁴, rekabet yasağına tabi olan ortaklığın ana sözleşmesinde yazılı tüm faaliyetleri değil; ortaklığın fiili işletme konusudur. Bu yüzden üye ile ortaklık arasında rekabet oluşmadığı takdirde; üyenin yaptığı faaliyetler sonucunda rekabet yasağı ihlal edilmiş sayılamayacaktır. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyesinin TTK m. 396’da öngörülen rekabet yasağı, üyenin genel olarak ticari faaliyet yürütmesinin yasaklanması değil; ortaklığın işletme konusuna giren rekabet edici ticari faaliyetlerinde bulunmasının yasaklanmasıdır⁴²⁵. Açık bir anlatımla, TTK m. 396’da düzenlenen yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı, rekabet kavramından öte bir yasağı ihtiva etmemektedir.

⁴²² Kalpsüz, s. 359; Domaniç, Anonim Şirket, s. 631; Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 289; Akdağ Güney, s. 241; Aydoğan, s. 15; Yasan, s. 438; Ayan, s. 155; Aşık, s. 169.

⁴²³ Yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet etmesine yönelik ana sözleşme ile izin verilmesi hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm, I., B., 1, b.

⁴²⁴ Bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm, I., A., 1., b., ba.

⁴²⁵ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 156; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 629.

Söz konusu hükmün; kişi⁴²⁶, konu⁴²⁷, zaman⁴²⁸ ve yer⁴²⁹ bakımından uygulanma şartları çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

III. YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN REKABET YASAĞININ DÜZENLENME NEDENİ

A. Genel Olarak

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin, genel kurulun iznini almaksızın, ortaklığın işletme konusuna giren bir işlemi kendisi veya başkası hesabına yapması ile aynı tür ticari işlerle uğraşan bir ortaklığa sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla katılması TTK m. 396 f. 1 uyarınca yasaklanmıştır. Çalışmamızın bu kısmında yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının düzenlenme nedenini inceleyeceğiz.

Doktrinde yönetim kurulu üyesinin kanundan doğan rekabet yasağının düzenlenmesinin nedeni olarak, esasen üyenin ortaklığa karşı olan sadakat yükümlülüğü kabul edilmektedir⁴³⁰. Somut olarak, üye ile ortaklığın menfaatlerinin çatışmasının önlenmesi⁴³¹, üyenin ortaklığa ait önemli bilgi, ticari sır ve kaynaklara sahip olması⁴³², ortaklığa ait olanakların veya fırsatların kötüye kullanılmasının, diğer bir deyişle ortaklıktaki görev ve pozisyonu nedeniyle elde ettiği imkanları kişisel menfaati için kullanmasının engellenmesi⁴³³, üyenin çalışma gücünü tamamen

⁴²⁶ TTK m. 396 hükmünün kişi bakımından uygulanmasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. Aşa. İkinci Bölüm, IV.

⁴²⁷ TTK m. 396 hükmünün konu bakımından uygulanmasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm, I.

⁴²⁸ TTK m. 396 hükmünün zaman bakımından uygulanmasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm, II.

⁴²⁹ TTK m. 396 hükmünün yer bakımından uygulanmasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm, III.

⁴³⁰ Çamoğlu, s. 358; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 101; Ansay, s. 134; Franko, s. 25; Helvacı, s. 89; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 132; Orhan Nuri Çevik, **Anonim Şirketler**, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1988, s. 548; Aydoğan, s. 8 - 10; Akdağ Güney, s. 239; Kırca (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 687 - 688; Üçışık / Çelik, s. 503; Ayan, s. 148 - 150; Can, s. 20; Kayar / Çeliktas, s. 312; Yasan, s. 438; Karakılıç, s. 34; Aşık, s. 175. İsviçre Hukuku'nda yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünden kaynaklandığına ilişkin açıklamamız için bkz. Yuk. Birinci Bölüm, IV., B.

⁴³¹ Kalpsüz, s. 351; Aydoğan, s. 13.

⁴³² Çamoğlu, s. 357; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 100; Teoman, Rekabet Yasağı, s. 42; Aydoğan, s. 13 - 14.

⁴³³ Kalpsüz, s. 351; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 627; Teoman, Rekabet Yasağı, s. 42. Aydoğan, s. 13 - 15; Kayar / Çeliktas, s. 312; Üçışık / Çelik, s. 503; Şener, Ortaklıklar, s. 308.

ortaklığa tahsis etmesinin sağlanması⁴³⁴ da sadakat yükümlülüğünün, rekabet yasağının öngörülmesine yol açan görünüm biçimleridir.

Aşağıda ilkin sadakat yükümlülüğü kavramını ana hatları ile ifade etmemizin akabinde, yönetim kurulu üyesinin ortaklığa karşı olan sadakat yükümlülüğünü ayrıntılı bir şekilde aktarıp, en sonunda rekabet yasağının düzenlenme nedenine ilişkin kendi değerlendirmemizi sunacağız.

B. Sadakat Yükümlülüğü

1. Ana Hatları ile Sadakat Yükümlülüğü Kavramı

Sözlük anlamı “*dostluk, vefalılık, içten bağlılık; doğruluk, yürek doğruluğu*”⁴³⁵ olan sadakat kavramının kökeni etik kurallara ve ahlâka dayanmaktadır⁴³⁶. Şöyle ki sadakat bir kimseye, ilişki içerisinde bulunduğu başka bir kimse lehine, kendi kişiliğini geri çekmesini içsel olarak emreden ve bunun karşılığında da muhatap kimsede güven ve inanç duygusu yaratan bir davranış biçimidir⁴³⁷. Söz konusu bu ahlâki davranış biçimi, hukuki ilişkilerde bir yükümlülük olarak karşımıza çıkabilmektedir⁴³⁸.

⁴³⁴ Doktrinde bir kısım yazar rekabet yasağının düzenlenme nedeninin izahatında, üyenin çalışma gücünü ortaklığa tahsis etme yükümlülüğünü sadakat yükümlülüğünden ayrı ve başlıca bir düzenlenme nedeni olarak ele almaktadır, bkz. Kalpsüz, s. 351 - 352; Kayar / Çeliktas, s. 312; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 687; Karakılıç, s. 100; Hasan Karakılıç, Sermaye Şirketlerinde Rekabet Yasağından Muafiyet ve Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu, **Legal Hukuk Dergisi**, C: 18, S: 216, 2020, s. 5490. Oysaki bizce, üyenin çalışma gücünü ortaklığa tahsis etme yükümlülüğü de özünde sadakat yükümlülüğünün bir görünüş biçimidir. Bu nedenle, üyenin çalışma gücünü ortaklığa tahsis etme yükümlülüğünün rekabet yasağının bir düzenlenme nedeni olarak öngörülmesine ilişkin değerlendirmelerimize, yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğüne dair incelemelerimizde ayrıntılı bir şekilde yer vereceğiz.

⁴³⁵ Devellioğlu, s. 906.

⁴³⁶ Fischer, s. 157; Christoph Feuz, **Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH**, Zürich, Dike Verlag AG, 2017, N. 5; Wohlmann, s. 62; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 35.

⁴³⁷ Feuz, N. 5.

⁴³⁸ Bu noktada rekabet yasağı, ahlâk ve hukuk arasındaki ilişkiye kısaca değinmeyi gerektirmektedir. Şöyle ki ahlâk, bir değer sistemindeki doğru olanın tercih edilmesi, yanlış olandan kaçınılmasıdır, Işıktas, s. 83; Öztan, s. 5; Gözübüyük, s. 11 -12. Dolayısıyla ahlâk kuralları da toplumsal davranış kurallarını düzenleyen nitelikte kurallardır. Ahlâk kuralları iyi davranışın ne olduğunu cevaplar; hukuk kuralları ise haklı davranışın ne olduğu açıklamaktadır, Öztan, s. 5. Roma Hukuku’nda yer alan dürüst yaşamak (*honeste vivere*) bir ahlâk kuralı iken; başkasına zarar vermemek (*neminem laedere*) ise bir hukuk kuralıdır, Işıktas, s. 83; Öztan, s. 6; Heinrich Honsell / Theo Mayer-Maly, **Rechtswissenschaft, Die Grundlagen des Rechts**, 7. überarbeitete und ergänzte Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2017, s. 3. Ahlâk kuralları içe yönelik iken; hukuk dış davranışları esas almaktadır, Öztan, s. 9; Işıktas, s. 86. Yine ahlâk kuralları ikinin peşindeyken; hukuk adaletin gerçekleşmesini hedeflemektedir. Adaleti gerçekleştirmek aynı zamanda ikinin içinde yer aldığından, hukukun asgari etiği (ahlâki) sağladığı ifade edilmektedir, Yasemin Işıktas, “Hukukun Hukuka Aykırılığa Yol Açması Olgusu”, **Hukuk Yazıları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 39; Öztan, s. 11. Ancak hukuk, asgari etiği koruduğu için onurlu bir davranış aramamakta; tarafsız ve hukuka aykırı olmayan davranışlar ile

Sadakat yükümlülüğü⁴³⁹ (“*Treupflicht*”, “*duty of loyalty*”⁴⁴⁰) kanun koyucu tarafından genel bir kanun hükmü ile düzenlenmemiş olup; sadakat yükümlülüğünü

yetinebilmektedir. Neticede her izin verilen davranış, erdemli bir davranış olmayabilecektir, Honsell / Mayer-Maly, s. 3. Ahlâk kuralları ile hukuk düzeni birbirinden bağımsız ve ayrı olmalarına rağmen, kesişim alanları da bulunmaktadır, Öztan, s. 5; Işıktaç, s. 84. Sadakat yükümlülüğü de, bu kesişim alanında yer alan bir kavramdır, Işıktaç, s. 84. Ayrıca, MK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralının, ahlâk ile hukuk arasında bir köprü oluşturduğu ifade edilmektedir, Fischer, s. 157. Fakat bu noktada önemle üzerinde durulan husus, dürüstlük kuralının ahlâka aykırılığa oranla daha dar bir çerçeve çizdiği; ahlâka aykırı olanın dürüstlük kuralına da aykırı olacağı, ancak dürüstlük kuralına her aykırılığın da ahlâka aykırı olarak değerlendirilemeyeceğidir, Akın, s. 13. Son olarak, hukukun işlevini yerine getirebilmesi ve toplumun bir arada yaşamasının düzenlenebilmesi için, hukukun açık bir şekilde tanımlı ve öngörülebilir olması gerektiği; bu nedenle de sadece dışsal olarak algılanabilen davranışların hukuk sisteminin nesnesi olabileceği ve bu anlamda sadakat kavramının bir yükümlülük olarak ortaya çıkabilmesi için, belirli bir davranış şeklinde zuhur etmesi gerektiği, bir fikir ya da inanç boyutunda kalmaması gerektiği de vurgulanmaktadır, Fischer, s. 158.

⁴³⁹ Doktrinde sadakat yükümlülüğü ile aynı anlama gelecek şekilde “*sadakat borcu*”, “*sadakat yükümü*” “*bağlılık yükümlülüğü*”, “*bağlılık borcu*” terimleri de tercih edilmektedir. “*Sadakat borcu*” terimi için bkz. Tandoğan, s. 407; Eren, Özel Hükümler, s. 741; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 76; Helvacı, s. 89; Ansay, s. 227. “*Bağlılık yükümlülüğü*” terimi için bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 288; Kırca, (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 662; Karakılıç, s. 33. “*Bağlılık borcu*” terimi için bkz. Çamoğlu, (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 424. “*Sadakat yükümü*” terimi için bkz. Gümüş, Özen Borcu, s. 154; Aydoğan, s. 8; Şener, Ortaklıklar, s. 308 dn. 12; Şener, Ticari Temsilci, s. 339. Kanun koyucu da çeşitli hükümlerde düzenlediği sadakat yükümlülüğünü farklı terimlerle adlandırmaktadır. Şöyle ki hizmet sözleşmesinde işçinin yükümlülüklerine ilişkin TBK m. 396 hükmünün kenar başlığı “*Özen ve sadakat borcu*”; vekalet sözleşmesinde vekilin yükümlülüklerine ilişkin TBK m. 506 hükmünün kenar başlığı “*Şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme*” iken; yönetim kurulu üyesinin yükümlülüklerine ilişkin TTK m. 369 hükmünün kenar başlığı “*Özen ve bağlılık yükümlülüğü*”; limited ortaklıklarda müdürün yükümlülüklerine ilişkin TTK m. 626 hükmünün kenar başlığı “*Özen ve bağlılık yükümü, rekabet yasağı*”dır.

⁴⁴⁰ İngiliz Hukuku’nda sadakat yükümlülüğü, güven ve sadakate dayalı yükümlülüklerin (“*fiduciary duties*”) kapsamında yer almakta ve kökeni yine İngiliz Hukuku’na özgü *trust* müessesine dayanmaktadır, Fischer s. 147. Genel hatları ile *trust* müessesesi şu şekilde izah edilmektedir: *Trust* ilişkisi üç yönlü bir ilişki olup, kurucu (“*settlor*”) tarafından bir eşya (mal), yararlanacak kişiye (lehdar, “*beneficiary*”) karşı güven ve sadakate dayalı yükümlülükler üstlenen güvenilen kişiye (“*trustee*”) devredilmektedir. Bu ilişki çerçevesinde güvenilen kişi, söz konusu eşyayı yararlanacak kişinin menfaatleri yönünde yönetecektir, Erkan Küçükgüngör, “Anglo-Amerikan Hukukunda Trust Kavramı, Trust’ın Tarihi Gelişimi ve Roma Hukuku’na Dayanan Kıta Avrupası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Batider*, C: 23, S: 2, 2005, s. 7; Yaşar Karayalçın, “İngiliz Hukukunda “Trust” Kavramı ve Avrupa Hukuku”, *Ali Bozer’e Armağan*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1998, s. 665; Eylem Apaydın, “Common Law’da Trust Kavramı ve Civil Law’da Trust Alanında Güncel Gelişmeler”, *Legal Hukuk Dergisi*, C: 14, S: 160, 2016, s. 1804 – 1805. Türk doktrininde *Trust* Hukuku ve kavramına ilişkin olarak değerlendirmeler için bkz. Vasfi Reşit Sevig, “Hukuk Mukayesesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 4, S: 1, 1947, s. 256 dn. 1; Karayalçın, *Trust*, s. 651 vd.; Küçükgüngör, s. 5 vd.; Apaydın, s. 1792 vd.; Gökçe Kurtulan Güner, *Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 9 vd. İngiliz Hukuku’nda sadakat yükümlülüğü, mülkiyet hakkı ve Eşya Hukuku’na bağlı bir müesseseden doğsa da; zaman içinde vekâlet sözleşmesinde ve ortaklıklar hukukunda da kabul edilerek, uygulama alanı epey genişlemiştir, Fischer s. 147. Şöyle ki ilkin 18. ve 19. yüzyılda, taraflar arasındaki güven esasına dayanan tüm ilişkiler *trust* kavramı altında ele alınmış; ardından *trust* kavramı dar ve teknik anlamında kullanılmaya başlanmış ve bunun sonucunda güven unsurunun ağır bastığı ilişkiler, güven ve sadakate dayalı ilişki (“*fiduciary relationship*”) olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle *trust* müessesinin, güven ve sadakate dayalı ilişkilerin en klasik ve en eski örneği olduğu ifade edilmektedir, Kurtulan Güner, s. 210.

Güven ve sadakate dayalı ilişkilerin özellikleri ise, güven unsurunun öneminin diğer ilişkilere nazaran yüksek olması ve bunun neticesinde güvenen tarafın diğer tarafa kendini bağımlı hissetmesi ile bir tarafın diğer tarafın menfaatlerini etkileyebilme gücüdür, Kurtulan Güner, s. 210 – 211. Güven ve

tanımlayan bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Doktrinde en çok benimsenen tanım⁴⁴¹ uyarınca sadakat yükümlülüğü, “*kişisel güven ilişkilerinde güvenilen taraflara taalluk eden hukuki bir değeri olan diğer tarafın menfaatlerinin kendi menfaatlerine galebe çalmasına izin verildiği ve bu menfaatlerin ilgili hukuki ilişkinin amacı çerçevesinde bu kişi tarafından korunmasına yönelik bir yükümlülük*”⁴⁴²tür.



sadakate dayalı ilişkilerde sadakat yükümlülüğü, güvenilen tarafın en temel yükümlülükleri arasında gösterilmektedir, Kurtulan Güner, s. 211. Bu ilişkide güvenilen taraf daima, güvenen tarafın menfaatlerini esas alarak hareket edecektir. Doktrinde sadakat yükümlülüğünün görünüm biçimleri olan güvenilenin kendi menfaatleri ile güvenenin menfaatleri arasında çatışma yaratmama yükümlülüğü (“*no conflict rule*”) ve güvenilenin kendi pozisyonunu kullanarak kendi lehine şahsi menfaat elde etmeme yükümlülüğünün (“*no profit rule*”), güven ve sadakate dayalı yükümlülüklerinin çekirdeği olduğu öngörülmektedir, Kurtulan Güner, s. 212 – 213. Türk doktrinde güven ve sadakate dayalı yükümlülükler hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Baş Süzel, s. 196 vd.; Kurtulan Güner, s. 209 vd.

⁴⁴¹ Feuz, N. 9.

⁴⁴² Wohlmann, s. 52 (Akin, s. 13’ten naklen).

Sadakat yükümlülüğünün hukuki niteliğinin, MK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralından⁴⁴³ doğan bir yan yükümlülük⁴⁴⁴ olduğu kabul edilmektedir⁴⁴⁵. Esas

⁴⁴³ Bütün hakların kullanılmasında ve borçların ifasında herkesin uymakla yükümlü olduğu kural, MK m. 2 f. 1 kapsamında dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı doktrinde “*objektif iyiniyet*”, “*objektif hüsnüniyet*”, “*doğruluk ve güven kuralları*” şeklinde de adlandırılabilir, Öztan, s. 182; Gözübüyük, s. 207; Bilge, s. 270; Akın, s. 3. Dürüstlük kuralı, dürüst, namuslu ve makul bir kimseden beklenen bir davranış şekli olup; bir davranışın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı toplumda hakim olan ahlak kuralları, geçerli adetler ve hakların kaynağı olan ilişkilerin amacına göre tespit edilmektedir, Oğuzman / Barlas, s. 266 - 267. Dürüstlük kuralı, kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, sadık ve doğru bir şekilde davranmasını gerektirmektedir, Heinz Hausheer/ Manuel Jaun, **Stämpfli Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2003, Art. 2 ZGB, N. 3. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı; başka bir ifadeyle hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir. Zira hak sahibi kimseler, hakların kullanımında tamamen özgür olmayıp; hakları, amacına göre kullanmak zorundadır, Oğuzman / Barlas, s. 270; Öztan, s. 189. Doktrinde her iki fıkra arasındaki ilişki tartışmalıdır. Şöyle ki bir görüş, MK m. 2 f. 1 ve f. 2’nin her ne kadar yakından ilişkili olsalar da farklı işlevleri olduğunu kabul ederek, f. 1’de düzenlenen dürüstlük kuralını kanun ve hukuki işlemleri yorumlayıcı ve tamamlayıcı; f. 2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının ise kanun veya sözleşme hükmünü düzeltici işlevinin olduğunu öngörmektedir, Heinz Hausheer / Regina Elisabeth Aebi-Müller, **Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht**, Hausheer Heinz / Walter Hans Peter (Hrsg.), Bern, Stämpfli Verlag AG, 2012, Art. 2 ZGB, N. 58 vd; Serozan, s. 277 vd.; Öztan, s. 183. Diğer bir görüş ise, her iki fıkranın temelinde yatan düşüncenin aynı olduğunu, f. 1’de dürüst davranışın gerekliliğini, f. 2’de ise dürüstlük kuralına aykırı davranışların yasaklandığını, zira bir hak dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığı takdirde, hakkın kötüye kullanılmış olacağını, dolayısıyla dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlı olduğunu kabul etmektedir, Oğuzman / Barlas, s. 265 vd.; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 41; Bilge, s. 271; Gözübüyük, s. 207 vd. Bu görüş uyarınca, hakkın kötüye kullanılması yasağı dürüstlük kuralının bir uygulama yönü olduğundan f. 1 ve f. 2’nin uygulama alanları ayrı ayrı değil; dürüstlük kuralının içinde bir bütün olarak ele alınmalıdır, Oğuzman / Barlas, s. 292. Biz de bu görüşe katılarak, çalışmamızda dürüstlük kuralını bu anlamda kullandığımızı ifade etmek isteriz.

Dürüstlük kuralı gerek özel hukuka gerekse kamu hukukuna uygulanan temel bir hukuk prensibidir, Oğuzman / Barlas, s. 267; SHK - Hausheer / Jaun, Art. 2 ZGB, N. 2; Bilge, s. 271; Akın, s. 7. Dürüstlük kuralı, hakların kullanılması ve borçların ifasının yanı sıra, kanun hükümlerinin yorumunda ve kanun boşluklarının doldurulmasında; kanuna karşı hilenin önlenmesinde; hukuki işlemin oluşması, yorumlanması ve tamamlanmasında; yan yükümlülüklerin doğumunda; sözleşmelerin değiştirilmesinde veya sona erdirilmesinde de uygulama alanı bulmaktadır, Oğuzman / Barlas, s. 293 vd.

⁴⁴⁴ Bir borç ilişkisinde borçlu taraf, kanun veya sözleşme ile kararlaştırılan yükümlülüğünü ifa etmekle mükelleftir. Söz konusu bu yükümlülüklerin çoğunlukla asli yükümlülükler olduğu kabul edilmektedir. Asli yükümlülükler, borç ilişkisinin temel karakterine ilişkindir, örneğin satım sözleşmesinde, alıcının malın bedelini ödeme yükümlülüğü, satıcının satılan malın mülkiyetini alıcıya devretme yükümlülüğü; hizmet sözleşmesinde işçinin iş görme yükümlülüğü, işverenin ücret ödeme yükümlülüğü gibi, Oğuzman / Barlas, s. 308; Akın, s. 8; Gümüş, Özen Borcu, s. 117; BK - Hausheer / Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 127; SHK - Hausheer / Jaun, Art. 2 ZGB, N. 59. Fakat borçlunun asli yükümlülüklerinin yanında, dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükleri (*Nebenpflichten*) de mevcut olabilmektedir, Oğuzman / Barlas, s. 308 vd.; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 41 vd. Şöyle ki bu yan yükümlülükler, borçlunun asli yükümlülüğünü doğru ve tam bir şekilde yerine getirmesine hizmet eden, alacaklıya bağımsız bir ifa talebi bahşetmeyen fakat ihlali halinde alacaklının zararını tazmin edebileceği nitelikte yükümlülüklerdir, Gümüş, Özen Borcu, s. 117 – 118; Akın, s. 10. Yan yükümlülüklerin bir kısmı ifaya yardımcı, diğer bir deyişle borçlunun ifasının doğru ve tam bir şekilde gerçekleşmesine hizmet eden nitelikte olup; bunlara örnek olarak bakım, muhafaza, bilgi verme, işbirliği yükümlülükleri verilebilir. Yan yükümlülüklerin diğer bir kısmı ise koruyucu yan yükümlülüklerdir. Koruyucu yan yükümlülükler ise, borçlunun ediminin ifası ile bir ilgisi bulunmayıp; alacaklıyı, ifa nedeniyle uğrayabileceği zararlardan korumayı amaçlamaktadır, Akın, s. 10 – 11. Sadakat yükümlülüğünün bu anlamda ifaya yardımcı yan yükümlülüklerden olduğu kabul edilmektedir, Akın, s. 14. Zira sadakat yükümlülüğü, borçlunun ifasının tam ve doğru bir şekilde gerçekleşmesine yardımcı ve edimin yerine getirilmesinde

itibariyle sadakat yükümlülüğü, özünde bir davranış kuralı olup; sadakat yükümlülüğünün kapsamı ve içeriği, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre tayin edilecektir⁴⁴⁶.

Sadakat yükümlülüğünün unsurlarını şu şekilde tarif edebiliriz. Şöyle ki ilkin sadakat yükümlülüğünün, bir hukuki ilişkide yer alan tarafların arasında kişisel güven bağının bulunduğu ve tarafların birbirlerinin kişisel ve mali değerlerini etkileyebilme imkânına ve gücüne sahip olduğu sürekli borç ilişkilerinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁴⁴⁷. Zira bu tür ilişkiler, taraflar arasındaki hukuki ilişki gereği karşı tarafın kişisel ve mali değerlerini, diğer bir anlatımla menfaatlerini etkileyebilme gücü olan tarafın, bu gücünü her zaman karşı tarafın aleyhine kullanması ve fırsatçı davranması riskini barındırmaktadır⁴⁴⁸.

İkinci olarak sadakat yükümlülüğünün, temelde bir menfaat koruma yükümlülüğü ("*Interessenwahrungspflicht*") olduğu doktrinde dile getirilmektedir⁴⁴⁹. Açık bir anlatımla, hukuki ilişkinin taraflarından biri bu ilişkideki edimlerini yerine getirirken, karşı tarafın menfaatini korumak ve gözetmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün biri aktif (olumlu) diğeri pasif (olumsuz) olmak üzere iki bileşenden oluştuğu kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Şöyle ki aktif bileşen; karşı tarafın menfaatlerinin gözetilerek hareket edilmesi, karşı tarafın yararına olacak davranışlarda bulunulması ve karşı tarafın menfaatleri karşısında kendi menfaatinin arka plana atılmasıdır. Bu kapsamda sadakat yükümlülüğü bulunan tarafın, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin amacının gerçekleşmesine hizmet amacıyla, her şeyi bilfiil yapması - örneğin menfaat

karşı tarafa zarar verebilecek sonuçlardan korumaya ilişkindir, Gümüş, Özen Borcu, s. 156 – 157; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 42.

⁴⁴⁵ Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 46 vd.; Akın, s. 13; Altay, Anonim Ortaklıklar, s. 631; Ayan, s. 34. Vekilin sadakat yükümlülüğünün MK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralından doğduğu yönünde bkz. Yuk. Birinci Bölüm, II. B.; işçinin sadakat yükümlülüğünün MK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralından doğduğu yönünde bkz. Yuk. Birinci Bölüm, II. A. Ayrıca doktrinde, Yargıtay'ın (Ticaret Dairesi, Tarih: 03.04.1967, E: 65 /1343, K: 67 / 1352 (Batider, C: 4, S: 3, 1968, s. 554 vd.) kararı referans gösterilerek, genel kurul kararının iptaline ilişkin davalarda, sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak tanımlanabilecek durumları dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirme eğilimi olduğu belirtilmektedir, Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 46 ve dn. 199; Moroğlu, s. 238 – 239 ve dn. 424. Türk doktrininde sadakat yükümlülüğünün dogmatik temelleri açısından görüşler ve kapsamlı değerlendirmeler için bkz. Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 35 vd.

⁴⁴⁶ Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 16; Altay, Anonim Ortaklıklar, s. 626.

⁴⁴⁷ Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 16; Akın, s. 22 - 23; Feuz, N. 9.

⁴⁴⁸ Fischer, s. 142.

⁴⁴⁹ Wohlmann, s. 10; Würsch, s. 5; Homburger, Art. 717 OR, N. 773, 817; Sommer, s. 26; Fischer, s. 149; Feuz, N. 9.

⁴⁵⁰ Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 599; Sommer, s. 17 vd.; Fischer, s. 150 vd.; Feuz, N. 9.

çatışmasına sebebiyet verebilecek durumlar için önlem alması - gerekmektedir⁴⁵¹. Pasif bileşen ise, karşı tarafın menfaatlerine aykırı olabilecek her türlü şeyden kaçınılmasıdır. Diğer bir deyişle sadakat yükümlülüğünün pasif yönü, karşı tarafın menfaatlerine ters düşecek veya zedeleyebilecek her türlü hareket ve işlemden kaçınılması zorunluluğudur⁴⁵². Bu bağlamda sadakat yükümlülüğü bir kaçınma, yapmama yükümlülüğüdür⁴⁵³. Bu aynı zamanda menfaat çatışması doğabilecek davranışlardan da kaçınmayı gerektirmektedir. Sadakat yükümlülüğünün bu özelliği sonucunda çeşitli davranış yükümlülükleri de ortaya çıkmaktadır, örneğin kendisiyle işlem yapmama, rekabetçi faaliyetlerde bulunmama gibi⁴⁵⁴. Her iki bileşen de, karşı tarafın kişisel ve mali değerlerini etkileyebilme gücü olan tarafın, bu gücünü karşı tarafın aleyhine kullanmasını engellemeye yöneliktir⁴⁵⁵. Dolayısıyla sadakat yükümlülüğünün, yasal bir düzenleme veya bir sözleşme uyarınca, bir kişinin bir başkasının menfaatlerini koruması ve bu koruma uğruna kendi menfaatlerini göz ardı etmesi gereken tüm hukuki ilişkilerde mevcut olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁴⁵⁶. Bu tür ilişkilere örnek olarak Borçlar Hukuku'nda hizmet ilişkisinde işçinin işverene karşı (TBK m. 396 f. 1), vekalet ilişkisinde vekilin müvekkiline karşı (TBK m. 506 f. 2); Ortaklıklar Hukuku'nda ise adi ortaklıkta ortakların ortaklığa karşı (TBK m. 626) sadakat yükümlülüğünü gösterebiliriz.

Üçüncü olarak, sadakat yükümlülüğünün sınırını, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin amacı çizecek olup; taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kapsamı dışında sadakat yükümlülüğü bağlayıcı bir etki göstermeyecektir⁴⁵⁷. Şöyle ki, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin amacı, aynı zamanda karşı tarafın “korunan ve diğer menfaatlerden üstün tutulan menfaat alanını” da belirlemektedir. Zira, taraflar arasındaki menfaat çatışması da ancak anılan alanda gerçekleşebilecektir. Örneğin bir vekil belirli bir finansal konuda danışmanlık hizmeti sunma işini görmeyi üstlenmişse; vekilin sadakat yükümlülüğü anılan iş kapsamındadır. Bu ilişki kapsamında müvekkil

⁴⁵¹ Fischer, s. 150; Tandoğan, s. 407; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 79; Gümüş, Özen Borcu, s. 157; Feuz, N. 9.

⁴⁵² Fischer, s. 150 - 151; Tandoğan, s. 407; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 79; Gümüş, Özen Borcu, s. 157.

⁴⁵³ Sommer, s. 18; Fischer, s. 150 - 151.

⁴⁵⁴ Fischer, s. 151.

⁴⁵⁵ Feuz, N. 9.

⁴⁵⁶ Fischer, s. 149.

⁴⁵⁷ Wohlmann, s. 68; Feuz, N. 9.

örneğin kendi üye olduğu bir siyasi partiye, vekilin de üye olmasını sadakat yükümlülüğü kapsamında ileri süremez.

Dördüncü olarak doktrinde sadakat yükümlülüğünün emredici nitelikte olduğu, bu nedenle bir bütün olarak sözleşme ile yahut ortaklık sözleşmesi ile bertaraf edilemeyeceği; ancak sadakat yükümlülüğünün bazı görünüş biçimlerinde, örneğin rekabet etmeme yükümlülüğünde⁴⁵⁸, ortaklık fırsatlarından yararlanma hallerinde, karşı tarafın bu yükümlülüklerden vazgeçebileceği veya izin verebileceği kabul edilmektedir⁴⁵⁹.

Bütün bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, sadakat yükümlülüğü çok sayıda hukuki ilişkide⁴⁶⁰ yer alan ve geniş bir uygulama alanına sahip olan bir yükümlülüktür. Aşağıda bu hukuki ilişkilerden biri olarak, anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünü detaylı bir şekilde izah etmeye çalışacağız.

2. Yönetim Kurulu Üyesinin Sadakat Yükümlülüğü

a. Kaynağı

Yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğü, üye ile anonim ortaklık arasındaki karşılıklı güven esasına dayanan hukuki ilişkinin (sözleşmenin) varlığından kaynaklanmaktadır⁴⁶¹⁴⁶². Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin

⁴⁵⁸ Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının genel kurul kararı veya ana sözleşme ile kaldırılması hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, II., B.

⁴⁵⁹ Sommer, s. 59; Fischer, s. 163; Akdağ Güney, s. 204.

⁴⁶⁰ Sadakat yükümlülüğün yer aldığı hukuki ilişkilerden Borçlar Hukuku'nda yer alan hizmet ve vekalet sözleşmeleri hakkında açıklamalarımız için bkz. Yuk. Birinci Bölüm, II. Ortaklıklar Hukuku'nda yer alan ortaklık tipleri hakkında açıklamalarımız için bkz. Yuk. Birinci Bölüm, III.

⁴⁶¹ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 158; Çamoğlu, s. 76; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 424; Ansay, s. 134; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 231; Kalpsüz, s. 351; Altay, Anonim Ortaklıklar, s. 627; Aydoğan, s. 9 - 10; Franko, s. 25; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 656; Hacımahmutoğlu, s. 129; Yıldırım, s. 66 dn. 245; Kayar / Çeliktas, s. 312; Ayan, s. 47; Karakılıç, s. 96.

⁴⁶² İngiliz Hukuku'nda da yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler ("*fiduciaries*") ile ortaklık arasında güven ve sadakat yükümlülüğüne dayanan bir ilişki olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, yönetim kurulu üyeleri, kendisine tanınan yetkilerini ortaklık (lehdar, "*beneficiary*") menfaatine kullanmakla yükümlüdür, Hacımahmutoğlu, s. 102 – 103. Diğer bir deyişle, üye ortaklık menfaatlerini gerçekleştirmek yönünde çaba göstermeli ve ortaklıktaki konumu nedeniyle elde ettiği bilgileri kendi menfaati yönünde kullanmaktan kaçınmalıdır, James E. Nervi, "Corporate Opportunity -Miller v. Miller-Proper Application of the Fairness Doctrine in the Corporate Opportunity Area", **Journal of Corporation Law**, C: 2, S: 2, 1977, s. 405; James C. Slaughter, "The Corporate Opportunity Doctrine", **Southwestern Law Journal**, Cilt: 18, Sayı: 1, 1964, s. 96. Bu noktada son olarak belirtmeliyiz ki, Türk doktrininde "*fiduciary*" kavramının sadakat ve özen yükümlülüğünü kapsayan üst bir kavram olduğu dile getirilmekle birlikte; Türk Hukuku açısından "*fiduciary*" kavramını karşılayan tek bir terimin bulunmadığı da ifade edilmektedir. Baş Sözel, s. 196; Kurtulan Güner, s. 209 dn. 838.

nitelemesinde de ayrıntılı bir şekilde incelediğimiz üzere, üye ile ortaklık arasındaki hukuki ilişki, iş görme sözleşmelerinden vekâlet veya hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir⁴⁶³. Her iki hukuki ilişkide gerek vekil müvekkiline karşı, gerek işçi işverenine karşı sadakat yükümlülüğü altındadır. Esasen yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğünün özünde, kendisine ait olmayan bir malvarlığını yönetmesi gerçeği yatmaktadır⁴⁶⁴. Bu nedenle üye, söz konusu malvarlığını sahibi olan ortaklığa karşı görevini yerine getirirken sadakatle davranmakla yükümlüdür.

ETK zamanında yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğü açık bir kanun hükmü ile düzenlenmemiş olup; doktrin tarafından yönetim kurulu üyesinin müzakerelere katılma yasağı (ETK m. 332), ortaklıkla işlem yapma yasağı (ETK m. 334) ve ortaklıkla rekabet etme yasağı (ETK m. 335) sadakat yükümlülüğünün özel uygulanma halleri olarak mütalaa edilmekteydi⁴⁶⁵.

TTK sisteminde ise sadakat yükümlülüğü açık bir kanun hükmü ile düzenlenmiştir. Şöyle ki, “*özen ve bağlılık yükümlülüğü*” başlıklı TTK m. 369 f. 1 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve ortaklığın menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Söz konusu bu hükümde yönetim kurulu üyesinin hem özen yükümlülüğü⁴⁶⁶ hem de sadakat yükümlülüğü birlikte ele alınmaktadır.

b. Anlamı ve İşlevi

ba. Sadakat Yükümlülüğünün Ölçüsü: Ortaklık Menfaati

TTK m. 369 f. 1 hükmünde yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğü, “*ortaklık menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek*” şeklinde formüle edilmiştir⁴⁶⁷. Bu formül, ortaklığın amacını gerçekleştirmek üzere yürüttüğü

⁴⁶³ Bkz. Yuk. İkinci Bölüm, I., B.

⁴⁶⁴ Hans-Jörg Krämer, *Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft im Rahmen der Organhaftung in Abgrenzung zum Gesellschaftsinteresse und unter Berücksichtigung US-amerikanischer Rechtsprechung und Literatur*, Tenea, 2002, s. 12.

⁴⁶⁵ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 76; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 299; Helvacı, s. 89; Altay, Anonim Ortaklıklar, s. 627; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 231; Okutan Nillson, s. 143.

⁴⁶⁶ Özen yükümlülüğüne ilişkin açıklamalarımız için bkz. Aşa. İkinci Bölüm, III., B., 2., e.

⁴⁶⁷ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), *Ortaklıklar I*, s. 424; Tekinalp, s. 159; Altay, Yetki Devri, s. 208; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 662.

faaliyetler neticesinde türlü menfaatlerle ve daha doğrusu menfaat çatışmalarıyla karşılaşabilen yönetim kurulu üyesinin, söz konusu menfaatler ile ortaklık menfaati arasında ayırım yaparak, ortaklık menfaatini esas almasını gerektiğini öngören bir davranış kuralı şeklinde izah edilmektedir⁴⁶⁸. Şöyle ki, anonim ortaklık gerek ekonomik gerek sosyal işlevi ve niteliği bakımından, birbirinden farklı birden fazla menfaat grubunu bünyesinde barındırmaktadır⁴⁶⁹. Bu menfaat grupları, ortaklığın kendisi ve ortaklık ile doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulunan ve bu ilişkiden elde etmeyi umut ettikleri menfaatleri birbirinden farklı olan ve çoğu zaman birbiriyle çatışan pay sahipleri, çalışanlar, müşteriler, alacaklılar ve kamu olarak sayılmaktadır⁴⁷⁰. Bu noktada, ortaklığın iş ve işlemlerini yürütmek ve ortaklığın temsilini sağlamakla görevli yönetim kurulu üyelerinin de, vazifelerini yerine getirirken söz konusu menfaat grupları ile kendi menfaatleri arasında karşı karşıya kalması son derece olağan ve mümkün bir durumdur⁴⁷¹.

İşte bu noktada TTK m. 369 f. 1 hükmü ile düzenlenen sadakat yükümlülüğü, üyenin birden fazla menfaatle karşılaştığı takdirde nasıl hareket etmesini gösteren ve her zaman ortaklığın menfaatini diğer menfaatlere nazaran ön planda tutması yönünde üyeye bir yükümlülük öngören bir düzenlemedir⁴⁷². Başka bir ifadeyle, ortaklığın menfaatlerinin korunmasında yönetim kurulu üyesi tarafından birden fazla menfaatin doğru bir şekilde ele alınması, sadakat yükümlülüğünün özünü oluşturmaktadır⁴⁷³. Yönetim kurulu üyesinin ortaklık menfaatlerini ön planda tutmasının sınırını ise

⁴⁶⁸ Altay, Yetki Devri, s. 208; Hans Caspar von der Crone, "Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit", **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, 2006/1, s. 7 – 8.

⁴⁶⁹ Ali Paslı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004, s. 5 vd.; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 19; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 246; Mehmet Helvacı / Emin Çamurcu / İsmail

Türkyılmaz, "Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 311.

⁴⁷⁰ Sommer, s. 17; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 19; Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 3 N. 2; Helvacı / Çamurcu / Türkyılmaz, s. 311.

⁴⁷¹ Sommer, s. 17; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 19; Ayan, s. 47 - 48.

⁴⁷² Sommer, s. 17; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 662; Helvacı / Çamurcu / Türkyılmaz, s. 313. Hükmün gerekçesinde bu durum şu şekilde izah edilmektedir: "Bu yüküm ile, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hakim pay sahibinin veya pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hakim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder. Hüküm yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına sokar; içerden öğrenenlerin ticareti yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uymasını zorunlu tutar."

⁴⁷³ Sommer, s. 17.

dürüstlük kuralı oluşturmaktadır⁴⁷⁴. Bu noktada ortaklığın menfaatlerinin gözetilmesinin dürüstlük kuralı uyarınca makul, beklenebilir olması gerektiği de vurgulanmalıdır. Zira üyeden sadakat yükümlülüğü kapsamında, ortaklık menfaatinin korunması uğruna kendi şahsi malvarlığından veya sağlığından fedakârlık yapması beklenmemektedir. Sadakat yükümlülüğü, yönetim kurulu üyesinin meşru menfaatinde sınırını bulacak olup; üyenin kişiliği ve ekonomik özel alanı korunacaktır. Üyenin meşru menfaatinin tespitinde ise somut olayın özellikleri belirleyici olacaktır⁴⁷⁵.

Yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğü genel olarak, ortaklığın menfaatlerini her zaman ön planda tutmak ve dürüstlük kuralının sınırları dahilinde ortaklığın menfaatine aykırı olabilecek hiçbir şeyi yapmamakla yükümlü olmak şeklinde ifade edilebilecektir⁴⁷⁶. Bu kapsamda, üyenin kendi menfaatleri lehine ortaklıktaki konumunu kötüye kullanmaması, ortaklığın iş fırsatlarından yararlanmaması, kendi menfaatinden ziyade ortaklığın menfaatini gözetmesi sadakat yükümlülüğünün bir gereğidir⁴⁷⁷. Sadakat yükümlülüğü seçili birtakım işlem ve işler için değil; üyenin görevini yerine getirirken her zaman uygulanacak, üyenin her zaman farkında olması gereken bir yükümlülüktür⁴⁷⁸.

Peki yönetim kurulu üyesinin gözetmekle yükümlü olduğu ortaklık menfaati neyi ifade etmektedir? Öyle ki ortaklık menfaati (“*Gesellschaftsinteresse*”) kavramı, TTK’nın bazı hükümlerinin kimi zaman lafzında açıkça yer alan⁴⁷⁹ kimi zaman ise hükmün ruhundan ve amacından varlığını hissettiren⁴⁸⁰ önemli bir kavram olup; TTK

⁴⁷⁴ Altay, Yetki Devri, s. 208; Sıtkı Anlam Altay, “Paysahibi Olmayan Kamu Tüzel Kişisini Temsil Eden Yönetim Kurulu Üyesinin Azlinde Yetki Sorunu”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 2.

⁴⁷⁵ Sommer, s. 19.

⁴⁷⁶ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 158; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 76; Ayan, s. 48; Homburger, Art. 717 OR, N. 771; Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 28 N. 25; Müller / Lipp / Plüss, s. 280.

⁴⁷⁷ Krämer, s. 13.

⁴⁷⁸ Sommer, s. 15. Zira vekalet sözleşmesinin temeli vekilin, vekalet verene ait bir işi görmesi ve bu işin görülmesinde vekalet verenin menfaatine hareket etmesidir. Bu nedenle vekilin sadakat yükümlülüğü vekâlet sözleşmesinin özünde bulunduğundan, gerek işin görülmesinde gerek vekâlet sözleşmesi sona erdikten sonra bir müddet daha varlığını korumaktadır, Tandoğan, s. 407; Eren, Özel Hükümler, s. 741; Gümüş, Cilt II, s. 147.

⁴⁷⁹ Örneğin bkz. kollektif ortaklıklarda yönetime ilişkin TTK m. 223; anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyesinin özen ve sadakat yükümlülüğüne ilişkin TTK m. 369 f. 1; anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyesinin müzakerelere katılma yasağına ilişkin TTK m. 393; anonim ortaklıklarda pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin TTK m. 437 f. 3.

⁴⁸⁰ Örneğin bkz. anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin TTK m. 392; anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla işlem yapma yasağına ilişkin

m. 369 f. 1 hükmü doğrultusunda yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğünün de odak noktasını oluşturmaktadır. Zira, üyenin sadakat yükümlülüğü, TTK m. 369 f. 1 uyarınca “ortaklık menfaatini” gözetmesi şeklinde formüle edildiğinden, ortaklık menfaati kavramı TTK m. 369 f. 1 hükmünün yorumlanmasında belirleyici niteliğe sahiptir⁴⁸¹.

Ortaklık menfaatinin tanımı TTK’da yer almamaktadır⁴⁸². Doktrinde ortaklık menfaati kavramının tam olarak neyi ifade ettiğinin izahının ve genel bir tanımı yapılmasının zorluğu ifade edilmekle birlikte⁴⁸³; teorik olarak yapılacak bir tanımın, kavramın anlamının sınırlandırılmasına yol açacağı endişesi de dile getirilmektedir⁴⁸⁴⁴⁸⁵. Ancak her halükârda, hukuk güvenliği bakımından ortaklık menfaati kavramının içeriğinin somutlaştırılmasının bir ihtiyaç olduğu ortadadır⁴⁸⁶. Zira, bir yandan yönetim kurulu üyesi, yürüttüğü faaliyetlerin ortaklık menfaatine mi yoksa ortaklık menfaatine aykırı mı olduğunu açık bir şekilde idrak edebilmesi için güvenilir göstergelere ihtiyaç duymakta; diğer yandan sadakat yükümlülüğünün ihlal

TTK m. 395 ve çalışmamızın konusu olan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet etme yasağına ilişkin TTK m. 396.

⁴⁸¹ Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 28 N. 26; Sommer, s. 36; Mehmet Helvacı / Rifat Cankat, “Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı”, **Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 521.

⁴⁸² Ortaklık menfaati başka ülke kanunlarında da tanımlanmamaktadır, Helvacı / Cankat, s. 521. Karşılaştırmalı hukukta ortaklık menfaatine kavramına yüklenen anlam arayışına dair bkz. Helvacı / Cankat, s. 522 vd.

⁴⁸³ Sommer, s. 36; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 271.

⁴⁸⁴ Bkz. TTK m. 437 hükmünün gerekçesi.

⁴⁸⁵ Ortaklık menfaati kavramına ilişkin doktrindeki tartışmalar ise *shareholder* (pay sahibi) ve *stakeholder* (menfaat sahibi) teorileri temelinde yürütülmektedir. Şöyle ki pay sahibi teorisi, pay sahibinin menfaatine odaklanmakta olup; ortaklık menfaati ile pay sahibinin menfaatini eş değer kabul etmektedir. Amaç, uzun vadede ortaklığın değerinin artması ve dolayısıyla pay sahibinin payın değerinin artmasıdır; zira pay sahipleri kâr eden bir ortaklık talep etmektedir. Buna karşılık menfaat sahibi teorisi ise, ortaklık menfaatinde sadece pay sahiplerinin değil; tüm menfaat sahiplerinin menfaatlerinin dikkate alınması gerektiğini öngörmektedir. Menfaat sahibi terimi ile, ortaklıktan belirli beklentisi veya talepleri olan ve ortaklığın amacı üzerine etkisi olabilecek kişiler veya gruplar kastedilmektedir. Böylelikle bu teori ortaklık menfaatini tayin ederken, pay sahibi menfaatinin yanında, özellikle yönetim kurulu, üst düzey yönetim, işçiler, müşteriler, tüketiciler, tedarikçiler, alacaklılar ve devletin de menfaatlerini esas almaktadır. Söz konusu menfaat gruplarının menfaatleri oldukça çeşitlidir ve üstelik birbiriyle çatışmaktadır. Örneğin, işçiler iyi ücret, güvenli bir iş beklentisinde iken; devlet ise istihdam gücünün korunması ve genişlemesi ile birlikte vergi beklentisinde, alacaklılar ise ortaklığın borçlarının düzenli ödemesine ilişkin beklenti içindedir, Sommer, s. 38 – 39; Mischa Kissling, **Der Mehrfachverwaltungsrat, Die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer- und Sozialversicherungsrechts**, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2006, s. 22; Helvacı / Cankat, s. 540 – 542. Türk doktrinde ortaklık menfaati kavramındaki teori ve görüşlerin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Ayan, s. 49 vd.

⁴⁸⁶ Ayan, s. 49; Ömer Korkut, “Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması”, **Çukurova Üniversitesi İİBF Dergisi**, C: 11, S: 2, 2007, s. 2.

edilip edilmediğinin yargı makamları tarafından değerlendirilebilmesi için de ortaklık menfaatlerinin somutlaşmış olması gerekmektedir⁴⁸⁷.

Anonim ortaklıkta ortaklık menfaati ana hatlarıyla, ortaklığın hukuki ve ekonomik varlığının en iyi şekilde idame ettirilmesinin sağlanması şeklinde ifade edilmektedir⁴⁸⁸. Ortaklık menfaatinin somutlaştırma çabasında ise, ilkin ve belki de en önemli unsur, ortaklığın ana sözleşmesinin konu ve amaç hükmü olacaktır⁴⁸⁹. Yönetim kurulu üyesi, görevini yerine getirirken gerçekleştirdiği tüm faaliyetlerde (karar alma, kararı yürütme, iş ve işlemler, davranışlar gibi) ortaklığın amacına hizmet etmelidir. Ortaklık menfaati, ortaklığın amacı doğrultusunda ortaklığın varlığını, işleyişini koruyan her şeyi kapsamaktadır⁴⁹⁰. Bu kapsamda ortaklık menfaati, ortaklığın uzun vadede kârlılığını sağlamayı ve ortaklığın varlığını güvence altına almayı gerektirmektedir⁴⁹¹.

Ortaklığın süresi de ortaklık menfaatinin somutlaşmasına yardımcı olabilmektedir⁴⁹². Zira, süresi belirli veya süresiz olarak kurulmuş anonim ortaklıklar da, üyelerin yaptıkları işlemler ve davranışlar da ortaklığın süresine veya süresiz olmasına göre ortaklık menfaatine olup olmadıkları değişiklik göstermektedir. Ayrıca, ortaklık menfaatinin belirlenmesinde ana sözleşmenin diğer hükümleri ve ortaklıkta bulunan ikincil düzenlemeler de rol oynayabilmektedir⁴⁹³. Öte yandan, ortaklık menfaati belirlenirken ortaklığın ekonomik, politik ve sosyal çevresi ile kendine özgü özellikleri de dikkate alınmalıdır⁴⁹⁴. Ancak belirtmeliyiz ki, ortaklık menfaati kavramının değerlendirilmesi, somut olaylara son derece bağlılık arz eden bir konudur⁴⁹⁵.

TTK m. 369 f. 1’de düzenlenen yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğüne tekrar döndüğümüzde, yönetim kurulu üyeleri açısından bir davranış ölçüsü olarak, kanun koyucu tarafından ortaklık menfaati diğer tüm menfaatlerden üstün tutularak,

⁴⁸⁷ Sommer, s. 36.

⁴⁸⁸ Helvacı / Çamurcu / Türkyılmaz, s. 311.

⁴⁸⁹ Krämer, s. 47 vd.; Hölter Komm. – Weber, § 76 AktG, N. 19; Helvacı / Çamurcu / Türkyılmaz, s. 311; Kırca (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 271; Altay, Anonim Ortaklıklar, s. 623; Sommer, s. 56; Korkut, s. 5.

⁴⁹⁰ Krämer, s. 47.

⁴⁹¹ Hölter Komm. – Weber, § 76 AktG, N. 19.

⁴⁹² Helvacı / Çamurcu / Türkyılmaz, s. 311 – 312.

⁴⁹³ Helvacı / Çamurcu / Türkyılmaz, s. 312; Sommer, s. 56.

⁴⁹⁴ Sommer, s. 57 – 58.

⁴⁹⁵ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 383.

yönetim kurulu üyesi tarafından daima gözetilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Zira anonim ortaklıkta, ortaklık da dahil olmak üzere birden fazla menfaat grubu bulunmaktadır ve ortaklık menfaati de çoğu durumda, diğer menfaat sahiplerinin menfaatiyle çelişki ve çatışma içindedir. Yönetim kurulu üyesi, ortaklık menfaatinin üstün tutmalı, ancak bunu yaparken dürüstlük kuralına bağlı kalmalıdır. Dürüstlük kuralı, ortaklık menfaatinin ne derece üstün tutulacağını ve ne derecede diğer menfaatlere ağırlık verileceğini belirleyecektir.

bb. İşlevi: Sorumluluk

Yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğü, üye aleyhine ikame edilebilecek TTK m. 553 vd.'da düzenlenen sorumluluk davası ile yakından ilgilidir. Zira yönetim kurulu üyesinin sadakat (ve özen) yükümlülüğünün ihlali, TTK m. 553 kapsamında kanundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmektedir⁴⁹⁶. Yönetim kurulunun sadakat yükümlülüğü sorumluluk hukuku ile yakından bağlantılı bir davranış kuralı olması nedeniyle de; sadakat yükümlülüğünün önleyici ve kontrol edici bir işleve sahip olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁷.

Yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğü, temelde bir menfaat koruma yükümlülüğü olup; bu yükümlülüğün aktif ve pasif bileşenleri mevcuttur. Aktif bileşen olarak, yönetim kurulu üyesi faaliyetlerini ortaklık menfaatleri doğrultusunda yürütmekle; tüm bilgi, yeteneği ve deneyimi ile ortaklığın menfaatlerini desteklemekle ve ortaklığın amacını gerçekleştirmek üzere *proaktif* çalışarak gerekli önlemleri almakla yükümlüdür⁴⁹⁸. Pasif bileşen olarak ise, yönetim kurulu üyesi hiçbir şekilde ortaklığın menfaatleri karşısında başkalarının menfaatlerine öncelik vermemekle; ortaklığın menfaatinin aleyhine olabilecek her türlü şeyden kaçınmakla yükümlüdür⁴⁹⁹. Yönetim kurulu üyesinin faaliyetlerinde esas olan kıstas, üyenin yaptığı işlemin veya davranışın ortaklığın yararına mı yoksa zararına mı olacağı

⁴⁹⁶ Altay, Yetki Devri, s. 252; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 76; Tekinalp, s. 271; Akdağ Güney, s. 207; Sommer, s. 16; Guy Mustaki, "Obligations Et Responsabilité Des Organes Dirigeants Découlant Des Normes De Corporate Governance", *La Semaine judiciaire – doctrine*, 2006/5, s. 216; Ayan, s. 49.

⁴⁹⁷ Altay, Yetki Devri, s. 205 vd.; Sommer, s. 16.

⁴⁹⁸ Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 599; Müller / Lipp / Plüss, s. 280; Sommer, s. 18; Akdağ Güney, s. 205.

⁴⁹⁹ Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 28 N. 25, 27; Mustaki, 217; Kissling, N. 92; Sommer, s. 18.

sorusudur. Yönetim kurulu üyesinin, ortaklığın menfaatleri ile örtüşmeyen; diğer bir ifadeyle çatışan menfaatleri bir kenara kaldırması gerekmektedir⁵⁰⁰.

Bu bağlamda, ortaklık menfaatlerinin koruması, ortaklık menfaatlerine ek olarak üyenin kendi veya üçüncü kişilerin menfaatlerini gözetme ihtimalinde tehlikeye düşecektir. Zira, üyenin menfaatleri ile ortaklık menfaati birbirine ters düşer, diğer bir deyişle çatışırsa; bu durum üyenin ortaklık işleri bakımından tarafsız davranmasını zorlaştıracak ve dolayısıyla üyenin özgür iradesini etkileyecektir. Yönetim kurulu üyesinin belirli bir konuyla ilgili olarak birkaç menfaati temsil etmesi ve bu nedenle bir menfaatin korunmasının bir başkasının korunmasına zarar vermesi veya zarar verme ihtimalinde menfaat çatışmasının varlığı kabul edilmektedir⁵⁰¹. Zira, anonim ortaklıkta çatışan menfaatler arasında, yönetim kurulu üyesinin menfaati ile ortaklık menfaatinin de bulunabileceği kuşkusuzdur. Şöyle ki, anonim ortaklıktaki çatışan menfaat grupları arasında, ortaklık menfaatinin üstün tutulması gerekliliği; yönetim kurulu üyesi veya yakınlarının menfaatleri ile ortaklık menfaatleri karşı karşıya geldiğinde, başka bir deyişle üyenin veya üyenin yakının menfaati ile ortaklık menfaati çatışmasında, diğer menfaat çatışmalarından daha çarpıcı bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu tür durumlarda üyenin, menfaat çatışması olmasaydı vereceği kararın aksi yönde bir karar alma eğilimi göstermesi kuvvetle muhtemeldir. Başka bir ifadeyle, üyenin kendi menfaatlerini ortaklık menfaatinden üstün tutmayı tercih etmesi, insan tabiatına göre gayet olasıdır⁵⁰². Bu nedenle, bu tür durumlarda üyenin ortaklık işlerine dair kararları, artık ortaklık menfaatine en uygun kararlar sayılamayacaktır⁵⁰³. İşte bu yönden de TTK m. 369 f. 1, üyeye bu tür menfaat çatışmalarına ilişkin izleyeceği yol hakkında ışık tutmaktadır. Yönetim kurulu üyesi sadakat yükümlülüğü gereği, ortaklık iş ve işlemlerini yürütürken, hep ortaklık menfaatini gözetmeli; üye kendisinin, yakınlarının, belirli pay grupları tarafından seçilmişse bu kimselerin aleyhine olsa bile tercihini hep ortaklık menfaatinden yana kullanmalıdır⁵⁰⁴.

Kanun koyucu ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasındaki menfaat çatışmalarını önlemek amacıyla TTK m. 369 f. 1 hükmünde belirttiği genel kuralın

⁵⁰⁰ Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 600.

⁵⁰¹ Sommer, s. 88.

⁵⁰² Kalpsüz, s. 351.

⁵⁰³ Sommer, s. 85.

⁵⁰⁴ Guy Mustaki / Luca Urben, “Prévention Et Gestion Des Conflits D’intérêts Des Administrateurs”, **La Semaine judiciaire - doctrine**, 2014/5, s. 111; Altay, Kamu Tüzel Kişisinin Temsili, s. 2.

yanında; bazı özel durumlara ilişkin de özel hükümler öngörmüştür. Bu tür durumlara örnek olarak üyenin, kendisinin ortaklık dışı kişisel menfaatiyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin, kişisel ve ortaklık dışı menfaatiyle ortaklık menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılma yasağı (TTK m. 393); üyenin ortaklıkla kendisi veya başkası adına işlem yapma yasağı (TTK m. 395); üyenin ortaklıkla rekabet yasağı (TTK m. 396) verilebilecektir. Anılan düzenlemeler, ortaklığın menfaatinin korunmasına hizmet etmektedir. Bu sebeptendir ki söz konusu bu yasaklar doktrinde sadakat yükümlülüğünün görünüş biçimleri veyahut özel uygulanma alanları olarak adlandırılmaktadır⁵⁰⁵.

c. Muhatabı ve Lehdarı

TTK m. 369 f. 1 hükmünde düzenlenen sadakat yükümlülüğü, yönetim kurulu üyesi ile yönetimle görevli üçüncü kişilere yöneliktir. Hükmün lafzından sadakat yükümlülüğünün sadece bir bütün olarak yönetim kuruluna değil, aynı zamanda yönetim kurulunun her bir üyesine de ait olduğu açıktır⁵⁰⁶. Yönetim kurulu üyesi, ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü altındadır; başka bir deyişle sadakat yükümlülüğünden yararlanan taraf ortaklığın kendisidir. TTK m. 369 f. 1 hükmünde ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişki temel alınmıştır. Dolayısıyla TTK m. 369 f. 1, pay sahipleri veya alacaklılara doğrudan bir hak ve talep bahşeden bir hüküm değildir⁵⁰⁷. Ancak, TTK m. 369 f. 1 hükmü pay sahiplerine ve alacaklılara dolaylı yönden bir koruma sağlamaktadır. Şöyle ki pay sahipleri ve alacaklılar, yansıma zararlarının tazmini amacıyla yönetim kurulu üyesi aleyhine ikame edecekleri sorumluluk davasında üyenin sadakat yükümlülüğünün ihlali temeline dayanabileceklerdir⁵⁰⁸. Paysahipleri her zaman ortaklığa verilen zarar için sorumluluk davası ikame etme hakkına sahiptir; fakat alacaklıya, sadece ortaklık iflas etmişse dava hakkı tanınmıştır (TTK m. 555 f. 1, TTK m. 556 f. 1).

⁵⁰⁵ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 424; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 76; Helvacı, s. 89; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 288; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 662 – 663; Akdağ Güney, s. 207; Sommer, s. 84; Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 28 N. 35 vd.; Homburger, Art. 717 OR, N. 837 vd.; Müller / Lipp / Plüss, s. 280; Ayan, s. 31.

⁵⁰⁶ Sommer, s. 27; ZK - Büchler, Art. 717 OR, N. 2.

⁵⁰⁷ Sommer, s. 34 – 35; Akdağ Güney, s. 204.

⁵⁰⁸ Kissling, N. 86; Sommer, s. 35; Akdağ Güney, s. 204.

d. Kurumsal Yönetim İlkeleri ile İlişkisi

Kurumsal yönetim ilkeleri (“*corporate governance*”) ana hatlarıyla, anonim ortaklığın yönetiminin ve faaliyetlerinin nasıl gerçekleştirilmesinin gerektiğine ilişkin özel bir yönetim sistemidir ve bu sistemin temeli de uzmanlaşma ve profesyonelleşme esasına dayanan “kurumsallaşma”dır⁵⁰⁹. Kurumsal yönetim sisteminin doğumunda halka açık anonim ortaklıklarda bir gereklilik olarak zuhur eden mülkiyet - kontrol (“*seperation of ownership and control*”) ayrımının yol açtığı sorunlar ve bu sorunlara çözüm arayışının önemli bir rol oynadığı kabul edilmektedir⁵¹⁰. Mülkiyet - kontrol ayrımı kabaca, ortaklığı yönetenler ile ortaklık paylarının mülkiyetine sahip olan kişilerin, farklı kişiler olmasıdır. Şöyle ki mülkiyet – kontrol ayrımında, mülkiyet hakkına sahip olan kişi, mülkiyet konusunun ekonomik akıbetini kendisi tayin edememektedir⁵¹¹. Mülkiyet konusunun kaderi, onu yönetenlerin ellerindedir. Başka bir anlatımla, ortaklığı yönetenler sahip olmadıkları bir malvarlığı üzerinde yetki sahibi olup, tasarrufta bulunmaktadır⁵¹². Böyle bir durumda, yönetenlerin malvarlığı üzerinde yetkilerini kullanırken ihmal gösterme, hata yapma ve ortaklık kaynaklarını kötüye kullanma risklerini beraberinde getirmektedir. Bu noktada, yönetenlerin menfaatleri ile ortaklığın menfaatleri karşı karşıya gelmekte ve yöneten tercihini kendi menfaatinden yana kullanabilmekte, dolayısıyla bir menfaat çatışması yaşanması olasılığı gündeme gelmektedir⁵¹³.

Nitekim, kurumsal yönetim ilkeleri de mülkiyet - kontrol ayrımından kaynaklanan menfaat çatışmaları, kötüye kullanmalar, güç boşluğu gibi anonim ortaklığın düzenine dair sorunların çözümünü hedeflemektedir⁵¹⁴. Bu bağlamda menfaat çatışmalarının önlenmesi ve yönetilmesi kurumsal yönetim ilkelerinin önemli

⁵⁰⁹ Paslı, s. 16. Türk doktrinde kurumsal yönetim ilkeleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Paslı, s. 13 vd.; Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 318; Cafer Eminoğlu, **Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014, s. 8; M. Aslı Küçükgüngör, **Kurumsal Yönetim İlkeleri Bakımından Halka Açık Anonim Şirketlerde İcrada Görevli Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 84; Tekin Memiş / Gökçen Turan, **Sermaye Piyasası Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 109; N. Ayşe Odman Boztosun, **Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 29.

⁵¹⁰ Paslı, s. 18, 33; Eminoğlu, s. 10; Korkut Özkorkut, **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2007, s. 5; Memiş / Turan, s. 111.

⁵¹¹ Paslı, s. 30 vd.; Eminoğlu, s. 10.

⁵¹² Paslı, s. 33.

⁵¹³ Paslı, s. 33 – 34; Küçükgüngör Aslı, Kurumsal Yönetim, s. 88 vd.

⁵¹⁴ Paslı, s. 35; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 250 - 251.

bir parçasını oluşturmaktadır⁵¹⁵. Kurumsal yönetim ilkeleri, dört temel yapı taşı üzerine inşa edilmiştir. Bunlar adillik, şeffaflık, hesap verilebilirlik ve sorumluluktur⁵¹⁶. Kurumsal yönetim ilkelerinin merkezinde özellikle pay sahiplerinin haklarının genişletilmesi, alenilik ve şeffaflığın iyileştirilmesi, menfaat çatışmalarına karşı korunma, yönetim kurulunun bağımsızlığının güçlendirilmesi yer almaktadır⁵¹⁷.

Kurumsal yönetim ilkelerinde yer alan yönetim kuruluna ilişkin hükümlerin, özellikle menfaat çatışmalarından kaçınılması, yönetim kurulunun bağımsızlığının sağlanması gibi hususların yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü ile bağlantılı olduğu kabul edilmektedir⁵¹⁸. Gerçekten de üyenin, ortaklıkla muhtemel menfaat çatışmalarından uzak tutabilmek amacıyla yapılan düzenlemeler, üyenin sadakat yükümlülüğünün somutlaşmasına hizmet eder niteliktedir.

Türk Hukukunda kurumsal yönetim ilkeleri, kanunlaşma sürecinde TTK'yı da derinden etkilemiştir. Şöyle ki TTK, profesyonel bir yönetim sistemi sağlama gayesiyle, yönetim kurulunun yapısı ve işleyişi, yönetimin iç yönerge ile devri, özen

⁵¹⁵ Mustaki / Urben, s. 109.

⁵¹⁶ Bu temel yapı taşları TTK'nın Genel Gerekçesi N. 89'da şu şekilde izah edilmiştir: “Şeffaflık, şirketi "camdan cep" olarak görme anlayışını aşan bir kavram, yeni bir anlayış, şirketi bütün kurumları ile kavrayan bir yaklaşımdır. Bu fenomen artık bilgi toplumu ile tanımlanmaktadır. Şeffaflık, pay sahiplerinin ve sermaye piyasasında rol sahibi tüm aktörlerin, tam bilgilendirilmesini ve aydınlatılmasını hedefler. Bu sebeple, maddî ve şekli kamuyu aydınlatmayı kapsar. Menfaat sahipleri, ilgililer, sermaye piyasası aktörleri, alacaklılar ve pay sahipleri yönünden önemli olan tüm ilişkilerin, raporların, planların, projelerin açıklanmasını içerir. Şeffaflığın anonim şirketler hukukundaki yeni aracı, internet, elektronik ortamda aktarmalar ve açılması zorunlu bulunan web siteleridir. Her sermaye şirketinin bir web sitesi olması, bu sitenin şeffaflık sağlayıcı bir mekanizma olarak çalışması gerekir. Adillik, bir anlamda geniş kapsamlı eşit işlem ilkesi ile örtüşür. Eşit işlem sadece pay sahiplerine değil, daha geniş bir çevreye, açıkçası çalışanlara, alacaklılara, müşterilere, yani şirketle menfaat ilgileri bulunanlara, hatta kamuya yönelmiştir. İlkedeki bu toplumsal açılım gün geçtikçe daha öne çıkmaktadır. Adillik yöneldiği bu yol yeni değildir. Adillik, şeffaflık temelinde iyi yönetim ve denetimle, menfaatlerin ideal noktada uyuşturulması gerektiği şeklinde özetlenebilir. Söz konusu anlayış 1920'lerin "işletmenin kendisi için var olduğu" teorisini aklı getirmektedir. Hesap verilebilirlik yönetimin, şeffaflığına, doğruluğuna, kararların açıklanabilirliğine, kararların bir haklı sebebi, adil temeli olduğuna ve profesyonel niteliğine gönderme yapmaktadır. Sorumluluk ise, görevden kaynaklanan yükümlülüklerle tam bağlılık, bunları gereği gibi bilinçle, hesap verilebilirlik bağlamında yerine getirme anlamındadır.”

⁵¹⁷ Sommer, s. 6.

⁵¹⁸ Sommer, s. 10; Mustaki, s. 218. Ayrıca, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) Konseyi tarafından 2015 tarihinde yayımlanan G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkelerinin de sadakat yükümlülüğüne dikkat çekilmiştir. Şöyle ki, OECD kurumsal yönetim ilkelerinin VI/A hükmü “Yönetim kurulu üyeleri, tam bilgi sahibi ve iyi niyetli olarak, gerekli itina ve dikkati göstererek ve şirket ile pay sahiplerinin menfaatine en uygun şekilde hareket etmelidir.” doğrultusunda olup; ilkenin açıklanmasında, söz konusu ilkenin yönetim kurulu üyesinin güven esasına dayanan görevinin iki temel unsurunu belirlediği; bu iki unsurun özen ve sadakat yükümlülüğü olduğu, sadakat yükümlülüğünün pay sahipleri hakkında eşit işlem ilkesinin uygulanması, yönetim kurulu üyelerinin ücretlendirme politikasının oluşturulması gibi, ilgili diğer ilkelerin de etkin bir şekilde uygulanabilmesinin temeli olduğu kabul edilmektedir, bkz. OECD'nin G20 Bakanlar ve Merkez Bankası Başkanlarına Raporu, www.oecd.org, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

yükümlülüğünün objektif bir şekilde belirlenmesi ve yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin keskin ve ciddi değişiklikler öngörmüştür⁵¹⁹. Doktrinde söz konusu değişikliklerinin yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğü ile etkileşim halinde olduğu ifade edilmektedir⁵²⁰. Ayrıca kurumsal yönetim ilkelerinin, mülkiyet – kontrol ayrımının yol açtığı menfaat çatışması sorunlarına çözüm arayışından kaynaklandığını yukarıda ifade etmiştik. Bu noktada TTK m. 369 f. 1 hükmü, anonim ortaklıkta menfaat çatışmalarını bağdaştırmaya yönelik temel bir düzenleme olup; yönetim kurulu üyesinin faaliyetlerinde ortaklık menfaatinin esas alınacağını vurgulamaktadır⁵²¹. TTK m. 369 hükmü, halka açık olup olmadığı fark etmeksizin tüm anonim ortaklık tiplerine uygulanacak genel bir ilke niteliğindedir⁵²². TTK’da ayrıca menfaat çatışmalarını engellemeye yönelik yer alan özel düzenlemelere örnek olarak ise üyenin menfaat çatışması yaşayabilecek durumlarda yönetim kurulu toplantısına katılamaması (TTK m. 393) ve ortaklığın izni olmadan, üyenin ortaklık ile işlem yapamaması (TTK m. 395) ve ortaklıkla rekabet edememesi (TTK m. 396) olduğu ifade edilmektedir⁵²³.

Ayrıca TTK m. 1529 hükmü ile, halka açık anonim ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkelerini belirleme yetkisi Sermaye Piyasası Kurulu’na bahşedilmiştir. Bu doğrultuda 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁵²⁴ m. 17 hükmü de, kurumsal yönetim ilkelerini belirleme yetkisinin Sermaye Piyasası Kurulu’nda olduğunu ve kurumsal yönetim ilkelerinin muhatabının halka açık anonim ortaklıklar olduğunu yinelemiştir. Ancak SPK sistemi, halka açık anonim ortaklıklardan yalnızca payları borsada işlem görenleri kurumsal yönetim ilkelerini uygulamaya zorunlu tutmuş ve bu uygulamaya yönelik olarak da uyum zorunluluğunun yerine getirilmesini sağlayacak kararları almaya ve buna ilişkin işlemleri re’sen yapmaya Sermaye Piyasası Kurulu’na yetki tanımıştır (SPK m. 17 f. 2).

Ardından Sermaye Piyasası Kurulu tarafından, payları borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklar hakkında uygulanmak üzere, II-17.1 Kurumsal Yönetim

⁵¹⁹ Eminoğlu, s. 178 vd.; Ayan, s. 32; Küçükgüngör Aşlı, Kurumsal Yönetim, s. 306; Odman Boztosun, s. 28; TTK Genel Gerekçe N. 124, 136.

⁵²⁰ Ayan, s. 32. Bu değişiklikler hakkında bkz. TTK Genel Gerekçe N. 136.

⁵²¹ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 270.

⁵²² Sommer, s. 15.

⁵²³ Paşlı, s. 207 – 210; Altay, Yetki Devri, s. 45 – 46.

⁵²⁴ 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Tebliğ⁵²⁵ çıkarılmış ve ekinde kurumsal yönetim ilkeleri belirtilmiştir. Bu tebliğin ekinde yer alan kurumsal yönetim ilkelerinde, pay sahipliğine ilişkin haklar ve paysahipleri ile ilişkiler; kamuyu aydınlatma ve şeffaflığa ilişkin esaslar, menfaat sahipleri ve son olarak yönetim kuruluna ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu noktada kurumsal yönetim ilkelerinden, çalışmamızın konusu olan yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı ile kısmen örtüşmesi nedeniyle 1.3.6 hükmüne temas etmek istemekteyiz. Anılan hüküm, ortaklıkta yaşanacak menfaat çatışmalarının önlenmesi ile ilgilidir. Şöyle ki, ilgili düzenleme uyarınca yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin, idari sorumluluğu bulunan yöneticilerin ve bunların eş ve ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlarının, ortaklık veya bağlı ortaklıkları ile çıkar çatışmasına neden olabilecek önemli bir işlem yapması veya ortaklığın veya bağlı ortaklıklarının işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapması ya da aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir başka ortaklığa sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla girmesi durumunda; söz konusu işlemler, genel kurulda konuya ilişkin ayrıntılı bilgi verilmek üzere ayrı bir gündem maddesi olarak genel kurul gündemine alınacak ve genel kurul tutanağına işlenecektir. Bu ilke, ortaklıklar tarafından uygulanmakla mecburi tutulan hükümlerdendir (KYT m. 5 f. 1).

Anılan düzenleme, yönetim kurulu üyeleri ve yakınları ile yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerine, ortaklık ile menfaat çatışmasına neden olabilecek önemli nitelikte işlemleri⁵²⁶ veya - TTK m. 396 f. 1 hükmü doğrultusunda formüle edilmiş - rekabet yasağına konu işlemi gerçekleştirdikleri takdirde, bu durumu genel kurul gündemine taşımalarını ve bu hususun genel kurulun tutanağına yansımaları öngörmektedir⁵²⁷. Bu hükmün, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen

⁵²⁵ 03.01.2014 tarihli ve 28871 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁵²⁶ Sermaye Piyasası Kurulu tarafından, önemli nitelikteki işlemlerin niteliği ve uygulanma esasları hakkında II-23.3 Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği çıkarılmıştır (27.06.2020 tarihli ve 31168 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.). Anılan tebliğde belirlenen kıstaslar uyarınca, ortaklıkların, birleşme veya bölünme işlemlerine taraf olması; tür değiştirmesi; önemlilik ölçütlerini sağlayan mal varlığının devri veya bu mal varlığının devri sonucunu doğuran işlemler tesis edilmesi veya bu malvarlığı üzerinde üçüncü kişiler lehine aynı hak tesis edilmesi; imtiyaz tanınması yahut mevcut imtiyazların kapsamının değiştirilmesi; ortaklığın temel faaliyetleri veya olağan ticari hayatında esaslı değişiklik yapılmak suretiyle yatırımcıların yatırım kararlarının değişmesine yol açacak, ortaklığın yapısına ilişkin temel işlemler önemli nitelikte işlem mahiyetinde sayılabilecektir (II-23.3 Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği m. 4). Önemli nitelikteki işlemin gerçekleştirilebilmesi için işlemin esasları bir yönetim kurulu kararı ile belirlenmeli ve bu işlemin genel kurul tarafından onaylanması gerekmektedir (II-23.3 Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği m. 7).

⁵²⁷ Söz konusu hükmün rekabet yasağının kişi bakımından uygulanma alanı bakımından değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Aşa. İkinci Bölüm, IV., A.

TTK m. 396 f. 1 hükmü ile bağlantısına çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ayrıca değineceğiz.

e. Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi

ETK zamanında yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü açık bir kanun hükmü yerine; belirli kanun hükümlerine yollama yapmak suretiyle düzenlenmişti. Şöyle ki ETK m. 320 hükmü, yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü hakkında adi ortaklıkta ortakların özen yükümlülüğünü düzenleyen EBK m. 528 f. 2 hükmüne yollama yapmaktaydı. EBK m. 528 f. 2 hükmü de, vekilin özen yükümlülüğünü düzenleyen EBK m. 390 hükmüne; EBK m. 390 hükmü de işçinin özen yükümlülüğüne ilişkin EBK m. 321 hükmüne yollama yapmaktaydı. Dolayısıyla, ETK zamanında yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü işçinin hem objektif hem de sübjektif ölçütlere bağlı olan özen yükümlülüğü ile aynı doğrultuda idi⁵²⁸. ETK zamanında yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğünün bu şekilde tayin edilmiş olması doktrinde eleştirilmekteydi⁵²⁹.

TTK sisteminde ise kanun koyucu yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğünü açıkça düzenleme yoluna gitmiştir⁵³⁰. TTK m. 369 f. 1 uyarınca yönetim kurulu üyesi ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmekle yükümlüdür. Başka bir deyişle, TTK m. 369 f. 1 uyarınca yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğünde ölçüt, tedbirli bir yöneticinin işlerinde göstermiş olduğu özendir⁵³¹. Tedbirli bir yöneticinin ölçüsü ise, kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak iş adamı kararı ("*business judgement rule*") esasına dayanmaktadır⁵³². Anılan esas kabaca, üyenin iyiniyetle ortaklığın menfaati

⁵²⁸ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), 2010, s. 296 vd.; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 71 vd.; Helvacı, s. 43 vd.

⁵²⁹ Eleştiriler için bkz. Helvacı, s. 44 vd.

⁵³⁰ "6762 sayılı Kanunun 320 nci maddesinde göndermeler sonunda varılan nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) özen ölçüleri açık değildir. 6762 sayılı Kanun sistemi çeşitli yorumlara ve tartışmalara yol açtığı için terk edilmiştir. Anılan ölçünün terk edilmesinin bir diğer sebebi de 6762 sayılı Kanunun kabul ettiği ölçünün işletme konusuna sıkı sıkıya bağlanmış olmasıdır. Ücret alan yönetim kurulu üyesinde "iş" in gerektirdiği özen bunun kanıtıdır. Böyle bir ölçü, bir çelik üretim şirketinde yönetim kurulu üyelerinin yüksek teknik bilgiyi haiz olmalarının şart olduğu yorumlamasına hak kazandırabilir. İşletme konusuna bağlanan özen, sermayenin ve malvarlığının korunmasında, iştiraklerle ilişkilerde, sır saklamada, temettü ve finans politikasında özeni ya tamamen tartışma dışı bırakır ya da dolayısıyla ve güçlülük kapsar. Ücret almayan üyenin özen borcu ise içerikten ve sınırdan yoksundur. Oysa "tedbirli yönetici" ölçüsü bütün yukarıda anılanları ve yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni de içerir. Bu sebeple, hükümdeki özen 6762 sayılı Kanunun 320 nci maddesinde öngörülenden daha da geniş ve amaca daha uygundur.", TTK m. 369 hükmünün gerekçesi.

⁵³¹ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 420; Altay, Yetki Devri, s. 206; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 286.

⁵³² Bkz. TTK m. 369 hükmünün gerekçesi.

yönünde olduğuna inandığını yapma ve kendisine verilen yetkileri amaca uygun olarak kullanma şeklinde ifade edilmektedir⁵³³. Yönetim kurulu üyesinin iş adamı kararına riayet eden kararları ve davranışları neticesinde, üye özen yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacak ve bahsi geçen karar ve davranışları nedeniyle kendisine sorumluluk yükletilemeyecektir⁵³⁴. Bu da demektir ki, yönetim kurulu üyesinin salt ticari bir kararı nedeniyle sorumluluğuna başvurulduğu takdirde; üye tarafından, bu iddiaya karşılık iş adamı kararı savunması ileri sürülebilecektir⁵³⁵.

TTK m. 369 f. 1 uyarınca yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğün ölçütünde tedbirli bir yöneticinin özeni objektif bir şekilde belirlenecek olup⁵³⁶; açık bir deyişle tedbirli yönetici “*objektif anlamda ideal bir kişi*”⁵³⁷ anlamına gelecek şekilde değerlendirilecektir. Bu nedenle yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, üyenin kendi işinde gösterdiği özen (*diligentia*

⁵³³ Hacımahmutoğlu, s. 101.

⁵³⁴ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 421; Akdağ Güney, s. 189. Hükmün gerekçesinde bu durum şu şekilde izah edilmektedir: “*Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez.*”

⁵³⁵ İş adamı kararı savunmasına ilişkin ilkin, üye tarafından bilinçli bir şekilde alınmış bir ticari karar mevzu bahis olmalıdır. Üyenin anılan kararı alırken bağımsız ve tarafsız olarak hareket etmesi gerekmektedir. Üyenin bağımsız ve tarafsız hareket etmesi, TTK m. 369 f. 1 hükmünde ortaklık menfaatinin gözetilmesi esasına uygun davranması anlamındadır. Açık bir anlatımla, üye aldığı kararda ortaklık menfaatini değil de; kendi yahut üçüncü bir kişinin menfaatini üstün tuttuğu vakit, iş adamı kararı savunmasından faydalanması mümkün değildir. Yine, üye aldığı karara ilişkin olarak dürüst davranmalıdır. Dürüstlük ise kararın akılcı olması ile ilintilidir. Şöyle ki, üye aldığı kararın piyasa şartlarında ve sektörel bazda doğru ve ortaklığın amacı doğrultusunda bir karar olduğuna inanmalıdır. Ayrıca üye, anılan kararı alırken kararın icap ettiği bilgi donanımına sahip olmalı ve gerekli incelemeleri ve araştırmaları yapmalıdır. Son olarak, üyenin aldığı karar emredici bir hükmün veya kanunda öngörülmüş bir yükümlülüğe aykırı mahiyette olmamalıdır, bkz. Altay, Yetki Devri, s. 376 vd.

Hukukumuzda iş adamı kararı açık bir kanun hükmü ile değil; TTK m. 369 hükmünün gerekçesinde yer alan bir kavramdır. Bu nedenle iş adamı savunmasının hukukumuzda uygulanabilirliği doktrinde sorgulanmaktadır. Doktrinde bir görüş iş adamı kararı ilkesinin Türk Hukuku’nda uygulanmasının önünde bir engel olmadığını, ilkenin sorumluluk davalarının çözümünde etkili olabileceğini kabul etmektedir, Akdağ Güney, s. 193. Diğer bir görüş ise, iş adamı kararı savunmasının Türk Hukuku’nda uygulanma temeline ilişkin olarak temkinli ve dikkatli yaklaşılması gerektiğini vurgulamaktadır. Zira, iş adamı kararı savunması şartları, hukuka aykırılığın mevcut olmadığı yönünde bir varsayım yaratmaktadır. Şöyle ki, iş adamı kararı savunmasının şartlarından olan, alınan kararın emredici bir hükme veya somut bir kanun hükmüne aykırılık teşkil etmemesi, savunmanın hukuka aykırılığın bulunduğu bir yerde ileri sürülemeyeceğini göstermektedir. Fakat alınan kararın somut bir kanun hükmüne aykırılık teşkil etmesi, özen yükümlülüğü ve sadakat yükümlülüğü bağlamında ise; bu takdirde üye iş adamı savunmasını ileri sürerek, kusursuzluğunu ispat etme şansına sahip olacaktır. Netice itibarıyla iş adamı kararı savunması, üyenin aldığı ticari kararlara yönelik uygulanabilecektir. Bu tür kararlarda, üyenin işletmesel takdir yetkisini kullandığı ve çoğu zamanda bir alternatifi seçmek suretiyle gerçekleştirdiği kesinlik içermeyen kararlardır, Altay, Yetki Devri, s. 390 – 391.

⁵³⁶ “*İşin gerektirdiği özen de nesnel olarak belirlenir, yoksa o konuya ilişkin uzman bilgisi aranmaz.*”, TTK m. 369 hükmünün gerekçesi; Altay, Yetki Devri, s. 266 vd.; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 287; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 657; Helvacı / Çamurcu / Türkyılmaz, s. 313; Akdağ Güney, s. 193; Ayan, s. 67 vd.

⁵³⁷ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 287.

quam in suis) değil; benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen özen esas alınacaktır⁵³⁸.

Yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü ikili bir işlev (“*çifte doğa*”⁵³⁹) arz etmektedir. Şöyle ki, yönetim kurulunun özen yükümlülüğü bir yandan kendi içinde bağımsız bir yükümlülüğü temsil etmekte iken; diğer yandan yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirmede kusurlu olup olmadıklarının tespitinde bir ölçüt niteliğindedir⁵⁴⁰. Nitekim, doktrinde TTK m. 369 hükmünün, kanunun ortaklığın yönetim organının yapısını ve yönetim organının sorumluluğunu düzenleyen hükümler ışığında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴¹. Bu noktada TTK m. 369 hükmünün gerekçesinde de bu bağlantı şu şekilde sağlanmaktadır: Şöyle ki gerekçede⁵⁴² işin gerektirdiği özenin nesnel olarak belirleneceğinin belirtilmesinin ardından; nesnelliğin, görevi yerine getirebilmede yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ile denetleyebilme için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma şeklinde anlaşılabileceği; tedbirli yönetici teriminin ise bir yönden kusurda ölçü, diğer yönden nesnel davranışı ilgilendirdiği ve yöneticinin nesnel olarak kontrolünde olmayan ve nesnel beklentilerin uzağındaki tedbirleri kapsamayacağı ve söz konusu bu sınırı TTK m. 553 f. 3’ün çizdiği belirtilmektedir.

Gerekçede yapılan izahattan yola çıkılarak, doktrinde yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü bakımından bir alt ve bir de üst sınır belirlendiği ileri sürülmektedir⁵⁴³. Şöyle ki alt sınır, üyenin yönetim görevini yürütebilecek seviyede öğrenime, tecrübeye, akla ve basirete sahip olmasıdır. Üst sınır ise, TTK m. 553 f. 3 hükmünde kabul edilen sınırdır⁵⁴⁴. TTK m. 553 f. 3 hükmü uyarınca, hiçbir kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya ana sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacak; bu sorumlu olmama durumu, gözetim ve özen yükümlülüğü gerekçe gösterilerek bertaraf edilemeyecektir. Diğer bir deyişle, üyenin

⁵³⁸ Bkz. TTK m. 369 hükmünün gerekçesi.

⁵³⁹ Vekilin özen yükümlülüğünün hem kusuru hem de sözleşme ihlalini (hukuka aykırılığı) ilgilendirmesi nedeniyle çifte hukuki doğaya; diğer bir deyişle çifte hukuki niteliğe sahip olduğu yönünde bkz. Gümüş, Özen Borcu, s. 101 vd.

⁵⁴⁰ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 68; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 420; Altay, Yetki Devri, s. 207; Sommer, s. 21; Akdağ Güney, s. 188.

⁵⁴¹ Altay, Yetki Devri, s. 269.

⁵⁴² TTK m. 369 hükmünün gerekçesi.

⁵⁴³ Altay, Yetki Devri, s. 269 – 270.

⁵⁴⁴ Altay, Yetki Devri, s. 269 – 270.

sorumluluğu kendi kontrol edebileceği alan ile sınırlı olup; kontrolü dışında kalan alanlar bakımından sorumlu tutulamayacaktır. Söz konusu bu düzenleme Roma Hukuku'nda yer alan “imkansızdan borç doğmaz” (“*ad impossibilia nemo obligatur*”) ilkesinin bir yansımasıdır⁵⁴⁵. TTK m. 553 f. 3 hükmünün gerekçesinde⁵⁴⁶, yönetim organının organsal işlevini gerek kanuna göre devrettiği gerek kendi üzerinde tuttuğunda, üyenin gözetim yükümlülüğünün mevcut olduğunu; bunun ancak kontrolü ile sınırlanan bir alan çerçevesinde olabileceğini; bu hükmün üyenin uygun nedensellik bağının veya kusurunun bulunmadığı hallerde soyut bir gözetim yükümlülüğü ile sorumlu tutulmalarının engellenmek istendiği; zira uygulamada yönetim kurulu üyelerinin insan takatinin üstünde bir gözetim anlayışıyla ortaklıkta her türlü kanuna veya ana sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulduklarının gözlemlendiği ifade edilmektedir. TK m. 553 f. 3'ün yönetim kurulu üyesinin gözetim yükümlülüğünün sınırlarını belirlemenin yanı sıra; yönetim yetkilerinden doğan sorumluluk için de bir ölçü niteliğinde olduğu öngörülmektedir⁵⁴⁷.

Netice itibariyle, yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü bir yandan üye bakımından bağımsız bir yükümlülük diğer yandan ise üyenin görevlerini yerine getirmede kusurlu olup olmadıklarının tespitinde bir ölçüt niteliğindedir.

Özen yükümlülüğü ile sadakat yükümlülüğü arasındaki ilişki bakımından ise doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bir görüş⁵⁴⁸, sadakat yükümlülüğünün, özen yükümlülüğünü de içine alan üst bir kavram olduğunu kabul etmektedir. Diğer bir görüş⁵⁴⁹ ise, özen yükümlülüğü ile sadakat yükümlülüğünü birbirinden ayrı ve bağımsız, eşit seviyede yükümlülükler olarak görmektedir. Yönetim kurulu üyesinin görevini nasıl yerine getirdiği, daha da somut olarak ortaklığa ayırdığı mesai ve işini yürütmekteki titizliği ve dikkati özen yükümlülüğü ile ilgili

⁵⁴⁵ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 422.

⁵⁴⁶ Bkz. TTK m. 553 f. 3 hükmünün gerekçesi.

⁵⁴⁷ Altay, Yetki Devri, s. 270; Sıtkı Anlam Altay, “Anonim Ortaklıklarda Gözetim Yükümlülüğünün Sınırlarının ve Ölçütlerinin Belirlenmesine Yönelik Düşünceler”, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 8 – 9.

⁵⁴⁸ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 70; Ansay, s. 109; Kissling, N. 87. Doktrinde Kissling, her ne kadar bu görüşte olsa da; sadakat yükümlülüğü ile özen yükümlülüğü arasındaki ilişkinin tayinin uygulamada bir anlamı olmadığını da görüşüne eklemektedir, Kissling, N. 87.

⁵⁴⁹ Sommer, s. 23; Ayan, s. 75; Akdağ Güney, s. 203. Vekalet sözleşmesinde vekilin sadakat ve özen yükümlülüklerinin birbirinden farklı olduğu yönünde bkz., Gümüş, Özen Borcu, s. 158. Yine vekalet sözleşmesinde, vekilin özen yükümlülüğünün ihlali “*gereği gibi ifaya olan menfaat*”; sadakat yükümlülüğünün ihlali ise “*beslenen güvenin boşa çıkması*” şeklinde değerlendirilmektedir, Tandoğan, s. 409.

iken; üyenin ortaklık menfaati doğrultusunda hareket edip etmediği sadakat yükümlülüğü ile ilgilidir. Neticede her iki yükümlülük de doğru yönetime hizmet eden temel prensiplerdir⁵⁵⁰ ve birbirini tamamlamaktadır. Yönetim kurulu üyesi ortaklık menfaatinin korunmasında sadakat yükümlülüğünün aktif bileşeni söz konusuysa, özen yükümlülüğüne riayet etmelidir⁵⁵¹. Şöyle ki, üye ortaklığın yönetim görevini ortaklık menfaatleri doğrultusunda gerçekleştirirken, TTK m. 369 f. 1 hükmü uyarınca daima tedbirli bir yönetici olarak hareket etmekle yükümlüdür. Görüleceği üzere, her iki yükümlülük birbirini tamamlar ve destekler mahiyettedir.

Yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğü üyenin görevinin sona ermesiyle birlikte son bulmasına rağmen; sadakat yükümlülüğü ve bu kapsamda yer alan sır saklama yükümlülüğü bir müddet daha devam edecektir⁵⁵². Sadakat yükümlülüğünün görünüş biçimlerinden olan sır saklama yükümlülüğü, üyenin ortaklıktaki konumu ve görevi nedeniyle elde ettiği bilgileri, üçüncü kişilere açıklamasına ilişkin bir yasaktır⁵⁵³.

f. Çalışmayı Ortaklığa Tahsis Etme Yükümlülüğü

Türk doktrinde yer alan bir görüşe⁵⁵⁴ göre yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı, üyenin çalışma gücünü ortaklığa tahsis etme yükümlülüğünün bir neticesidir. Anılan görüş, rekabet yasağının düzenlenme nedeninin izahında Alman Hukuku'ndaki görüşün Türk Hukuku bakımından da benimsenmesi taraftarıdır. Bu sebeple, anılan görüşü analiz etmeden evvel ilkin Alman Hukuku'ndaki yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının düzenlenme nedenlerini açıklamakta fayda görmekteyiz.

Alm.POK § 88 I hükmünde yönetim kurulu üyesi hakkında üç yasaklılık hali düzenlenmektedir. Bunlardan birincisi yönetim kurulu üyesinin bir ticari işletme işletmesi; ikincisi yönetim kurulu üyesinin ortaklığın iş kolunda, diğer bir deyişle faaliyet alanında kendi veya başkasının hesabına işlem yapması; üçüncüsü ise yönetim kurulu üyesinin başka bir ticaret ortaklığında yönetim kurulu üyesi veya müdür olması ile başka bir ticaret ortaklığına sınırsız sorumlu ortak katılmasıdır. Alman doktrini ve

⁵⁵⁰ Sommer, s. 23.

⁵⁵¹ Sommer, s. 23; Gümüş, Özen Borcu, s. 158.

⁵⁵² Tandoğan, s. 409; Gümüş, Özen Borcu, s. 159; Sommer, s. 23; Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 28, N. 40, 64; Ayan, s. 180 – 181; Yıldırım, s. 72.

⁵⁵³ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 424.

⁵⁵⁴ Kalpsüz, s. 351 – 352.

yargı kararlarında, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının düzenlenme nedeni ile yasağın amacı, söz konusu yasaklılık hallerine göre farklı değerlendirilmektedir.

Şöyle ki, Alm.POK § 88 I hükmünde düzenlenen birinci ve üçüncü yasaklılık hallerinde üyenin, ortaklığın faaliyet alanı ile bağlı olmaksızın, bir ticari işletme işletmesi ve başka bir ticaret ortaklığında yönetim organında yer alması yahut sınırsız sorumlu ortak olmasına izin verilmemektedir. Başka bir anlatımla, Alm.POK § 88 I hükmünde öngörülen birinci ve üçüncü yasaklılık hali ortaklığın faaliyet alanı ile sınırlı olmadığından; bu yasaklılık halinde üyenin rekabet edici faaliyeti değil, tüm ticari faaliyeti engellenmektedir. Söz konusu yasaklılık hallerinin amacı, üyenin tüm çalışma gücünü ortaklığa tahsis etmesinin sağlanmasıdır⁵⁵⁵. Zira üye tüm çalışma gücünü, emek ve mesaisini ortaklığa tahsis etmekle yükümlüdür. Bu nedenle Alm.POK § 88 hükmünün amacı bir yandan, üyenin ortaklıktaki konumu ve üstlendiği sorumluluk gereği, üyenin çalışma gücünü başka bir şekilde kullanmasına karşı ortaklığı korumaktır⁵⁵⁶.

Alm.POK § 88 I hükmünde düzenlenen ikinci yasaklılık halinde ise, üyenin kendi veya başkasının hesabına işlem yapmasının yasaklanması ortaklığın faaliyet alanı ile sınırlanmıştır. Bu nedenle, bu yasaklılık hali doktrinde “gerçek rekabet yasağı” olarak adlandırılmaktadır⁵⁵⁷. Zira, söz konusu yasak ortaklığın faaliyet alanı ile sınırlandırıldığından, ancak bu halde üyenin menfaati ile ortaklık menfaatinin çatışabileceği ifade edilmektedir⁵⁵⁸. Dolayısıyla Alm.POK § 88 I hükmünün diğer bir amacı, ortaklığı üyenin rekabet edici faaliyetlerinden korumak olup; başka bir deyişle üyenin menfaati ile ortaklık menfaatinin çatışmasının engellenmesine hizmet etmektedir. Bu da, üyenin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünün bir ifadesidir. Zira, üye ortaklık menfaatini korumakla yükümlüdür ve ortaklık menfaatine zarar verebilecek her türlü şeyden kaçınmalıdır. Ancak doktrinde, Alm.POK § 88 I hükmünde sadece ikinci yasaklılık halinde üyenin rekabetinin yasaklanması nedeniyle, hükmün başlığında yer

⁵⁵⁵ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 13, 20; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 1, 4; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 1, 17, 25; Henssler / Strohn Komm. - Dauner - Lieb, § 88 AktG, N. 6; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 6, 10; Grigoleit Komm. - Grigoleit, § 1 AktG, N. 1, 5.

⁵⁵⁶ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 1; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 1; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 1; Henssler / Strohn Komm. - Dauner - Lieb, § 88 AktG, N. 1; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 1; Grigoleit Komm. - Grigoleit, § 1 AktG, N. 1; BGH IX ZR 253/15 = NZG 2017, 627, 629, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁵⁵⁷ Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 36; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 17.

⁵⁵⁸ Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 2; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 17.

alan “rekabet yasağı” terimi dar ve yetersiz bir ifade şekli olarak eleştirilmektedir⁵⁵⁹. Zira bu hükümde yasaklanan sadece üyenin ortaklıkla rekabet etmesi olmayıp; aynı zamanda üyenin çalışma gücünü başka bir şekilde kullanması da yasaklanmaktadır⁵⁶⁰.

Özetle, Alm.POK § 88 I hükmündeki rekabet yasağına aykırılık teşkil eden faaliyetleri değerlendirdiğimizde, hükmün iki cephesinin bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki üyenin tüm çalışma gücünün ortaklığa tahsis etmesinin sağlanmasıdır. Bu amaç hükmün ağırlıklı amacı olarak kabul edilebilir; zira hükümdeki üç yasaklılık halinden ikisi bu amaca hizmet etmektedir. İkincisi ise üyenin sadakat yükümlülüğünü ihlal ederek rekabet edici faaliyetlerde bulunmasının engellenmesidir.

Alm.POK § 88 I hükmünün ağırlıklı amacı olan üyenin çalışma gücünü ortaklığa tahsis etmesi, Türk doktrinini de etkilemiştir. Şöyle ki bu görüşün Türk doktrininde ilk savunucusu Kalpsüz⁵⁶¹’e göre, üyenin rekabet yasağının düzenlenme nedeni “ortaklıkla menfaat çatışması yaşamasının engellenmesi” ya da “üyenin sadakat yükümlülüğü” olarak kabul edildiği takdirde; rekabet yasağına ilişkin hükmün farklı yorumlanması gerekecektir. Bu nedenle yasağın konulma nedeninde, üyenin çalışma gücünü tamamen ortaklığa tahsis edemeyecek olması ve üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi (ortaklığın işletme konusuna giren bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapmak veya bu tür işlerle uğraşan bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılmak) suretiyle üzerine aldığı ek yükün kendisini seçenler tarafından bilinmesi yönündeki Alman Hukuku’ndaki görüşlerin, Türk Hukuku bakımından da benimsenmesi uygun olacaktır. Hatta Türk sisteminde üyenin rekabet yasağının, ana sözleşme veya genel kurul kararı ile daraltılabilesinin veya tamamen kaldırılabilmesinin mümkün olması da bu gerekçeyi destekler niteliktedir. Anılan bu görüşün doktrinde kısmi de olsa taraftar bulduğunu ifade edebiliriz. Şöyle ki, doktrinde bir kısım yazar⁵⁶², yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının düzenlenme nedeninin esasen iki sebebinin bulunduğunu, bunlardan birincisinin üyenin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü, ikincisinin de üyenin sadece kendisini seçen pay sahiplerinin izni ve bilgisi ile

⁵⁵⁹ Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 1; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 1.

⁵⁶⁰ Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 1.

⁵⁶¹ Kalpsüz, s. 351 – 352.

⁵⁶² Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat) s. 687; Karakılıç, s. 100; Limited ortaklıklarda müdürün rekabet yasağı bakımından aynı yönde Kayar / Çeliktas, s. 311.

işgücünü ortaklığa tahsis etmesine engel olacak faaliyetlerde bulunmasını temin etmek olduğunu kabul etmektedir.

Bununla birlikte anılan görüş, doktrinde gerek şahıs ortaklıkları gerek sermaye ortaklıkları bakımından eleştiriye uğramaktadır. Şahıs ortaklıkları bakımından, üyenin çalışmasını ortaklığa tahsis etmesinin yönetim görevi niteliğinin bir sonucu olduğu; bu görüşün kollektif ve komandit ortaklıkta yönetici sıfatına sahip olmayan ortaklar bakımından açıklamanın mümkün olmadığı, zira bu tür ortaklık tiplerinde tüm ortakların rekabet yasağının yönetim görevinden bağımsız olarak mevcut olduğu dile getirilmektedir⁵⁶³. Sermaye ortaklıkları bakımından ise, yönetimle görevli kimselerin tüm mesailerini ortaklığa ayırma zorunluluğu bulunmadığı, yönetim kurulu üyelerinin başka işlerle uğraşabilecekleri ve bu kapsamda ortaklığın faaliyet alanı dışındaki konulara ilişkin ticari faaliyetlerde bulunabileceği, TTK m. 396 hükmünün yönetim kurulu üyesinin tüm emeği ve zamanını ortaklığa tahsis etmesi gerektiği şekilde anlaşılamayacağı ifade edilmektedir⁵⁶⁴.

Kanaatimizce, üyenin çalışma gücünün ortaklığa tahsis etmesi yükümlülüğünün bir sonucu yahut üyenin ancak pay sahiplerinin izni ile çalışma gücünü ortaklığa tahsis etmesine engel olacak faaliyetlerde bulunmasını temin etmek olduğu görüşü, sadakat yükümlülüğünden ayrı başlı başına bir neden olarak sayılamayacaktır.

Zira ilkin, görüşün dayanağını oluşturan Alm.POK § 88 I hükmü ile TTK m. 396 hükmü birebir aynı olmayıp; hükümlerin muhteviyatları, amaçları ve konuluş sebepleri farklılık göstermektedir. Bu nedenle bir hüküm için ileri sürülen bir gerekçe, diğeri için aynı doğrultuda ve keskinlikle ileri sürülemeyecektir. Zira anılan görüşün dayanağını oluşturan Alm.POK § 88 I hükmünde, üyenin bir ticari işletme işletmesinin ve başka bir ticaret ortaklığında yönetim kurulu üyesi veya müdür olması ile sınırsız ortak olmasının yasaklanmasının nedeni, üyenin tüm çalışma gücünü ortaklığa tahsis etmesinin sağlanması ve böylelikle üyenin çalışma gücünü başka bir şekilde kullanmasına karşı ortaklığın korunması fikridir. Zira anılan yasaklılık hallerinde rekabetin ve rekabet ilişkisinin varlığı aranmamakta; genel anlamda bir ticari faaliyet yasağı öngörülmektedir. Diğer bir deyişle, bu yasaklılık hallerinde, rekabet yasağının ihlali söz konusu olabilecek ise de, bu mutlak değildir: Hükümde, bu olgular mutlak

⁵⁶³ Franko, s. 26; Kayar / Çeliktas, s. 312; Aydoğan, s. 12.

⁵⁶⁴ Domanic, Anonim Şirketler, s. 629; Aydoğan, s. 12.

anlamda ortaklığın faaliyet alanıyla ilişkilendirilmemiştir. Ancak söz konusu bu yasaklılık halleri TTK m. 396 f. 1’de yer almamaktadır. Şöyle ki aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, TTK m. 396 f. 1 hükmünde düzenlenen yasaklılık halleri ortaklığın işletme konusu, diğer bir deyişle faaliyet alanı ile sınırlıdır⁵⁶⁵. Bunlardan ilki, üyenin ortaklığın faaliyet alanına giren bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapması; ikincisi ise yine ortaklığın faaliyet alanına giren bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılmasıdır. Açık bir anlatımla, TTK m. 396 f. 1 hükmü, üyenin ortaklıkla rekabet edici faaliyetlerini yasaklamayı hedeflemektedir.

Alm.POK § 88 I hükmünde düzenlenen, üyenin ortaklığın iş kolunda, diğer bir deyişle faaliyet alanında kendi veya başkasının hesabına işlem yapmasına ilişkin yasaklılık halinin öngörülme nedeninin ise, ki bu hal TTK m. 396 f. 1’de düzenlenen yasaklılık hallerinden ilki ile paraleldir, üyenin sadakat yükümlülüğü olduğu ve böylelikle ortaklığın rekabet edici faaliyetlerden korunmasının sağlandığı ifade edilmektedir. Açık bir deyişle, Alm.POK § 88 I hükmü ile TTK m. 396 f. 1’de düzenlenen yasaklılık hallerinin kesişim kümesi, üyenin ortaklığın faaliyet alanına giren bir işlemi kendi veya başkasının hesabına yapma halidir.

Bu nedenlerle, Türk doktrininde üyenin rekabet yasağının düzenlenme nedeni olarak ileri sürülen, üyenin tüm çalışma gücünün ortaklığa tahsis edilmesinin sağlanmasına ilişkin görüşün Alm.POK § 88 hükmünü çıkış noktası olarak esas alması; ancak Alm.POK § 88 I hükmünde düzenlenen ancak TTK m. 396 f. 1’de düzenlenmeyen yasaklılık halleri için kabul edilmesi sebebiyle, söz konusu görüşün TTK m. 396 hükmünün düzenlenme nedeni bakımından doğrudan uygulanabileceği görüşüne katılmıyoruz. Zira TTK m. 396 f. 1 hükmünün, Alm.POK § 88 I hükmünün aksine, tek cephesi bulunmaktadır; o da üyeyi ortaklıkla rekabet etmekten engellemeye yöneliktir.

İkinci olarak, Türk Hukuku’nda ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasındaki hukuki ilişki hâkim görüş uyarınca vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu yüzden, vekâlet sözleşmesinin niteliği gereği yönetim kurulu üyesinin tüm çalışma

⁵⁶⁵ Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının konu bakımından uygulanma şartları bakımından bkz. Aşa., Üçüncü Bölüm, I.

gücünü adeta hizmet sözleşmesinde olduğu gibi ortaklığa tahsis etme yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir.

Üçüncü olarak, TTK m. 396 f. 1 hükmünde düzenlenen yasaklılık halleri ortaklığın faaliyet alanı ile sınırlı olduğundan; üye, ortaklığın faaliyet alanına girmeyen başka alanlarda ticari faaliyetlerde bulunmakta özgürdür⁵⁶⁶. Ancak burada ifade etmeliyiz ki, üye, ortaklığa rakip konumunda olmamakla birlikte, başka alanlarda yürüttüğü ticari faaliyetler, somut olayın şartları uyarınca sadakat yükümlülüğünü ihlal neticesini doğurabilecektir. Açık bir anlatımla, üyenin sadakat yükümlülüğü son derece geniş bir ağaç olup; rekabet bu ağacın görünen dallarından sadece biridir.

İşte bu noktada bizce, üyenin ortaklığa çalışmasını tahsis etme yükümlülüğü de aslında bu dallardan biridir. Şöyle ki, yönetim kurulu üyesi ortaklığa karşı üstlendiği özen ve sadakat yükümlülüğü gereği, ortaklığın yönetim faaliyetini yerine getirirken tedbirli bir yöneticinin özeni ile gereken dikkat ve itinaı göstererek ortaklığın amacını gerçekleştirmek üzere hareket etmeli; bu bağlamda ortaklık amacının gerçekleşmesine yönelik her türlü çabayı göstermeli ve söz konusu amaca zarar getirebilecek her türlü şeyden kaçınmalıdır. Bu kapsamda, üye ortaklığın menfaatini dürüstlük kuralı uyarınca hep üstün tutmakla yükümlüdür. Bu noktada bizce, yönetim kurulu üyesinin ortaklığa hasretmesi gereken emek ve mesaisinin, diğer bir deyişle çalışma gücünün ölçütü de, yine özen ve sadakat yükümlülüğü kapsamında belirlenecektir. Bu nedenle üyenin yönetim faaliyetini gerçekleştirmek üzere tedbirli bir yöneticinin gerektirdiği kadar çalışma gücünü ortaklığa tahsis etmemesi halinde, üye özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır. Şayet üye, ortaklığa hasretmesi gereken çalışma gücünü, ortaklığa tahsis etmeyip; rakip bir ortaklığın faaliyetleri bakımından kullanmaktaysa, bu sefer hem özen yükümlülüğünü hem de ortaklığın menfaatini üstün tutmaması nedeniyle sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Bu nedenle, bizce üyenin çalışma gücünü ortaklığa tahsis etme yükümlülüğünün özünde de sadakat yükümlülüğü yatmaktadır.

⁵⁶⁶ Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukuku anlamında sistemselsel olarak temel aldığımız İsviçre Hukuku'nda da, yönetim kurulu üyelerinin bu görevlerinin uygulamada çoğu zaman yarı zamanlı yürütüldüğü ve bu nedenle kural olarak başka faaliyetlerde bulunabileceklerini ancak üyenin ortaklıkla rekabetinin sadakat yükümlülüğünün ihlali neticesini doğurmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu düşünce tarzının neticesi olarak da, İsviçre Hukuku'nda yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı kanunen düzenlenmemiştir, bkz. Yuk., İkinci Bölüm, II., B.

C. Değerlendirmemiz

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyesi, ortaklıktaki konumu ve üstlendiği görevi gereği, ortaklığın bütün iş ve işlemlerine hâkim ve bunlara ilişkin tüm bilgi ve belgelerle donatılmış haldedir. Bu bilgi ve belgelerin içinde, ortaklığın ticari sırlarının da yer aldığı kuşkusuzdur. Üyenin konumu ve görevi gereği sahip olduğu bu bilgiler hem ortaklığın iyi, doğru ve amacına uygun yönetilmesi için hem de ortaklığa karşı bulunan ağır ve kapsamlı sorumluluğun bir nedenidir. Zira TTK m. 553 f. 1 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyeleri, kanundan ve ana sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, bu ihlal nedeniyle oluşacak zarar nedeniyle sorumlu olacaktır. Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma hakkını düzenleyen TTK m. 392 hükmünün gerekçesinde de ifade edildiği üzere, yönetim kurulu üyesi ancak bilgilendirildiği takdirde ortaklığı yönetebilecek ve ortaklık için doğru zamanda doğru kararı alabilecektir⁵⁶⁷. Başka bir ifadeyle üyenin bilgilendirilmesi, üyenin yükümlülüklerini doğru ve tam bir şekilde yerine getirmesine hizmet etmektedir.

TTK m. 392 f. 1 hükmü uyarınca, üye ortaklığın tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilecek, soru sorabilecek ve inceleme yapabilecektir. Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkı kısıtlanamayacak veya kaldırılamayacaktır; ancak ana sözleşme ve yönetim kurulu, üyelerin bilgi alma ve inceleme haklarını genişletebilecektir (TTK m. 392 f. 6). Bu nedenle TTK m. 392 hükmünün, üyenin bilgi alma ve inceleme hakkının asgari ölçütünü tayin ettiği kabul edilmektedir⁵⁶⁸. TTK m. 392 f. 1 hükmünde düzenlenen üyenin bilgi alma ve inceleme hakkı, pay sahibinin bilgi alma hakkını düzenleyen TTK m. 437 f. 3 hükmünün aksine, ortaklık sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer ortaklık menfaatlerinin tehlikeye girebileceği yönlerinden sınırlamalara tabi tutulmamıştır⁵⁶⁹. Ancak doktrinde, üyenin kendi menfaati ile ortaklık menfaati arasında çatışmaya sebebiyet verecek; diğer bir

⁵⁶⁷ Bkz. TTK m. 392 hükmünün gerekçesi.

⁵⁶⁸ Altay, Yetki Devri, s. 124; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 725.

⁵⁶⁹ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 279; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 706. Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma hakkının TTK m. 392 hükmünde bir sınırlandırmaya tabi tutulmamış olması, hükmün gerekçesinde şu şekilde izah edilmektedir: “Alınacak bilginin niteliği ve özellikle “gizli”, “şirket sırrı” olması ile ilgili açık bir sınır getirilmemiştir. Bunun iki sebebi vardır. Birinci sebep şudur: Güvenilmeyen bir kişi üye seçilmemeli, seçilmişse uzaklaştırılmalıdır. İkincisi ise, Tasarının 369 uncu maddesinde “şirketin menfaatlerinin” gözetilmesi de vurgulanarak ağır bir özen yükümünün getirilmiş olması ve özen yükümünün sorumlulukla doğrudan ilgili bulunması ve ayrıca bilgi sızdırmanın cezaî yaptırıma bağlanmasıdır. Hukukî ve cezaî yaptırımlar yeterince caydırıcı kabul edilmelidir. Üçüncü sebebe gelince: Somut olayın özelliği, istenilen bilginin verilmemesini gerekli kılıyorsa yönetim kurulu başkanı tedbir talebiyle mahkemeye başvurabilir.”

ifadeyle üyenin kişisel menfaatine hizmet edecek bilgi taleplerinin ortaklık menfaati yönünde sınırlandırılacağı haklı bir biçimde dile getirilmektedir⁵⁷⁰. Bu duruma verilen örneklerden biri de, üyenin rakip bir ortaklıkta üye olması yahut görev yapmasıdır⁵⁷¹. Bu tür durumlarda, üyenin bilgi alma hakkı ortaklık menfaati gözetilerek sınırlandırılmalıdır. Elbette, her hakta olduğu gibi bu hakkın kullanılmasında da dürüstlük kuralı sınır oluşturmaktadır⁵⁷².

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yönetim kurulu üyesi ortaklıkla ilgili her türlü bilgi ve kaynaklarla üst düzey bir şekilde donatılmış olup; ortaklıkta, ortaklığın bilgi ve kaynaklarına rahatlıkla erişebilir bir konumda bulunmaktadır.

Yönetim kurulu üyesi bu denli güçlü konumuyla, mülkiyet – kontrol ayrımında da dile getirildiği üzere, aslında kendisinin sahip olmadığı, bir tüzel kişiye ait olan malvarlığını yönetmektedir. Üyenin bu yönetimde, ortaklığın her türlü bilgilerine ve ticari sırlarına sahip, müşteri çevresine hâkim olan, diğer bir deyişle ortaklığın tüm kaynaklarına rahatlıkla nüfuz edebilen üstün bir güce sahip olması; bu gücü ortaklık menfaati yerine, kendisinin veya başkalarının menfaati lehine kullanma riskini her zaman barındırmaktadır.

İşte bu sebeple, ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasındaki güven esaslı ilişkiden doğan sadakat yükümlülüğü gereği, yönetim kurulu üyesi ortaklık menfaatini kendi veya başkalarının menfaatinden üstün tutmalıdır. Üye, sadakat yükümlülüğü gereği özellikle kendi menfaati ile ortaklık menfaatlerinin karşı karşıya gelmesinden, başka bir ifadeyle menfaat çatışmalarından kaçınmalıdır. Bu menfaat çatışmalarından biri de üyenin ortaklıkla rekabete girişmesidir. Zira, bu ihtimalde ortaklık ile yönetim kurulu üyesinin menfaatleri birbiriyle zıtlasmaktadır. Bu çatışmada üye ortaklığa nazaran, ortaklıktaki görevi nedeniyle elde ettiği bilgi ve kaynaklar sayesinde son derece güçlü bir konumdadır; başka bir ifadeyle üyenin bu bilgi ve kaynaklar sayesinde ortaklığa karşı ciddi bir rekabet avantajı sağladığı açıktır.

Açıkladığımız bu nedenlerle bizce, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı, ortaklığın menfaati ile üyenin kendi menfaatini karşı karşıya getirmekten alıkoymayı

⁵⁷⁰ Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 172; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 279; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 706; Helvacı / Çamurcu / Türkyılmaz, s. 321.

⁵⁷¹ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 279. Yine, üyenin rekabet yasağının kaldırıldığı durumlarda, üyenin bilgi alma talebine hassasiyetle yaklaşılması gerektiği yönünde bkz. Altay, Yetki Devri, s. 124.

⁵⁷² Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 28, N. 97.

amaçlayan sadakat yükümlülüğünün somutlaşmış hallerinden biridir. Açık bir anlatımla, üyenin ortaklıkla rekabet etme yasağının düzenlenme nedeni sadakat yükümlülüğüdür. Zira üyenin rekabet yasağı mevcut olmadığı takdirde, ortaklıkta edindiği bilgi ve kaynaklarla üstün bir güce erişen üyenin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi riski iyiden iyiye artacaktır.

IV. REKABET YASAĞININ KİŞİ BAKIMINDAN UYGULANMASI

A. Yönetim Kurulu Üyeleri

TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca istisnasız tüm yönetim kurulu üyeleri rekabet yasağına tabidir. Yönetim kurulu üyesinin görevini tam zamanlı yahut yarı zamanlı ifa etmesi kanundan doğan rekabet yasağı açısından bir farklılık yaratabilecek midir? Bu noktada İsviçre doktrinde, görevlerini tam zamanlı ifa eden yönetim kurulu üyelerinin rekabet etmeme yükümlülüğünün, yarı zamanlı olanlara nispeten daha geniş olduğu kabul edilmektedir⁵⁷³. İsviçre Hukuku'nda, Türk Hukuku'nun aksine, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının uygulanma şartlarının kanun tarafından açıkça belirlenmemesi nedeniyle; yönetim kurulu üyesinin genel bir rekabet yasağı bulunmamaktadır. Üyenin ortaklıkla her rekabet edici faaliyeti rekabet yasağını, daha doğru bir ifadeyle sadakat yükümlülüğünü ihlal kapsamında değerlendirilmemektedir.

İsviçre Hukuku'nda rekabet yasağında belirleyici olan, yönetim kurulu üyesinin rekabet edici faaliyetinin ortaklık menfaatini dürüstlük kuralı çerçevesinde korumasına engel olup olmadığı; başka bir deyişle, sadakat yükümlülüğü ile bağdaşp bağdaşmadığıdır⁵⁷⁴. Bu minvalde doktrinde, üyenin rekabet yasağını ihlal niteliğinde görülebilecek rekabetçi faaliyetleri için çeşitli kıstaslar öngörülmüştür. Şöyle ki somut olay bazında yapılacak değerlendirmede, üye ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve yapısı, üyenin rekabet edici faaliyetinin türü (doğrudan ve dolaylı rekabet halleri) ve üyenin rekabetinin ortaklığın rekabet gücü üzerinde olumsuz etki yaratıp yaratmadığı dikkate alınmalıdır⁵⁷⁵. Bu nedenle, İsviçre Hukuku'nda yarı zamanlı bir yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının tam zamanlı bir üyeye nazaran daha dar olduğunu ileri sürmek mümkün ve haklı bir tespittir.

⁵⁷³ Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 28 N. 37.

⁵⁷⁴ Plüss, s. 42; Müller / Lipp / Plüss, s. 286; Sommer, s. 156 vd.; ZK - Bühler, Art. 717 OR, N. 176.

⁵⁷⁵ Sommer, s. 157 vd.

Ancak, aynı tespiti Türk Hukuku bakımından yapmak olası değildir. Zira Türk Hukuku'nda üyenin rekabet yasağı açık bir kanun hükmü ile düzenlenmiştir. Bu nedenle, üye TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca tayin edilen şartlar doğrultusunda rekabet edici faaliyetleri gerçekleştirdiği takdirde, rekabet yasağını ihlal etmiş sayılacaktır. Bu nedenle Türk Hukuku'nda yönetim kurulu üyesi gerek tam zamanlı gerek yarı zamanlı olarak çalıştığı halde TTK m. 396 hükmü uyarınca rekabet yasağına tabidir. Bu yapısı ile Türk Hukuku'nda üyenin rekabet yasağının daha katı, İsviçre Hukuku'ndaki yapının ise daha esnek olduğunu ifade edebiliriz. Ancak hukukumuzda yarı zamanlı üye her ne kadar rekabet yasağına tabi ise de; üyenin rekabet yasağının genel kurulda alınacak bir karar yahut ana sözleşme ile de kaldırılabilceği unutulmamalıdır.

Yine, TTK m. 396 hükmü gerek halka kapalı gerek halka açık anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyeleri bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada, yukarıda kurumsal yönetim ilkeleri kapsamında bahsettiğimiz, KYT'nin ekinde yer alan ilkelerden 1.3.6 hükmüne de temas etmek uygun olacaktır. Şöyle ki anılan düzenleme uyarınca, yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin, idari sorumluluğu bulunan yöneticilerin ve bunların eş ve ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlarının, ortaklığın veya bağlı ortaklıklarının işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapması ya da aynı tür ticari işlerle uğraşan bir başka ortaklığa sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla girmesi durumunda; söz konusu işlemler, genel kurulda konuya ilişkin ayrıntılı bilgi verilmek üzere ayrı bir gündem maddesi olarak genel kurul gündemine alınacak ve genel kurul tutanağına işlenecektir. Görüleceği üzere, TTK m. 396 f. 1 hükmü kapsamındaki üyenin rekabet yasağına aykırılık teşkil eden haller, 1.3.6 hükmüne aynen iktibas edilmiştir.

Doktrinde, TTK m. 1529 uyarınca halka açık anonim ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkelerinin Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirleneceğinden; payları borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklar yönetim kurulu üyeleri hakkında TTK hükümlerinin değil, KYT'nin ekinde yer alan 1.3.6 hükmünün uygulanacağı ileri

sürülerek⁵⁷⁶; bu durumda yönetim kurulu üyelerinin, ortaklıkla rekabet ettikleri takdirde genel kuruldan izin zorunluluklarının da bulunmadığı ifade edilmektedir⁵⁷⁷.

Ancak bizce, TTK m. 1529 hükmüne bu tür bir anlam yüklemek isabetli değildir. Zira anılan hüküm, halka açık anonim ortaklıklar bakımından kurumsal yönetim ilkelerinin tayininde Sermaye Piyasası Kurulu'nun yetkili olduğunu ifade etmektedir. Bu hükmü, halka açık anonim ortaklıklarda sadece Sermaye Piyasası Kurulu'nun tayin ettiği kurumsal yönetim ilkeleri geçerlidir şeklinde yorumlamak doğru olmayacaktır. Kaldı ki, halka açık ancak payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların yönetim kurulu hakkında TTK hükümleri geçerlidir⁵⁷⁸. Payları borsada işlem gören ortaklıklar bakımından ise KYT'nin ekinde kabul edilen kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanması doğaldır. Ancak, bu durum TTK'da yönetim kurulu ile ilgili her türlü hükmün bertaraf edildiği anlamına gelmemektedir. Örneğin, payları borsada işlem gören ortaklıkların yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından TTK m. 553 vd. hükümleri geçerliliğini korumaktadır⁵⁷⁹.

Bu bağlamda yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına ilişkin TTK m. 396 hükmü, üye ile ortaklık arasındaki menfaat çatışmasının önlenmesine ilişkindir ve uygulama alanını halka kapalı ortaklıklar ile sınırlandırmanın hiçbir manası ve yasal gerekçesi yoktur. Hatta, anılan düzenlemeye payları borsada işlem gören ortaklıklar bakımından daha da ihtiyaç bulunmaktadır. Kaldı ki, esasen kurumsal yönetim ilkelerinin temel amaçlarından birisi de muhtemel menfaat çatışmalarını engellemektir. Bu nedenle bizce, KYT'nin ekinde yer alan 1.3.6 hükmü şu şekilde anlaşılmalıdır: İlk yönetim kurulu üyeleri TTK m. 396 hükmü uyarınca rekabet yasağına tabidir. Ancak üye rekabet yasağını ihlal ettiği takdirde, KYT'nin ekinde yer alan 1.3.6 hükmü gereği bu durumu, genel kurulda ifşa etme yükümlülüğü de doğmaktadır. İkinci olarak, anılan hükümde sayılan yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahipleri, idari sorumluluğu bulunan yöneticiler ve bunların (yönetim kurulu üyeleri dahil) eş ve ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları rekabet yasağına tabi kılınmamakla birlikte; bahsi geçen kimselere ortaklığın işletme konusuna giren

⁵⁷⁶ Odman Boztosun, s. 121. Yazar, her ne kadar görüşünü KYT'den bir önceki tebliğin (Seri: IV No: 56 Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ) 1.3.7 hükmüne dayandırmaktaysa da; anılan hüküm, KYT'nin ekinde yer alan 1.3.6 hükmü ile paraleldir.

⁵⁷⁷ Odman Boztosun, s. 122.

⁵⁷⁸ Memiş / Turan, s. 112.

⁵⁷⁹ Memiş / Turan, s. 112.

ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapma ya da aynı tür ticari işlerle uğraşan bir başka ortaklığa sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla katılma haline özgü olarak genel kurulda ifşa yükümlülüğü getirilmiştir.

Tek pay sahibi bulunan anonim ortaklıklarda, yönetim kurulu üyesi gerek pay sahibi gerek üçüncü bir kimse olduğunda da rekabet yasağına tabi olacaktır. Eğer ortaklığın tek pay sahibi aynı zamanda ortaklığın tek yönetim kurulu üyesi ise, bu durumda ortaklık ile menfaat çatışmasından itinayla kaçınması gerekmektedir⁵⁸⁰. Yönetim kurulunda herhangi bir sebeple bir üyeliğin boşalması halinde, yönetim kurulu tarafından geçici olarak seçilen kişi de yönetim kurulu üyesi sıfatını kazandığından rekabet yasağına tabi olacaktır⁵⁸¹ (TTK m. 363 f. 1).

Yönetim kurulu üyesi bir tüzel kişi ise, rekabet yasağının tüzel kişi içinde geçerli olacağından şüphe yoktur. Ayrıca, tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişinin de yetkilerini kötüye kullanma ihtimali nedeniyle yasağına tabi olmasının kabulü gerekmektedir⁵⁸² (TTK m. 359 f. 2). Ortaklığın kurucularının, denetçilerinin ve ortaklığa tayin edilen kayyımların TTK m. 396'da düzenlenen rekabet yasağına tabi olmayacağı doktrinde kabul edilmektedir⁵⁸³. Tasfiye memurları açısından ise, eğer tasfiye memuru aynı zamanda yönetim kurulu üyesi ise, tasfiye işleriyle sınırlı olmak üzere rekabet yasağı uygulama alanı bulacaktır⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 9; Akdağ Güney, s. 167 – 168. Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde TTK m. 396 f. 1 uyarınca ortaklığa seçimlik talep hakları tanınmaktadır. TTK m. 396 f. 2 uyarınca söz konusu talep haklarının seçimi diğer yönetim kurulu üyelerine aittir. Bu nedenle tek kişilik yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde seçimlik yetkinin nasıl kullanılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yine bu kapsamda TTK m. 396 f. 3 uyarınca zamanaşımı sürelerinin diğer üyelerin öğrenmesinden itibaren başlaması nedeniyle, bu tür durumlarda nasıl tayin edileceği hususu doktrinde sorgulanmaktadır, Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 498 – 499; Fatih Aydoğan, **Tek Kişi Ortaklığı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 267 – 268. Bu hususta gerek zamanaşımı gerek seçimlik talep haklarının seçimine ilişkin yetkinin nasıl kullanılacağına ilişkin değerlendirmelerimiz için bkz. Aşa. Dördüncü Bölüm, II., D., 2., a., ab., abb. ve Dördüncü Bölüm, II., E., 2., b., ba., bab.

⁵⁸¹ Kalpsüz, s. 366; Aydoğan, s. 77; Ayan, s. 153; Akdağ Güney, s. 241; Üçışık / Çelik, s. 503; Göksoy, s. 646.

⁵⁸² İsmail Kırca, “Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, **Batider**, C: 28, S: 2, 2012, s. 57; Hülya Çoştan, “Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği”, **Batider**, C: 29, S: 1, 2013, s. 126; Emine Develi, **Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 143.

⁵⁸³ Kalpsüz, s. 365 – 366; Üçışık / Çelik, s. 503; Göksoy, s. 646-647; Aydoğan, s. 77.

⁵⁸⁴ Göksoy, s. 647; Ayan, s. 154. Buna karşılık tasfiye memurlarının yönetim kurulu üyesi olup olmadığı ayırımı girmeksizin doğrudan yasağına tabi olmadıkları görüşü yönünden bkz. Kalpsüz, s. 365; Üçışık / Çelik, s. 503; Aydoğan, s. 77. Alman Hukuku'nda ise Alm.POK. § 268 III hükmü uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin tabi olduğu rekabet yasağının tasfiye memurları hakkında uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir, Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 2; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 9; Hölter Komm. – Weber, § 88 AktG, N. 4.

B. Yönetim veya Temsil Yetkisini Devralan Üçüncü Kişi

TTK m. 396 f. 1 hükmünün lafzı, rekabet yasağına tabi kişiler bakımından sadece yönetim kurulu üyelerini işaret etmektedir. Yönetim veya temsil yetkilerinin TTK m. 376 f. 1 ve TTK m. 370 f. 2 anlamında devrinde, devredilen kişilerin yönetim kurulu üyesi olması halinde, gerek yönetim yetkisini gerek temsil yetkisini devralan üyenin, yönetim kurulu üyesi sıfatıyla TTK m. 396 hükmünde düzenlenen rekabet yasağına tabi olacağından kuşku duyulmamalıdır. Zira, TTK m. 396 f. 1 uyarınca yasak tüm yönetim kurulu üyelerini kapsamaktadır.

Peki, yönetim veya temsil yetkisini devralan kişinin yönetim kurulu üyesi olmayıp üçüncü kişi olması halinde, bu kişi hakkında TTK m. 396 hükmü uyarınca düzenlenen kanundan doğan rekabet yasağı geçerli olacak mıdır? Bu soruyu cevaplandırmada, yönetim ve temsil yetkisinin devrine dair ETK ve TTK'nın sistemleri ile terminolojilerinin birbirinden farklı olması sebebiyle⁵⁸⁵; meseleyi ilkin ETK sistemi açısından, ikinci olarak TTK sistemi açısından değerlendirmeyi uygun görmektediriz.

ETK sisteminde yukarıda açıkladığımız üzere yönetim ve temsil yetkisinin birlikte üçüncü bir kişiye devri halinde; söz konusu kimse Murahhas Müdür olarak adlandırılmaktaydı. ETK döneminde Murahhas Müdürün ETK m. 335'te düzenlenen rekabet yasağına tabi olup olmayacağı doktrinde tartışmalıydı. Doktrinde çoğunluk tarafından Murahhas Müdürün, tıpkı Murahhas Üye gibi TTK m. 335'e tabi olması gerektiği kabul edilmiştir⁵⁸⁶. Azınlıkta kalan görüş⁵⁸⁷ ise, yönetim ve temsil yetkisini devralan Murahhas Müdürün, yönetim kurulu üyesi sıfatının bulunmaması nedeniyle,

⁵⁸⁵ Yönetim ve temsil yetkisine dair ETK ve TTK sistemine dair açıklamalarımız için bkz. Yuk. İkinci Bölüm, I., C.

⁵⁸⁶ Franko, s. 49; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 234; Helvacı, s. 93 dn. 312; Teoman, Rekabet Yasağı, s. 45; Çevik, s. 551; Aydoğan, s. 80 – 81. Doktrinde Franko, rekabet yasağının dar yorumlanmasının konunun maddiyatı ile ilgili olduğunu, diğer bir anlatımla hükmün hangi fiil ve davranışların rekabet yasağı kapsamında kabul edildiğinin belirlendiğini, ETK m. 319'a göre yetkilendirilen kimsenin ortaklığın menfaatini açıkça ihlal etmesi halinde, bu kimsenin sırf yönetim kurulu üyesi sıfatı bulunmaması nedeniyle yasağına tabi olmayacağını kabul etmenin çok şekilci bir yorum tarzı olduğunu ifade etmiştir, Franko, s. 49.

⁵⁸⁷ Kalpsüz, s. 365 - 366. Aynı yönde Göksoy, s. 645. Domaniç ise, yasağına tabi kimseleri incelerken, yasağın yönetim kurulu üyelerine özel olduğunu ifade etmesinin akabinde, “*üye sıfatı olmayan ve ticari temsilci sıfatı niteliğinde bulunan genel müdürlerin*” ETK m. 335'e değil, EBK m. 455'e tabi olması gerektiğini kabul etmiştir, Domaniç, Anonim Şirketler, s. 628. Domaniç'in “*üye sıfatı olmayan ve ticari mümessil sıfatı niteliğinde bulunan genel müdürler*” olarak tanımladığı kimselerin, hukuki açıdan ETK m. 319 f. 2 uyarınca tayin edilen Murahhas Müdür olduğu doktrinde Göksoy tarafından ileri sürülmüştür, Göksoy, s. 645 dn. 39.

ETK m. 335'e tabi olmayacağını; murahhas müdürler hakkında bağlı tacir yardımcılarının rekabet yasağını düzenleyen EBK m. 455 hükmünün uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür.

TTK sisteminde ise teorik olarak yönetim ve temsil yetkisinin birbirinden ayrı olarak devri gerçekleşebilecektir. Açık bir anlatımla, yönetim ve temsil yetkisinin aynı kişide toplanma zorunluluğu TTK sisteminde mevcut değildir⁵⁸⁸. TTK terminolojisinde, yönetimin devri TTK m. 367 f. 1 uyarınca devrin yapıldığı kişi “*yönetim kurulu üyesi veya üçüncü kişi*”; temsil yetkisinin TTK m. 370 f. 2 uyarınca devrin yapıldığı kişi “*murahhas üye veya müdür olarak üçüncü kişiler*” olarak adlandırılmıştır. Bu nedenle, TTK sistemini irdelerken, herhangi bir karışıklığa mahal vermemek adına, incelememizi “yönetim (TTK m. 367 f. 1) ve temsil yetkilerini (TTK m. 370 f. 2) devralan üçüncü kişi” olarak ifade edeceğiz. Böylelikle, yönetim ve temsil yetkisini devralan üçüncü kişi açısından evvela doktrinde TTK zamanında ileri sürülen görüşleri – kullandıkları terminolojiye bağlı kalmak kaydıyla – açıklayıp; ardından kendi görüşümüzü izah etmeye çalışacağız.

TTK zamanında Kırca⁵⁸⁹, konuluş amacı esas alındığında rekabet yasağına tabi olmak açısından üyeler ile yönetimin veya temsilin devredildiği üçüncü kişiler arasında fark gözetmenin doğru olmadığını, rekabet yasağının sadakat yükümlülüğünün bir görünümü olduğunu, TTK m. 369 f. 1 hükmü gereğince üyelerin yanında yönetimle görevli üçüncü kişilerin de sadakat yükümlülüğüne tabi olduğunu, bu nedenle TTK m. 396 hükmünün yönetimin veya temsilin devredildiği üçüncü kişiler hakkında da uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁹⁰. Akdağ Güney⁵⁹¹ de, delegasyon halinde yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerini devralan kişilerin TTK m. 396 hükmüne tabi olduğunu kabul etmekle birlikte; bu kişiler açısından yasağın kaldırılmasında TTK m. 396 hükmünden saparak, genel kurulun değil, yönetim kurulunun yetkili olacağını belirtmiştir.

Üçışık / Çelik⁵⁹² ise, TTK m. 396 f. 1 hükmünde açıkça yönetim kurulu üyeleri kavramı kullanılması sebebiyle, yönetim ve temsil yetkisine sahip müdürlerin yasağa

⁵⁸⁸ Altay, Yetki Devri, s. 93.

⁵⁸⁹ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 688.

⁵⁹⁰ Aynı yönde Aşık, s. 177 – 178.

⁵⁹¹ Akdağ Güney, s. 240.

⁵⁹² Üçışık / Çelik, s. 503.

tabi olmayacağı görüşündedir. Aynı doğrultuda Ayan⁵⁹³ da, yönetim kurulu üyesi olmayan murahhas müdürlerin, TTK m. 396 f. 1’de düzenlenen rekabet yasağının kapsamına dahil olmadığını kabul etmekle birlikte; bu kimselerin ticari temsilci sıfatıyla bağlı tacir yardımcılarının rekabet yasağını düzenleyen TBK m. 553 hükmüne tabi olacağını ileri sürmektedir.

Kanaatimizce meseleye ilkin yetki devrine dair TTK sistemi ve terminolojisi açısından yaklaşmak uygun olacaktır. Şöyle ki, A anonim ortaklığında, yönetim ve temsil yetkisinin birbirinden ayrı kimselere, diğer bir deyişle yönetim yetkisinin üçüncü bir kişi olan B’ye; temsil yetkisinin de yine üçüncü bir kişi olan C’ye devredildiğini⁵⁹⁴ farz edelim. Bu takdirde B, sahip olduğu yönetim yetkisi gereği, A ortaklığının faaliyetlerinin yürütülmesi ve işletme konusunun elde edilmesi için yönetim yetkisini kullanarak kararlar alacaktır. Bu kararlar, günlük işlere ilişkin olabileceği gibi, devredilemez yetkilere girmediği müddetçe üst düzey kararlar da olabilecektir⁵⁹⁵. Zira, TTK m. 367 f. 1 uyarınca yönetim yetkilerini devralanlar karar alma gücüne sahiptir⁵⁹⁶. Yönetim yetkisine sahip olan kişi veya kişilerin iç ilişkide aldığı kararlar, TTK m. 370 uyarınca ortaklığın temsili ile dış ilişkide sonuç doğuracaktır⁵⁹⁷. Diğer bir deyişle, temsile yetkili kişiler, alınan kararları ortaklığın imzası ile dış dünyada somutlaştırmaktadır.

Dolayısıyla, yönetim yetkisini devralan üçüncü kişinin ortaklığın faaliyetlerine ilişkin karar alma gücüne istinaden; tıpkı yönetim kurulu üyesi gibi TTK m. 396 f. 1’de öngörülen rekabet yasağına tabi olması gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce bu görüşe, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin ortaklığa karşı özen ve sadakat yükümlülüğünün bulunduğunu belirten TTK m. 369 f. 1’de güç katmaktadır. Şöyle ki, söz konusu hükümde “*yönetimle görevli üçüncü kişiler*”, ile kastedilen, m. 367 f. 1 uyarınca yönetim yetkisinin devredildiği; diğer bir ifadeyle ortaklığın yönetimine dair karar alma gücüne sahip üçüncü kişilerdir⁵⁹⁸. Bu bağlamda,

⁵⁹³ Ayan, s. 154.

⁵⁹⁴ Bu noktada TTK m. 370 f. 2 hükmü uyarınca, ortaklığın temsilinde, en az bir yönetim kurulu üyesinin bulunması gerektiğini de belirtmek isteriz. Diğer bir deyişle, örneğimizde A anonim ortaklığının temsili üçüncü bir kişi olan C tek başına kullanamayacaktır; C’nin yanında en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması gerekmektedir.

⁵⁹⁵ Altay, Yetki Devri, s. 96 - 97.

⁵⁹⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29 N. 50; OFK - Wibmer, Art. 716b OR, N. 9.

⁵⁹⁷ Altay, Yetki Devri, s. 93; OFK - Wibmer, Art. 718 OR, N. 1.

⁵⁹⁸ Homburger, Art. 717 OR, N. 769; CHK - Plüss / Facincani-Kunz, Art. 717 OR, N. 1.

yönetim organına ilişkin yetkilerin kullanımı, ortaklığın iradesinin oluşturmaktadır⁵⁹⁹. Açık bir anlatımla, yönetim yetkisini devralan üçüncü kişiler de, tıpkı yönetim kurulu üyeleri gibi ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü altındadır. TTK m. 369 f. 1 hükmünde, sadakat ve özen yükümlülüğü açısından yönetim kurulu üyesi ile yönetim yetkisini devralan üçüncü kişi arasında herhangi bir ayırım kabul edilmediğine⁶⁰⁰ göre; bu durumda yönetim yetkisini devralan üçüncü kişi de, ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü gereği, sadakat yükümlülüğünün bir görünüşü olan TTK m. 396 uyarınca düzenlenen rekabet yasağına tabi olmalıdır.

Meseleye yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu bakımından yaklaşıldığında da, aynı cevaba varılacaktır. Şöyle ki, yönetim kurulu üyeleri ile yönetim yetkisini devralan üçüncü kişilerin sorumluluğunun, yönetim kurulu organına ilişkin yükümlülüklerin ihlalden doğan organa özgü sorumluluk olduğu kabul edilmektedir⁶⁰¹. Zira, yönetim yetkisini devralan üçüncü kişi, bu yetkiyi kullanmasından; yönetim yetkisini devreden üye ise, söz konusu bu üçüncü kişinin gözetiminden sorumludur⁶⁰². Bu nedenle, yönetim kurulu üyesi ve yönetim yetkisini devralan üçüncü kişiler aleyhine sorumluluk davası ikame edilebilecektir. Dolayısıyla, konuya sorumluluk hukuku bakımından da yaklaşıldığında, üye ile yönetim yetkisini devralan üçüncü kişi arasında rekabet yasağı bakımından fark yaratmanın bir anlamı olmadığı düşüncesindeyiz. Bu itibarla, TTK m. 396'da yönetim yetkilerini devralanların rekabet yasağına tabi tutulmamasının bir ihmal eseri olduğu düşüncesindeyiz.

Yukarıda verdiğimiz örneğe yeniden dönersek; yönetim yetkisini devralan B, TTK m. 396'da düzenlenen rekabet yasağına tabi olmalıdır. C de, sadece temsil yetkisini devraldığı için her ne kadar karar verme gücüne veya yetkinliğine sahip olmasa da, görevi itibarıyla imza işlemini gerçekleştirirken karara ilişkin bilgileri elde edebilmektedir. Bu nedenle, sadece temsil yetkisini devralan üçüncü kişinin de, TTK m. 396'da düzenlenen rekabet yasağına tabi olması gerektiğini düşünmekteyiz.

⁵⁹⁹ Altay, Yetki Devri, s. 196 – 197.

⁶⁰⁰ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 29 N. 59; OFK - Wibmer, Art. 718 OR, N. 3.

⁶⁰¹ Von der Crone, s. 4; Altay, Yetki Devri, s. 195. Organa özgü sorumluluk kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Altay, Yetki Devri, s. 195 vd.

⁶⁰² Çamoğlu, Sorumluluk, s. 196 – 197; Helvacı, s. 80 – 81; Altay, Yetki Devri, s. 195 – 196; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 383.

Bu noktada son olarak değinmek istediğimiz husus, yönetim yetkisini devralan kişi ile ortaklık arasında ayrıca bir hizmet akdi mevcut olması halidir. Zira, böyle bir durumda söz konusu kişi, ortaklık ile arasındaki hizmet akdi gereği, sözleşme ilişkisi boyunca TBK m. 396 f. 3 uyarınca ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğü altında olmakla birlikte; hizmet akdi sona erdikten sonra geçerli olmak üzere ortaklıkla rekabet yasağı sözleşmesi akdetmesi durumunda da, TBK m. 444 vd. hükümlerine riayet edilmesi gerekecektir. Böyle bir ilişki ihtimalinde yönetim yetkisini devralan kişi, aynı anda hem Ortaklıklar Hukuku anlamında TBK m. 396'daki rekabet yasağına hem de Borçlar Hukuku anlamında TBK m. 396 f. 3'e tabi olabilecek midir? Doktrinde, bu tür bir ilişki halinde, Ortaklıklar Hukuku anlamındaki rekabet yasağı ile hizmet akdi uyarınca rekabet etmeme yükümlülüğünün birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁰³. Şöyle ki, bu kimseler açısından, hizmet akdinden sonraki dönem için rekabet yasağı sözleşmesi akdedilecekse TBK'nın öngördüğü şartlara riayet edilmelidir. Yine hizmet sözleşmesi uyarınca, hizmet ilişkisi sona erdikten sonra geçerli olmak üzere akdedilen rekabet yasağı sözleşmesi; yönetim yetkisi sona erse bile devam edecektir. Ayrıca, TBK m. 445 f. 2 uyarınca hâkim, rekabet yasağı sözleşmesini kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilecektir. Böylelikle, bu tür kişiler açısından daha kuvvetli bir rekabet yasağı uygulama alanı bulmaktadır. Bu kişilerin ortaklıkla hizmet akdi sona erer ve sonraki dönem için bir rekabet yasağı sözleşmesi akdedilmez ise; bu takdirde sadece TTK m. 396 uygulama alanı bulacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi ise bir kararında⁶⁰⁴ meseleyi sadakat yükümlülüğü açısından ele almıştır. Şöyle ki söz konusu kararda, organ konumundaki bir kişinin, aynı zamanda ortaklık ile olan ilişkisinde hizmet akdi gereğince işçi sıfatını da haiz olması halinde; bu kişi açısından hangi sadakat yükümlülüğü hükmünün uygulanacağı sorusu tartışılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, iki yasal ilişkinin doğumları, etkileri ve sona ermeleri açısından açıkça ayırt edilmesi gerektiğini ifade ederek; bu kişinin hem işçi olarak İsv.BK'nın Art. 321a hükmü (TBK m. 396 f. 3) uyarınca, hem de organ niteliği nedeniyle İsv.BK'nın Art. 717 Abs. 1 hükmü (TTK m. 369 f. 1) uyarınca sadakat yükümlülüğüne tabi olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, sadakat yükümlülüğünün ihlali tartışıldığı vakit; birinin veya diğerinin ihlal edilip

⁶⁰³ Müller, s. 289.

⁶⁰⁴ BGE 130 III 213 E. 2.1, www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

edilmediğinin ayrıca kontrol edilmesi gerekmektedir. Doktrinde yine, bu karara işaret edilerek; sadakat yükümlülüğünü düzenleyen farklı hükümlerin yan yana mevcut olduğu ve birbiriyle yarışacağı da kabul edilmektedir⁶⁰⁵.

Kanaatimizce Federal Mahkemenin görüşünü Türk Hukuku bakımından da kabul etmek uygun olacaktır. Gerçekten de, yönetim kurulu üyesinin yahut yönetim yetkisini devralan üçüncü kişinin ortaklıkla organ ilişkisi haricinde bir hizmet ilişkisi bulunabilmektedir. Bu tür durumlarda, üyenin veya yönetim yetkisini devralan üçüncü kişinin çifte sadakat yükümlülüğünün (organa özgü TTK m. 369 f. 1; hizmet sözleşmesine özgü TBK m. 396 f. 1) bulunduğu kabulü gerekmektedir. Ancak her iki yükümlülük de kaynaklandığı hukuki ilişkiye göre şekillenecek ve o alanda uygulama alanı bulacaktır. Örneğin kişinin organ konumunun sona erdiği fakat ortaklıkla hizmet ilişkisi devam ettiği vakit, organa özgü sadakat yükümlülüğü kural olarak sona erecek ancak hizmet ilişkisi devam ettiği için bu ilişki kapsamında sadakat yükümlülüğü devam edecektir.

C. Ticari Temsilci ve Ticari Vekil

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu tarafından ticari temsilci ve ticari vekil tayin edilebilecektir (TTK m. 368). Ticari temsilci ve ticari vekiller, TBK m. 553'te düzenlenen rekabet yasağına⁶⁰⁶ tabidir. Bu yasağın da temelinde ticari temsilci veya ticari vekil (iş gören) ile iş sahibi arasında güven esaslı bir ilişki olması nedeniyle sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁰⁷. Ticari temsilci veya ticari vekilin, işletme sahibine karşı sadakat yükümlülüğü gereği, işletme sahibinin menfaatlerini her zaman koruması ve üstün tutması gerekmektedir. TBK m. 553 hükmünün emredici nitelikte olmayıp, tamamlayıcı niteliktedir⁶⁰⁸.

TBK m. 553⁶⁰⁹ f. 1 hükmü gereğince ticari temsilci ile ticari vekil, işletme sahibinin izni olmaksızın, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kendilerinin ya da

⁶⁰⁵ Fischer, s. 157.

⁶⁰⁶ Bağlı tacir yardımcılarının rekabet yasağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, s. 76 vd.

⁶⁰⁷ Georg Gautschi, **Berner Kommentar, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse**, Becker Hermann (Hrsg.), Bern, Stämpfli Verlag AG, 1962, Art. 464 OR, N. 1a; Kırca, s. 171; Şener, Ticari Temsilci, s. 339 - 342.

⁶⁰⁸ Şener, Ticari Temsilci, s. 343.

⁶⁰⁹ EBK'da rekabet yasağını düzenleyen m. 455 hükmü şu şekildedir:

bir üçüncü kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacaklar ve kendi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptıramayacaklardır. Açık bir anlatımla, ticari temsilciler ile ticari vekiller işlemi kendi adına; ticari mümessil, ticari vekil, acenta veya bir ortaklığın yönetim organı sıfatıyla üçüncü kişi ad ve hesabına; komisyoncu olarak kendi adına ve başkasının hesabına yapamayacaktır. Aynı şekilde, ticari temsilciler ile ticari vekiller işlemi üçüncü bir kişi adına ve kendisinin hesabına da yapamayacağı gibi; üçüncü bir kişi kendi adına ticari temsilci ile ticari vekil hesabına da yapamayacaktır⁶¹⁰. Rekabet yasağının ihlalinde esas alınacak olan işletme sahibinin fiili faaliyet alanıdır⁶¹¹. Ticari temsilci ve ticari vekilin, işletme sahibinin fiilen uğraştığı alanlarda ve faaliyet çevresinde, işletme sahibi ile aynı ürün veya hizmeti sunması, rekabet yasağının ihlal edilmesi anlamına gelecektir⁶¹².

TBK m. 553 hükmü uyarınca ticari temsilcinin ve ticari vekilin rekabet yasağı, ticari temsilcilik ve ticari vekillik devam ettiği müddetçe uygulanacaktır⁶¹³. Ticari temsilcinin veya ticari vekilin rekabet yasağını ihlal etmeleri halinde ise işletme sahibi, aralarındaki hukuki ilişkiden doğan hakları saklı kalmak kaydıyla, uğradığı zararın giderilmesini, diğer bir ifadeyle tazminat talep edebilir. Fakat bunun yerine, katılma (iştirak) hakkı⁶¹⁴ olarak tanımlanan, ticari temsilcinin veya ticari vekilin kendi hesabına yaptığı veya üçüncü kişilere yaptırdığı işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla aldıkları ücretin verilmesini veya aynı işlerden

“(f. 1) Bir müessesenin bütün işlerini idare eden yahut müessese sahibinin hizmetinde bulunan ticari mümessiller veya ticari vekiller müessese sahibinin izni olmaksızın gerek kendi namlarına gerek üçüncü şahıs namına müessesenin yaptığı nevide dahil bir iş yapamazlar.

(f. 2) Buna muhalif harekette bulunursa müessese sahibi zarar ve ziyan istemek ve bu suretle yapılan işleri kendi hesabına almak hakkını haizdir.” EBK m. 455’in karşılığı olan TBK m. 553 düzenlemesi ile birlikte hükmün kapsamının, yasağın ihlali ve yaptırımı bakımından genişlediği kabul edilmektedir, bu yönde bkz. Tolga Ayoğlu, “Bağlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları”, **Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu**, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 48.

⁶¹⁰ Kırca, s. 174 - 175; Kaya (Ülgen / Helvacı / Nomer Ertan), s. 736.

⁶¹¹ Kırca, s. 173; Şener, Ticari Temsilci, s. 347

⁶¹² Şener, Ticari Temsilci, s. 346 – 347; Kırca, s. 174; Kaplan, s. 101 - 102

⁶¹³ Kırca, s. 176; Şener, Ticari Temsilci, s. 345. Yargıtay’da bir kararında, ticari temsilciliğin devam ettiği sürece kanundan doğan rekabet yasağının uygulanacağını şu ifadelerle kabul etmektedir: “*Davacı, BK.nun 455 inci maddesine dayalı tazminat istediğine göre, anılan madde gereğince ticari mümessil veya ticari vekilin, müessese sahibinin izni olmaksızın aynı işi kendisi veya 3 üncü şahıs adına yaptığı takdirde ödemesi gereken tazminat, ticari mümessilliğin devam ettiği süre içinde yapılan iş ve işlemlerle sınırlıdır. Ancak, aralarında ki sözleşmede aksinin kararlaştırılması mümkündür. Somut olay açısından ticari mümessillik veya vekillikle ilgili haksız rekabet yasağı konusunda sözleşmede aksine bir süre belirlenmemiş olduğundan, sözleşmenin feshi ile birlikte iş sahibinden izin alınması da söz konusu olmayacaktır.*” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 23.02.2006 E: 2004 / 14947 K: 2006 / 1793, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁶¹⁴ Söz konusu bu yaptırım şekline ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerimiz için bkz. Aşa. Dördüncü Bölüm, II., B.

doğan alacağın devredilmesini isteyebilecektir⁶¹⁵ (TTK m. 553 f. 2). Söz konusu bu taleplere ilişkin zamanaşımına ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte; doktrinde rekabet yasağının ihlalinin caiz olmayan vekâletsiz iş görme niteliğinde olduğu, bu niteliği gereği aslında bir haksız fiil karakteri taşıdığı, bu nedenle de TBK m. 72 f. 1 hükmünün kıyasen uygulanarak zamanaşımının iki ve on yıllık süreye tabi olduğu kabul edilmektedir⁶¹⁶.

TBK m. 553 hükmünde düzenlenen rekabet yasağı, bağlı tacir yardımcısı ile işletme sahibi arasındaki iç ilişkiden (vekâlet, hizmet, ortaklık) bağımsız niteliktedir⁶¹⁷. Bağlı tacir yardımcısı, işletme sahibi ile arasındaki iç ilişki eğer hizmet akdiyse, hizmet akdine dair işçinin rekabet yasağını düzenleyen TBK m. 396 f. 3'e; vekâlet akdiyse vekilin sadakat yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 506 f. 2 hükmüne de aynı anda riayet etmesi gerektiği, zira iki hükmün yan yana olduğu doktrinde ileri sürülmektedir⁶¹⁸.

Anonim ortaklıkta yer alan ticari temsilci ve ticari vekil sıfatına sahip kimseler ise, TBK m. 553 gereğince rekabet yasağına tabi olmalarının yanında, TTK m. 396 hükmü uyarınca rekabet yasağına tabi olacak mıdır? Diğer bir ifadeyle TTK m. 396 hükmünün uygulama alanına, anonim ortaklıktaki ticari temsilci ve ticari vekiller dahil edilebilecek midir? Doktrinde, anonim ortaklığın ticari temsilci ve ticari vekillerinin TBK m. 553'e tabi olduğu, dolayısıyla kendileri hakkında TTK m. 396 hükmünün uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁶¹⁹. Bizce de, ticari temsilci ve ticari vekil sıfatına sahip kimseler hakkında TTK m. 396 uygulama alanı bulmamalıdır. Zira, ilkin ticari temsilci ve ticari vekiller hakkında rekabet yasağı TBK m. 553 hükmünde özel olarak düzenlenmektedir. İkinci olarak, TTK m. 396 hükmünün kişi bakımından uygulama

⁶¹⁵ Kırca, s. 178; Kaya (Ülgen / Helvacı / Nomer Ertan), s. 736.

⁶¹⁶ Kırca, s. 180 - 181; Kaya (Ülgen / Helvacı / Nomer Ertan), s. 736; Kaplan, s. 113.

⁶¹⁷ BK- Gautschi, Art. 464 OR, N. 3a; BGE 137 III 607, 611, www.bger.ch, Erişim Tarihi: 01.10.2021; Şener, Ticari Temsilci, s. 342; Kırca, s. 173.

⁶¹⁸ Jörg Schwarz, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**, Huguenin Claire / Müller-Chen Markus (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien, 2016, Art. 464 OR, N. 3. Doktrinde kolektif ortaklık ortaklarının rekabet yasağı hükmü ile bağlı tacir yardımcısının rekabet yasağını düzenleyen hükümlerin kümülatif olduğu, tacir yardımcısının rekabet yasağının kapsamının kolektif ortağa nazaran daha geniş olduğu ileri sürülmektedir, BK- Gautschi, Art. 464 OR, N. 6a. Yine, kolektif ortaklıkta bir ortağın ticari temsilci olarak tayin edilmesi halinde ticari temsilcinin gerek ortak olması nedeniyle TTK m. 230 hükmü gerekse TBK m. 553 hükmü gereğince rekabet yasağına tabi olacağı, hatta söz konusu iki yasağın birbiriyle yarışabileceği de ifade edilmektedir, Şener, Ticari Temsilci, s. 346.

⁶¹⁹ ETK zamanında Kalpsüz, s. 365; Franko, s. 50; TTK zamanında Kırca (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 688; Üçışık / Çelik, s. 503.

alanının ticari temsilci ve ticari vekilleri de kapsayarak şekilde genişletilmesi hem rekabet yasağına ilişkin hükümlerin dar yorumlanmasına aykırılık teşkil eder; hem de ticari temsilci ve ticari vekiller bakımından rekabet yasağı özel olarak düzenlendiğinden böyle bir yoruma ihtiyaç da bulunmamaktadır.

D. Paysahipleri

1. Genel Olarak

Çalışmamızın bu kısmında, anonim ortaklıkta pay sahibinin rekabet yasağına tabi olup olmadığını, pay sahibinin sadakat yükümlülüğüne de temas ederek ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz. Bu incelemede ilkin sırasıyla, Alman Hukuku, İsviçre Hukuku ve Türk Hukuku'nda pay sahibinin sadakat yükümlülüğünün ve ortaklıkla rekabet yasağının bulunup bulunmadığına ilişkin mevcut durumu ortaya koymaya çalışacağız. Ardından, pay sahibine ikincil yükümlülük kapsamında ve pay sahipleri sözleşmesi bakımından rekabet yasağının öngörülebilir olup olmadığını irdeleyip, en sonunda kendi görüşümüzü izah edeceğiz.

Alman Hukuku'nda, paysahiplerinin sadakat yükümlülüğünü ve rekabet yasağını düzenleyen kanuni bir hüküm bulunmamakta; yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını düzenleyen Alm.POK § 88 hükmünün de paysahipleri hakkında uygulanmayacağı belirtilmektedir⁶²⁰. Ancak paysahibinin sadakat yükümlülüğü bakımından pozitif bir kanun hükmünün Alm.POK'da yer almamasına rağmen; yargı kararlarında⁶²¹ ve doktrin tarafından paysahibinin sadakat yükümlülüğü kabul edilmektedir⁶²².

Alman Federal Mahkemesinin ünlü Linotype kararında⁶²³, ortaklık ile paysahipleri arasında ortaklıksal sadakat yükümlülüğü ("*gesellschaftsrechtliche Treuepflicht*") onaylanmış ve ilk defa paysahiplerinin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmiştir. Mahkeme, kararında sadakat

⁶²⁰ Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 2; Grigoleit Komm. - Grigoleit, § 1 AktG, N. 85.

⁶²¹ BGHZ 103, 184 = NJW 1988, 1579, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; OLG Frankfurt, 5 U 183/07; BGH, II ZR 49/01, www.openjur.de, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁶²² Marcus Lutter, "Theorie der Mitgliedschaft", *Archiv für die civilistische Praxis*, C: 180, S: 1/2, 1980, s. 86 vd.; Marcus Lutter, "Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme", *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, C: 162, S: 2, 1998, s. 166 vd.; Cornelius Götz, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 5. Aufl., München, C. H. Beck, 2019, vor § 53a AktG, N.19 vd.; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 53a AktG, N. 13 vd.; Grigoleit Komm. - Grigoleit, § 1 AktG, N. 45 vd.

⁶²³ BGHZ 103, 184 = NJW 1988, 1579, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

yükümlülüğünü ortaklık bağları sebebiyle diğer paysahiplerinin haklarını veya konumlarını etkileme gücü ile ilişkilendirmektedir.

Ortaklıksal sadakat yükümlülüğü, paysahiplerine tüm konularda ortaklığın menfaatlerini ve diğer paysahiplerinin ortaklıkla ilgili menfaatlerini dikkate almasını yüklemekte; bir anlamda paysahipliği haklarının kullanımında bir sınır olarak addedilmektedir. Çoğunluk ve azınlık paysahipleri de dahil olmak üzere, tüm paysahipleri sadakat yükümlülüğüne tabidir. Sadakat yükümlülüğünün yoğunluğu ise ortaklığın gerçek yapısı ile ilgilidir; sermayenin ön planda olduğu bir ortaklıkta bu yoğunluk az, kişisel unsurların ön planda olduğu bir şirkette daha fazla olacaktır⁶²⁴. Alman Hukuku'nda paysahibinin sadakat yükümlülüğü kabul edilmiş olmasına rağmen paysahibinin, limited ortaklıkta kabul edilen aksine⁶²⁵, hâkim durumda olsa dahi rekabet yasağına tabi olmayacağı Alman Federal Mahkemesi⁶²⁶ ve doktrin tarafından kabul edilmektedir⁶²⁷.

İsviçre Hukuku'nda, paysahibinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünü veya rekabet yasağını düzenleyen bir kanun hükmü mevcut değildir. Doktrinde, anonim ortaklığın sermaye ortaklığı olması ve İsv.BK Art. 680 hükmünde düzenlenen tek borç ilkesi gereği; paysahiplerinin ortaklığa karşı tek yükümlülüklerinin taahhüt ettikleri pay bedellerinin ödenmesi olduğu; paysahiplerinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülükleri veya rekabet yasağı gibi başka yükümlülüklerin İsv.BK tarafından düzenlenmediği ve bu tür yükümlülüklerin ortaklığın ana sözleşmesi ile de öngörülemediği, paysahiplerinin sadece tüm hukuk sisteminde geçerli olan İsv.MK Art. 2 hükmü uyarınca dürüstlük kuralına tabi olduğu kabul edilmektedir⁶²⁸. Küçük ya

⁶²⁴ Grigoleit Komm. - Grigoleit, § 1 AktG, N. 46; Müko - Götze, vor § 53a AktG, N. 21, N. 42.

⁶²⁵ Alman limited ortaklıklar hukukunda, ortağın rekabet yasağına ilişkin açıklamalarımız bkz. Yuk. Birinci Bölüm, III., D., dn. 255.

⁶²⁶ BGH II ZR 133/07 = NZG 2008, 833, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁶²⁷ Grigoleit Komm. - Grigoleit, § 1 AktG, N. 85; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 53a AktG, N. 25; Müko - Götze, vor § 53a AktG, N. 29; Weitnauer / Grob, s. 187; Müko - Merkt, § 13 GmbH, N. 217.

⁶²⁸ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 42, N. 24 vd.; Christoph Schmid, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR - VegüV**, Vito Roberto / Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 680 OR, N. 3; Stephan Dekker, **Orell Füssli Kommentar, Aktienrecht Kommentar**, Wibmer Jeannette K. (Hrsg.), 1. Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 680 OR, N. 1; Annemarie Nussbaumer / Hans Caspar Von der Crone, "Verhältnis zwischen gesellschafts- und schuldrechtlicher Verpflichtung. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003 i.S. Anstalt X. (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen Streitgenossenschaft Y. AG in Konkurs (Klägerin und Berufungsbeklagte)", **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, Zürich, Schulthess Juristisch Verlag, 2004, s. 143; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 660; Cotti, N. 70.

da tek kişilik veya kişisel özelliklerin ağır bastığı ya da aile şirketleri olarak kabul edilen atipik anonim ortaklıklarda paysahiplerinin sadakat yükümlülüğünün kabul edilmesi gerektiği ileri sürülse de⁶²⁹; çoğunluk⁶³⁰ tarafından bu tip bir farklılaşma kabul görmemiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi⁶³¹ tarafından da paysahibinin sadakat yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Gerek atipik gerek tipik anonim ortaklıkta paysahibinin hâkim durumda olsa bile sadakat yükümlülüğünün bulunmadığı; ancak yönetime katıldığı takdirde yönetim organına ilişkin İsv.BK Art. 717 OR Abs. 1 hükmü uyarınca sadakat yükümlülüğünün gündeme gelebileceği ifade edilmiştir⁶³².

Paysahibinin rekabet yasağı açısından ise İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁶³³, anonim ortaklığın evveleminde bir sermaye ortaklığı olduğu, paysahibinin sermaye borcunun ödemesi yükümlülüğü dışında hiçbir yükümlülüğünün paysahibine atfedilemeyeceği, paysahibinin özellikle ortaklık dışındaki faaliyetlerinde özgür olduğu ve ortaklık ile diğer paysahiplerinin menfaatlerini gözetmesi gerekmediği, yönetim kurulu üyesi olmadığı müddetçe ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunmadığı vurgulanmıştır.

Türk Hukuku'nda ise, anonim ortaklıkta pay sahiplerinin rekabet yasağını düzenleyen kanuni bir hüküm bulunmamaktadır. TTK m. 396 hükmünün açık lafzı karşısında da; söz konusu rekabet yasağının pay sahipleri hakkında uygulanmayacağından şüphe duyulmamalıdır⁶³⁴. Ancak ETK zamanında doktrinde, pay sahiplerinin ETK m. 335'e tabi olmayacağı kabul edilmekle birlikte; ETK m. 1 ve m. 138 hükümlerinin atfı nedeniyle, pay sahiplerinin adi ortaklığa özgü EBK m. 526 hükmüne istinaden rekabet yasağına tabi olacağı, diğer bir anlatımla ortaklığın amacına aykırı ve zarar verici işler yapamayacağı ileri sürülmüştür⁶³⁵. Doktrinde yine konuya bu açıdan yaklaşan bir başka görüş⁶³⁶ ise, anonim ortaklıkta pay sahiplerinin genel hüküm niteliğinde olan EBK m. 526'ya tabi olduğunu kabul ederek; pay

⁶²⁹ Wohlmann, s. 80 - 81, 107, 144 – 147.

⁶³⁰ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 42, N. 28 vd.; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 659 vd.; CHK – Schmid, Art. 680 OR, N. 4.

⁶³¹ BGE 105 II 114, 128; BGE 99 II 55, 62, www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁶³² Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 42, N. 32.

⁶³³ BGE 91 II 298, 305, www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁶³⁴ Franko, s. 51; Akdağ Güney, s. 240; Şener, Ortaklıklar, s. 308.

⁶³⁵ Kalpsüz, s. 365; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 628.

⁶³⁶ Aydoğan, s. 92. Aynı yönde, Karakılıç, s. 95 - 96.

sahiplerinin somut olayın şartlarına göre ortaklığın amacına aykırı ve zarar verici hareketlerde bulunamayacağını, ortaklığa zarar verilmesi hususunda pay sahibinin ortaklık içindeki pozisyonu ile ortaklık yapısının dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Bu görüşlere karşıt görüş⁶³⁷ olarak ise, EBK m. 526 hükmünün anonim ortaklığın paysahibi açısından uygulanmasının mümkün olmadığı, ETK m. 138'deki adi ortaklığa ilişkin hükümlerin düzenleme bulunmayan hallerde ve boşlukları doldurmak üzere uygulanacağı, ETK m. 335'de düzenlenen rekabet yasağında pay sahiplerinin kapsam dahiline alınmayıp, yasağın sadece yönetim kurulu üyeleri açısından düzenlenmesi karşısında, pay sahiplerinin ETK'da bilinçli olarak rekabet yasağına tabi tutulmadığı ve dolayısıyla gerçek anlamda bir kanun boşluğunun bulunmadığı gerekçeleriyle EBK m. 526'da düzenlenen yasağın pay sahibine teşmil etmeyeceği ileri sürülmüştür.

Doktrinde paysahibinin rekabet yasağına farklı bir anlayış sunan diğer bir görüş⁶³⁸ ise, anonim ortaklıkları ikiye ayırarak mevzuyu ele almıştır. Şöyle ki, bu görüş kapsamında çok sayıda paysahibinden oluşan büyük sermayeli anonim ortaklıklar hakiki anonim ortaklıklar; az sayıda paysahibinden oluşan, kişi unsurunun ağır bastığı (örneğin aile ortaklıkları) anonim ortaklıklar ise şekli anonim ortaklık olarak kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, şekli anonim ortaklığın esasında bir şahıs ortaklığı olmasından dolayı, anonim ortaklığın bünyesine yakın olan komandit ortaklık hükümleri kıyasen uygulama alanı bulabilecektir. Bu minvalde komanditer ortak için bile uygulanmayan rekabet yasağının, paysahibi açısından uygulanabilmesinin kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak paysahibi şirketle rekabet ettiği takdirde, ETK m. 250'nin ikinci cümlesinin kıyasen uygulanarak, paysahibinin bilgi alma hakkı ortaklık tarafından sınırlandırılabilmelidir. Hakiki anonim ortaklıklarda ise, rekabet yasağı kabul edilse bile uygulanması çok güç olduğundan; bu tür ortaklıklarda paysahibinin rakip ortaklıkla ilişkisi tespit edilebildiği ve bilgi alma hakkının kullanılması objektif olarak ortaklığa zarar verecek mahiyette olduğu takdirde, bilgi alma hakkının ortaklık tarafından sınırlandırılması haklı görülebilecektir. Kanımızca bu görüşün esas aldığı ayrımın anonim ortaklıklara ilişkin yasal düzende bir dayanağı

⁶³⁷ Göksoy, s. 647 - 648.

⁶³⁸ Sevin Even, "Anonim Şirketlerde Hissedarlara Mütteallik Rekabet Yasağı ve Sır Saklama Mükellefiyeti", **Batider**, C: 2, S: 2, 1963, s. 254 - 258.

bulunmamaktadır. Bu aşamada sadece TTK sisteminde m. 437 ile paysahibinin bilgi alma hakkı ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve hükmün üçüncü fıkrasında paysahibinin talep ettiği bilginin, ortaklık sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer ortaklık menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebileceği öngörülmüştür.

Doktrinde Yargıtay'ın bir kararını değerlendirirken, pay sahibinin rekabet yasağının bulunup bulunmadığına da değinen bir başka görüş⁶³⁹ ise, söz konusu kararda, paysahibinin rekabet yasağına tabi olduğu davalı tarafından ileri sürülmesine rağmen; gerek ilk derece mahkemesi gerek Yargıtay tarafından bu iddianın üzerinde durulmadığına dikkat çekmektedir. Bu doğrultuda, paysahibinin ortaklıkla rekabet etmesinin mümkün olup olmadığı ve ortaklıkla rekabet ettiği takdirde yeni pay alma hakkından mahrum bırakılıp bırakılamayacağı değerlendirme konusu yapılmıştır. Şöyle ki bu görüş uyarınca, şahıs ortaklıklarının aksine anonim ortaklık paysahiplerinin rekabet yasağına tabi olmayacağı ve ETK m. 335 ile öngörülen yasağın da sadece yönetim kurulu üyeleri hakkında geçerli olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, yine bu görüşe göre paysahipleri ile akdedilecek rekabet yasağı sözleşmelerinin aile ortaklıklarında görülmesi mümkün iken; halka açık anonim ortaklıklarda varlığı reddedilmektedir. Dolayısıyla bu görüş, çok dar varsayımlar haricinde ortaklığın, paysahibinin ortaklıkla rekabet etmesini gerekçe göstererek yeni pay almasını engelleyemeyeceğini kabul etmektedir.

Bu noktada, rekabet yasağının bir üst başlığı olan sadakat yükümlülüğüne değinme ihtiyacı duymaktayız. Tıpkı rekabet yasağı gibi, anonim ortaklık pay sahibinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünü düzenleyen kanuni bir hüküm mevcut değildir⁶⁴⁰. Her ne kadar pay sahibinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünü düzenleyen bir kanun hükmü bulunmasa da; konu doktrininde tartışılmış ve çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Şöyle ki doktrindeki hâkim görüşe göre, anonim ortaklığın bir sermaye ortaklığı olması ve anonim ortaklıklarda geçerli tek borç ilkesinin bulunması nedeniyle pay sahibinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü

⁶³⁹ Ömer Teoman, “Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi 25.01.1972 Gün, E: 1971 / 4843 K: 1972 / 356)”, **Batider**, C: 7, S: 4, 1974, s. 966 - 968.

⁶⁴⁰ Buna karşılık limited ortaklıkta ortağın sadakat yükümlülüğü TTK m. 613 hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Kanun koyucunun limited ortaklık ortağı için öngördüğü sadakat yükümlülüğünü, anonim ortaklık pay sahibi için öngörmemiş olmasının bilinçli bir tercih olduğu, bu nedenle olumsuz bir boşluk olarak değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir, Altay, Anonim Ortaklıklar, s. 633.

bulunmamaktadır. Açık bir deyişle paysahibi, ortaklığa karşı haklarını kullanırken sadece MK m. 2 anlamında dürüstlük kuralına riayet etmekle yükümlü olup; paysahibinin bunu aşan bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁴¹.

Bu noktada tek borç ilkesini kısaca izah etme gereği duymaktayız. TTK m. 480 f. 1 uyarınca, kanunda öngörülen istisnalar dışında, anonim ortaklık pay sahibinin ortaklığa karşı tek borcu; taahhüt ettiği payların bedelinin ifasıdır. Tek borç ilkesi olarak adlandırılan bu ilke gereği, paysahibi ortaklığa karşı sadece taahhüt ettiği payların bedelin ifa etmekle yükümlüdür. Diğer bir deyişle, pay sahibine payların bedelinin ifasından başka bir yükümlülük atfedilemez⁶⁴². TTK m. 480 f. 1'in emredici olarak düzenlenmiş olması sebebiyle; söz konusu hükme aykırı ana sözleşme hükümleri ile genel kurul kararları geçersiz olacaktır⁶⁴³. Dolayısıyla tek borç ilkesine aykırı olarak, pay sahibine ortaklıkla rekabet etmeme veya ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünü düzenleyen ana sözleşme hükümleri veya genel kurul kararları geçersiz sayılacaktır⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 103; Mahmut Birsal, "Anonim Şirketlerde Tali Yüküm", **Batider**, C: 8, S: 3, 1976, s. 47 - 48; Ansay, s. 227; Ömer Teoman, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1983, s. 12; Wolfhart F. Bürgi, "İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunu Etkileyen Düşüncelerin Gelecekteki Önemi", Çev: Ömer Teoman, **Batider**, C: 6, S: 3, 1972, s. 581 - 583; Altay, Anonim Ortaklıklar, s. 631; Bahtiyar, s. 292; Gül Okutan Nilsson, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Sözleşmeleri**, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004, s. 36; Even, s. 256; Göksoy, s. 648.

⁶⁴² Okutan Nilsson, s. 15 vd.; Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 75 vd.; Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 42, N. 2, 17; OFK - Dekker, Art. 680 OR, N. 1; CHK - Schmid, Art. 680 OR, N. 1 - 2; Peter Forstmoser / Marcel Küchler, **Aktionärbindungsverträge Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis**, Zürich - Basel - Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, § 2, N. 47; Nussbaumer / von der Crone, s. 143; Bahtiyar, s. 288 vd.

⁶⁴³ Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 76; Forstmoser / Küchler, § 32, N. 1448; OFK - Dekker, Art. 680 OR, N. 3; Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 42, N. 10; CHK - Schmid, Art. 680 OR, N. 4; Aşık, s. 173; TTK m. 480 f. 1 hükmünün gerekçesi de tek borç ilkesi ve hükmün emredici niteliğini şu ifadelerle vurgulamaktadır: "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. (...) Tek borç ilkesi, hükümde "esas sözleşmeyle paysahibine, pay bedelini veya payın itibarî 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."

⁶⁴⁴ Franko, ETK zamanında paysahiplerinin rekabet yasağına tabi olacağına dair ana sözleşmede hüküm yer alması halinde, söz konusu bu hükmün geçerli olacağını; zira limited ortaklıklarda müdür için öngörülen rekabet yasağının ortaklara teşmilinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür, s. 51 - 52. TTK zamanında Aşık ise, TTK m. 340 emredici hükümleri ilkesi gereğince pay sahibine rekabet etmeme

Doktrinde pay sahibinin sadakat yükümlülüğüne tabi olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur⁶⁴⁵. Bu görüşün temsilcilerinden Nomer⁶⁴⁶’e göre, paysahibinin doğrudan ortaklık sıfatından kaynaklanan sadakat yükümlülüğü, dürüstlük kuralından doğan bir yan yükümlülüktür. Yazara göre tek borç ilkesi sınırlı sorumluluk ilkesinin bir tezahürüdür ve paysahibinin edim yükümlülüğünün sınırlarını çizmemektedir; bu nedenle sadakat yükümlülüğü tek borç ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir.

Ayrıca yazar sadakat yükümlülüğünü incelerken, tek borç ilkesi haricinde ETK’da düzenlenen iki hüküm üzerinde durmaktadır. Bunlarda ilki ETK m. 363 f. 2⁶⁴⁷’de düzenlenen paysahibinin sır saklama yükümlülüğüdür. Söz konusu hükümde aslında paysahibinin bilgi alma hakkı düzenlenmiştir. Ancak hükmün ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi ile birlikte; paysahibine sır saklama yükümlülüğü öngörülmüştür. Söz konusu hüküm uyarınca, paysahibi ortaklığa ait sırları, ileride ortaklık haklarını kaybetse dahi, gizli tutmakla mükelleftir. Paysahibi, bu yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabilecek ve zarardan bağımsız olarak ortaklığın şikâyeti üzerine para cezası ile cezalandırılabilir. Yazar, söz konusu bu hüküm nedeniyle, paysahibinin sadakat yükümlülüğünün bulunmadığını ve kanunun bu yükümlülüğü reddettiği sonucuna varılamayacağını ileri sürmektedir.

yükümlülüğünün ana sözleşme ile tanınamayacağını; zira kanun koyucunun limited ortaklıklarda TTK m. 613 f. 2 hükmü uyarınca rekabet yasağının ortaklara teşmil edilebileceğine dair düzenlemeye, anonim ortaklıklarda yer vermediğini belirtmektedir, Aşık, s. 173.

⁶⁴⁵ Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 17 vd.; Akın, s. 139 vd.; Rauf Karasu, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, **Batider**, C: 23, S: 2, 2005, s. 92 vd.; Karasu, Emredici Hükümler, s. 40 vd.; Aşık, s. 172; Paysahibinin yükümlülükleri arasında sadakat yükümlülüğünü sayan Tekil’e göre ise, her paysahibinin genel kurul kararlarını iptalini talep hakkı olması ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünün varlığına işarettir, Fahiman Tekil, **Anonim Şirketler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Tekil Yayıncılık, 1993, s. 303.

⁶⁴⁶ Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 40 - 78.

⁶⁴⁷ ETK m. 363 hükmü şu şekildedir:

“Ticari defterler ve sır saklama mükellefiyeti ve ceza:

(f. 1) Pay sahipleri, şüpheli gördükleri noktalara murakıpların dikkat nazarlarını çekmeye ve lüzumlu izahatı istemeye salahiyetlidirler.

(f. 2) Şirketin ticari defterleriyle muhaberatının tetkiki yalnız umumi heyetin açık bir müsaadesi veya idare meclisinin kararıyla mümkündür. İncelenmesine müsaade edilen defter ve vesikalardan öğrenilecek sırlar hariç olmak üzere, hiçbir ortak şirketin iş sırlarını öğrenmeye salahiyetli değildir. Her ortak, her ne suretle olursa olsun öğrenmiş olduğu, şirkete ait iş sırlarını, sonradan ortaklık hakkını zayi etmiş olsa dahi, daima gizli tutmaya mecburdur. Bu mecburiyeti yerine getirmeyen ortak, meydana gelecek zararlardan şirkete karşı mesul olduğu gibi şirketin şikâyeti üzerine, herhangi bir zarar umulmasa dahi, bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılır.

(f. 3) Pay sahiplerinin malumat alma hakkı esas mukavele ile veya şirket organlarından birinin kararıyla bertaraf veya tahdid edilemez.”

İkinci olarak ise, ETK m. 458⁶⁴⁸, de düzenlenen gizli yedek akçeye ilişkin hüküm değerlendirilmiştir. İlgili hüküm uyarınca, ortaklığın gelişimi ya da istikrarlı kâr paylarının dağıtılmasını sağlanması bakımından uygun ve faydalı olduğu takdirde; yönetim kurulu aktiflerin bilanço günündeki değerlerinden daha aşağı bir değerle bilançoya koyabilecek veya başka suretle gizli yedek akçe ayırabilecektir. Yazar, bu hükme yönelik yapılan bilançonun açık ve dürüstlük ilkelerine aykırı hazırlanmış olabileceği, yönetim kurulunun yolsuzluklarını bu akçeleri çözerek gizlenmesinin mümkün olacağı ve şirket kârının genel kuruldan gizlenebileceği eleştirilerini haklı bulmakla birlikte; bu hükmün kanunun ortaklığın menfaatinin korunması ve gözetilmesini, paysahiplerinin kâr payı hakları menfaatine ve ortaklığın mali durumu hakkında tam bilgi sahibi olmasına tercih ettiğini gösterdiğini belirtmektedir.

Yazara göre tüm ortaklık tiplerinde olduğu gibi, anonim ortaklık paysahibinin hem ortaklığa hem de diğer paysahiplerine karşı sadakat yükümlülüğü mevcuttur. Ancak anonim ortaklığın bir sermaye ortaklığı olması sebebiyle bu yükümlülük mutlak ve her durumda uygulanacak bir yüküm olarak kabul edilmemelidir. Şöyle ki, paysahibinin sadakat yükümlülüğü, paysahibinin ortaklığın kaderini ve menfaatlerini veya diğer paysahiplerinin haklı menfaatlerini etkileme imkanına sahip olduğunda ortaya çıkacaktır.

Bu noktada önemle vurgulamak isteriz ki, yazarın sadakat yükümlülüğü açısından incelediği her iki hükmün de TTK sisteminde artık karşılığı bulunmamaktadır. Şöyle ki, TTK sisteminde paysahibinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme mevcut değildir ve TTK m. 340 uyarınca emredici hükümler ilkesi gereğince paysahibinin sır saklama yükümlülüğünün ana sözleşme ile de kabul edilemeyecektir⁶⁴⁹. Yine ETK m. 458’de düzenlenen gizli yedek akçeye ilişkin hüküm de TTK sisteminde yer almamaktadır.

⁶⁴⁸ ETK m. 458 hükmü şu şekildedir:

“Gizli yedek akçe:

(f. 1) Şirket işlerinin devamlı inkişafını veyahut mümkün mertebe istikrarlı kar payları dağıtılmasını temin bakımından münasip ve faydalı olduğu takdirde, aktiflerin bilanço günündeki kıymetlerinden daha aşağı bir kıymetle bilançoya konması şeklinde veya başka suretle gizli yedek akçe ayrılması caizdir.

(f. 2) İdare meclisi, gizli yedek akçe ve sarf yerleri hakkında murakıplara malumat vermekle mükelleftir.”

⁶⁴⁹ Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 105.

Yazar özel olarak incelediği rekabet yasağı açısından ise, rekabet yasağının düzenlenme nedeni ve paysahibinin ortaklık içindeki durumu gözetildiğinde, her ne kadar sadakat yükümlülüğü kabul edilse dahi, bu yükümlülüğün rekabet yasağının varlığı için yeterli olmayacağını, ortaklık işlerinin görülmesinde herhangi bir yetkisi olmayan paysahibine rekabet yasağının atfedilemeyeceğini, paysahibinin yönetim kurulu üyesi olmadığı müddetçe, çoğunluk paysahibi olsa bile, rekabet yasağına tabi olmayacağını kabul etmektedir⁶⁵⁰.

Doktrinde paysahibinin sadakat yükümlülüğüne tabi olduğunu ileri sürenlerden Akın⁶⁵¹, tıpkı Nomer gibi, tek borç ilkesinin, sermaye maddesine ilişkin olduğunu ve paysahibine ek ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceği esasına dayandığını, bu nedenle sadakat yükümlülüğüne engel olmayacağını, ETK m. 363 f. 2’de yer alan paysahibinin sır saklama yükümlülüğünün, sadakat yükümlülüğünün reddedilemeyeceğine ilişkin önemli bir neden olduğunu, ortaklıklar hukukundaki sadakat yükümlülüğünün ortaklıksal sadakat yükümlülüğü (*gesellschaftsrechtliche Treuepflicht*) olarak tanımlanması gerektiğini, bu yükümlülüğün kaynağının paysahibi ile ortaklık arasındaki dikey ilişki açısından EBK m. 520’de yer alan *affectio societatis*; paysahipleri arasındaki yatay ilişki açısından paysahiplerinin birbirlerinin ortaklıksal menfaatlerini etkileme gücüne sahip olmaları nedeniyle aralarında oluşan özel bağ sebebiyle MK m. 2’nin uygulanacağını ileri sürmektedir⁶⁵². Yazar, Nomer’in aksine, ortaklıksal sadakat yükümlülüğünü yan yükümlülük olarak değil; esas yükümlülük olarak kabul etmektedir.

Doktrinde Moroğlu ise, paysahiplerinin kural olarak ortaklığa ve diğer paysahiplerine sadakat yükümlülüklerinin bulunmadığını kabul etmekle birlikte; istisnaen ortaklıkta çoğunluğu oluşturan hâkim paysahiplerinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüklerinin bulunduğunu ileri sürmüştür⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 134. Aynı görüşte, Aşık, s. 173.

⁶⁵¹ Akın, s. 139 - 152.

⁶⁵² Aynı görüşte bkz. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 92 vd.

⁶⁵³ Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 239; Erdoğan Moroğlu, **Oy Sözleşmeleri**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 2; Yazar meseleye oy hakkından yaklaştığı makalesinde de, doktrinde çoğunluk tarafından anonim ortaklık paysahiplerinin oy haklarını kendi özel menfaatlerine göre özgürce kullanabileceklerinin ve paysahiplerinin ortaklığa ve birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünün bulunmadığının kabul edilmesinin; paysahiplerinin genel ve özel kurullarda oy haklarını kötüye kullanabilecekleri anlamına gelmediğini, oy hakkının kötüye

2. İkincil Yükümlülük Açısından

Paysahibinin rekabet yasağını incelerken, TTK m. 480 f. 4'te tek borç ilkesinin istisnalarından sayılan ikincil (tali) yükümlülöklere de değinmek faydalı olacaktır. Pay sahibinin ortaklığa karşı taahhüt ettiğı payın bedelinin ifasından başka yükümlölöklere tabi tutulması; ancak TTK m. 480 f. 4'te düzenlenen şartları karşıladığı takdirde mümkün olacaktır. Şöyle ki ikincil yükümlölöklörin düzenlenme şartları şu şekildedir: İlkın, ikincil yükümlölöklöklö sadece pay devrinin ortaklığın onayına bağılı olduğı hallerde söz konusu olabilir. İkinci olarak söz konusu bu yükümlölöklöklö belirli zamanlarda tekrarlanması, diğö bir ifadeyle dönemsel olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, sürekli veya bir seferde ifa edilebilen borçlar ikincil yükümlölöklö kapsamına dahil değildir. Üçüncü olarak, yükümlölöklöklö konusu para olmayan edimler olmalıdır. Son olarak, ortaklığın ana sözleşmesinde ikincil yükümlölölöğö ilişkin hüküm bulunmalıdır⁶⁵⁴. İkincil yükümlölöklöklö ana sözleşme değışikliğı ile kabul edilmek istenirse; bu durumda TTK m. 421 f. 2 a bendi gereğı tüm paysahiplerinin onayı aranacaktır. İkincil yükümlölöklöklö nitelik ve kapsamaları pay senetlerinin veya ilmühaberlerin arkasına yazılabilecektir.

İkincil yükümlölöklöklö paysahipliğı sıfatına bağılı olan ortaksal bir yükümlölöklöklö; bu nedenle payı devralacak kişilere karşı da ileri sürölebilecektir. Doktrinde ikincil yükümlölöklöklö verilen tipik örnek; bir anonim ortaklığın işletme konusunun şeker üretimi olması halinde, paysahiplerine her yıl pay sahipleri tarafından üretilen şeker pancarının ortaklığa verilmesi ya da süt ve süt ürünleri işletme konulu bir anonim ortaklığın paysahiplerine her yıl belli bir oranda süt satılmasıdır. İkincil yükümlölöklöklö ile birlikte anonim ortaklığın, kooperatif şeklinde çalışma ve kişiselilik unsurlarını kazandığı kabul edilmektedir⁶⁵⁵.

Türk doktrinde Birsell⁶⁵⁶, pay sahibinin rekabet yasağının ikincil yükümlölöklöklö olarak kabul edilip edilemeyeceğini değörlendirmiştir. Yazar, rekabet yasağının

kullanılmasının da hukuken MK m. 2 uyarınca korunmayacağını belirtmiştir, Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Paysahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Paysahiplerine Karşı Korunması", **Batider**, C: 17, S: 3, 1994, s. 50 – 51.

⁶⁵⁴ Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 101 - 102; Birsell, s. 41 – 43; Bahtiyar, s. 291 – 292.

⁶⁵⁵ Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar II, s. 100; Birsell, s. 41 - 44; Okutan Nilsson, s. 38 - 39; Bahtiyar, s. 291 - 292; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 55 AktG, N. 1 - 4; Müko - Götze, § 55 AktG, N. 3 - 6, 15 - 16; Werner Knut Lange, **Beck'sche Kurz Kommentare Gesellschaftsrecht**, Henssler Martin / Strohn Lutz (Hrsg.), 4. Aufl., München, C. H. Beck, 2019, § 55 AktG, N. 1 – 4.

⁶⁵⁶ Birsell, s. 47 - 50.

özellikle şahıs ortaklıklarında sözü edilen sadakat yükümlülüğünün bir uygulama alanı olduğunu, geniş kapsamıyla sadakat yükümlülüğünün reddedilmesi gerektiğini, kollektif ve adi komandit ortaklıklarında ortakların rekabet yasağına ilişkin hükümlerin mevcut olduğu halde anonim ortaklığın sermaye ortaklığı olması nedeniyle niteliği itibarıyla mümkün olmayacağını, ikincil yükümlülük şartlarını karşılarsa bile rekabet yasağının geçerli sayılamayacağını ifade etmiştir.

Şöyle ki, bizce de ilkin paysahibinin rekabet etmeme yükümlülüğünü üstlenmesi, anonim ortaklığın niteliğine uygun düşmeyecektir. Zira, anonim ortaklıkta yönetim ve denetim organına katılmayan paysahibi, ortaklığın ticari defter ile kayıtlarını genel kurul veya yönetim kurulu kararı ile inceleyebilmektedir. Komanditer ortak için bile uygulanmayan rekabet yasağı, anonim ortaklık paysahipleri açısından evveleminde söz konusu olmamalıdır.

İkinci olarak, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra kararlaştırılan rekabet yasağında bile, işçinin müşterilere ve gizli bilgilere nüfuz edebilmesi ile işverene zarara sebebiyet verebilme halinde geçerli olacak iken; ortaklığın ticari defter ve kayıtlarını ancak izin ile inceleyebilen paysahibi açısından rekabet yasağını kabul etmek kanunun bütününden çıkan anlama uygun düşmeyecektir. Üçüncü ve son olarak, rekabet yasağı ikincil yükümlülüklerin belli aralıklarla tekrar etme şartına da aykırıdır, zira rekabet yasağı niteliği gereği paysahibi sıfatı devam ettikçe sürekli ve aralıksız olarak devam edecektir⁶⁵⁷.

3. Paysahipleri Sözleşmesi Açısından

Paysahiplerinin, ortaklığa karşı pay bedelinin ifasından başkaca bir taahhüt üstlenmeyi talep ettikleri takdirde; bu talebi karşılayacak hukuki bir imkân mevcut mudur? Bu soru olumlu cevaplanabilecektir. Şöyle ki, pay sahipleri ortaklığa karşı başkaca taahhütler üstlenmek istedikleri takdirde; bunları Borçlar Hukuku'na göre düzenleyecekleri bir sözleşme ile gerçekleştirebilecektir⁶⁵⁸. Ancak bu tür sözleşmelerin ihlali anonim ortaklıklar hukukuna değil; Borçlar Hukuku yaptırımlarına tabi olacaktır. Şöyle ki, “*Ortaklığın paysahiplerinin arzusuna göre*

⁶⁵⁷ Alman Hukuku'nda rekabet yasağının sürekli edim niteliğini taşıması nedeniyle ikincil yükümlülük kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde görüş için bkz. Müko - Götze, § 55 AktG, N. 17; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 55 AktG, N. 4.

⁶⁵⁸ OFK - Dekker, Art. 680 OR, N. 2; CHK - Schmid, Art. 680 OR, N. 5.

*şekillendirilmesi, paysahipleri ile ortaklık arasındaki bağın güçlendirilmesi, ortaklığın yabancılaştırmasının engellenmesi, ortaklıkta güç dengesinin sağlanması ve korunması, ortaklıktaki hakimiyetin ele geçirilmesi ile ortaklığa yeni pay sahiplerinin gelmesi veya birleşme / devralma / halka açılma hallerinde yeni düzen kurulması*⁶⁵⁹, amaçlarına hizmet eden bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olan paysahipleri sözleşmesi ile de, paysahipleri ortaklığa veya diğer paysahiplerine karşı başkaca yükümlülükler üstlenebilir.

Paysahipleri sözleşmesi, taraflardan en az birinin, bir veya belirli birden fazla anonim ortaklıktaki mevcut ve müstakbel paysahipliği sıfatına bağlı olarak haklarının ve yükümlülüklerinin düzenlendiği bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile anonim ortaklık paysahipleri arasında daha yakın, daha kişisel ve bağlı bir ilişki tesis edilebilecek; anonim ortaklığa yapısı gereği yabancı olan paysahiplerinin kişiliğini önemli kılacaktır⁶⁶⁰. Paysahipleri sözleşmesi TTK'da açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, kuruluşa ilişkin TTK m. 336 ve tek borç ilkesine ilişkin TTK m. 480 hükümlerinin gerekçesinde bahsi geçmektedir. Sözleşme özgürlüğü içerisinde akdedilebilen paysahipleri sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına tabi olmayıp, geçerliliği açısından Borçlar Hukuku'ndaki genel hükümlere tabi olacaktır.

Dolayısıyla paysahipleri, paysahipleri sözleşmesi ile birlikte ortaklığa veya diğer paysahiplerine karşı sadakat veya rekabet etmeme yükümlülüklerini üstlenebileceklerdir⁶⁶¹. Doktrinde Okutan Nilsson⁶⁶², paysahipleri sözleşmesinde paysahiplerinin sadakat yükümlülüğü kararlaştırıldığı takdirde; rekabet yasağının ayrıca öngörülme bile, sadakat yükümlülüğünün bunu kapsayacağını ileri sürmektedir. Ancak, rekabet yasağının bu tür sözleşmelerde niteliği gereği somutlaştırılması ve sınırlandırılması gerekmektedir⁶⁶³.

Şöyle ki İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında⁶⁶⁴ paysahipleri sözleşmesinde yer alan *“A. S.'nin hisseleri devralmasıyla birlikte, taraflar tüm faaliyetlerini sadece şirket adına icra edeceklerdir. Özellikle taraflar, doğrudan veya dolaylı olarak*

⁶⁵⁹ Paysahipleri sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Okutan Nilsson, s. 75 vd.

⁶⁶⁰ Forstmoser / Küchler, N. 3 vd., N. 17 vd.

⁶⁶¹ Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 39, N. 146, Peter Böckli, “Aktionärbündungsverträge, Vinkulierung und Statutarische Vorkaufsrechte Unter Neuem Aktienrecht”, **Zeitschrift des bernischen Juristenvereins**, Bern, Stämpfli Verlag, 129 / 1993, s. 476; Okutan Nilsson, s. 260 – 261.

⁶⁶² Okutan Nilsson, s. 261.

⁶⁶³ Forstmoser / Küchler, § 32, N. 1460.

⁶⁶⁴ BGE 4C.222/2000, www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

şirketin menfaatleriyle çatışacak her türlü faaliyetlerden vazgeçmişlerdir.” şeklindeki hüküm ve sözleşmenin tümünü tarafların gerçek iradeleri açısından değerlendirerek; sözleşme metninin tümünde tarafların birlikte ortaklık için çalışacaklarını varsaydıklarının görüldüğünü, rekabet yasağı açısından açık bir zaman sınırlaması öngörülmediğini, bu yüzden dürüstlük kuralı uyarınca hizmet ilişkisi boyunca sınırlandırılması gerektiğini, İsv.MK Art. 27 hükmünün kişilik haklarının aşırı derecede sınırlanmasını veya bağlanmasını önlediğini, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra uygulanacak rekabet yasağının sözleşmede boşluk olduğunu varsayarak bunun yorum yoluyla doldurulamayacağını belirterek, rekabet yasağını hizmet sözleşmesinin süresi ile sınırlı tutmuştur. Açık bir anlatımla, Federal Mahkeme paysahibinin paysahipliği devam etse bile, ortaklık ile hizmet akdinin sona ermesiyle birlikte rekabet yasağının da sona ereceğine hükmetmiştir.

Paysahipleri sözleşmesinde düzenlenecek rekabet etmeme yükümlülüğü, sözleşmesel bir rekabet yasağı⁶⁶⁵ olması nedeniyle sınırını, kişilik haklarını aşırı derecede bağlayan veya sınırlayan hallerden koruyan MK m. 23 f. 2 hükmünde bulacaktır. Ancak paysahibinin ortaklıkla aynı zamanda bir hizmet ilişkisi mevcutsa; hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra uygulanacak olan TBK m. 440 vd. hükümleri de diğer bir sınırı oluşturacaktır. Fakat bu noktada rekabet yasağına ilişkin hüküm tetkik edilirken, paysahibi ile ortaklık arasındaki ilişkide ortaklıklar hukukunun mu yoksa hizmet sözleşmesinin mi baskın olduğunun kontrolü gerekmektedir⁶⁶⁶. Konuya ilişkin bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında⁶⁶⁷, %50’şer iki paysahibi bulunan bir anonim ortaklıkta, paysahibinin aynı zamanda ortaklıkla hizmet ilişkisinde olan bir çalışan olması durumunda, eşit hisseye sahip paysahiplerinin konumlarının birbirinden zayıf olmadığı kabul edilerek, paysahipleri sözleşmesinde bulunan rekabet etmeme yükümlülüğü değerlendirilirken hizmet akdine ilişkin kurallarının uygulanmasını reddedilmiştir.

Açık bir anlatımla, Federal Mahkeme paysahibinin işçi sıfatına rağmen, diğer paysahiplerinin daha zayıf konumda olmaması sebebiyle, hizmet sözleşmesindeki rekabet yasağına ilişkin düzenlemeleri dikkate almamıştır. Mahkeme, rekabet

⁶⁶⁵ Sözleşmeden doğan rekabet yasağında geçerlilik şartlarına ilişkin açıklamalarımız için bkz. Yuk. Birinci Bölüm, I., D., 2.

⁶⁶⁶ Forstmoser / Küchler, § 32, N. 1462.

⁶⁶⁷ BGE 4C.5/2003, www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

yasağına dair hükmün geçerliliğini sadece İsv.MK Art. 27 (MK m. 23 f. 2) hükmü kapsamında değerlendirmiştir. Doktrinde bu karar ışığında, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için rekabet yasağının şartlarını düzenleyen İsv.BK Art. 340 vd. hükümlerinde düzenlenen koruyucu hükümlere, yalnızca işçinin işverene karşı bağımlılık ilişkisinin özel bir korumayı haklı kıldığı takdirde; söz konusu kurallara uyulması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶⁸.

Pay sahipleri sözleşmesinde rekabet yasağı kararlaştırıldığı vakit, yasağı ihlal eden pay sahibi aleyhine cezai şart veya tazminat yaptırımını kararlaştırılabilir⁶⁶⁹.

4. Değerlendirmemiz

Yönetim kurulu üyesinin, ortaklık ile arasındaki güven esaslı hukuki ilişkisi ve ortaklığa ait her türlü bilgi ve donanımına sahip olması nedeniyle; üyenin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü ve anılan yükümlülüğün bir görünüş biçimi olarak da ortaklıkla rekabet etme yasağı bulunmaktadır. Anonim ortaklık pay sahibi bakımından ise, durum yönetim kurulu üyesine nazaran farklıdır. İlk, ortaklık ile pay sahibi arasında güven esaslı bir ilişki bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir. Şöyle ki, anonim ortaklıkta temelde bir ortaklık tipi olması nedeniyle, elbette ki tüm ortaklık tiplerinde bulunan ortakların ortaklığın müşterek amacı birlikte gerçekleştirmek üzere birlikte çaba göstermesi anlamında *affectio societatis* unsuruna sahiptir. Fakat, aynı zamanda anonim ortaklık bir sermaye ortaklığıdır ve ortaklıkta sermayedar (ortak) değil sermaye ön plandadır. Nitekim isminde de görüleceği üzere ortaklık “anonim”dir, ortaklığın pay sahipleri bilinmemektedir ve müşterek amacın gerçekleştirilmesine yönelik şahsi edim ve çabalarına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Anonim ortaklığın pay sahiplerinden tek beklentisi, taahhüt ettikleri sermaye bedelinin ifasıdır. Zira anonim ortaklık esasen, birbirlerini tanıma, birbirlerinden haberdar olma zorunlulukları bile bulunmayan çok sayıda pay sahibini bünyesinde barındıran ve pay sahiplerinin ortaklık payının değerinden faydalandığı dolayısıyla sermayesini değerlendirdiği bir ortaklık tipi varsayımına dayanmaktadır. Bu nedenlerle, anonim ortaklığın yapısı ve mahiyeti gereği *affectio societatis* unsurunun ilkin zayıfladığını; hatta niteliği itibarıyla bazı ortaklıklarda (örneğin on binlerce pay sahibi olan bir ortaklıkta) iyice

⁶⁶⁸ Forstmoser / Küchler, § 32, N. 1462.

⁶⁶⁹ Forstmoser / Küchler, § 32, N. 1447; Okutan Nillson, s. 345.

silikleşebileceğini ifade etmeliyiz. Burada belirleyici olan, somut olaydaki anonim ortaklığın yapısı ve özellikleri olacaktır.

Bu nedenlerle Türk doktrinindeki çoğunluk görüşü doğrultusunda bizce de, anonim ortaklıklar hukukunda geçerli olan tek borç ilkesi ve anonim ortaklığın bir sermaye ortaklığı niteliği sebebiyle, paysahibinin ortaklığa ve diğer paysahiplerine karşı sadakat yükümlülüğü mevcut değildir. Paysahipleri, pay sahipliği haklarını kullanırken sadece MK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına tabidir. Sadakat yükümlülüğü de bu ilkenin çizdiği sınırlar dahilinde mevcuttur. Bu noktada pay sahipliği haklarının MK m. 2 uyarınca kullanılmasına ilişkin değerlendirmede, anonim ortaklığın tipi ve yapısının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira anonim ortaklıklar, uygulamada görüldüğü üzere çoğu zaman aile ortaklığı yahut az sayıda pay sahibinin bir araya geldiği şekilde de yapılabilmektedir. Bu tür ortaklıklarda pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü, ancak MK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralı sınırları dahilinde değerlendirilebilecektir. Netice itibariyle bizce anonim ortaklıklarda pay sahibinin sadakat yükümlülüğü ancak dürüstlük kuralının belirlediği sınırlar kapsamında mümkündür; pay sahibinin MK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralını aşar nitelikte bir sadakat yükümlülüğünün bulunmadığını düşünmekteyiz.

Pay sahibinin ortaklıkla rekabet yasağının bulunup bulunmadığına geldiğimizde ise; pay sahibinin pay sahipliği haklarının kullanmasında ancak dürüstlük kuralı ilkesi sınırında bir sadakat yükümlülüğünün mevcut olabilmesi, pay sahibinin ortaklıktaki konumu ve özellikle yönetime ilişkin bilgilere erişimi sınırlı olduğu dikkate alındığında; pay sahibine, sadakat yükümlülüğünün görünüş biçimlerinden olan ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğü yüklenebilmesine yeterli olmayacaktır. Zira bu ilişkide pay sahibinin sadakat yükümlülüğü MK m. 2 dürüstlük kuralı çerçevesinde mümkün olup; bağımsız bir yükümlülük niteliğinde değildir. Ortaklığın yönetim organını oluşturan yönetim kurulu, ortaklığın malvarlığı üzerindeki gücü ve ortaklığı yönetmesi nedeniyle ortaklığın iktidarı niteliğindedir, ortaklığın her türlü bilgi ve kaynaklarına erişimi oldukça rahattır. Ancak pay sahibi ortaklığın yönetim organında yer almadığı müddetçe ortaklığın bilgi ve kaynaklarına erişimi son derece sınırlıdır. Zira pay sahibi kural olarak sadece yılda bir gerçekleşen genel kurul toplantısı vasıtasıyla ortaklığın faaliyetleri ve gelişimi hakkında bilgi alan bir konumdadır. Ki pay sahibine sunulan bu ortaklık bilgileri de yönetim organı tarafından hazırlanmaktadır.

Yine anonim ortaklıkta geçerli olan ilkin tek borç ilkesi, anonim ortaklıkta pay sahiplerine ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğü yüklenmesine engeldir. İkinci olarak, pay sahibinin rekabet yasağı ikincil yükümlülük olarak da kararlaştırılması bizce de mümkün değildir. Zira, yukarıda ifade ettiğimiz üzere rekabet etmeme yükümlülüğü TTK m. 480 f. 4 hükmündeki şartları karşılayamamaktadır, bu nedenle ikincil yükümlülük olarak da değerlendirilemeyecektir. Netice itibariyle, Ortaklıklar Hukuku kapsamında gerek TTK m. 396'nın açık lafzı gerek anonim ortaklığın yapısı ve mahiyeti gereği paysahibinin ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmadığını düşünmekteyiz.

Bizce, paysahiplerinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü (MK m. 2 dürüstlük kuralı sınırını aşar nitelikte) veya rekabet etmeme yükümlülüğü ancak bir Borçlar Hukuku sözleşmesi ile kararlaştırılabilecektir. Söz konusu bu yükümlülükler, yukarıda bahsettiğimiz bir paysahipleri sözleşmesinde öngörülecek bir kayıtla üstlenilebileceği gibi, ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılabilecektir. Fakat sadakat yükümlülüğünün paysahipleri sözleşmesinde kararlaştırılması halinde, bunun rekabet yasağını da içereceğine dair doktrinde ileri sürülen görüşe⁶⁷⁰ katılamamaktayız. Zira, rekabet yasağı sözleşmeleri genel geçerlilik kurallarına tabi olarak MK m. 23 f. 2 süzgecinden geçirilecek olup; kişilik haklarını ahlâka aykırı şekilde aşırı sınırlayan veya ortadan kaldıran sözleşmeler geçersiz sayılacaktır. Bu sebeple, paysahibine rekabet etmeme yükümlülüğü atfedilmek isteniyorsa; rekabet yasağının sınırlarının ve şartlarının belirli bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi halde, rekabet yasağı sözleşmesi geçersizlik yaptırımıyla karşı karşıya kalabilecektir. Özetle, sözleşme ile belirlenen paysahibinin sadakat yükümlülüğünün doğrudan rekabet etmeme yükümlülüğünü doğurmayacağı⁶⁷¹, rekabet yasağı için ayrıntılı ve sınırları belirli olan bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

⁶⁷⁰ Okutan Nilsson, s. 261.

⁶⁷¹ Rekabet yasağı ile sadakat yükümlülüğünün birbirinden ayrılması gerektiği, rekabet yasağının her zaman sadakat yükümlülüğünün sonucu olmayacağına dair görüş için bkz. Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 42, N. 33.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM REKABET YASAĞININ KONU - YER - ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMA ŞARTLARI

I. KONU BAKIMINDAN KAPSAMI

A. Rekabet Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Haller

1. Ortaklığın İşletme Konusuna Giren Ticari İş Türünden Bir İşlemi Kendisinin veya Başkasının Hesabına Yapmak

a. Genel Olarak

TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca üyenin rekabet yasağını oluşturan ilk hal, yönetim kurulu üyesinin ortaklığın işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendisinin veya başkasının hesabına yapmasıdır. Anılan düzenleme uyarınca, yönetim kurulu üyesinin ortaklığın işletme konusunun kapsamına giren faaliyetleri, rekabet yasağına tabi tutulmuştur. Böylelikle yönetim kurulu üyesi, ortaklığın işletme konusuna dahil olmayan her türlü ticari faaliyette bulunmakta özgürdür⁶⁷². Fakat üye, ortaklıkla rekabet edici nitelikte olmayan faaliyetlerde bulunmakta özgür olmakla birlikte; üyenin söz konusu bu faaliyetleri nedeniyle yönetim kuruluna özgülenmiş yükümlülüklerini ihlal ettiği ve bunun neticesinde ortaklığın bir zararı doğması halinde, üyenin sorumluluğuna TTK m. 553 vd. hükümleri uyarınca her zaman başvurulabilecektir. Bu olasılıkta çoğu zaman sadakat borcunun değil, özen borcunun ihlali söz konusudur.

Alman Hukuku'nda yer alan Alm.POK § 88 hükmünde de, TTK m. 396 f. 1 hükmünde öngörülen yasaklılık haline benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Şöyle ki Alm.POK § 88 I hükmü uyarınca, yönetim kurulu üyesinin ortaklığın iş kolunda, başka bir deyişle ortaklığın faaliyet alanında kendisi veya başkasının hesabına işlem yapması yasaklanmaktadır⁶⁷³.

⁶⁷² Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 156.

⁶⁷³ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 16; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 4; Hölters Komm. – Weber, § 88 AktG, N. 8; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 3; Henssler / Strohn Komm. – Dauner - Lieb, § 88 AktG, N. 5; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 21; OLG Frankfurt, 10 U 257/98= NZG 2000, 738, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; BGH KZR 6/77 = AP HGB § 112 N. 1, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

Alm.POK § 88 hükmü, TTK m. 396 ile benzerlikler taşımakla birlikte; TTK m. 396 düzenlemesinden ayrılan yönleri de mevcuttur. Şöyle ki Alm.POK § 88 I uyarınca, ortaklığın işletme konusuna bakılmaksızın yönetim kurulu üyesinin bir ticari işletme işletmesi de yasaklanmıştır. Ticari işletmenin varlığı Alm.TK § 1 vd. hükümler uyarınca belirlenecektir. Alman Hukuku'nda yönetim kurulu üyesinin görevinin önemi nedeniyle, tüm işgücünü ortaklığa tahsis etmesi gerektiği; bu sebeple ortaklığın işletme konusunun, işletme tipinin önemsiz olduğu, hatta aralarında rekabet ilişkisinin varlığına da gerek olmadığı ifade edilmektedir⁶⁷⁴. Alm.POK § 88 I hükmü bu yönüyle TTK m. 396 f. 1 düzenlemesinden ayrılmakta olup; ortaklığın işletme konusuna bakılmaksızın yönetim kurulu üyesinin her türlü ticari işletme işletmesini yasaklamaktadır. Alman doktrinde her ne kadar hükümde açıkça belirtilmese de; yönetim kurulu üyelerinin saman adam kullanarak bu yasaktan kurtulamayacakları da kabul edilmektedir⁶⁷⁵. Alm.POK § 88 I hükmünün bu özelliği ile TTK m. 396 uyarınca öngörülen rekabet yasağından daha katı bir kural kabul ettiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira, ticari işletmenin işletilmesinde rekabetin varlığının bile aranmaması, rekabet yasağının ötesinde bir düzenleme olduğunun işaretidir.

İsviçre Hukuku'nda ise anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen açık bir kanun hükmünün bulunmadığını; ancak doktrin tarafından yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının, sadakat yükümlülüğünden kaynaklandığının kabul edildiğini, rekabet edici davranışın tespitinde kabul edilen doğrudan rekabet ve dolaylı rekabet ayrımını yukarıda⁶⁷⁶ izah etmiştik. Bu doğrultuda İsviçre Hukuku'nda da yönetim kurulu üyesinin ortağın rakibi olarak piyasada hareket ederek kendi adına ticari işlemler yapması, ticari işletme işletmesi, acente işletmesi ve komisyoncu olması doğrudan rekabet yasağı kapsamında görülmektedir⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 13; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 16 – 17; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 3; Henssler / Strohn Komm. – Dauner - Lieb, § 88 AktG, N. 3; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 3; Hölters Komm. – Weber, § 88 AktG, N. 6.

⁶⁷⁵ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 13; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 16.

⁶⁷⁶ Yuk. İkinci Bölüm, II., B.

⁶⁷⁷ Wüsch, s. 62; Sommer, s. 159.

b. Şartları

ba. Ortaklığın İşletme Konusuna Dahil Olması

TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca tayin edilen rekabet yasağına aykırılık teşkil eden ilk halin birinci şartı, rekabet yasağına konu olan faaliyetin ortaklığın işletme konusu dahilinde gerçekleşmesidir. Ortaklığın işletme konusunun tayini, üyenin ortaklıkla rekabet edici faaliyetinin varlığının tespitinde ve üyenin tabi olduğu rekabet yasağının sınırının tayin edilmesinde ölçü oluşturan bir husustur.

Ortaklığın işletme konusunun tayininde ise ilkin ortaklığın ana sözleşmesine bakmak gerekecektir. Zira TTK m. 339 f. 2 b) bendi uyarınca, ortaklığın ana sözleşmesinde esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde ortaklığın işletme konusunun yer alması zorunludur. Peki TTK m. 396 hükmünün uygulanmasında ortaklığın ana sözleşmesinde yer alan ortaklığın işletme konusunun mu esas alınması gerekmektedir? Doktrinde, ortaklığın işletme konusunun dar yorumlanması gerektiği, ortaklık ana sözleşmesinde yazılı konularının tamamının değil; sadece ortaklığın fiilen uğraştığı işlerin rekabet yasağına tabi olacağı, zira ortaklığın menfaatinin ancak ortaklığın fiilen uğraştığı konularda ihlal edilebileceği kabul edilmektedir⁶⁷⁸.

Her ne kadar *ultra vires* ilkesi⁶⁷⁹ TTK sisteminde terk edilse dahi; hâlâ uygulamada, işletme konusunun ortaklık ana sözleşmelerinde son derece geniş

⁶⁷⁸ Çamoğlu, s. 357; Çamoğlu, Sorumluluk; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 414; Kalpsüz, s. 371 vd.; Franko, s. 30 - 31; Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 234; Domanıç, Adi – Kollektif, s. 530; Aydoğan, s. 93 - 94; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 289; Eriş, s. 288; Göksoy, s. 663; Ayan, s. 150; Aşık, s. 181; Karakılıç, s. 168 - 169; Kayar / Çeliktas, s. 315; Akdağ Güney, s. 240; Üçışık / Çelik, s. 504 - 505; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 690; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 4; Hölter Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 8; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 3; Henssler / Strohn Komm. - Dauner - Lieb, § 88 AktG, N. 5; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 21; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 14, 23; Sommer, s. 152.

⁶⁷⁹ *Ultra vires* ilkesi, ortaklığın hak ehliyetinin, ortaklığın ana sözleşmesinde yazılı işletme konuları ile sınırlı olmasıdır. Bu ilke uyarınca, ortaklık ana sözleşmesinde yazılı işletme konuları dışında, ortaklığın hak ehliyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ortaklığın ana sözleşmesinde yazılı işletme konuları dışındaki işlemler yok hükmündedir, Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 113; Kendigelen, s. 122; Murat Alışkan, “İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C: 18, S: 2, 2012, s. 208. TTK sisteminde *ultra vires* ilkesinin terk edilmesiyle birlikte; ortaklığın ana sözleşmesinde yazılı olmayan işletme konuları hakkında hak ehliyeti mevcuttur. Ancak, ortaklığın işletme konusunun önemi, TTK’nın çeşitli hükümlerinde kendini güçlü bir şekilde hissettirmeye devam etmektedir. Şöyle ki, anonim ortaklığın temsiline ilişkin TTK m. 371 f. 2 hükmünde, ortaklığı temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemlerin ortaklığı bağlayacağı; ancak üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda olması halinde, yapılan işlemin ortaklığı bağlamayacağı iddiasının ileri sürülebileceği düzenlenmektedir. Anılan düzenleme uyarınca, ortaklığın işletme konusunun dışında

tutulduğu gözlemlenmektedir. Fakat rekabet yasağında önemli olan, ortaklığın ana sözleşmesinde yer alan tüm işletme konuları değil; ortaklığın gerçekte uğraştığı asıl, fiili işletme konusudur. Zira önemli olan, gerçek rekabet ilişkisi ve ihlal oluşturduğu tartışılan eylemin gerçek anlamda bir rekabet etkisi yaratıp yaratmadığıdır. Aksi takdirde, özellikle uygulamada ortaklıkların ana sözleşmelerindeki işletme konusunu oldukça geniş bir şekilde düzenledikleri gözetildiğinde; işletme konusunun, girişim özgürlüğünü önleyecek şekilde katı bir uygulamanın aracı haline geleceği göz ardı edilmemelidir.

Ortaklığın ana sözleşmesinde yazılı olmakla birlikte ortaklığın henüz fiilen uğraşmadığı ancak hazırlık çalışmalarına başladığı ya da somut olayın şartlarından yakın zamanda fiilen uğraşılacağı anlaşılan işletme konuları da yasak kapsamına dahildir⁶⁸⁰. İşletme konusunun ana sözleşme değişikliği yapılarak genişletilmesi veya daraltılması halinde ise; üyenin rekabet yasağının kapsamının da genişleyeceği ya da daralacağı aşıkardır⁶⁸¹. Ancak bu tür varsayımlarda da ortaklığın fiili faaliyet konusunun belirleyici olacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Ortaklık ana sözleşmesinde yer almayan fakat ortaklığın fiilen uğraştığı işletme konusunun rekabet yasağına tabi olup olmayacağı hakkında ise doktrinde fikir ayrılığı mevcuttur. Şöyle ki bir görüş⁶⁸² uyarınca, ortaklığın fiilen uğraştığı işletme konusu

işlem yapmasının artık yok hükmünde değil; “temsil yetkisinin aşılması” gerekçesine dayalı olarak işlemin ortaklığı bağlamayacağı itirazında bulunulabilecektir, Kendigelen, s. 122; Alışkan, s. 215. Bu durumda, ortaklığın temsil yetkisinin sınırını, ortaklığın işletme konusunun çizdiğini söylemek pek de yanlış olmayacaktır. İkinci olarak TTK m. 210 f. 3 hükmünde, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın, kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret ortaklıkları hakkında, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılacağı öngörülmektedir. TTK sisteminde *ultra vires* ilkesini terk etmesi ve ortaklıkların hak ehliyetlerinin artık işletme konusu ile bağlı olmamasına rağmen; ortaklığın işletme konusu dışında işlem yapmasının bir fesih sebebi olarak öngörülmesi kanımızca isabetsizdir.

⁶⁸⁰ Franko, s. 30; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 690; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 14; Aydoğan, s. 42.

⁶⁸¹ Göksoy, s. 665; Karakılıç, s. 180; Akdağ Güney, s. 240.

⁶⁸² Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 16; Hölters Komm. – Weber, § 88 AktG, N. 8; Henssler / Strohn Komm. – Dauner - Lieb, § 88 AktG, N. 5; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 14. Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 691; Aşık, s. 181. Bu görüşün taraftarları arasında farklı kıstaslar kabul eden yazarlar da mevcuttur. Bir görüş, yapılan işin arızı nitelikte olup olmaması ile ilgilenmektedir. Şöyle ki ortaklık ana sözleşmesinde yazılı bulunmayan ancak fiilen yapılan iş, arızı iş niteliğinden öteye gittiği takdirde, rekabet yasağının kapsamındadır, bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 289. Diğer bir görüş ise, yapılan işin ortaklık ana sözleşmesini değiştirmeye yetkili organ tarafından alınan bir karara dayanmasını aramaktadır. Şöyle ki ortaklık ana sözleşmesinde yer almayan işletme konusuna ilişkin işlem, ancak ortaklığın konusunu değiştirme muktadir organ tarafından alınan bir karara dayanmakta ise, ortaklığın işletme konusu zımni bir şekilde genişlemiş olur ve bu nedenle söz konusu işlem bakımından rekabet yasağı uygulanacaktır, bkz. Göksoy, s. 666.

ortaklık ana sözleşmesinde yer almasa bile rekabet yasağının kapsamına dahildir. Aksi görüş⁶⁸³ ise, ortaklığın fiilen uğraştığı işletme konusunun ortaklık ana sözleşmesinde yer almaması halinde rekabet yasağının kapsamına dahil edilemeyeceğini savunmaktadır. Bu noktada ifade etmeliyiz ki, aksi görüş taraftarları görüşlerini ETK zamanında ileri sürmüştür. Şöyle ki bu görüşün taraftarlarına göre, bu durum ilkin ETK m. 335 hükmünün lafzına aykırıdır. İkinci olarak, ETK m. 137 hükmü gereği ortaklıkların medeni hakları kullanma ehliyeti ortaklığın işletme konusu ile sınırlıdır. Bu sebeple ortaklığın işletme konusu dışında yapılan işlemler hükümsüz olacağından, rekabet yasağının bu şekilde genişletilmesi mümkün olmayacaktır. TTK zamanında ise, bu görüşü savunan bir görüş tespit edilememiştir. Kanaatimizce, gerek *ultra vires* ilkesinin TTK sisteminde kaldırılmış olması gerek rekabet yasağının lafzi yorumundan öte hükmün amacı dikkate alındığında ortaklığın fiilen uğraştığı işletme konusunun ortaklık esas sözleşmesinde yer almaması halinde dahi rekabet yasağının kapsamına dahil edilmelidir.

Yönetim kurulu üyesi ortaklık ana sözleşmesinde yer almayan ve fiili olarak da ortaklığın uğraşmadığı bir işletme konusunda faaliyet gösteriyor ve sonradan ortaklık bu konuda faaliyet gösterme yönünde irade gösteriyor ise; üyenin bu andan itibaren rekabet yasağına tabi olacağının kabulü ve bu sebeple üyenin anılan faaliyetlerine son vermesi gerekmektedir. Ancak böyle bir varsayımda ortaklık, yönetim kurulu üyesine geçiş süreci için uygun bir zaman tanınmalıdır. Şayet üye bu zaman zarfında yönetim kurulu üyeliğinden istifa etmez yahut faaliyetlerine son vermez ise rekabet yasağının yaptırımına tabi olmaktan kaçamayacaktır⁶⁸⁴.

bb. Ticari İş Türünden Bir İşlem Olması

TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca tayin edilen rekabet yasağına aykırılık teşkil eden ilk halin ikinci şartı, rekabet edici faaliyetin “*ticari iş türünden bir işlem*” şeklinde gerçekleşmesidir. Bu tür işlemlerden, TTK m. 3 anlamındaki ticari işlerin değil; ticari niyetle, ticari amaçla yapılmış olan işlemlerin anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁸⁵. Böylelikle yönetim kurulu üyesinin spekülatif de olsa kazanç veya kâr

⁶⁸³ Kalpsüz, s. 373 – 374; Aydoğan, s. 94.

⁶⁸⁴ Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 22; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 16.

⁶⁸⁵ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 156; Çamoğlu, s. 357; Kalpsüz, s. 375; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 233; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 629 – 630; Eriş, s. 288; Aydoğan, s. 94 - 95; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 691; Karakılıç, s. 300; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 101; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 414; Üçışık / Çelik, s. 505.

sağlama amacı güden ve kişisel veya özel ihtiyacına hizmet etmeyen işlemleri rekabet yasağının konusunu oluşturacaktır⁶⁸⁶. Bu kapsamda yönetim kurulu üyesinin kişisel veya özel ihtiyacını karşılamak maksadı ile yaptığı işlemler rekabet yasağının kapsamına girmeyecektir. Doktrinde bu tür bir işleme örnek olarak, faaliyet alanının taşınmaz alım ve satım olduğu bir anonim ortaklığın yönetim kurulu üyesinin, ailesi ile birlikte oturmak üzere bir ev alması gösterilmekte ve bunun rekabet yasağının kapsamına dahil olmasının makul bir sebebinin olmadığı ifade edilmektedir⁶⁸⁷. Rekabet yasağının kapsamına giren ticari iş türünden bir işlem geniş anlamda anlaşılmalıdır, bu nedenle sadece hukuki işlemler değil; maddi fiiller de dahil olmak üzere ortaklığa zarar verebilecek her türlü davranış kapsama dahil olacaktır⁶⁸⁸.

TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyesinin ortaklığın işletme konusuna giren konularda yapacağı münferit işlemler gibi; ticari işletme veya esnaf işletmesi işletmesi de rekabet yasağına aykırılık teşkil edecektir⁶⁸⁹. Yönetim kurulu üyesinin kendi malvarlığı değerlerine yatırım yapması halinde ise, ortaklık bu konuyla uğraşsa dahi, bu hukuki işlemler kişisel ihtiyaç kapsamında değerlendirilerek rekabet yasağının uygulama alanının dışında kalacaktır. Ancak üyenin elde ettiği malvarlığı değerini veya yaptığı yatırımı kısa süre içinde kazanca çevirmek adına satmayı planlaması halinde ya da edindiği malvarlığı değerinin (örneğin taşınmazın veya bir nesnenin) niceliğinin kişisel ihtiyacı önemli derecede aşması halinde, anılan işlem ticari maksatla yapılmış bir işlem olarak addedilecektir⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ Çamoğlu, s. 357; Kalpsüz, s. 375; Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 156; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 233; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 629 – 630; Eriş, s. 288; Aydoğan, s. 94 - 95; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 289; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 691; Karakılıç, s. 300; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 101; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 414; Akdağ Güney, s. 240; Üçışık / Çelik, s. 505; SHK - Jörg, Art. 561 OR, N. 3; ZK – Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 28; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 14; Hölters Komm. – Weber, § 88 AktG, N. 8; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 3; Henssler / Strohn Komm. – Dauner - Lieb, § 88 AktG, N. 4; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 20; BGH II ZR 217 / 99 = DStR 2001, 949; BGH II ZR 278 / 95 = DStR 1997, 1053, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁶⁸⁷ Kalpsüz, s. 375.

⁶⁸⁸ ZK – Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 27; SHK - Jörg, Art. 561 OR, N. 2; Kalpsüz, s. 369.

⁶⁸⁹ Franko, s. 32; Kalpsüz, s. 375; Karakılıç, s. 303; Kırca, s. 174; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 692; Göksoy, s. 667.

⁶⁹⁰ BGH, II ZR 278 / 95 = DStR 1997, 1053, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021. Söz konusu Alman Federal Mahkemesinin kararına konu olan olayda, kamu yararına bir limited ortaklığı niteliğinde konut ortaklığı söz konusudur. Bu ortaklık konut stoğunu, Doğu Almanya’da hizmet ve sanayi ortaklığının yasal formu olan VEB (*Volkseigner Betrieb - Kamuya ait işletme*)’den devralmıştır. Bu ortaklığın tek ortağı H şehri ve bu şehrin belediye başkanı da ortaklık sözleşmesine göre gözetim kurulu başkanıdır. Ayrıca ortaklık sözleşmesi uyarınca, ortaklığın müdürü hakkında Alm.POK § 88 hükmünde yer alan anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına ilişkin

Yönetim kurulu üyesinin ortaklığın işletme konusuna giren ticari iş türünden yaptığı bir işlemin rekabet yasağına tabi olup olmayacağı değerlendirilirken; TTK m. 396 f. 1 hükmünde düzenlenen yasağın amacının rekabeti önlemek olduğu, dolayısıyla üye ile ortaklık arasındaki rekabet ilişkisinin varlığının gerektiği unutulmamalıdır. Bu sebeple yönetim kurulu üyesinin tedarikçi veya alıcı sıfatı ile ortaklıkla işlem yapması halinde, bu durum TTK m. 396 f. 1 uyarınca düzenlenen yasağa tabi olmayacaktır; zira bu tür bir durumda taraflar birbirinin rakibi olmayıp, aralarında rekabet ilişkisi mevcut değildir⁶⁹¹. Ancak bu tür bir varsayımda TTK m. 395 hükmü gereği, üyenin ortaklıkla işlem yapmak için, genel kurultan izin alması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Yönetim kurulu üyesinin ortaklık konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi rekabet edici faaliyet niteliğini taşımamalıdır. Böylece, yönetim kurulu üyesinin ortaklıkta payının bulunması halinde payını devretmesi ya da ortaklıktan pay edinmesi de yine TTK m. 396 f. 1 uyarınca rekabet yasağına konu bir işlem niteliğinde değildir⁶⁹².

Yönetim kurulu üyesi tarafından yapılan işleminin TTK m. 396 f. 1 uyarınca rekabet yasağına tabi olması için süreklilik göstermesi gerekli olmayıp; üye tarafından tek seferlik yapılan bir işlem dahi yasağa tabi olacaktır⁶⁹³. Yönetim kurulu üyesinin gerçekleştirdiği işlemin sürekli bir ticari faaliyet veya ticari işletme organizasyonu

düzenlemenin uygulanacağı kabul edilmiştir. Ortaklığın müdürü, H şehrinde gözetim kurulunun izni olmadan iki konut satın almıştır. Ardından ortaklık ve gözetim kurulu, müdürün iki işlemini öğrendiklerinde soruşturma başlatmış ve akabinde müdür ortaklar kurulu tarafından azledilmiş ve yine aynı gün gözetim kurulu tarafından ortaklıkla hizmet ilişkisi sona erdirilmiştir. Müdür, feshin geçersizliğinin tespiti ile hizmet ilişkisinin devamını dava yoluyla talep etmiştir. İlk derece mahkemesi davacının lehine; istinaf mahkemesi ise davacının aleyhine karar vermiştir. Alman Federal Mahkeme ise, istinaf mahkemesinin davacının iki adet konut edinmesini kişisel ihtiyacın ötesinde bulmasını isabetli bulmayarak; müdürün kendi malvarlığına yatırım yapıp değerlendirmesini rekabet yasağı kapsamına giren bir işlem olarak öngörmemiştir. Zira, ticari iş türünden bir işlem olması için müdürün mümkün olan en kısa sürede yeniden satarak kâr elde etmeyi amaçlaması ya da edinilen nesnenin sayısının kişisel ihtiyacı önemli derecede aşması gerekmektedir. Somut olayda ise müdürün satın aldığı iki adet konutun, hatta birinde ikamet edilmesi sebebiyle de bu şartların karşılanmadığı; dolayısıyla ticari iş türünden bir işlem sayılamayacağına hükmetmiştir.

⁶⁹¹ Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 20; BAG, 3 AZR 62/81 = AP HGB § 60 N. 10, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁶⁹² Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 20; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 14; Hölter Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 7.

⁶⁹³ Kalpsüz, s. 375; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 692; Karakılıç, s. 303; Ayan, s. 151. İsviçre Hukuku'nda bir görüş, rekabet yasağının ihlali için ortaklık ile üye arasında yaşanan menfaat çatışmasının varlığını, üyenin rekabet edici faaliyetinin yoğun, sürekli ve uzun süreli olmasına bağlamaktadır, bkz. Homburger, Art. 717 OR, N. 881. Aksi yöndeki görüşe göre ise, yönetim kurulu üyesinin rekabet edici faaliyetinin yoğun olmasından bağımsız olarak ve hatta sadece bir kerelik olsa bile üye ile ortaklık arasında menfaat çatışmasının mevcut olacağını, böyle bir durumun düşük yoğunluklu bir menfaat çatışması olarak öngörüleceğini, kaldı ki çoğu durumda yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet etmesi halinde ciddi bir menfaat çatışmasının yaşanacağını ifade ederek, üyenin ortaklıkla rekabet etmesinin mutlaka menfaat çatışmasına yol açacağını kabul etmektedir, bkz. Sommer, s. 147 – 148.

şeklinde teşekkül etmesinde de ihtiyaç bulunmamaktadır; üyenin kazanç sağlama amacı güden tek bir işlemi dahi yasağın uygulanması için yeterlidir⁶⁹⁴.

bc. Kendisi veya Başkası Hesabına İşlem Yapma

TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca tayin edilen rekabet yasağına aykırılık teşkil eden ilk halin üçüncü şartı, yönetim kurulu üyesi tarafından rekabet edici faaliyetin kendisinin veya başkasının hesabına yapılmasıdır. Şöyle ki TTK m. 396 f. 1 uyarınca, yönetim kurulu üyesinin sadece kendi adına ve hesabına işlem yapması değil; başkası adına ve hesabına işlem yapması da rekabet yasağının kapsamındadır⁶⁹⁵. Böylece kanun koyucu tarafından hem üyenin hem de üçüncü kişilerin, ortaklıkla rekabet edici faaliyetten menfaat elde etmesine izin verilmemesi amaçlanmaktadır.

TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca, yönetim kurulu üyesinin kendi adına ve hesabına; kendi adına ve başkasının hesabına (dolaylı temsilci veya komisyoncu sıfatıyla); başkası adına ve hesabına (TBK m. 40 vd. hükümleri uyarınca tayin edilen temsilci, ticari temsilci, ticari vekil, acente, tüzel kişinin temsile yetkili organı sıfatıyla) ve başkası adına ve kendi hesabına yaptığı işlemler, ortaklığın işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlem mahiyetindeyse, rekabet yasağına aykırılık teşkil edecektir⁶⁹⁶. Ayrıca üçüncü bir kişinin kendi adına fakat yönetim kurulu üyesinin hesabına yaptığı işlemlerde, diğer bir deyişle üyenin temsilci aracılığıyla gerçekleştirdiği işlemler de rekabet yasağı kapsamındadır⁶⁹⁷.

Yönetim kurulu üyesinin, simsar sıfatıyla rakip bir işletme ya da ortaklık lehine faaliyet yürütmesi de doktrinde rekabet yasağının ihlali kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁹⁸. Simsar, simsarlık sözleşmesi ile taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlenmekte olup; üstlendiği sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazanmaktadır

⁶⁹⁴ Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 20; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 14; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 692.

⁶⁹⁵ Her ne kadar hükümde “*kendi adına*” ibaresi yer almasa da, yönetim kurulu üyesinin kendi adına ve hesabına yaptığı işlemlerin rekabet yasağına tabi olacağı evvelemirdir, Kalpsüz, s. 376; Franko, s. 32.

⁶⁹⁶ Kalpsüz, s. 376; Aydoğan, s. 95; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 692 - 693; Karakılıç, s. 305 - 309; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 27 - 28; SHK - Jörg, Art. 561 OR, N. 4; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 15; Henssler / Strohn Komm. - Dauner - Lieb, § 88 AktG, N. 4.

⁶⁹⁷ Kalpsüz, s. 376; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 15; Aydoğan, s. 95; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 693; Karakılıç, s. 304 - 305.

⁶⁹⁸ ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 27; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 15; Henssler / Strohn Komm. - Dauner - Lieb, § 88 AktG, N. 4; Karakılıç, s. 308.

(TBK m. 520 f. 1). Yönetim kurulu üyesinin, rakip bir işletme ya da ortaklık lehine simsarlık faaliyeti yürütmesinin neticesinde, rakip işletmelerin veya ortaklıkların piyasadaki rekabet gücünün artacağı ve bununla eş zamanlı olarak da ortaklığın rekabet gücünün zayıflayacağı ifade edilmektedir⁶⁹⁹.

c. Özel Durumlar

Çalışmamızın bu kısmında, yönetim kurulu üyesinin rakip bir işletmenin ya da ortaklığın yönetiminde yer almasının, rakip bir işletmeye veya ortaklığa danışmanlık hizmeti sunmasının, rakip bir işletmeye veya ortaklığa hizmet sözleşmesi ile bağlı bir çalışan olmasının, rakip bir işletmeye veya ortaklığa kredi sağlamasının yahut ortaklığa ait bir iş fırsatından yararlanmasının, TTK m. 396 f. 1 hükmü kapsamında rekabet yasağının ihlali oluşturup oluşturmayacağını değerlendirmeye çalışacağız.

ca. Rakip Ortaklığın Yönetim Organında Yer Almak

Yönetim kurulu üyesinin, rakip bir anonim veya limited ortaklığın yönetiminde yer almasının, rekabet yasağına aykırı işlem olarak addedilip addedilmeyeceği tartışılmalıdır. TTK m. 396 f. 1 hükmünde yönetim kurulu üyesinin başka bir limited ortaklıkta müdür veya anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olması açıkça yasaklanmamıştır.

Alman Hukuku'nda ise farklı bir sistem öngörülmüştür ve bu sistem, yönetim organının iki kanadını oluşturan gözetim kurulunda ve yönetim kurulunda, ayrı ayrı tezahür etmektedir. TTK m. 396 f. 1'in aksine, Alm.POK § 88 I hükmünde yönetim kurulu üyesinin başka bir ticaret ortaklığında yönetim kurulu üyesi veya müdür olması açıkça yasaklanmıştır. Söz konusu yasaklılık, ortaklığın işletme konusu ile sınırlı değildir. Diğer bir deyişle, yasak ortaklığın işletme konusuna dahil olmayan bir alanda da geçerlidir. Tıpkı yönetim kurulu üyesinin ticari işletme işletmesinin yasaklanmasında olduğu gibi; bu yasağın da rekabet ilişkisinin varlığından bağımsız olduğu (gerçekten rekabet edici bir durumun varlığının gerekli olmadığı) ve üyenin tüm çalışma gücünü ortaklığa tahsis etmesinin amaçladığı kabul edilmektedir. Buna karşılık, Alm.POK § 88 I hükmü doğrultusunda, yönetim kurulu üyesinin başka bir ortaklıkta yönetimle ilgili olmadığı müddetçe gözetim kurulu üyeliği yapması yasak kapsamında değildir. Böylelikle, Alman Hukuku'nda - ortaklığın işletme konusuna

⁶⁹⁹ Karakılıç, s. 308.

dahil olsun olmasın - başka bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyeliği görevi veya limited bir ortaklıkta müdürlük görevi Alm.POK § 88 I hükmü uyarınca rekabet yasağının uygulanma alanına dahildir⁷⁰⁰.

İsviçre Hukuku'nda yönetim kurulu üyesinin rakip bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olması halinin, ortaklıkla dolaylı rekabet oluşturduğu; zira üyenin yönettiği ortaklığın rakibi olarak hareket etmediği, fakat yönetim kurulunda yer alarak ortaklık ile rekabet eden üçüncü bir kişiyi desteklediği ifade edilmektedir⁷⁰¹. Ancak söz konusu bu durumun, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının kapsamına dahil olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Şöyle ki bir görüş, üyenin ortaklıkla rekabet eden başka bir ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olmasını sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğü ile bağdaşmadığını öngörmektedir⁷⁰². İkinci görüş, bu gibi durumlarda ilgili üyenin, rakip ortaklıktaki yönetim kurulu üyeliğinin pozisyonunun ve işlevinin sadakat yükümlülüğü ile bağdaşp bağdaşmadığı sorusuna, üyenin ortaklığın menfaatlerini dürüstlük kuralı uyarınca koruyup koruyamadığı değerlendirilerek cevap verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁰³. Üçüncü görüş ise, bir önceki görüş ile benzer kapsamda, bu durumun İsv.BK Art. 717 Abs. 1 hükmü anlamında yasak kabul edilecek rekabet edici bir faaliyet olup olmadığına genel bir cevap verilemeyeceğini, somut olayın şartlarında her bir olayın kendine özgü şartlar altında değerlendirilmesinin gerektiğini, bu değerlendirmede yönetim kurulu üyeliğinin yapısının, yetkilerinin ve rekabet üzerindeki etkilerinin dikkate alınması gerektiğini, birden fazla üyeliğin kabul edilebilir görülmesi halinde, ilgili üyenin de sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan davranış kurallarına uymasının şart olduğunu ileri sürmektedir⁷⁰⁴. Dördüncü görüş ise, bu durumu genel bir rekabet edici faaliyet niteliğinde görmeyip, çifte görevin genel olarak kabul edilebilir olduğunu ileri sürmektedir. Şöyle ki bu görüş taraftarları, bunun özellikle genel kurulun rakip bir ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olarak halihazırda görev yapan adayın bu durumunu bilerek yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesinin mümkün olabileceğini örnek olarak göstermektedir. Genel kurul rekabet edici

⁷⁰⁰ Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 25; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 3; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 4; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 3; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 10 - 11.

⁷⁰¹ Sommer, s. 146, 265; BSK - Watter / Roth Pellanda, Art. 717 OR, N. 18; Müller, s. 282 - 283.

⁷⁰² Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 28, N. 37; Bockli, Aktienrecht, § 13, N. 611; BSK - Watter / Roth Pellanda, Art. 717 OR, N. 18; OFK - Dekker, Art. 717 OR, N. 8.

⁷⁰³ Homburger, Art. 717 OR, N. 887 - 888.

⁷⁰⁴ Sommer, s. 265 - 266.

davranışı bilmesine rağmen, adayı yönetim kurulu üyesi olarak seçtiği takdirde, artık rekabet yasağının varlığından söz edilemeyecektir⁷⁰⁵.

İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında⁷⁰⁶ da, üyenin menfaat çatışmasına rağmen genel kurulca seçilmesi nedeniyle, yönetim kurulunu seçen yasal ve iptal edilmemiş genel kurul kararı karşısında üyenin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Ancak böyle bir durumda, üyenin her iki ortaklık açısından yürüteceği müzakereler esnasında ticari sırların gizliliği açısından ciddi bir özen yükümlülüğünün mevcut olduğu da doktrinde özellikle vurgulandığı gibi; bu tür bir çifte görevin ortaklığın daha da menfaatine olabileceği, önemli bir sinerji yaratacağı da ileri sürülmektedir⁷⁰⁷.

Türk Hukuku'nda ise, çifte yönetim kurulu üyeliği veya yöneticiliği kanunda yasaklanmamıştır. Doktrinde hâkim görüş, yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklıkta müdür veya yönetim kurulu üyesi olmasını rekabet yasağının ihlali olarak görmektedir⁷⁰⁸. Ancak hâkim görüş taraftarlarının gerekçeleri birbirinden farklıdır ve hakim görüş kapsamında dört ayrı görüş; farklı gerekçelerden hareket etmektedir. Şöyle ki birinci görüş, böyle bir durumda yönetim kurulu üyesinin karşıt iki menfaat arasında kalacağını, birinin lehine hareket etmesinin diğerinin aleyhine olacağını, bu sebeple aleyhine hareket ettiği diğer ortaklık açısından sadakat yükümlülüğünü ihlal edeceğini, rekabet yasağının sadakat yükümlülüğünün bir görünümü olduğunu ve başka bir ortaklıkta yönetim kurulu üyesi veya limited ortaklıkta müdür olmasının başlı başına sadakat yükümlülüğün ihlali anlamına geldiğinden rekabet yasağı kapsamında görülmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁰⁹.

İkinci görüş, yönetim kurulu üyesinin sırf başka bir ortaklıkta müdür veya yönetim kurulu üyesi olmasının rekabet yasağının kapsamına dahil olmasının, üyenin sadakat yükümlülüğünün ihlalinden doğmadığını, üyenin sırf diğer ortaklıktaki görevi kabul etmesi bağlamında ilk ortaklığın menfaatini ihlal edeceğinin iddia olunamayacağını, ancak üyenin söz konusu bu davranışının TTK m. 396 hükmü

⁷⁰⁵ Müller, s. 282.

⁷⁰⁶ BGE 4A_317/2009, E. 2.3., www.swisslex.com, Erişim Tarihi:01.10.2021.

⁷⁰⁷ Pellanda, s. 79.

⁷⁰⁸ Çamoğlu, s. 358; Çamoğlu, s. 101 – 102; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 234; Ansay, s. 135; Franko, s. 39; Eriş, s. 288; Aydoğan, s. 100 - 104; Ayan, s. 152; Helvacı, s. 93; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 692 ve dn. 807; Göksoy, s. 674.

⁷⁰⁹ Çamoğlu, s. 358; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 234; Ansay, Anonim Şirketler, s. 135; Eriş, s. 288; Aydoğan, s.104.

uyarınca “başkası hesabına işlem” niteliğinde olduğundan rekabet yasağına aykırı olduğunu ileri sürmektedir⁷¹⁰. Üçüncü bir görüş ise, sadakat yükümlülüğünü tartışmadan yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklıkta müdür veya yönetim kurulu üyesi olmasını doğrudan TTK m. 396 f. 1 hükmünde geçen başkası hesabına işlem veya hareket olarak kabul etmektedir⁷¹¹. Dördüncü bir görüş ise, yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklıkta müdür veya yönetim kurulu üyesi olmasının rekabet yasağının kapsamına dahil edilmesinin sebebinin sadece genel olarak sadakat yükümlülüğü değil; aynı zamanda TTK m. 396 f. 1’in lafzında geçen “başkası hesabına” ifadesi gereği olduğunu öngörmektedir⁷¹².

Azınlık görüşü⁷¹³ ise, yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklıkta müdür veya yönetim kurulu üyesi olmasının her zaman sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmeyeceğini, her iki ortaklığın ortaklık sözleşmelerinde yazılı işletme konularının aynı olmasına karşın, gerçekte uğraştıkları işlerin birbirlerini tamamlayıcı, destekleyici olduğu mahiyette ise bu durumun faydalı olacağını ve yasaklanmaması gerektiğini, sırf sadakat yükümlülüğünün ihlali tehlikesine karşı, kanunla yasaklanmamış bir alanda faaliyet gösterilemeyeceğinin kabulünün kişilerin yönetim kurulu üyesi olma özgürlüğünün kısıtlanmasının sert bir sonucu olduğunu ileri sürmüştür. Bu görüş taraftarları, yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklıkta müdür veya yönetim kurulu üyesi olmasını doğrudan doğruya rekabet yasağına aykırı bir davranış olarak öngörmemektedir. Üye, ancak yeni girdiği ortaklıkta Murahhas üye⁷¹⁴ veya müdür⁷¹⁵ olarak önce mensup oldukları ortaklığın konusuna giren işleri fiilen yürüttüğü takdirde, ortaklık konusuna giren işlemi başkası hesabına yapmış olmaları nedeniyle rekabet yasağına aykırı davranmış olacaktır⁷¹⁶.

Yargıtay’da Türk doktrinindeki hâkim görüşe iştirak ederek, yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklıkta müdür veya yönetim kurulu üyesi olmasını, başkası

⁷¹⁰ Franko, s. 39.

⁷¹¹ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 692 ve dn. 807; Göksoy s. 674.

⁷¹² Helvacı, s. 93.

⁷¹³ Kalpsüz, s. 384 – 385.

⁷¹⁴ ETK zamanında yönetim ve temsil yetkisini devralmış yönetim kurulu üyesi.

⁷¹⁵ ETK zamanında yönetim ve temsil yetkisini devralmış üçüncü kişi.

⁷¹⁶ Kalpsüz, s. 384 – 385.

hesabına işlem niteliğinde görmekte ve dolayısıyla rekabet yasağı kapsamında değerlendirmektedir⁷¹⁷.

Biz de Türk Hukuku'ndaki hâkim görüşe iştirak ederek, yönetim kurulu üyesinin rakip bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi veya limited ortakta müdür olmasının rekabet yasağının ihlali kapsamında değerlendirmekteyiz. Şöyle ki, ilkin konuya sadakat yükümlülüğü açısından yaklaştığımızda, üyenin rakip bir ortaklığın yönetim organında yer alması halinde sadakat yükümlülüğün ihlali kuvvetle muhtemeldir; zira bu durumda üye bakımından, ortaklığın menfaatlerini üstün tutmanın sağlanması oldukça zordur. Üye böyle bir durumda oldukça hassas ve zorlayıcı bir konumdadır. İkinci olarak, üye rakip ortaklıkta yönetim organında yönetim ve temsil yetkisini taşıyorsa, bu durumda yapacağı işlemler TTK m. 396 f. 1'de bahsi geçen “başkası hesabına” işlemler kapsamına girecektir. Bu noktada doktrinde Kırca⁷¹⁸, ya katılıyoruz. Bizce de şayet üye, rakip ortaklığın yönetim organında yer almakla birlikte, yönetim ve temsil yetkisini devretmişse, yine de sadakat yükümlülüğü gereği

⁷¹⁷ “Davalının sonradan ortak olduğu şirketin bir limited şirket olduğu, bu nedenle davalının bu şirkete TTK'nun 335/1 inci maddesinin tabiriyle (bir şirkete mesuliyeti tahdid edilmemiş ortak sıfatıyla) girmedeği tartışmasızdır. Ne var ki davalı, anılan limited şirkete ortak olmakla yetinmeyip Anasözleşme'nin 8 ve 9 uncu maddelerinde belirtildiği üzere limited şirketin müdürlüğü görevini de üstlenmiş, diğer deyişle limited şirketin yöneticisi sıfatını kazanmıştır. Her iki şirketin faaliyet konuları da aynı olduğuna göre bu durumda (TTK. 335/1) maddesindeki davacı anonim şirketin konusuna giren ticari muamele nev'inden bir muameleyi hesabına yapma şeklindeki hükme göre davalının bu davranışının iş bu maddedeki rekabet yasağına aykırılık teşkil ettiğinin kabulü gerekmektedir. (..) Şu hâlde haksız rekabetin mevcudiyeti kabul edilmek suretiyle davanın esasına girilerek tahkikattan hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmek gerekirken yazılı olduğu şekilde aksine düşüncelerle davanın reddi cihetine gidilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 21.11.1985 E: 1985 / 5620 K: 1985 / 6350, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “Davacı, davalının yönetim kurulu başkanı olduğu dönemde rekabet yasağına aykırı davrandığını iddia etmiş olup davalı, yönetim kurulu başkanlığından 14/06/2012 tarihinde ayrıldığına göre mahkemenin kabul ettiği gibi 6102 Sayılı TTK'nın 396. maddesi değil, 6762 Sayılı TTK'nın 335. maddesinin uygulanması gerekmektedir. (..) Davacı, davalının yönetim kurulu başkanı iken bir başka şirket kurduğunu ve bu şirkette müdür olarak bulunduğu dönemde davacıyı kötüleyerek bayilerini kendi kurduğu şirketle bağlantı kurdurarak zarar etmesine sebep olduğunu iddia etmiştir. Her iki şirketin faaliyet konuları da aynı olduğuna göre TTK. 335/1 maddesine göre “şirketin konusuna giren ticari muamele nev'inden bir muameleyi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı” şeklindeki hükme göre, davalının bu davranışının rekabet yasağına aykırılık teşkil ettiğinin kabulü gerekmektedir. Bu durumda iddia edilen şekli ile davalının eylemi TTK. 335/1 fıkradaki “hesabına yapma” olarak nitelendirilmek sureti ile bu husus değerlendirilip, davacının delillerinin buna göre değerlendirilerek, bir inceleme yapılarak karar vermek gerekirken yazılı olduğu şekilde yanlış değerlendirmeye dayalı karar verilmesi doğru görülmemiş, bozması gerekmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 31.05.2017 E: 2016 / 263 K: 2017 / 3219, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁷¹⁸ Söz konusu üye, rakip bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olmakla birlikte; yönetim ve temsil yetkisini devretse dahi rekabet yasağına aykırılığın mevcudiyetinin kabulünün gerektiğini; aksi bir yorumun hükmün konuluş amacına uygun olmayacağını, zira bu şekilde kolaylıkla dolanılabileceğini, bir an için TTK m. 396 f. 1 kapsamına girmediği kabul edilse bile, TTK m. 369 uyarınca sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğinden şüphe duyulmaması gerektiği yönünde bkz. Kırca (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 692 dn. 807.

rekabet yasağına tabi olmalıdır. Zira yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 408 f. 2 hükmü uyarınca devredilemez yetkileri bulunmaktadır ve devredilen yetki ve görevler bakımından yönetim kurulu üyelik görevleri süresince üst gözetim yükümlülükleri devam etmektedir. Özetle, yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklıkta müdür veya yönetim kurulu üyesi olması genel olarak sadakat yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olup; üyenin rakip ortaklıktaki yönetim organındaki yetki ve görevleri uyarınca yaptığı işlemler, TTK m. 396 f. 1 uyarınca “*başkası hesabına*” işlem niteliğine dahil olabileceğinden rekabet yasağına aykırı sayılmalıdır.

Azınlık görüşü taraftarlarınca ileri sürülen, üyenin görev yaptığı her iki ortaklığın gerçekte uğraştığı işlerin birbirlerini tamamlayıcı, destekleyici olması halinde bu durumun faydalı olacağı ve yasaklanmaması gerektiği görüşünün dayanağı ise bizce isabetli değildir. Zira kanaatimizce, böyle bir durumda ortada gerçek anlamda bir rekabetin bulunmaması nedeni ile esasen anılan işlemler rekabet yasağının kapsamına dahil edilemeyecektir⁷¹⁹.

Bu noktada son olarak temas etmek istediğimiz bir husus bulunmaktadır. Türk doktrindeki hâkim görüş ve Yargıtay, yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklıkta yönetim kurulu üyesi veya müdür olmasını, TTK m. 396 f. 1 bağlamında rekabet yasağı kapsamında görmektedir. Ancak doktrinde bir görüş⁷²⁰, yönetim kurulu üyesinin, aynı konu ile uğraşmasa dahi bir diğer anonim ortaklık yönetim kurulunda aktif bir görev alamayacağını, örneğin Murahhas üye olamayacağını, ancak pasif yönetim kurulu üyesi olmasının ETK m. 335’e aykırılık oluşturmayacağını ifade etmiştir. Ancak biz bu görüşe katılamamaktayız. Zira kanaatimizce üyenin, ortaklığa rakip olmayan başka bir ortaklıkta yönetim kurulu üyesi veya müdür olması, ortada rekabetin ve rakip ilişkisinin yokluğu sebebiyle rekabet yasağının kapsamında değerlendirilmemelidir. Fakat böyle bir durumun varlığı, üyenin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünün ihlaline yol açıp açmayacağı yönünden sorgulanmalıdır. Burada belirleyici olan somut olayın şartlarıdır⁷²¹. Şayet somut olayın şartları uyarınca üyenin, ortaklığa rakip olmayan bir ortaklığın yönetim organında yer alması sadakat

⁷¹⁹ Benzer yöndeki görüş için bkz. Aydoğan, s. 104.

⁷²⁰ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 102.

⁷²¹ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 692 dn. 807.

yükümünün ihlaline yol açıyor ve aynı zamanda bu ihlal bir zarar ile neticeleniyorsa, üye aleyhine TTK m. 553 vd. uyarınca sorumluluk yoluna başvurulabilecektir.

cb. Rakip Ortaklığa Hizmet Sözleşmesi ile Bağlı Bir Çalışan Olmak

Yönetim kurulu üyesinin, ortaklıkla rekabet eden bir ortaklıkta ya da işletmede hizmet sözleşmesi ile bağlı bir çalışan olması halinde, üyenin söz konusu faaliyeti esasen rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmektedir⁷²². Şöyle ki doktrinde yönetim kurulu üyesinin çalışan olarak rakip işletmeye veya ortaklığa katılımının rekabet yasağı açısından değerlendirilmesinde; bu katılımın kapsamının, süresinin ve rakip üzerindeki etkisinin önemli bir rol oynadığı ileri sürülmüş⁷²³ olsa da; bu durumun ilkin işçinin işverene karşı sadakat yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 396 hükmüne aykırılık teşkil edeceği açıktır. Zira, ilgili hüküm uyarınca işçinin, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece sadakat yükümlülüğü gereği kendi işvereni ile rekabet etmesi yasaklanmaktadır. Yönetim kurulu üyesinin yarı zamanlı olarak görevini yürütmesi ve rakip işletmede ya da ortaklıkta yarı zamanlı çalışması da bu kuralı değiştirmeyecektir⁷²⁴.

İkinci olarak üyenin, anonim ortaklıkta edindiği bilgi ve kaynakları işvereni, diğer bir ifadeyle rakip işletme veya ortaklık ile paylaşabileceği varsayımında; bu bilgiler, işverenin piyasadaki konumunu güçlendirebilecektir⁷²⁵. Bu durum da ortaklığın piyasadaki rekabet gücünün zayıflamasına sebebiyet verebilecektir.

Kanaatimizce yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklıkta hizmet sözleşmesi ile bağlı bir çalışan olması halinde; üyenin üstlendiği hizmetin kapsamı, süresi ve rakip ortaklığa katkıları dikkate alınarak bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Burada esasen belirleyici olan, üyenin rakip ortaklığın rekabetteki gücünü nasıl etkilediğidir. Şöyle ki üyenin rakip ortaklıktaki konumu, yönetim organında yer almasa dahi, ortaklığın işleyişine ve yönetimine dair bilgi sahibi olabilecek ve yine bu işleyiş ve yönetimde etkili olabilecek nitelikte ise, üyenin rakip bir ortaklıkta hizmet

⁷²² ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 28; SHK - Jörg, Art. 561 OR, N. 4; Karakılıç, s. 305 – 306.

⁷²³ Sommer, s. 161 – 162.

⁷²⁴ Sommer, s. 162.

⁷²⁵ Würsch, yönetim kurulu üyesinin rakip işletme veya ortaklıkta hizmet sözleşmesi ile bağlı bir çalışan olması durumunda; ancak pozisyonu gereği önemli kararların alınmasında etkili olabildiği takdirde, bu davranışı dolaylı rekabet kabul ederek rekabet yasağına aykırı görmektedir, Würsch, s. 67.

sözleşmesi ile bağlı bir çalışan olması TTK m. 396 f. 1 kapsamında başkası hesabına işlem olarak değerlendirilebilecektir.

cc. Rakip Ortaklığa Danışmanlık Hizmeti Sunmak

Yönetim kurulu üyesinin rakip bir işletmede ya da ortaklıkta avukat ya da danışman olarak görev yapması halinde ise, bu durum rekabet yasağına aykırılık teşkil edecek midir? Doktrinde bir görüş tarafından danışmanlık hizmetinin sunulması rekabet yasağına aykırı kabul edilmekle birlikte⁷²⁶; ikili bir ayırım yapılarak rakip işletmeye ya da ortaklığa sürekli bir danışmanlık hizmetinin verilmesinin rekabet yasağına aykırılık oluşturabileceği; buna karşılık yönetim kurulunun faaliyetlerine ilişkin olmayan belirli bir soru veya somut olay üzerine verilen münferit danışmanlık hizmetinin rekabet yasağı açısından sakıncalı olmadığı, ancak bu değerlendirmenin de oldukça dikkatli ve titiz bir şekilde yapılması gerektiği ileri sürülmektedir⁷²⁷. Başka bir görüş ise, danışmanlığın sadece hukuki düzeyde kalmasının sorun yaratmayacağını, fakat danışmanlığın rakip işletme ya da ortaklığın ticari politikasını kapsamaması durumunda rakip ile bilgi paylaşma ihtimali nedeniyle rakibin pozisyonunu güçlendirme tehlikesinin varlığının rekabet yasağına aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir⁷²⁸.

Kanaatimizce, yönetim kurulu üyesinin rakip bir işletmeye veya ortaklığa danışmanlık hizmetini sunmasının rekabet yasağına aykırılık teşkil edip etmeyeceğinde belirleyici olan; danışmanlık hizmetinin niteliği, kapsamı ve sunulan hizmetin rakip ortaklığın rekabet gücünü nasıl etkilediğidir. Şayet üye, sunduğu danışmanlık hizmetinde ortaklıktaki konumundan, ortaklığa ait bilgi ve kaynaklardan faydalanmadığı ve rakibin de rekabet gücünü artırmadığı takdirde, bu hizmet rekabet yasağı kapsamında görülmemelidir.

Ancak yönetim kurulu üyesi rakip bir ortaklığa “yönetime özgü” bir göreve ilişkin bir danışmanlık hizmeti sunar ve bu hizmete ortaklığa ait bilgi ve kaynak paylaşımı da eşlik eder ve anılan danışmanlık sayesinde rakibin rekabet gücünü artırır ise; bu takdirde anılan danışmanlık rekabet yasağı kapsamına aykırılık teşkil etmelidir.

⁷²⁶ ZK-Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 27; SHK-Jörg, Art. 561 OR, N. 2; Würsch, s. 68.

⁷²⁷ Krneta, s. 290.

⁷²⁸ Karakılıç, s. 310 - 311.

Bu noktada danışmanlığın sadece hukuki düzeyde kalmasının da uygulamada pek mümkün olmayacağını düşünüyoruz. Zira hukuki danışmanlık sunan bir avukatın, kendisine sorulan bir soru hakkında danışmanlık hizmetini tam ve gereği gibi yerine getirmesi için maddi vakıaları öğrenmesi gerekecektir ve bu esnada yönetim kurulu üyesi tarafından bilgi ve kaynak paylaşımı olasıdır. Başka bir bakış açısından yaklaştığımızda ise, rakip işletme veya ortaklığın, üyeden danışmanlık hizmeti talep etmesinin amacının genelde üyenin sahip olduğu bilgi, kaynak ve tecrübenin elde edilmesi olduğunu söylemek pek de yanlış olmayacaktır. Bu tür bir yaklaşım karşısında da belirleyici olan üyenin bu talep karşısındaki duruşu olacaktır.

cd. Rakip Ortaklığa Kredi Sağlamak

Yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklığa veya işletmeye kredi vermesi halinde; üye rekabet yasağına aykırı davranmış sayılacak mıdır? Söz konusu sorunun cevabı İsviçre doktrininde tartışılmıştır. Şöyle ki üyenin, rakip bir ortaklığa veya işletmeye finansal destek sağlaması İsviçre doktrininde dolaylı rekabet olarak öngörülmektedir. Zira üye, piyasada kendi adına ortaklığın rakibi olarak görünmemekte; ancak ortaklığın bir rakibini finansal olarak destekleyerek onun rekabetçi pozisyonunu güçlendirmektedir⁷²⁹. Böyle bir durumun rekabet yasağının ihlali sayılıp sayılmayacağının tayininde ise, somut olayın şartları belirleyici olacaktır. Şöyle ki öncelikle bu finansal desteğin rekabet yasağına aykırı bir davranış olup olmadığının tespiti için, desteğin süresinin, niteliğinin (büyüklüğünün) ve rakibin rekabet gücünü nasıl etkilediğinin (artırıp artırmadığının) incelenmesi gerekmektedir⁷³⁰.

Doktrinde, rakibin rekabet gücünü, pozisyonunu güçlendirecek uzun zamanlı (vadeli) ve meblağ olarak önemli addedilebilecek nitelikte kredilerin sağlanması rekabet yasağının ihlali olarak görülmektedir⁷³¹. Zira bu şekilde üye sağladığı finansal destek ile ortaklığın rakibinin gelişmesine ve rekabette güçlü bir pozisyona sahip olmasına sebebiyet vermektedir. Yine, üye tarafından rakip firmaya verilen kredi, kâra

⁷²⁹ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, rekabet yasağı sözleşmesinde geçen “*görüş kamerası veya aksesuarlarını üretmemek, satmamak veya bu tür üretim veya satışlara doğrudan veya dolaylı olarak katılmamak*” ibaresindeki katılımı, sadece rakip ortaklığa ortak olarak katılmayı değil; aynı zamanda rakip ortaklığa belirli bir ilişki ve süre içerisinde kredi verilmesi de dahil olmak üzere finansal destek sunmak olarak yorumlamıştır, BGE 89 II 126, www.bger.ch, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁷³⁰ Sommer, s. 161.

⁷³¹ Homburger, Art. 717 OR, N. 884; Sommer, s. 161; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 27.

katılmalı ödünç şeklinde gerçekleşmiş ve rakibin rekabet gücüne fayda sağlamış ise rekabet yasağı ihlal edilmiş sayılmaktadır⁷³². Bu tür bir kredi de üyenin menfaat çatışması yaşama ihtimali de kuvvetle muhtemeldir. Zira üye, kredi sağlayan taraf olarak kendi menfaatini düşünerek rakibin güçlenmesi yolunda bir beklentiye sahip olacaktır⁷³³. Şayet yönetim kurulu üyesinin sağladığı kredi, kısa vadeli, meblağ açısından önemsiz sayılabilecek ve rakibin rekabet gücünü ve ticari faaliyetini etkilemeyecek nitelikte ise, rekabet yasağının ihlali olarak değerlendirilmeyecektir⁷³⁴.

Kanaatimizce üyenin rakip bir ortaklığa kredi sağlaması ve bu kredi nedeniyle rakip ortaklığı dolaylı yünden destekleyerek rakip ortaklığın rekabet gücünü artırması rekabet yasağı kapsamında görülmemelidir. Zira burada üye, ortaklığa ait bilgi ve kaynakları kullanarak değil; bizzat kendi şahsi malvarlığından rakip bir ortaklığı finansal yünden desteklemektedir. Üyenin rekabet yasağının özünde, üyenin ortaklığa ait bilgi ve kaynakları kendi menfaati yönünde kullanarak kendisinin veya üçüncü bir şahsın rekabet gücünü artırması, rekabette avantaj sağlamasıdır. Üyenin rakip ortaklığa kredi vererek ortaklığın rekabetteki pozisyonunu güçlendirmesi, üyenin bizzat kendi kişisel malvarlığından kredi aktarmak şeklinde gerçekleşmektedir. Ancak üyenin rakip bir ortaklığa kredi vermesi rekabet yasağına aykırılık teşkil etmemekle birlikte, bu durumun üyenin sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturup oluşturmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir.

ce. Ortaklık Fırsatı Doktrini

Yönetim kurulu üyesinin rekabet edici faaliyetlerinin uygulanma şartlarını irdelerken, İngiliz-Amerikan Hukuku kaynaklı ortaklık fırsatı (“*Corporate opportunity*”) doktrinine de genel olarak değinmekte fayda görmekteyiz. Yargı kararları ile oluşturulan ortaklık fırsatı doktrini bir menfaat çatışması kuralı mahiyetindedir ve yönetim yetkisine sahip yöneticilerin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünün⁷³⁵ bir görünüm biçimi olarak; yönetim yetkisine sahip yöneticilerin ortaklığa ait bir iş fırsatını kendi kişisel menfaatleri için kullanmalarını

⁷³² Würsch, s. 66. Türk doktrininde aynı yönde Karakılıç, s. 322 – 323.

⁷³³ Karakılıç, s. 323.

⁷³⁴ Würsch, s. 66; Sommer, s. 161; Müller / Lipp / Plüss, s. 239; Müller, s. 283.

⁷³⁵ İngiliz Hukuku’ndaki sadakat yükümlülüğünün ele alınış şekline dair açıklamalarımız için bkz. Yuk. Üçüncü Bölüm, III, B., 1., dn. 440 ve Üçüncü Bölüm, III, B., 2.,a., dn. 462.

yasaklamaktadır⁷³⁶. Yöneticinin ortaklığa ait olan bir iş fırsatını kendi menfaatine kullanması halinde ortaklığa karşı, bu doktrin uyarınca sorumlu tutulabilmesinin uygulanma şartları, yargı kararlarında iki aşamalı olarak belirlenmiştir: Şöyle ki ortaklık fırsatı doktrinin uygulanabilmesi için ilkin, bir iş fırsatının ortaklık fırsatı mahiyetinde olup olmadığının tayini gerekmektedir. Bunun tayini için önceleri “menfaat veya beklenti” (*interest or expectancy*) kıstası kullanılmıştır. Söz konusu bu kıstasa göre, bir iş fırsatının ortaklık fırsatı olarak görülebilmesi için ortaklığın halihazırda mevcut bir menfaati ya da mevcut bir haktan doğan bir menfaat beklentisine sahip olması gerekmektedir⁷³⁷. Zamanla bu kıstasın yerini, faaliyet alanı - iş kolu (*line of business*) kıstası almıştır. Bu kıstasa göre, bir fırsatın ortaklığa uygun bir şekilde ait olup olmadığını belirleyecek olan, fırsatın ortaklığın mevcut ve gelecekteki faaliyetleriyle yakından ilişkili olup olmadığı; ortaklığın faaliyet alanına girip girmediğidir⁷³⁸. Bu kıstasın uygulanması açısından mihenk taşı olarak görülen *Guth v. Loft, Inc.* kararında⁷³⁹ Delaware Yüksek Mahkemesi ortaklık fırsatını, ortaklığın finansal olarak üstlenebileceği, işin mahiyeti gereği ortaklığın faaliyet alanında ve ortaklığa avantaj sağlayabilecek nitelikteki fırsatlar olarak kabul etmiştir. Faaliyet alanına ilişkin bir diğer önemli karar olan *Miller v. Miller* kararında⁷⁴⁰ Minnesota Yüksek Mahkemesi, faaliyet alanı ifadesinin kesin bir tanımı veya formülünün yapılamayacağını ve faaliyet alanının somut olayın şartlarına göre belirlenebilecek esnek bir anlamının olduğunu belirtmektedir. Şöyle ki mahkemeye göre, ortaklığa sunulduğunda ortaklığın uğraştığı faaliyet alanı ile örtüşen, ortaklığın temel bilgi, deneyim ve yeteneği ile ortaklıkta peşine düşme arzusu uyandıran,

⁷³⁶ Nervig, s. 405; Stephen W. Hamilton, “Corporate Opportunity -Tennessee Dressed Beef Co. v. Hall - The Strict-Trust Rationale”, **Journal of Corporation Law**, C: 2, S: 3, 1977, s. 558; Slaughter, s. 96; Jodi L. Popofsky, “Corporate Opportunity and Corporate Competition: A Double-Barreled” Theory of Fiduciary Liability”, **Hofstra Law Review**, C: 10, S: 4, 1982, s. 1193-1194; Oliver Sieg / Simon-Alexander Zeidler, **Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen**, Hauschka Christoph E. / Moosmayer Klaus / Lösler Thomas (Hrsg), München, C. H. Beck, 2016, § 4, N. 1; Jan Lieder, “The Duty of Loyalty of Management Board Members” **Journal of Commercial and Intellectual Property Law**, C: 2016, S: 1, 2016, s. 46; Holger Fleischer, “Die Geschäftschancenlehre im Recht der BGB-Gesellschaft Von der corporate opportunities zur partnership opportunities doctrine”, **NZG**, 2013, 361.

⁷³⁷ B. Davis JR Kenneth, “Corporate Opportunity and Comparative Advantage”, **Iowa Law Review**, C: 84, S: 2, 1999, s. 211; Nervig, s. 412.

⁷³⁸ Kenneth, s. 211-212; Nervig, s. 410-411; Slaughter, s. 98; Popofsky, s. 1202.

⁷³⁹ *Guth v. Loft, Inc.*, 23 Del. Ch. 255, Delaware Supreme Court (1939), www.ravellaw.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁷⁴⁰ *Miller v. Miller*, 222 N.W.2d 71, Minnesota Supreme Court (1974), www.law.justia.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

ortaklığın finansal durumu, makul ihtiyaçları ve büyüme hedefleri ile uyumlu olan bir fırsat, ortaklığın faaliyet alanına dahil bir iş fırsatıdır.

Bir iş fırsatı, yapılan yargılama sonucunda ortaklık fırsatı olarak değerlendirilmez ise; yönetici, iş fırsatını kişisel olarak kullanmasından dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Ancak yapılan yargılama sonucunda ortada bir ortaklık fırsatının mevcut olduğuna kanaat getirildiği takdirde, ikinci aşama olarak yöneticinin ortaklık fırsatını kullanmasının ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirilecektir. Bu değerlendirme ise dürüstlük kuralı ekseninde somut olayın şartlarına göre gerçekleştirilecektir⁷⁴¹.

Ortaklık fırsatı doktrini Alman Hukuku'nu da etkilemiştir. Şöyle ki, Alman Hukuku'nda da yönetici tarafından ortaklığa ait bir iş fırsatının kendi menfaatine kullanılamayacağı, bu fırsatın önce ortaklığa sunulması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁴². Ortaklık fırsatı doktrini başlarda rekabet yasağı ile ilişkilendirilerek birlikte ele alınmıştır. Şöyle ki Alman yargı kararlarında, ortaklığa ait bir fırsatın yönetici tarafından kullanılmasının yasaklanması önceleri rekabet yasağına dayandırılırken; şimdilerde ise doğrudan sadakat yükümlülüğü ile ilişkilendirilmesi yönünde bir eğilim mevcuttur⁷⁴³.

Alman doktrininde rekabet yasağı ile ortaklık fırsatı doktrininin yakından ilgili olduğu ancak aynı olmadığı, aralarındaki ilişkinin ise kesin olarak tanımlanamadığı kabul edilmektedir⁷⁴⁴. Şöyle ki, her iki müessese arasındaki ilişkinin sınıflandırması tartışmalıdır. Doktrinde rekabet yasağının ortaklık fırsatı doktrinin bir alt başlığı ya da ortaklık fırsatı doktrinin rekabet yasağının bir alt başlığı olduğu yönünde görüşler ileri sürülse de; hâkim görüş rekabet yasağı ile ortaklık fırsatı doktrinin birbirinden bağımsız ve ayrı olduğunu, her iki hukuki müessesenin köklerinin sadakat

⁷⁴¹ Hamilton, s. 558 - 559; Kenneth, s. 425 vd.

⁷⁴² Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 61 vd.; Michael Kort, **Aktiengesetz Großkommentar**, Hirte Heribert / Mülberr Peter O. / Roth Markus (Hrsg.), 5., neu bearbeitete Aufl., Berlin -München – Boston, De Gruyter, 2015, § 88 AktG, N. 190 vd.; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 5; Sieg / Zeidler, § 4, N. 1 vd.; Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 21 vd.; MüKo - Langhein, § 112 HGB, N. 16.

⁷⁴³ Sieg / Zeidler, § 4, N. 3 - 4; Holger Fleischer, "Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre", **NZG**, 2003, 985; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 5. Ortaklık fırsatı doktrininin rekabet yasağından ayrı olarak, sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan bağımsız bir hukuki müessese olarak kabul eden Alman Federal Mahkeme kararı için bkz. BGH, II ZR 159/10 = NJW-RR 2013, 363, 365, N. 20 – 21, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁷⁴⁴ Sieg / Zeidler, § 4, N. 9; Fleischer, **NZG**, 2003, 986; Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 22.

yükümlülüğüne dayandığını ve kesişim kümelerinin bulunduğunu kabul etmektedir⁷⁴⁵. Zira, rekabet yasağının ihlali her zaman bir ortaklık fırsatının varlığını gerektirmeyeceği gibi; ortaklık fırsatı doktrini de öncelikli olarak rekabeti engellemeyi amaçlamamaktadır⁷⁴⁶. Örneğin, bir kişi yönetim faaliyetine başlamadan önce, diğer bir deyişle yönetici sıfatına sahip olmadan önce, edindiği rakip bir ortaklıktaki pay sahipliğini göreve geldikten sonra açıklamadığı takdirde, rekabet yasağını ihlal etmektedir ancak ortada bir ortaklık fırsatı mevcut olmadığından, ortaklık fırsatı doktrinine aykırı davranmamaktadır⁷⁴⁷.

Rekabet yasağı ile ortaklık fırsatı doktrini her ne kadar birbirinden ayrı müesseseler de olsa, ortaklık fırsatı doktrininin uygulanmasında rekabet yasağı hakkında mevcut olan kurallar yol gösterici olacaktır. Şöyle ki, rekabet yasağının uygulanma şartlarının ve hukuki sonuçlarının ortaklık fırsatı doktrinine kıyasen uygulanacağı yönünde genel bir uzlaşma mevcuttur⁷⁴⁸.

Alman doktrininde hangi fırsatların ortaklık fırsatı olarak kabul edileceği hususunda, “menfaat veya beklenti” ve “faaliyet alanı - iş kolu” kıstaslarına benzer olarak, somut iş beklentisi (“*konkrete Geschäftsaussichten*”) ve soyut iş alanı (“*abstraktes Geschäftsfeld*”) şeklinde kıstaslar benimsenmiştir⁷⁴⁹. Somut iş beklentisi kıstasında, ortaklığın belirli bir işi yapma iradesini veya ilgisini göstermesi, örneğin ortaklığın halihazırda bir sözleşme akdetmesi ya da yöneticinin ortaklık adına sözleşme görüşmelerine başlaması veya ortaklığın iş fırsatını kullanmak üzere bir karar almış olması halinde, ortaklık fırsatının mevcut olduğu söylenebilecektir. İşte bu gibi hallerde fırsatların ortaklığın menfaati ile ilgili olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Söz konusu hallerde yönetici, iş fırsatını ilk olarak ortaklığa sunmakla ve iş fırsatını ortaklık menfaatine en iyi şekilde değerlendirmekle yükümlüdür. Ortaklığın, belirli bir işi yapma iradesini henüz bariz bir şekilde göstermediği hallerde ise soyut iş alanı kriteri de ortaklık fırsatı tayininde yardımcı olmaktadır. Soyut iş alanı kriteri uyarınca, ortaklık ticari faaliyetleriyle objektif bir ilgisi olan iş fırsatları ortaklık fırsatı kabul

⁷⁴⁵ Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 5; Fleischer, NZG, 2013, 363; Lieder, s. 46; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 61.

⁷⁴⁶ Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 22.

⁷⁴⁷ Fleischer, NZG, 2013, 363.

⁷⁴⁸ Sieg / Zeidler, § 4, N. 9 - 10; Fleischer, NZG, 2003, 986; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 61; MüKo - Langhein, § 112 HGB, N. 16.

⁷⁴⁹ Sieg / Zeidler, § 4, N. 11; Fleischer, NZG, 2003, 986 - 987; Liedler, s. 46-47; Müko - Merkt, § 13 GmbH, N. 283.

edilmektedir. Görüleceği üzere, ortaklık fırsatı doktrininde, tıpkı rekabet yasağı gibi, ortaklığın fiili faaliyet alanı belirleyici olmaktadır.

Yöneticinin bir ortaklık fırsatını kullanması ve bunun gerekçesi olarak da ortaklığın söz konusu iş fırsatından yararlanacak finansal kaynaklara sahip olmamasını ileri sürmesi, Alman Federal Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir⁷⁵⁰. Mahkemeye göre, böyle bir durumda yönetici öncelikle ortaklık için uygun çözüm aramakla mükelleftir; örneğin kredi alınabilmesinin ya da finansal açıdan güçlü bir ortağın ortaklığa katılmasının mümkün olup olmadığının yönetici tarafından araştırılması gerekmektedir.

Yöneticinin, ortaklık fırsatından yararlanmak için ortaklıktan onay alması halinde; yöneticinin ortaklık fırsatından yararlandığı için sorumlu tutulması mümkün olacak mıdır? Açık bir anlatımla, yöneticinin ortaklık fırsatını kullanmasına dair bir izin verilebilir mi? Bu soru doktrinde olumlu cevaplandırılmaktadır. Ancak mesele onayın ne şekilde elde edileceğidir. Alman doktrininde, ortaklık fırsatı doktrini ile aralarındaki yakın ilişki nedeniyle, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen Alm.POK § 88 hükmüne dikkat çekilmektedir. Anılan hükümde, gözetim kurulu yönetim kurulu üyesine belirli iş türleri için onay vermekte; bir başka deyişle yönetim kurulu üyesine tanımlanan iş için rekabet yasağı hakkında izin vermektedir. Söz konusu onay müessesesinin ortaklık fırsatının kullanılması yönünden de geçerli olacağı kabul edilmektedir. Açık bir anlatımla, gözetim kurulu yönetim kurulu üyesine ortaklık fırsatından yararlanmasından önce söz konusu işe ilişkin izin verebilecektir. Şayet, ortaklık yapısında gözetim kurulu mevcut değilse; onayın ortaklar kurulu toplantısında talep edileceği öngörülmektedir. Bu noktada onay kararından önce ortakların özellikle iş fırsatının koşulları ve olanakları, muhtemel çatışmanın sonuçları, muafiyet tanınacak yöneticinin kişisel çıkarları ile ortaklığın kendi işi olarak yararlandığındaki menfaati hakkında tam ve eksiksiz şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ancak yöneticinin ortaklığı bilgilendirmesi yeterli olmayıp, mutlaka ortaklığın onayı aranmaktadır⁷⁵¹.

⁷⁵⁰ BGH II ZR 257/84 = NJW 1986, 584, 585, www.beckonline, Erişim Tarihi: 01.10.2021. Sieg / Zeidler, § 4, N. 16; Fleischer, NZG, 2003, 988; Liedler, s. 47.

⁷⁵¹ Sieg / Zeidler, § 4, N. 17-19; Fleischer, NZG, 2003, 989-990; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 67.

Yine, ortaklığın finansal kaynaklarının yetersiz olması halinde yönetici tarafından her türlü çaba gösterilmesine rağmen; yöneticinin tüm girişimlerinin başarısız olduğu ve dolayısıyla yönetici tarafından uygun bir çözüm bulunamadığı takdirde de, yönetici ortaklık fırsatından doğrudan yararlanma hakkına sahip olmayacak, ortaklığın onayı aranacaktır⁷⁵².

Netice itibariyle Alman Hukuku'nda kabul edilen ortaklık fırsatı doktrini gereği, yönetim kurulu üyesinin ortaklığa ait bir fırsatı kendi menfaatine kullanması yasaklanmıştır⁷⁵³. Yönetim kurulu üyesinin ortaklığa ait bir fırsattan yararlanması rekabet yasağını ihlalinde öte, bağımsız bir müessese olarak değerlendirilmekte ve esasen sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Ancak, her iki müessesenin yakın ilişkisi gereği rekabet yasağına ilişkin kuralların ortaklık fırsatı doktrinine kıyasen uygulanması doktrinde kabul edilmektedir⁷⁵⁴.

Türk doktrininde de ortaklık fırsatı doktrini, rekabet yasağı müessesesi ile beraber değerlendirilmiş olmakla birlikte, sunulan görüşler oldukça sınırlıdır. Şöyle ki, doktrinde Göksoy⁷⁵⁵, ortaklık fırsatı doktrini ile ortaklıklar hukukundaki rekabet

⁷⁵² Liedler, s. 47; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 66.

⁷⁵³ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 61; Großkomm - Kort, § 88 AktG, N. 195; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 3; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 5.

⁷⁵⁴ İsviçre Hukuku'nda ortaklık fırsatı doktrininden etkilenmiştir. Ancak, Alman literatürünün ve yargı kararlarının müesseseye olan ilgisi ve derin araştırmasına nazaran, İsviçre doktrininde rekabet yasağı ile birlikte ele alınan ortaklık fırsatı doktrinine ait literatürün sınırlı kaldığı ve bu anlamda ihmal edildiği ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle, İsviçre Hukuku'nda ortaklık fırsatının uygulanacağı öngörülmekle birlikte içerik açısından ayrıntılı olarak değerlendirilmemekte; Alman literatür ve yargı kararlarından yararlanılabileceği kabul edilmektedir, Damian A. Fischer, "Rechtsfragen rund um die Freigabe von Geschäftschancen", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2016, s. 935 - 936; Fischer, s. 764; Feuz, N. 443. İsviçre Hukuku'nda da, ortaklık fırsatı doktrini ile rekabet yasağı arasındaki ilişki tartışılmış ve aradaki ilişkinin niteliğinin belirlenmesinde Alman Hukuku'na benzer şekilde üç görüş ileri sürülmüştür. Hâkim görüş yine, her iki müessesenin birbirinden farklı olduğu ve kısmen bazı alanlarda kesiştiği ancak tamamen örtüşmediği yönündedir. Zira rekabet yasağı belirli bir ortaklık fırsatı ile ilgili olmayan davranışları da yasaklamaktadır; diğer bir deyişle ortaklık fırsatı olmamasına rağmen, şirketle rekabet edici faaliyet mevcut olup rekabet yasağı kapsamına dahil olabilir. Yine, her ortaklık fırsatından yararlanılması ortaklıkla rekabet etme sonucunu doğurmayacaktır. Ancak her iki müessesenin ilişkisi ve köklerinin sadakat yükümlülüğü olması nedeniyle; kıyas yoluyla birbirilerinden yararlanılabilmektedir, Fischer, **Aktuelle Juristische Praxis**, s. 935 - 936; Blanc, s. 14 - 15; Fischer, s. 764 - 765.

Anonim ortaklar hukukunda da, yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğü gereği, ortaklığa ait fırsatlardan kendi menfaatine yararlanmasının yasak olduğu doktrinde belirtilmektedir, Homburger, Art. 717 OR, N. 891, 893; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 606.

Ortaklık fırsatı doktrinini rekabet yasağı müessesesi ile birlikte değerlendiren yazarlar açısından da, yönetim kurulu üyesinin ortaklık fırsatından yararlanması doğrudan rekabete diğer bir deyişle rekabet yasağının ihlaline verilen örneklerdendir, BSK - Watter / Roth Pellanda, Art. 717 OR, N. 18; Sommer, s. 160; Pellanda, s. 79. Menfaati olmayanların oy kullandığı ve pay sahiplerinin tam ve eksiksiz olarak bilgilendirildikleri genel kurul tarafından, ortaklığın fırsatı kullanmayı reddetmesine dair karar verildiği takdirde ortaklık fırsatından yararlanılabileceği kabul edilmektedir, Homburger, Art. 717 OR, N. 892.

⁷⁵⁵ Göksoy, s. 677 - 678.

yasakları arasında doğrudan bir ilişkinin olduğunu, rekabet yasağına aykırılık oluşturan tüm davranışların aynı zamanda ortaklık fırsatlarının yöneticiler tarafından haksız olarak kullanım halini de oluşturduğunu, bu yönüyle rekabet yasağının ortaklık fırsatı doktrinin bir alt uygulama hali olduğunu, bu durumun özellikle ortaklık fırsatı doktrinin yönetici sıfatının sona ermesinden sonra da devam etmesinde kendini gösterdiğini, zira rekabet yasağının yönetici sıfatının ortadan kalkmasıyla son bulduğunu, Türk Hukuku açısından ortaklık fırsatı doktrinin dayanağının sadakat yükümlülüğü olduğunu, TBK’da düzenlenen caiz olmayan vekâletsiz iş görme ile ahlaka aykırı nitelikteki haksız fiillere ilişkin hükümlerin yaptırım olarak uygulanabileceğini, yönetici tarafından ortaklık fırsatının kullanılması aynı zamanda rekabet yasağı kapsamına dahil olan bir davranış olduğu takdirde ise ilgili rekabet yasağında belirtilen yaptırımların uygulanabileceğini, bu talep hakları arasında yarışmanın mevcut olduğunu ileri sürmektedir.

Aynı doğrultuda bir başka görüş ise Karakılıç⁷⁵⁶’a aittir. Yazar, tıpkı Göksoy gibi, ortaklık fırsatı doktrini ile ortaklıklar hukukundaki rekabet yasakları arasında doğrudan bir ilişki olduğunu, rekabet yasağına aykırılık oluşturan tüm hallerin, aynı zamanda ortaklık fırsatı doktrinin uygulaması olduğunu, açık bir deyişle rekabet yasakları kapsamındaki tüm işlem ve davranışların, ortaklık fırsatı doktrininin alt uygulaması olduğunu ve bu durumun özellikle yönetici sıfatının sona ermesi ile birlikte rekabet yasağının sona ermesine rağmen, ortaklık fırsatı doktrininin uygulanmaya devam etmesinde kendini gösterdiğini ifade etmektedir.

Kanaatimizce de, ortaklık fırsatı doktrini ile rekabet yasağı arasında yakın bir ilişki olduğu yadsınamayacaktır. Ancak bizce ortaklık fırsatı doktrini, rekabet yasağının bir alt kümesidir. Zira ortaklık fırsatı doktrininde üye esasen, ortaklığa ait olması gereken bir iş fırsatından kendi menfaatine yararlanmaktadır. Ortaklık fırsatı doktrininde, bir iş fırsatının ortaklık fırsatı mahiyetinde olup olmadığı irdelenirken kullanılan en önemli kıstas ise, söz konusu fırsatın ortaklığın faaliyet alanı – iş koluna dahil olup olmamasıdır. Esasen bu kıstas rekabet yasağı içinde hayati bir önem taşımaktadır. Rekabet yasağının ihlali, üyenin ancak ortaklığın fiilen uğraştığı işler bakımından mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, her iki müessese de, temel olarak ortaklığın fiilen uğraştığı işler bakımından, ortaklığa ait olması ve ortaklığın

⁷⁵⁶ Karakılıç, s. 63 – 64; Karakılıç, Örtülü Kazanç, s. 5488 – 5489.

yararlanması gereken bir iş fırsatından; üyenin kendi menfaatine yararlanması mevzu bahistir. Yöneticinin elde ettiği ortaklığa ait fırsatı kendi menfaatine yararlanmasında, yararlanılan fırsata ilişkin faaliyet alanı ile ortaklığın faaliyet alanının örtüşmesi, bir başka deyişle aynı faaliyet alanında uğraşmaları rekabeti doğuracaktır.

Rekabet yasağına aykırılık teşkil eden birinci halde, üyenin ortaklığın fiilen uğraştığı işlere ilişkin kendisi veya başkası hesabında işlem yapması halinde ortaklık fırsatı doktrini kendini göstermektedir. Ancak rekabet yasağına aykırılık teşkil eden ikinci hali olan üyenin sınırsız sorumlu ortak olması halinde ise, ortada bir ortaklık fırsatı mevcut değildir. Dolayısıyla, ortaklık fırsatı doktrini rekabet yasağının bir alt kümesi niteliğindedir. Bu nedenle yönetim kurulu üyesinin ortaklığa ait bir iş fırsatından kendi menfaatine yararlanmasının, rekabet yasağının ihlali anlamına geleceğinden, TTK m. 396 hükmünün uygulanacağını düşünmekteyiz.

2. Ortaklıkla Aynı Tür Ticari İşlerle Uğraşan Başka Bir Ortaklığa Sınırsız Ortak Olmak

TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca üyenin rekabet yasağını oluşturan ikinci hal, yönetim kurulu üyesinin aynı tür ticari işlerle uğraşan bir ortaklığa sınırsız ortak sıfatıyla katılmasıdır. Yönetim kurulu üyesi, ortaklıkla aynı tür ticari işlerle uğraşan bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla katılmama yükümlülüğü altındadır. Hükümde yer alan “*aynı tür ticari işlerle uğraşan*” ifadesi, tıpkı TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca rekabet edici faaliyetin birinci türündeki gibi, ortaklığın işletme konusu şeklinde kabul edilmektedir⁷⁵⁷.

Böylece, ortaklığın işletme konusunun belirlenmesinde asıl belirleyici olan ortaklığın gerçek, fiili faaliyet alanı olduğundan; yönetim kurulu üyesinin ortaklığın fiilen uğraştığı alanlarda ticari işlerle uğraşan, açık bir anlatımla faaliyet konuları aynı

⁷⁵⁷ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 156; Kalpsüz, s. 379; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 628; Aydoğan, s. 47, 97 - 98, Franko, s. 36, 38; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat) s. 693; Göksoy, s. 669; Aşık, s. 183. Ortaklığın işletme konusuna ilişkin açıklamalarımız hakkında bkz. Yuk. Üçüncü Bölüm, I., A., 1., b., ba.

olan başka bir ortaklığa, sınırsız sorumlu ortak olması TTK m. 396 f. 1 uyarınca rekabet yasağına aykırılık teşkil edecektir⁷⁵⁸⁷⁵⁹.

İlk olarak, bir yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla aynı faaliyet alanındaki bir adi ortaklığa ve kollektif ortaklığa ortak olması, komandit ortaklığa da komandite ortak olması TTK m. 396 f. 1 uyarınca düzenlenen yasak kapsamındadır. İkinci olarak, bir yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla aynı faaliyet alanındaki bir anonim ortaklıkta pay sahibi, limited ortaklıkta ortak ve komandit ortaklıkta komanditer ortak olması halinde; üye, rekabet yasağını ihlal etmeyecektir⁷⁶⁰. Ancak bu noktada üyenin bu tür ortaklıklarda organ, ticari temsilci veya ticari vekil olması halinde, bu durumun ortaklık adına yapacağı işlemlerin TTK m. 396 f. 1 de düzenlenen yasağın ilk uygulama hali olan “başkası hesabına işlem yapma” kapsamında değerlendirileceği unutulmamalıdır⁷⁶¹.

Açık bir ifadeyle üyenin, ortaklıkla aynı faaliyet alanındaki sınırlı sorumlu olarak katılabileceği ortaklıklara sadece ortak olması rekabet yasağının ihlali anlamına

⁷⁵⁸ Alm.POK § 88 I hükmünde de yönetim kurulu üyesinin başka bir ticaret ortaklığına sınırsız sorumlu ortak olarak katılması yasaklanmaktadır. Anılan hükmün yönetim kurulu üyesinin başka bir ticaret ortaklığına sınırsız sorumlu ortak olarak katılamayacağını öngörmesi nedeniyle; yönetim kurulu üyesinin komandit ortaklıkta komanditer ortak; anonim ortaklıkta pay sahibi, limited ortaklıkta ortak olması mümkündür, Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 20. Söz konusu düzenleme uyarınca yönetim kurulu üyesinin sınırsız sorumlu ortak olmasının yasaklanması TTK m. 396 f. 1’deki düzenleme ile benzer gözüktüğü de, TTK m. 396 f. 1’den ayrılmaktadır. Şöyle ki Alm.POK § 88 I hükmündeki öngörülen yasak, TTK m. 396 f. 1 hükmünün aksine, ortaklığın faaliyet alanı ile sınırlı değildir. Açık bir anlatımla, yönetim kurulu üyesinin başka bir ortaklığa sınırsız sorumlu olmasında ortaklıkların faaliyet alanı önemli olmayıp; ortaklıkların aralarında rekabet ve rakip ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur. Bu yasakla, üyenin tüm çalışma gücünü ortaklığa tahsis etmesinin sağlanması amaçlanmaktadır, Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 25; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 6; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 4; Hölter Komm. – Weber, § 88 AktG, N. 10; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 20.

⁷⁵⁹ İsviçre Hukuku’nda yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet eden bir şahıs ortaklığına katılması doğrudan rekabet kapsamında görülürken; yönetim hakkı ve yükümlülüğüne sahip olmayan bir ortak olarak katılması, örneğin komandit ortaklıkta sınırlı sorumlu ortak olan komanditer ortak olması dolaylı rekabet kapsamında değerlendirilmektedir, Wüsch, s. 63. Yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet eden bir anonim ortaklıkta pay sahibi olmasına ilişkin ise doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Şöyle ki bir görüş uyarınca, yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet eden bir anonim ortaklıkta pay sahibi olması dolaylı rekabet kapsamında değerlendirmelidir, Wüsch, s. 65 – 66. Bir başka görüş ise, bu tarz bir yorumu fazla ileriye gitmek şeklinde yorumlanmış ve anonim ortaklığa katılmanın rekabet yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için, yönetim kurulu üyesinin finansal taahhüdü uyarınca oy haklarının önemli bir oranını elde etmesinin gerektiğini, zira burada belirleyici olan üyenin, rakibinin rekabetçi pozisyonunu güçlendirip güçlendirmedikliğinin olduğunu vurgulamaktadır, Homburger, Art 717 OR, N. 885 – 886.

⁷⁶⁰ Kalpsüz, s. 379 - 380; Çamoğlu, s. 357; Franko, s. 38; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 628; Aydoğan, s. 98; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat) s. 693; Aşık, s. 183; Göksoy, s. 674; Ayan, s. 151 - 152; Akdağ Güney, s. 240; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 414; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 289; Üçışık / Çelik, s. 505; Çevik, s. 551.

⁷⁶¹ Kalpsüz, s. 381; Göksoy, s. 674; Aşık, s. 183.

gelmeyecektir. Ancak üye ortak olmanın yanında, ortaklık adına işlem yaptığı takdirde; yapılan işlemler TTK m. 396 f. 1 uyarınca “başkası hesabına işlem” niteliğinde olduğundan rekabet yasağı ihlal edilmiş olacaktır. Üçüncü olarak, bir yönetim kurulu üyesi ortaklıkla farklı faaliyet alanları ile uğraşan her türlü ortaklığa ortak olarak katılabilecektir.

Doktrinde, yönetim kurulu üyesinin sınırlı ortak olarak katılabileceği ortaklıkların kurucu ortağı olması halinde, rekabet yasağının ihlal edilip edilmeyeceği tartışılmıştır. Rekabet yasağının konuluş amacı göz önüne alındığında, yasağın anonim ortaklıklarda kurucu ortak olmayı da kapsadığı ileri sürülmesine rağmen⁷⁶²; bizim de katıldığımız hâkim görüş⁷⁶³ uyarınca üyenin sınırlı ortak olarak katılabileceği ortaklıklarda sadece kurucu olması rekabet yasağının ihlali anlamına gelmemelidir. Zira, hükümde yer alan “*aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez*” ifadesindeki “girme” tabiri hem katılmayı hem de kurmayı kapsamaktadır; kurucu ortak rekabet yasağı açısından sıradan bir ortak durumundadır. Kurucunun kuruluşla ilgili işlemlerden m. 549 ve m. 553 hükümleri uyarınca kişisel olarak sorumlu tutulması, ortaklardan farklı bir rekabet yasağı rejimine tabi tutulması için yeterli değildir. TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca yasaklanan ise üyenin ortaklıkla aynı tür işlerle uğraşan başka bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olmasıdır⁷⁶⁴.

TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla aynı alanda faaliyet gösteren ortaklıklara sınırlı sorumlu ortak olarak katılması rekabet yasağına tabi olmasa da; Alman doktrininde söz konusu üyenin sınırlı ortak olarak katıldığı ortaklığı kontrol eden hâkim pay sahibi veya ortağı olduğu takdirde, özellikle tek kişilik anonim ortaklıklarda ve tek ortaklı limited ortaklıklarda, rekabet yasağına tabi kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁶⁵. Zira, bu durumda yönetim kurulu üyesi başka bir tüzel kişiliğin arkasına saklanarak; rekabet yasağı ile kendine kanunen yasak olan faaliyetleri tüzel kişi eliyle gerçekleştirmektedir. Bu durumda söz konusu tüzel kişinin faaliyetleri yönetim kurulu üyesine atfedilerek TTK m. 396 f. 1 hükmü doğrultusunda “*ortaklığın işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendisi*

⁷⁶² Domaniç, Anonim Şirketler, s. 628.

⁷⁶³ Kalpsüz, s. 380; Aydoğan, s. 99; Aşık, s. 185.

⁷⁶⁴ Kalpsüz, s. 380; Aydoğan, s. 99; Aşık, s. 185.

⁷⁶⁵ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 21; Hölters Komm. – Weber, § 88 AktG, N. 11. İsviçre Hukuku’nda yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet eden tek kişilik bir anonim ortaklıkta tek pay sahibi olması doğrudan rekabet kapsamında değerlendirilmektedir, Wüsch, s. 62; Homburger, Art. 717 OR, N. 884; Sommer, s. 159.

veya başkasının hesabına yapmak” şeklinde değerlendirilebilecektir⁷⁶⁶. Buna karşılık Türk doktrininde yönetim kurulu üyesinin rakip bir anonim ortaklıkta ya da limited ortaklıkta hâkim ortak veya tek imza yetkilisi olmasının; rekabet yasağına değil de genel olarak sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmektedir⁷⁶⁷. Bizce de, yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklıkta tek ya da hakim ortak olması, üyenin sadakat yükümlülüğünün kapsamında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Kaldı ki üyenin rakip ortaklığın aynı zamanda temsilcisi olması TTK m. 396 f. 1 uyarınca “başkası hesabına işlem” niteliğinde görüleceğinden, zaten yasağın kapsamındadır.

Yönetim kurulu üyesinin, ortaklıkla rekabet eden bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılması, ortaklık payını bağış ya da miras yolu ile elde etmesi şeklinde gerçekleşiyse; böyle bir elde etme, rekabet yasağına aykırılık taşımamaktadır. Ancak üye böyle bir durumu sürekli olarak muhafaza edemeyecek olup, ortaklık payını devretmesi gerekmektedir⁷⁶⁸.

B. Rekabete İzin Verilmesi ve Etkileri

TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca, üye TTK m. 396 f. 1’de bahsi geçen rekabet yasağına aykırılık teşkil eden halleri, genel kurulun iznini almaksızın gerçekleştirmesi halinde rekabet yasağını ihlal etmiş sayılacaktır. Açık bir deyişle, üyenin TTK m. 396 f. 1 hükmü kapsamında ortaklıkla rekabet edici faaliyeti bulunması tek başına rekabet yasağının ihlali anlamına gelmeyecek olup; söz konusu rekabete ilişkin olarak, üyenin genel kurul tarafından verilen bir iznin de bulunmaması gerekecektir. Bu noktada TTK m. 396 hükmünün emredici nitelikte bir hüküm olmadığı⁷⁶⁹ sonucu da gözler önüne serilmiş olmaktadır. Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı mutlak surette uygulanacak bir yasak niteliğinde değildir. Zira, rekabet yasağının ortaklık iradesi tarafından kaldırılabilmesi benimsenmiştir. Bu durumda ortaklık dilerse kendi iradesi ile üyenin kendisi ile rakip olmasına ve rekabet ilişkisine girmesine izin verebilecektir.

Genel kurulun yönetim kurulu üyesine TTK m. 396 kapsamında rekabet izni vermesi, üyenin ortaklık aleyhine haksız rekabet girişebileceği anlamında

⁷⁶⁶ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 21; Hölters Komm. – Weber, § 88 AktG, N. 11.

⁷⁶⁷ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 414.

⁷⁶⁸ ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 34.

⁷⁶⁹ Bkz. Yuk. Birinci Bölüm, I., C., 1.

yorumlanamaz. Genel kurulun verdiği rekabet izni, üyenin sadece haklı rekabetine yöneliktir⁷⁷⁰.

Alm.POK § 88 I hükmü uyarınca da, gözetim kurulu tarafından yönetim kurulu üyesine izin verildiği takdirde Alm.POK § 88 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Anılan hüküm gereği, yönetim kurulu üyesine rekabet iznini verecek makam gözetim kuruludur. Gözetim kurulunun verdiği izin, belli ticari işletmeler, belli ticaret ortaklıkları ve belli türdeki işlemlere hasredilmek zorundadır. Bir başka deyişle, gözetim kurulunun izni açıkça tanımlanmış belirli faaliyetlere özgü olmalıdır. Bu nedenle gözetim kurulunun genel nitelikte sınırsız bir izin kararı vermesi mümkün değildir. Gözetim kurulunun izni rekabet edici faaliyetin gerçekleşmesinden önce karar şeklinde tesis edilecek olup; rekabet edici faaliyete ses çıkartmamak veya görmezden gelmek şeklinde zımni davranışla izin kabul edilmemektedir⁷⁷¹.

İsviçre Hukuku'nda, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı sadakat yükümlülüğünden türetildiğinden, diğer bir deyişle sınırları kanun tarafından belirlenmiş bir rekabet yasağı hükmü bulunmadığından, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının sadakat yükümlülüğünün vazgeçilmez bir sonucu olmadığı ve yönetim kurulu üyesine ortaklıkla rekabet etme izninin verilebileceği kabul edilmektedir⁷⁷². Doktrinde yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet edici faaliyetlerine izin verilmesine ilişkin olarak ise, ortaklığın rakibi veya rakip bir ortaklığın yönetim kurulu üyesi olduğu bilinen kişilerin ortaklığa yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesi gösterilmektedir⁷⁷³. Bu tür zımni izinlere ayrıca, ortaklığın yönetim kurulu üyesinin seçildikten sonra rekabet edici faaliyetlerde bulunması ve ortaklığın bu durumu bilmesine rağmen üyeyi görevden azletmemesi de örnek olarak verilmektedir⁷⁷⁴.

Aşağıda, yönetim kurulu üyesine verilen ortaklıkla rekabet etme iznine, diğer bir ifadeyle rekabet yasağının kaldırılmasına yönelik olarak; iznin hangi makam

⁷⁷⁰ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 634; Teoman, Rekabet Yasağı, s. 50; Aydoğan, s. 115; Aşık, s. 188.

⁷⁷¹ Miko - Spindler, § 88 AktG, N. 25 – 26, 28; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 5; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 12 – 13; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 26 – 27; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 7.

⁷⁷² Wüsch, s. 31.

⁷⁷³ Homburger, Art. 717 OR, N. 888; Wüsch, s. 31; Müller / Lipp / Plüss, s. 286; Müller, s. 282; BSK - Watter / Roth Pellanda, Art. 717 OR, N. 18; Pellanda, s. 78 – 79; ZK - Büchler, Art. 717 OR, N. 178.

⁷⁷⁴ Sommer, s. 169.

tarafından verileceğini, iznin şeklini ve süresini, izinden rücu edilmesinin mümkün olup olmadığını ve en sonunda iznin neticelerini sırasıyla açıklayacağız.

1. İzne Yetkili Makam

a. Genel Kurul Kararı

TTK m. 396 f. 1 hükmü gereği yönetim kurulu üyesi, genel kurulun iznini almaksızın ortaklıkla rekabet edici faaliyetleri gerçekleştirdiği takdirde, rekabet yasağını ihlal etmiş addedilecektir. TTK m. 396 f. 1 hükmünde açıkça yönetim kurulu üyesine izin vermek suretiyle rekabet yasağını bertaraf edebilecek olan organın genel kurul olduğu ifade edilmiştir. Genel kurulun izni, kural olarak bir karar şeklinde ortaya çıkacaktır⁷⁷⁵.

Genel kurul toplantısında yönetim kurulu üyelerine ortaklıkla rekabet etmelerine ilişkin izin kararı verilebilmesi için öncelikle bu hususun TTK m. 413 f. 2 uyarınca toplantı gündeminde yer alması gerekmektedir⁷⁷⁶. Sadece yönetim kurulu üyelerinin seçimine yönelik gündem maddesi bulunması rekabet yasağının kaldırılması anlamında değerlendirilemeyecektir⁷⁷⁷.

Genel kurul toplantısında TTK m. 420 uyarınca azınlığın talebi ile finansal tablolar ve buna bağlı konuların müzakeresi ertelendiği takdirde, rekabet yasağının kaldırılmasına dair karar görüşülüp karara bağlanabilecek midir? Diğer bir deyişle, rekabet yasağının kaldırılmasına dair karar, ertelenen gündem maddeleri kapsamında mı değerlendirilecektir? Doktrin, azınlığın talebi ile TTK m. 420 uyarınca finansal tablolar ve buna bağlı konuların müzakeresi ertelense de, rekabet yasağının kaldırılmasına dair kararın görüşülüp karara bağlanabileceğini kabul etmektedir⁷⁷⁸. Kimi yazar görüşünü ortaklıkla işlem yapma ve rekabet etme izninin ana sözleşmeye konulacak genel ve soyut bir hükümle de verilebildiğini, dolayısıyla bilanço

⁷⁷⁵ Kalpsüz, s. 362; Franko, s. 41; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 632; Aydoğan, s. 109; Akdağ Güney, s. 141.

⁷⁷⁶ Kalpsüz, s. 362; Franko, s. 41; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 632; Aydoğan, s. 109; Yasan, s. 433.

⁷⁷⁷ Franko, s. 41; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 235.

⁷⁷⁸ Ersin Çamoğlu, “Azınlığın Bilanço Erteleme Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt I**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s. 294; Seda Akipek, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı”, **Legal Hukuk Dergisi**, Özel Sayı (Rona Aybay’a Armağan), 2014, s. 311 – 312; Tekin Memiş / Bahar Şimşek, “Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerine Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 812.

müzakerelerinin ertelendiği bir toplantıda görüşülmesinin bir sakınca yaratmayacağı⁷⁷⁹; kimi yazar ise görüşünü bu tür izinlerin doğrudan bilanço görüşmeleri ile bir ilgisi bulunmaması⁷⁸⁰ şeklinde gerekçelendirmektedir.

Yargıtay'ın tutumu ise oldukça değişkendir. Şöyle ki ETK zamanında⁷⁸¹ Yargıtay ilkin, rekabet yasağının kaldırılmasına dair kararı, bilanço müzakereleri ile bağlantılı görerek erteleme kapsamına dahil etmiştir⁷⁸². Ancak ardından, bilançonun tasdiki görüşmesinin ertelenmesinin, yönetim kurulu üyelerine ETK m. 334 ve m. 335 hükümlerine göre işlem yapma yetkisi ve rekabet izni verilmesi yolunda genel kurul kararı alınması ile doğrudan illiyet bağının bulunmadığını kabul ederek görüşünü değiştirmiştir⁷⁸³.

TTK zamanında ise Yargıtay, rekabet yasağının kaldırılmasına dair kararın bilanço görüşmeleri ile ilgili olduğunu, bu sebeple rekabet yasağının kaldırılmasına dair gündem maddesinin ertelenmesi gerektiğine hükmederek ETK zamanındaki ilk

⁷⁷⁹ Çamoğlu, Erteleme, s. 294; Akipek, s. 311 - 312.

⁷⁸⁰ Memiş / Şimşek, s. 812.

⁷⁸¹ TTK m. 420'nin karşılığı ETK m. 377 şu şekildedir: “Bilançonun tasdiki hakkındaki müzakere, ekseriyetin veya şirket sermayesinin onda birine sahip olan azlığın talebi üzerine bir ay sonraya bırakılır; keyfiyet 368 inci maddede yazılı olduğu üzere pay sahiplerine bildirilir ve usulü dairesinde ilan olunur. Bununla beraber azlığın talebi üzerine bir defa tehir edildikten sonra tekrar müzakerelerin geri bırakılması talep olunabilmek için bilançonun itiraza uğrayan noktaları hakkında gereken izahatın verilmemiş olması şarttır.”

⁷⁸² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 13.12.1979 E: 5667 K: 5701, Eriş, s. 290.

⁷⁸³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T: 04.03.2002 E: 2001 / 9539 K: 2002 / 1757, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “T.T.K.nun 377. maddesi uyarınca ekseriyetin veya şirket sermayesinin onda birine sahip olan azlığın gerekçesiz dahi olsa talebi üzerine bilançonun tasdiki hakkındaki müzakere ve bununla bağlantılı görüşmelerin bir ay sonraya bırakılması zorunlu olup, bunların dışında, bilanço ile ilgili olmayan (daha önce görev yapanlar dışında yeni yönetici ve denetçi seçimi, yine aynı yasanın 334 - 335. maddelerine göre verilen izinler gibi) hususların görüşülerek karar alınması mümkündür. ”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 13.10.2003 E: 2003 / 2885 K: 2003 / 9174, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; Aynı yönde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T: 11.12.2013 E: 2013 / 3090 K: 2013 / 22603, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021. Ancak bu noktada, Yargıtay'ın 2006 tarihli genel kurul kararlarının iptaline yönelik bir kararına değinmek istiyoruz. Kararda, gerçeği yansıtmayan bilançonun tasdikine dair genel kurul kararının iptaline hükmedilmesi sebebiyle, ortaklıkla işlem yapma izni veren ETK m. 334'ün de iptal edilmesi gerektiğine şu ifadelerle karar verilmiştir: “Dairemiz'in “Bilançonun onanması hakkındaki görüşmelerin ertelenmesine karar verilmesi halinde TTK. 'nun 334 ve 335. maddeleri ile ilgili gündem maddelerinin de görüşülmeyeceği”ne dair 13.12.1979 tarih ve 5667/5701 sayılı kararında da belirtildiği üzere, gerçeği yansıtmayan bilançonun tasdikine dair genel kurul kararının iptali karşısında, yönetim kurulu üyelerine TTK. 'nun 334. maddesi gereğince izin verilmesine dair genel kurulun 10. maddesinde alınan kararın dahi iptaline karar vermek gerekecektir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 14.11.2006 E: 2005 / 8735 K: 2006 / 11694, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021. Kanaatimizce, böyle bir yorum şekli isabetli değildir. İlkin, Yargıtay'ın 04.03.2002 ve 13.10.2003 tarihli kararlarında, 13.12.1979 tarihli kararındaki görüşü değiştirmiştir. İkinci olarak da 13.12.1979 tarihli karar, ortaklıkla işlem yapma ve rekabet etme izninin ETK m. 377 kapsamında ertelenen gündem maddeleri kapsamında değerlendirileceğine ilişkindir, dolayısıyla bu karar ile bağlantı kurularak sırf bilançonun tasdikinin iptali nedeniyle doğrudan ortaklığa işlem yapma izni veren kararda iptal edilmesi gerektiği yönündeki kararını isabetli bulmuyoruz.

görüşüne geri dönmüştür⁷⁸⁴. Ancak Yargıtay'ın görüşünü neden değiştirdiği belirsizdir. Doktrinde de haklı olarak eleştirildiği üzere ETK m. 334 ve m. 335 ile TTK m. 395 ve m. 396 hükümleri esasen aynıdır⁷⁸⁵.

Kanaatimizce de, azınlığın talebi uyarınca finansal tablolar ve buna bağlı konuların ertelendiği bir toplantıda, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının kaldırılmasının müzakere edilip karara bağlanabilmesinde hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Zira TTK m. 420 hükmü esasen azınlık pay sahiplerine, ilgili faaliyet dönemine ilişkin finansal sonuçlarını daha iyi bir şekilde kavraması ve haklarını bu bilinç ve irade ile kullanmasını sağlamaya hizmet etmektedir⁷⁸⁶. TTK m. 420 f. 1 uyarınca ertelenecek olan tüm gündem maddeleri değil; sadece finansal tablolar ve buna bağlı konulardır. Finansal tablolara bağlı konular ise, finansal tablolar ile arasında nedensellik ilişkisi bulunan gündem maddelerini ifade etmektedir. Açık bir ifadeyle, finansal tablolara bağlı gündem maddeleri hakkında, finansal tablolar müzakere edilip bir karara varılmadıkça sağlıklı bir değerlendirme yapılamayacaktır⁷⁸⁷. Rekabet yasağının kaldırılmasına ilişkin gündem maddesinin ise finansal tablolar ile arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmamaktadır. Zira rekabet

⁷⁸⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T: 13.01.2014 E: 2013 / 9933 K: 2014 / 575, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “İstinaf Mahkemesince iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacıların birlikte %16,67 oranında payla azlık haklarına sahip oldukları, her bir davacının ayrı ayrı %10 pay sahibi olmasının gerekmediği, bilanço onaylanmadıkça aynı bilanço ile ilgili olarak yönetim kurulu faaliyet raporunun görüşülmesi mümkün bulunmadığından 2. maddenin finansal tabloların müzakeresi ve bağlı konular kapsamında olduğu, 6102 sayılı TTK'nın 413/3 maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçiminin finansal tabloların müzakeresi maddesiyle ilgili sayıldığı, bilanço görüşmeleri ertelenmesine rağmen mevcut yönetim kurulu üyelerinin yeniden seçilerek ücret takdirinin finansal tabloların müzakeresi maddesiyle ilgili bulunmakla finansal tabloların müzakeresi ertelendiğine göre, yönetim kurulu üyelerinin seçimi ve ücret takdirine ilişkin maddelerin görüşülmesinin de ertelenmesi gerektiği, TTK'nın 420 m. uyarınca finansal tabloların görüşülmesinin ertelendiği bir genel kurul toplantısında yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapma izni yönünden alınan kararın bilanço görüşmeleriyle ilgili olması nedeniyle ilgili gündem maddesinin karara bağlanmasının doğru olmadığı, TTK'nın 395.ve 396. maddelerinde sayılan izinlerin verilmesinin davacıların 2.016.667 red oyuna karşılık diğer ortakların 10.083.333 olumlu oyu ile kabul edildiği, bu maddenin oylanmasında TTK'nın 436/1 m. göz önünde bulundurulduğunda %66,667 hisse sahibi YK üyesi ... dışında ki YK üyeleri için izin verilmesine ilişkin karar yeterli nisapla alınmış ise de, esasen yönetim kurulu üyelerine izin verilmesi kararı bilanço görüşmeleriyle ilgili bulunduğundan görüşülmesi ertelenmesi gereken bir gündem maddesi olduğundan, tüm yönetim kurulu üyeleri açısından da alınan kararın bilanço ile ilgili sayılması karşısında bilanço görüşmelerinin ertelendiği bir toplantıda alınmaması gereken kararlardan olduğu gerekçesiyle, istinaf isteminin esastan reddine karar verilmiştir. (...) Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz isteminin reddi ile Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın HMK'nın 370/1. maddesi uyarınca onanmasına”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T: 08.10.2020 E: 2019 / 800 K: 2020 / 3961, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁷⁸⁵ Akipek, s. 311.

⁷⁸⁶ Sıtkı Anlam Altay, “Yönetim Kurulunun Seçiminin Finansal Tabloların Müzakeresiyle İlişkisi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S: 2, 2019, s. 496.

⁷⁸⁷ Altay, Finansal Tablolar, s. 497.

yasağının kaldırılmasına dair karar için, önce finansal tabloların müzakere edilip bir karar varılmasına ihtiyaç yoktur. Netice itibariyle Yargıtay’ın görüşüne katılmayarak, rekabet yasağının kaldırılmasına dair kararın TTK m. 420 uyarınca erteleme kapsamına dahil olmadığını düşünmekteyiz.

Genel kurulun izin kararının kapsamı ve özellikleri açısından, TTK m. 396 f. 1’de özel bir şart ya da sınırlandırma öngörülmemiştir. Dolayısıyla genel kurulun izne ilişkin kararının, “*yönetim kurulu üyelerine TTK m. 396’da belirtilen rekabet yasağı yönünden izin verilmesine*” şeklinde oluşturularak, soyut ve genel nitelikte olması mümkündür⁷⁸⁸. Genel nitelikte olmasının yanısıra izin kararı, isminin belirtilmek suretiyle bazı üyelere özel olarak tanınması, belirli bir süreyle ve belirli tür işlerle hasredilmesi; diğer bir deyişle kişi, konu ve süre açısından sınırları belirli somut bir şekilde de belirlenmesi de mümkündür⁷⁸⁹.

Genel kurul tarafından verilecek izin, tüm üyeleri kapsamak zorunda değildir; genel kurul rekabet iznini belirli üyelere de hasredebilir⁷⁹⁰. Doktrinde bir görüş, yönetim kurulu üyeleri açısından eşitlik ilkesinin mutlak olarak değil; üyelerin üstlendikleri görevlere göre uygulanacağını, böylece aynı göreve sahip kurul üyelerine eşit muamele edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁹¹. Bu görüş uyarınca, bir yönetim kurulu üyesi için izin verildiği takdirde; aynı görevdeki başka bir yönetim kurulu üyesi için de izin verilmelidir. Ayrıca yönetim kurulu üyelerine eşit davranılmaması, ancak üyelerin görev ve yükümlülükleri kıstasları uyarınca haklı görülebilecektir. Özellikle, yönetim kurulu üyelerine, farklı kişisel becerileri ve bilgileri veya farklı mesleki durumları nedeniyle farklı davranılmaması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁹².

Bizce, eşit işlem ilkesi, esasen pay sahipliği hakları yönünden öngörülmektedir ve yönetim kurulu üyelerine eşit işlem uygulanması gibi bir ilkedен söz edilemez. Bizce, genel kurul dilediği yönetim kurulu üyelerine rekabet izni vermekte özgürdür.

⁷⁸⁸ Kırca (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 694. Doktrinde aksi görüş olarak, bu tür genel ve soyut kararların rekabet yasağına ilişkin kanun hükmünün konuluş amacını saptırdığı, iznin kişi, konu, yer ve zaman bakımından kapsamının açıkça belirlenmesi gerektiğini, bu nedenle bu tür genel nitelikteki izin kararlarının iptal edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür, bkz. Aydoğan, s. 105.

⁷⁸⁹ Kalpsüz, s. 362; Franko, s. 42; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 631 – 632; Akdağ Güney, s. 241.

⁷⁹⁰ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 415.

⁷⁹¹ Sommer, s. 157 – 158.

⁷⁹² Sommer, s. 157 – 158.

Bu nedenle, ortağın bir kısım yönetim kurulu üyesine izin verip, bir kısmını bu izinden mahrum etmesi eşit işlem ilkesine ayrı değerlendiremeyecektir.

Genel kurulun izin kararına ilişkin olarak TTK m. 396 f. 1 hükmünde, özel bir toplantı ve karar nisabı öngörülmemiştir. Bu yüzden genel kurulun izin kararı, ana sözleşmede daha ağır nisap öngörülmediği müddetçe, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katıldığı genel kurulda, oyların çoğunluğu ile alınabilecektir (TTK m. 418). Ancak bu noktada üzerinde durulması gereken husus, yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda ortaklıkta pay sahibi olduğu takdirde oydan yoksunluğa ilişkin TTK m. 436 f. 1 halidir. TTK m. 436 f. 1 hükmü uyarınca anonim ortaklıkta bir pay sahibi; kendisinin, eşinin, alt ve üstsoyunun veya bunların ortağı oldukları şahıs ortaklıklarının ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye ortaklıkları ile ortaklık arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamayacaktır.

Doktrinde yönetim kurulu üyesinin, genel kurulun izin kararına ilişkin kararda oydan yoksun olduğu, diğer bir deyişle kendi adına oy kullanamayacağı gibi; bir başka pay sahibini temsilen de oy kullanamayacağı kabul edilmektedir⁷⁹³. Zira, rekabet iznine dair verilen genel kurul kararında yönetim kurulu üyesi pay sahibi sıfatı ile değil, üçüncü kişi olarak ortaklıkla karşı karşıya gelmektedir. Açık bir anlatımla, genel kurul tarafından verilecek izin kararı söz konusu üyenin özel menfaatine ilişkindir. Bu özel menfaat, yönetim kurulu üyesinin, ortaklık düzeni dışında kendi kişisel menfaati için bir iş gerçekleştirmesine ilişkin olduğundan, rekabet izninin verilmesine dair karar, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında bir kişisel hukuki işlem olarak kabul edilmektedir⁷⁹⁴. Bu nedenle, rekabet yasağının kaldırılmasına dair kararda, üye ile birlikte üyenin eşi, alt ve üst soyu da asaleten veya temsilci sıfatıyla söz konusu oylamada oy kullanamayacaktır⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 156; Kalpsüz, s. 362; Franko, s. 41; Çamoğlu, s. 358; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 103; Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 111; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 634; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 415; Çevik, s. 553; Aydoğan, s. 109; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 695; Akdağ Güney, s. 241; Yasan, s. 435; Aşık, s. 187.

⁷⁹⁴ Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 111.

⁷⁹⁵ Franko, s. 41; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 634; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 235; Aydoğan, s. 109.

Yargıtay da kararlarında, genel kurulun rekabet iznine ilişkin kararında yönetim kurulu üyesinin kişisel bir işlemi olması nedeniyle TTK m. 436 f. 1 hükmünü uygulayarak üyenin oydan yoksun olduğunu kabul etmekle⁷⁹⁶ birlikte; paysahibi olan yönetim kurulu üyesinin sadece kendisi için yapılan oylamada oydan yoksun olduğunu, açık bir anlatımla diğer üyeler için yapılan oylamada oy kullanabileceğini öngörmektedir. Bu sebeple, yasağın kaldırılmasına dair verilen kararın yeterli nisapla alınıp alınmadığı her bir yönetim kurulu üyesi açısından ayrı ayrı tespit edilmelidir⁷⁹⁷.

⁷⁹⁶ “Her ne kadar mahkemece, karar gerekçesinde davacının bu konuda muhalefet şerhini tutanağa geçirtmediği gerekçesiyle (TTK. nun 381/1) dava hakkı bulunmadığı belirtilmişse de, yönetim kurulu üyelerinin kendi menfaatlerini ilgilendiren bir konuda oy kullanma hakları TTK. nun 374/1 ve 361/3. maddelerine göre bulunmadığına ve yine TTK. nun 361/3. maddesi hükmü gereğince de pay sahipleri itiraz etmemiş olsalar bile, bu şekilde alınan bir kararın iptalini mahkemeden isteyebilecekleri hükme bağlanmış bulunmasına nazaran mahkemenin yukarıda açıklanan gerekçesi dayanaksız kalmış olup hükmün bu yönden de bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 05.05.1981 E: 1981 / 1267 K: 1987 / 2213, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “Diğer yandan, genel kurulun 10. maddesi ile yönetim kurulu üyelerine TTK’ nun 334 ve 335. maddelerinde sayılan işlemler için yetki verilmiştir. Yönetim kurulu üyelerine anılan maddelerdeki yetkinin verilmesine ilişkin karar, ortak ile şirket arasında şahsi bir işe ilişkin olduğundan TTK nun 374/1. maddedeki oy yoksunluğu halinin uygulanması gerekir. Bu durumda, yönetim kurulu başkanı N. Ş. ’e izin verilmesi oylamasında, üyenin kendisi, annesi ve eşinin oy kullandığı, oy yoksunluğu haline göre yapılan hesaplamada N. Ş. ’e yetki verilmesi işleminin reddine karar verildiği, yetki verilmesine ilişkin kararın gerekli çoğunlukla alınmadığı gözetilerek, N. Ş. yönünden genel kurul kararının iptaline karar verilmesi gerekirken, bu yönetici yönünden dahi davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 14.03.2011 E: 2009 / 10138 K: 2011 / 2606, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁷⁹⁷ “Anılan genel kurul toplantısının 7. gündem maddesinde, davalı şirketin yönetim kurulu üyelerine, TTK’nın 334, 335. maddelerinde düzenlenen izinlerin verilmesine, tüm yönetim kurulu üyeleri için topluca oylama yapılmak suretiyle oyçokluğuyla karar verilmiştir. Mahkemece TTK’nın 374/1. maddesi uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin bu kararın oylamasına katılmalarının mümkün olmadığı ve tüm yönetim kurulu üyelerinin oylarının mahsubu halinde sonucun değişeceği gerekçesiyle, anılan karara yönelik iptal isteminin kabulünün gerektiği sonucuna varılmıştır. Oysa TTK’nın 374/1. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin bu kararın alınmasında oy yasaklı olduğu gerekçesi doğru ise de, mahkemece anılan kararın topluca oylandığı somut uyumsuzlukta dahi, her bir yönetim kurulu üyesi için kararın ayrı ayrı oylanması halinde oluşacak sonuca göre değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre somut uyumsuzlukta, davalı şirketin yeni seçilen yönetim kurulu üyelerinden sadece Bülent Ferdağ Acar’ın kendi izin kararında oy kullanmaması halinde sonuç değişmekte, diğer yönetim kurulu üyelerinin kendileri için alınan kararda oy kullanmaması halinde dahi sonuç değişmemektedir. O halde mahkemece dava konusu genel kurul toplantısının 7. gündem maddesinde, TTK’nın 334, 335. maddeleri uyarınca alınan izin kararının, sadece yönetim kurulu üyelerinden Bülent Ferdağ Acar yönünden iptal edilmesi gerekirken, yazılı şekilde tüm yönetim kurulu üyeleri bakımından iptal kararı verilmesi doğru olmamış (..)” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 27.06.2014 E: 2014 / 4613 K: 2014 / 12296 www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021;“(..) genel kurulda gündemin 9. maddesinde alınan kararla tüm yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Bu karar sırf yönetim kurulu üyesi X. K.. ile ilgili olmadığına göre, mahkemenin, toplantı gündeminin doğrudan yalnızca yönetim kurulu üyesi X. K. ilgilendirdiği ve oy yoksunluğu halinin yalnızca anılan yönetim kurulu üyesi yönünden aranması gerektiği yönündeki değerlendirmesi isabetli değildir. Yönetim kurulu üyelerinin tamamı yönünden yapılan oylamada 6102 Sayılı YTTK’nın 436/1. maddesi uyarınca kendileri ile ilgili rekabet yasağının kaldırılması oylamasında, anılan yetkinin verilmesine ilişkin karar ortak ile şirket arasında şahsi bir işe ilişkin olduğundan, oy yoksunluğu halinin uygulanması ve tüm yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının kaldırılmasına karar verildiğine göre, her bir yönetim kurulu üyesi yönünden şirketle rekabet yasağının kaldırılması kararının yeterli nisapla alınıp alınmadığının belirlenmesi gerekir. Bu durumda, bir yönetim kurulu üyesi kendisi ile ilgili kararın alınmasında oy

Nisabın sağlanmaması, yokluk yaptırımını beraberinde getirecektir⁷⁹⁸. Bu hesaplamada ise elbette ki oydan yoksun pay sahiplerinin oyu dikkate alınmayacaktır⁷⁹⁹.

hakkından yoksun ise de, bu halde diğer yönetim kurulu üyesi ile ilgili oylamaya katılabilir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 12.05.2014 E: 2014 / 685 K: 2014 / 8941 www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “*Somut olaya gelindiğinde, davacı tarafından yönetim kurulu üyelerinin TTK'nın 334 ve 335. maddelerine ilişkin oylamada oy kullanmalarının yerinde olmadığı ileri sürülerek, anılan kararın iptali istenmiş olup, mahkemece bu hususta alınan kararın kanuna, esas sözleşmeye ve afaki iyi niyet kurallarına aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. Davacı tarafından yönetim kurulu üyelerine TTK'nın 334 ve 335. maddeleri gereğince izin verilmesine ilişkin olarak alınan kararda yönetim kurulu üyelerinin oy kullanmalarının yerinde olmadığı belirtilerek kararın iptali istenmiş olup, yönetim kurulu üyelerine bu konuda verilen izinlerin onlar tarafından şirket zararına kullanıldığı yönünde de somut bir vakıya dayanılmamış olmasına göre mahkemece, söz konusu kararın alınması sırasında yapılan oylamalar yönünden gerekli yeter sayıların oluşup oluşmadığının yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda ve TTK'nın 374. maddesindeki oy yasakları nazara alınarak her bir yönetim kurulu üyesinin kendisine ait oylar ile sayılan yakınlarının oyları çıkarıldıktan sonra kalan red ve kabul oylarının sayısı belirlenerek, buna göre bu husustaki iptal istemi hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile iptale karar verilmesi doğru görülmediğinden kararın bu yönden de davalı yararına bozulması gerekmiştir.”* Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 27.11.2014 E: 2013 / 17998 K: 2014 / 18520, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “*Dava, asıl/birleşen davada davalı anonim şirketin 31.07.2013 tarihli olağan genel kurulunda alınan kararların iptali istemine ilişkindir. Dava konusu genel kurulda gündemin 6. maddesiyle 6102 Sayılı TTK m. 395 ve 396 gereğince yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağının ve rekabet yasağının kaldırıldığı; yönetim kurulu üyeleri ..., ... ve ...'ın oy kullandıkları anlaşılmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin tamamı yönünden yapılan oylamada 6102 Sayılı YTTK'nın 436/1. maddesi uyarınca kendileri ile ilgili rekabet yasağının kaldırılması oylamasında, anılan yetkinin verilmesine dair karar ortak ile şirket arasında şahsi bir işe dair olduğundan, oy yoksunluğu halinin uygulanması ve tüm yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının kaldırılmasına karar verildiğine göre, her bir yönetim kurulu üyesi yönünden şirketle rekabet yasağının kaldırılması kararının yeterli nisapla alınıp alınmadığının belirlenmesi gerekir.”* Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 24.04.2017 E: 2016 / 2632 K: 2017 / 2360, www.hukukturk, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁷⁹⁸ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 594.

⁷⁹⁹ “*İstinaf mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, 25/04/2016 tarihli genel kurul toplantısında gündemin 8. maddesi ile yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı ile şirketle rekabet etmeme yasağının kaldırıldığı, ancak, TTK'nın 395 ve 396. maddeleri çerçevesinde alınan kararlarda, TTK'nın 436/1.maddesinde sayılan yakınların oy kullanmalarının mümkün bulunmadığı, bu kararda olumlu oy kullanan paydaşların söz konusu kararla rekabet yasağından muaf tutulan yönetim kurulu üyelerinin zikredilen maddede belirtilen yakınlarından olduğu, söz konusu oylamaya oydan yasaklı kimselerin oyu dahil edilmediğinde bu kararın alınamadığı, gündem maddesinin reddedildiği sonucuna varılmasının zaruri olduğu, bu nedenle söz konusu kararın iptali gerekirken bu hususun gözden kaçırılmasının doğru olmadığı, ilk derece mahkemesince diğer taleplerin reddine karar verilmesinde ise usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, davacılar vekilinin istinaf başvurusunun kısmen kabulüne, ilk derece mahkemesi kararı kaldırılıp, esas hakkında yeniden hüküm tesis edilmek suretiyle davanın kısmen kabulüne, davalı şirketin 25/04/2016 tarihli genel kurul toplantısında gündemin 8 nolu maddesi ile rekabet yasağının kaldırılmasına yönelik alınan kararın iptaline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. İlk Derece Mahkemesince verilen karara yönelik olarak yapılan istinaf başvurusu üzerine HMK'nın 355 vd. maddeleri kapsamında yöntemince yapılan inceleme sonucunda Bölge Adliye Mahkemesince esastan verilen nihai kararda, dosya kapsamına göre saptanan somut uyumsuzluk bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön olmadığı gibi HMK'nın 369/1. ve 371. maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına ve yeterli nisapla alınmamış kararın yoklukla malul olmasına rağmen iptal edilebilir olduğuna dair hüküm tesisi doğru olmasa da temyiz edenin sıfatına göre bu hususun bozma sebebi yapılamayacak olmasına göre usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.”* Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

Tarih: 20.05.2019 E: 2018 / 2309 K: 2019 / 3870, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “Genel kurul karar tarihi ve dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6102 Sayılı TTK’nın 395. maddesiyle yönetim kurulu üyelerine anonim şirketle ticari işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı, 396. maddesiyle de şirketin işletme konusuna giren işlerde rekabet yapma yasağı getirilmiştir. Genel kurul, yönetim kurulu üyelerinin tamamı veya biri veyahut birkaçı için bu yasakların kaldırılmasına izin verebilir. Ancak, TTK’nın 395 ve 396. maddeleri çerçevesinde alınan kararlarda, hakkında izin verilen yönetim kurulu üyesi oy kullanamayacağı gibi anılan kararlar, ortak ile şirket arasındaki şahsi bir iş niteliğinde bulunduğundan somut olaya uygulanması gereken 6102 Sayılı TTK’nın 436/1. maddesinde sayılan yakınların da bu kararların alınmasında oy kullanmaları mümkün bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 6102 Sayılı TTK’nın 436/1. maddesi gereğince yönetim kurulu üyesi TTK’nın 395-396. maddesi gereğince izin verilmesi hususunda kendi lehine oy kullanamaz ise de diğer yönetim kurulu üyeleri için yapılan oylamada oy kullanabilir. Dava konusu genel kurulun 4. maddesiyle yönetim kuruluna TTK’nın 395. ve 396. maddelerine istinaden yetki verilmesi davacının 160.000 olumsuz oyuna karşılık 400.000 adet olumlu oya istinaden oy çokluğuyla kabul edilmiştir. Bu durumda, yönetim kurulu üyelerinden verilmesi oylamasında, üyenin kendisi ve kızı oy kullandığı, oy yoksunluğu haline göre yapılan hesaplama nazara alındığında yetki verilmesine dair kararın gerekli çoğunlukla alınmadığı gözetilerek, adı geçen yönetim kurulu üyesi yönünden genel kurul kararının iptaline karar verilmesi yerinde görülmüştür. Ancak; yukarda açıklandığı gibi 6102 Sayılı TTK’nın 436/1. maddesi gereğince yönetim kurulu üyesi TTK’nın 395-396. maddesi gereğince izin verilmesi hususunda kendi lehine oy kullanamaz ise de diğer yönetim kurulu üyeleri için yapılan oylamada oy kullanabileceğinden ve oy yoksunluğu bulunan yakınlarının oy kullanması durumu bulunmayan diğer yönetim kurulu üyeleri E. A. ile H. Ü. ‘ye TTK’nın 395. ve 396. maddelerine istinaden yetki verilmesi kararının iptali talebinin reddi gerekmektedir. Bu nedenle, mahkemece ortakların sahip olduğu oy oranları ve davacının 4. maddeye ret oyu verdiği gözetildiğinde, sadece yönetim kurulu üyelerinden Ü. A. yönünden anılan kararın iptali gerekirken, diğer yönetim kurulu üyeleri yararına alınan kararın da iptal edilmesi doğru olmamış, hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 27.04.2017 E: 2016 / 3815 K: 2017 / 2497, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, davanın 3 aylık yasal süresi içinde açıldığı ve davacı tarafca muhalefetin tutanağa derc ettirildiği, hazırun cetveline ve uyp ortamından çıkartılan nüfus kayıt tablolarına göre ortaklardan, ... ve... , ...’ın çocukları olduğu, ...’nın 436. madde çerçevesinde oy kullanamayacakları, dolayısıyla iptale konu edilen genel kurulun 8. maddesinin bu bağlamda yönetim kurulu üyelerine ...’nın 395. ve 396. maddelerine göre şirket ile işlem yapma ve şirkete borçlanma ile rekabet yasağını düzenleyen maddeler çerçevesinde yetki verilmesine dair maddenin oydan yoksunluk maddesini düzenleyen ... 436. maddesi çerçevesinde iptali gerektiği, zira hazırun cetvelindeki oy oranlarına bakıldığında, yönetim kurulu üyeleri olan ..., ... ve...’ın oyları hariç tutulduğunda ve davacının muhalefet oyu da dikkate alındığında, kalan diğer ortakların oylarının yönetim kurulu üyelerine bu yetkiyi verme yönünde yeterli karar nisabına ulaşmadığı, bu nedenle iptali koşullarının oluştuğu, (..) 8. nolu yönetim kurulu üyelerine ... 395. ve 396. maddelerinde yazılı hususlarda yetki verilmesine dair kararın iptaline karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına (..)” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 11.12.2018 E: 2017 / 294 K: 2018 / 7825, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 31.03.2021; “ (..) davalı şirketin ortağı olan ve davaya konu genel kurulla yönetim kurulu üyesi olarak seçilen ...’ın yönetim kurulu üyelerine TTK’nın 395. ve 396. maddeleri çerçevesinde izin verilmesine ilişkin karara katılması TTK’nın 436/1. maddesine aykırı olsa da adı geçen oylamaya katılmasının toplantı ve karar nisabını etkilemediği ve bu yönüyle sonucu değiştirmeyeceği, ...’ın söz konusu karar için vasisi olduğu ortak adına oy kullanmasında bir sakınca bulunmadığı zira kullanılan oyun vasinin değil kısıtlının iradesini yansıttığı, ...’ın vasisi olduğu ortak adına oy kullanamayacağı ve oydan yoksun olduğu kabul edilse dahi sonucun değişmeyeceği zira pay itibarıyla alınan kararın sonucunu değiştirmeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Karara karşı davacı vekiline istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. İstinaf mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle, davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığının anlaşılmasına göre (..)”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 09.09.2019 E: 2018 / 3472 K: 2019 / 5092, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

Genel kurulun yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ortadan kaldırmakla birlikte; yasağın kapsamını daraltmaya da evvelemirde yetkilidir⁸⁰⁰. Böylelikle genel kurul üye hakkında rekabet iznini verirken; TTK m. 396 f. 1’de belirlenen rekabet edici faaliyet türlerinin şekli, yeri ve zamanı açısından daha dar bir alan için izin vermeyi tercih edebilir. Örneğin Marmara ve Ege Bölgesi’nde faaliyet gösteren bir anonim ortaklık, yönetim kurulu üyeleri için sadece Ege Bölgesi’ne ilişkin olarak rekabet izni verebilecektir.

TTK m. 396 uyarınca düzenlenen kanundan doğan rekabet yasağının kapsamını daraltmaya yetkili olan genel kurulun; söz konusu bu yasağı daraltmanın aksine genişletmeye yetkisi var mıdır? Doktrinde bu soruya, yasağa tabi üyenin menfaatleri açısından yaklaşmış ve genel kurulun rekabet yasağını konu, yer ve zaman açısından genişleten kararının üyenin durumunu ağırlaştıracağı, üyenin önceden böyle bir ek yükümlülüğü öngörebilecek ve hesaba katamayacağı, bu nedenle üyenin rızası olmadan genel kurul kararı ile rekabet yasağının kapsamının genişletilemeyeceği kabul edilmektedir⁸⁰¹.

Bizce de, genel kurul kararı ile rekabet yasağının kapsamının genişletilmesi ancak yönetim kurulu üyesinin rızası ile mümkündür. Zira TTK m. 396 uyarınca düzenlenen rekabet yasağı kanundan doğan bir rekabet yasağıdır. Kanundan doğan rekabet yasağında; belirli kişiler, kanunun sonuç bağladığı hukuki durumu veya sıfatı kazanması ile birlikte kendiliğinden rekabet yasağına tabi olmaktadır. Diğer bir deyişle kanundan doğan rekabet yasağında kişinin rekabet yasağına ayrıca rıza göstermesi aranmamaktadır. Ancak bu durum sadece kanundan doğan rekabet yasağına ilişkindir. Kanunun öngördüğü rekabet yasakları haricinde, bir kişinin rekabet etmeme yükümlülüğünü üstlenmesi ancak sözleşmesel bir ilişki ile, başka bir deyişle kişinin rızası ile mümkündür. Ayrıca rekabet yasağının, üyenin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlandırmasına yol açacak şekilde genişletilmesine dair kararın da TBK m. 27 anlamında kesin hükümsüz yaptırımıyla karşılaşabileceğini unutmamak gerekir⁸⁰².

Dolayısıyla rekabet yasağının özünde bir kişilik hakkı sınırlaması bulunduğundan; kanundan doğan rekabet yasağının kapsamının genişletilmesinde

⁸⁰⁰ Kalpsüz, s. 361.

⁸⁰¹ Kalpsüz, s. 361; Aydoğan, s. 106.

⁸⁰² Franko, s. 27; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 176; Aşık, s. 187.

kanunen yasağa tabi olan yönetim kurulu üyesinin rızasının varlığı şarttır. Kanunun öngördüğü sınırlar haricinde bir yükümlülük eklenmeyip bilakis yükümlülüğün kapsamının daralmasında ise çoğun içinde az da vardır ilkesi de gereği üyenin yükümlülüğünün hafiflemesinden dolayı ayrıca üyenin rızasına ihtiyaç bulunmayacağını düşünmekteyiz.

Genel kurul izin kararında oydan yoksunluğa ilişkin olarak son değineceğimiz husus ise, yönetim kurulu üyesinin kardeşinin izne ilişkin kararda oydan yoksun olup olmayacağıdır. Şöyle ki, TTK m. 436 f. 1’de pay sahibinin kendisinin, eşinin, alt ve üst soyunun oydan yoksun olduğu belirtilmiş ancak MK m. 17 f. 2 uyarınca yansoy hısımlığı, diğer bir deyişle pay sahibinin kardeşi oydan yoksun olarak sayılmamıştır. Bu durumda yönetim kurulu üyesinin kardeşinin rekabet iznine ilişkin kararda oy kullanması mümkün olacak mıdır? Doktrinde, özel olarak yönetim kurulu üyesinin kardeşinin üyenin rekabet iznine ilişkin kararda oy kullanıp kullanamayacağı hakkında bir görüşe rastlanmamıştır. Yargıtay’ın ise konuya ilişkin görüşü olumludur. Şöyle ki Yargıtay, TTK m. 436 f. 1’de pay sahibinin yansoyu, diğer bir ifadeyle kardeşi oydan yoksun olarak sayılmadığından, üyenin rekabet iznine ilişkin kararda üyenin kardeşinin oydan yoksun olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir⁸⁰³.

TTK m. 436 f. 1 hükmü ile paysahibinin eşi, alt ve üst soyuna ilişkin öngörülen oy kullanma yasağı Türk Anonim Ortaklıklar Hukuku’na özgüdür⁸⁰⁴. Doktrinde bu kuralın amacının ortaklığı korumak ve pay sahibinin kendi kişisel menfaatini

⁸⁰³ “TTK 436/1. maddesine bakıldığında düzenleme “pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz” şeklindedir. Oy yoksunluğunda yalnızca eş altsoy ve üstsoyun ortağı olduğu şirketlerle yapılacak işler zikredilmiş, kardeşler arasında böyle bir oy yoksunluğu hali düzenlenmemiştir. Kanun koyucunun yasa maddesinde açıkça altsoy ve üstsoy ibarelerine yer verdiği, kardeşler arasında ise TMK 17. maddesinde de ifade edildiği üzere yansoy hısımlığı bulunduğu, bu durumda, yönetim kurulu üyelerinin kardeş olması nedeniyle söz konusu genel kurul maddesinin oylamasında oydan yoksun olacağı şeklinde yorum yapılamayacağı (..)” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 14.03.2018 E: 2018 / 7190 K: 2018 / 1960, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; “Dava, genel kurul kararı iptali istemine ilişkin olup, mahkemece bozma ilamı uyarınca yazılı şekilde karar verilmiş ise de ...’nın 334. ve 335. maddeleri gereğince yönetim kurulu üyelerine izin verilmesine dair 9 nolu kararın alınmasında yönetim kurulu üyesi, kendisi, karı ve kocası yahut usul ve fîruu ile şirket ile arasındaki şahsi bir işe ait görüşmelerde oy hakkını kullanamaz. Somut olayda yönetim kurulu üyesi olan ...nin yararına kardeşi olan...oy kullanabileceğinden ve ...’ın oyu, ret oyundan fazla bulunduğundan mahkemece ... yönünden de izin verilmesine ilişkin kararın iptali doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 22.03.2018 E: 2016 / 9468 K: 2018 / 2220, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 31.03.2021; Aynı yönde, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 09.04.2019 E: 2017 / 4108 K: 2019 / 2787, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁸⁰⁴ İsviçre ve Alman anonim ortaklıklar hukukunda buna benzer bir hüküm bulunmamaktadır, bkz. Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 82 – 86.

gözeterek oy kullanmasını engellemek olduğu; emredici nitelik taşıdığı ancak pay sahibinin müktesep hakkı olan oy hakkından mahrum etmesi ve anonim ortaklığın bir sermaye ortaklığı olması da dikkate alınarak dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁰⁵. Kanaatimizce her ne kadar TTK m. 436 f. 1’de sayılan kişilerin sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olduğu⁸⁰⁶ kabul edilse de; pay sahibinin eşinin, alt ve üst soyunun, diğer bir deyişle anne ve babası ile çocukları hükmün kapsamına dahil edilmişken; hükmün koruyucu normu gözetildiğinde kardeşlerin de oydan yoksun sayılmaları gerekmektedir. Zira, hükümde geçen “*pay sahibinin eşi, alt ve üstsoyu*” ifadesi ile adeta pay sahibinin etrafındaki tüm yakınları hedef alınmışken; paysahibinin yansoyunu bunun haricinde tutmanın hükmün amacı dışında yorumlanmasına sebebiyet vereceğini düşünmekteyiz.

b. Ana Sözleşme

TTK m. 396 f. 1 hükmünde rekabet izninin açıkça genel kurul tarafından verileceği öngörülmekle birlikte; doktrinde hâkim görüş, yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet etme izninin ana sözleşme ile düzenlenebileceği yönündedir⁸⁰⁷. Doktrinde Şener, yönetim kurulu üyesine ana sözleşme ile izin verilmesinin mümkün olup olmadığını TTK m. 340 uyarınca kabul edilen emredici hükümleri ilkesi ışığında değerlendirmiştir. Şöyle ki yazar⁸⁰⁸, her ne kadar TTK m. 396 hükmünde açıkça ana sözleşmede yer alacak bir kural ile rekabet izninin verileceğinden bahsedilmemiş ise de, hakkaniyet ilkesi ve menfaatler dengesi dikkate alındığında ana sözleşmede bu hükmün yer almasında herhangi bir engel bulunmadığını, zira genel kurulun izniyle yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına aykırı davranabilecekleri öngörüldüğüne göre, ana sözleşmede hüküm konulmak suretiyle bu iznin verilmesinin hakkaniyete uygun bir esas olduğunu kabul etmektedir.

Ana sözleşmeye “*yönetim kurulu üyelerine TTK m. 396’da belirtilen rekabet yasağı yönünden izin verilmesine*” şeklinde hüküm konulmak suretiyle oluşturulabilecek rekabet izni, mevcut ve müstakbel yönetim kurulu üyelerini de

⁸⁰⁵ Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 87.

⁸⁰⁶ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 372.

⁸⁰⁷ Çamoğlu, s. 358; Kalpsüz, s. 359 – 360; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 103; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 415; Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 110; Teoman, Rekabet Yasağı, s. 43; Çevik, s. 553; Mimaroglu, Anonim Şirketler, s. 94; Franko, s. 42; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 289; Akdağ Güney, s. 241; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 694; Yasan, s. 432.

⁸⁰⁸ Şener, Ortaklıklar, s. 308 – 309.

kapsayacak şekilde genel ve soyut niteliktedir⁸⁰⁹. Ancak doktrinde bir kısım yazar tarafından, bu tür genel ve soyut nitelikte yönetim kurulu üyelerine rekabet izni veren ana sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu ileri sürülmektedir⁸¹⁰. Şöyle ki bu görüş taraftarlarından Domaniç⁸¹¹, e göre, rekabet izninin kimlikleri belirli üyelere kişisel ve ahlaki durumları göz önünde tutularak verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu tür genel ve soyut nitelikte rekabet izni veren ana sözleşme hükmü, kuruluştta tayin edilenler haricindeki yönetim kurulu üyelerini bağlamaz. Helvacı⁸¹² da, rekabet yasağına ilişkin hükmün açık ifadesi nedeniyle ana sözleşmeye konulacak genel bir iznin, rekabet yasağını ortadan kaldırmayacağı görüşündedir. Aydoğan⁸¹³ ise, izin verilmesinde üyenin kişiliğinin çok önemli olduğunu, ana sözleşmeye konulan genel bir izin hükmünün sonraki üyeler içinde geçerli olacağının söylemenin mümkün olmadığını, ana sözleşme ile iznin ancak ilk yönetim kurulu üyeleri için verilebileceğini, ancak bu iznin de zaman ve kapsam bakımından somutlaşması gerektiğini, nihayetinde kişi, zaman ve kapsam bakımından somutlaştırılmamış genel nitelikteki ana sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu, nitekim Alm.POK § 88 I hükmünde de, genel bir rekabet izninin kabul edilmediğini ve iznin belirli işlere hasredildiğini ileri sürmektedir.

Biz de hâkim görüşe katılarak, yönetim kurulu üyelerine ana sözleşmeye hüküm konulması suretiyle genel ve soyut nitelikte rekabet izninin verilebileceğini düşünmekteyiz. Zira, ilkin TTK m. 396 hükmünde iznin genel kurul tarafından verilebileceği öngörülmekle birlikte; genel kurulun verebileceği bir kararı, evveleminde ortaklığın ana sözleşmesi ile düzenlenebileceğinin kabulü gerekmektedir. İkinci olarak, TTK m. 396 hükmünde iznin niteliğine ilişkin hiçbir şart öngörülmemiştir. Bu noktada Alm.POK § 88 hükmünün, TTK m. 396 hükmü ile benzerlikleri bulunmasının yanı sıra; her iki hüküm arasında önemli farklılıklar bulunduğunu tekrar ifade etmemiz gerekmektedir. Dolayısıyla Alm.POK § 88 hükmünde yer alıp TTK m. 396 hükmünde yer almayan şartları, TTK m. 396 hükmü bakımından doğrudan benimsemenin ve dayanak göstermenin isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

⁸⁰⁹ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 694; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 415.

⁸¹⁰ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 632.; Helvacı, s. 93; Aydoğan, s. 107 – 108.

⁸¹¹ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 632.

⁸¹² Helvacı, s. 93.

⁸¹³ Aydoğan, s. 107 – 108.

Ana sözleşme ile verilen rekabet izni, daha sonra alınacak bir genel kurul kararıyla ortadan kaldırılamayacak olup; ana sözleşmenin değiştirilmesi suretiyle rekabet iznine ilişkin hükmün kaldırılması gerekmektedir⁸¹⁴. Anılan ana sözleşme değişikliği, ana sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, ortaklık sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınacaktır (TTK m. 421 f. 1).

2. İzin Şekli

Genel kurul izin kararını, yönetim kurulu üyesinin TTK m. 396 f. 1 kapsamındaki rekabet edici faaliyetinin gerçekleşmesinden önce (izin) verebileceği gibi; üyenin rekabet yasağı kapsamına giren rekabet edici faaliyetinin gerçekleşmesinden sonra onay (icazet) şeklinde de verebilecektir⁸¹⁵. Yönetim kurulu üyesine verilecek onay ile birlikte, diğer yönetim kurulu üyelerine TTK m. 396 f. 1’de tanınan seçimlik talep haklarının tümü kendiliğinden sona erecektir⁸¹⁶.

Doktrinde bir görüş, yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet etmesinden sonra verilecek onay kararının, önceden verilecek izin kararına nazaran daha kritik ve zor olduğunu; zira, böyle bir durumda üyenin sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığının sabit olduğunu ve bu sebeple belki de ortaklığın bundan zarar gördüğünü, dolayısıyla onay kararının ortaklık menfaatine aykırı düşebileceğini ve iptalinin mümkün olabileceğini ifade etmektedir⁸¹⁷.

Rekabet izninin, zımni bir şekilde verilebileceği de kabul edilmektedir⁸¹⁸. Zımni rekabet izninin en temel görünümü, genel kurulun doğrudan ortaklığın rakibi olarak faaliyet gösteren yahut rakip bir ortaklığın yönetim organında yer alan kişinin, ortaklıkla rekabet durumunun açıkça bilinmesine rağmen yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Ancak doktrinde bir kısım yazar tarafından,

⁸¹⁴ Akdağ Güney, s. 241.

⁸¹⁵ Çamoğlu, s. 358; Kalpsüz, s. 363; Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 156; Mimaroglu, Anonim Şirketler, s. 94; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 103; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 415; Çevik, s. 553; Kırca (Şehiralı Çelik / Manavgat) s. 695; Aydoğan, s. 111; Akdağ Güney, s. 241 – 242; Yasan, s. 433; Aşık, s. 189.

⁸¹⁶ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 156.

⁸¹⁷ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 633; Franko, s. 45.

⁸¹⁸ Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 110; Çamoğlu, s. 358; Kalpsüz, s. 363; Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 156; Mimaroglu, Anonim Şirketler, s. 94; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 103; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 415; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 289; Akdağ Güney, s. 241; Aydoğan, s. 111; Yasan, s. 435; Aşık, s. 189.

kollektif ortaklıklarda ortağın rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 230 f. 2’de bu duruma benzer bir zımni izni düzenleyen kuralın, TTK m. 396 hükmünde yer almaması ve TTK m. 396 hükmünde açıkça izin verilmesinin şart koşulması sebebiyle, böyle bir durumda zımni iznin varlığını iddia etmenin zorlaştığı ileri sürülmektedir⁸¹⁹.

Yargıtay ETK zamanında verdiği bir kararında, aynı konuyla uğraşan başka bir anonim ortaklıkta pay sahibi olan bir kimsenin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesinde kanuna aykırılık bulunmadığını ve böyle bir durumda ETK m. 335’te öngörülen şartların bulunduğu da ileri sürme imkânının olmadığını, zira “*genel kurul bu olguyu bilerek yönetim kuruluna seçtiğine göre, olur vermiş demektir.*” şeklinde hüküm tesis ederek, zımni iznin varlığını kabul etmiştir⁸²⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi de, bir kararında zımni izni şu şekilde onaylamıştır: Somut olayda, yönetim kurulu üyesi, menfaat çatışmasının varlığına rağmen üyelik görevini kabul etmesi nedeniyle sorumlu tutulmak istenmiş ancak mahkeme, yönetim kurulu üyesini seçme yetkisinin genel kurulda olduğunu, pay sahiplerinin gerçekte söz konusu durumu bildiklerini ve aksini hiçbir şekilde iddia etmediklerini, dolayısıyla ortaklığın genel kurul tarafından yapılan seçime ilişkin hukuka uygun ve iptali talep edilmemiş karar nedeniyle üyelik görevini ifa etmesinden dolayı üyenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir⁸²¹.

Kanaatimizce, genel kurul yönetim kurulu üyesi adayının ortaklıkla rekabet ettiğini bilmesine rağmen, üye olarak seçtiği takdirde zımni iznin varlığının MK m. 2 dürüstlük kuralı uyarınca kabulü gerekmektedir. Bu tür bir varsayımın kollektif ortaklıklara ilişkin TTK m. 230 f. 2 hükmünde öngörülmesine karşılık, TTK m. 396 hükmünde yer almaması; böyle bir durumda zımni iznin varlığını reddetmeyi haklı kılmayacaktır. Ayrıca, TTK m. 396 f. 1 hükmünde yer alan “*yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın*” şeklindeki ifadenin; zımni iznin varlığını dışladığı şeklinde yorumlanmasını gerektirecek bir neden de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bizce böyle bir durumda genel kurul tarafından verilen zımni bir izin kararı mevcuttur. Ancak bu noktada unutmamak gerekir ki, şayet

⁸¹⁹ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 633.

⁸²⁰ “Ayrıca, aynı konuda uğraşı verdiği iddia edilen ortaklık, anonim ortaklık niteliğinde bulunduğu göre, yönetici paydaşın sorumluluğu da koyduğu sermayeyle sınırlı olacaktır.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 06.05.1982 E: 1982 / 1548 K: 1982 / 2135, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁸²¹ BGE 4A_317/2009 E. 2.3., www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

ortaklık yönetim kurulu üyesi adayının ortaklıkla rekabet edici faaliyetinin olduğunu bilmiyor ise; bu durumda aday, genel kurul tarafından seçilmeden önce söz konusu faaliyetlerini dürüstlük kuralı gereği genel kurula açıklamakla yükümlüdür⁸²².

3. İznin Süresi

İznin süresinde iznin ana sözleşme ve genel kurul kararı ile verilmesine göre bir ayırım yapmayı faydalı bulmaktayız. Şöyle ki, yönetim kurulu üyesine rekabet izni ana sözleşmeye konulan bir hüküm ile tanınmışsa; ana sözleşmedeki ilgili hüküm muhafaza edildiği müddetçe rekabet izni geçerli olacaktır⁸²³. Söz konusu iznin kaldırılması arzu ediliyorsa, ana sözleşme değişikliği yapılarak hükmün kaldırılması gerekmektedir. Ana sözleşmedeki genel bir rekabet izninden, seçilecek her yönetim kurulu üyesi istifade edecektir⁸²⁴.

Yönetim kurulu üyesine rekabet izni genel kurul kararı ile tanındığı takdirde ise, genel kurul kararında iznin süresi özel olarak belirlenmesi imkân dahilindedir. Doktrinde şayet genel kurul kararında iznin süresine ilişkin bir belirleme yok ise; izin kararının alındığı dönemdeki yönetim kurulu üyesi sıfatına sahip kişiler veya aynı genel kurulda yönetim kurulu üyesi olarak seçilen kişiler hakkında süresiz geçerli olacağı ileri sürülmektedir⁸²⁵. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyeleri değişmediği müddetçe her sene yapılan olağan genel kurul toplantısında yenilenmesine ihtiyaç bulunmamaktadır⁸²⁶.

Kanaatimizce, genel kurulun izin kararında herhangi bir süre belirtilmediği takdirde; yönetim kurulu üyelerinin rekabet izninin, süresiz bir şekilde geçerli olacağı şeklinde anlaşılması doğru olmayacaktır. Zira, olağan genel kurul toplantısının her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılması kanun gereğidir (TTK m. 409 f. 1). Bu nedenle esasen olağan genel kurulun yapıldığı, belirli bir faaliyet yılının ele alındığı, izleyen faaliyet yılının sonunda bir kez daha yapılacağı dikkate alındığında; yönetim kurulu üyesine verilen rekabet izni kararında şayet süre belirtilmediyse, verilen izin kararının bir sonraki olağan genel kurul toplantısına kadar

⁸²² Sommer, s. 166.

⁸²³ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 415; Akdağ Güney, s. 242.

⁸²⁴ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 415; Franko, s. 42; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 694; Yasan, s. 432.

⁸²⁵ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 415; Franko, s. 42; Akdağ Güney, s. 242.

⁸²⁶ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 415.

uygulanacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Öte yandan, şüphesiz ki genel kurulun izin kararında, yönetim kurulu üyelerinin görev süreleri boyunca rekabet izninin verildiği de belirtilebilir. Bizce, ancak bu tür durumlarda, her olağan genel kurul toplantısında iznin yenilenmesine ihtiyaç bulunmayacaktır.

Yönetim kurulu üyelerine tanınan rekabet izninden, üyelerden birinin ölmesi, istifa etmesi gibi üyeliğin boşalması halinde yerlerine TTK m. 363 f. 1 hükmü gereği geçici olarak tayin edilecek yeni üye istifade edemeyecektir⁸²⁷.

4. İzinden Rücu Edilmesi ve İbra Kararı ile İlişkisi

Genel kurulun izin kararından rücu etmesi, ortaklığın yeni bir genel kurul kararı olarak söz konusu rekabet iznine ilişkin kararı ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir. TTK m. 396 hükmünde genel kurulun izin kararından rücu edip edemeyeceğine dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde ise, bu konu tartışmalıdır. Şöyle ki bir kısım yazar tarafından, genel kurulun izin kararından rücu edemeyeceği kabul edilmektedir. Zira, yönetim kurulu üyesine izin verilmesi neticesinde üye bazı işlemler gerçekleştirmiş veya gerçekleştirmek için teşebbüslerde bulunmuş olabilir; dolayısıyla genel kurulun izin kararından rücu etmesi üyenin zararına sebebiyet verebilir. Genel kurul verdiği izinden rücu etme arzusundaysa; yönetim kurulu üyesini azledebilir⁸²⁸. Diğer bir kısım yazar ise, genel kurulun izninin üye aleyhine yenilik doğurucu bir hak yarattığını, bu sebeple üyenin izne güvenerek işlemlere girişmeye hakkı bulunduğunu, iznin kayıt ve şartlara bağlanmadıkça, bu karardan dönülmesi halinde üyenin zararlarının tazmin edilmesi gerektiğini öngörmektedir⁸²⁹.

Başka bir kısım yazar ise, genel kurulun izin kararından rücu edilip edilemeyeceğinde, genel kurulun izin kararının niteliği ve sınırları ile izin alan üyenin bu izne güvenerek giriştiği işlere göre değerlendirilme yapılması gerektiğini savunmaktadır. Şöyle ki, üyeye genel nitelikte bir izin verildiği ve üye bu izne güvenerek rekabet edici işlere giriştiği takdirde; bu iznin en azından yönetim kurulu üyeliği görevince devam etmesi uygun olacaktır. Diğer bir deyişle, görev süresi boyunca izin kararından rücu edilmemelidir. Ortaklık rekabete girişen üyenin

⁸²⁷ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 632; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 103; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 415; Aşık, s. 187.

⁸²⁸ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 156 dn. 161.

⁸²⁹ Franko, s. 47.

tutumundan endişe duyuyorsa, genel kurul kararı ile üye azledilmelidir. Şayet üye bir girişimde bulunmamış veya ticari işleri yapmış ve sonucunu elde etmişse, izin kararından rücu edilmesi ortaklığın doğal hakkıdır. Böylelikle bu üçüncü görüş, ilk görüşten, izin kararının kaldırılmasını somut olayın koşullarına bağlanması yönünden farklılaşmaktadır. Buna karşılık, genel kurulun izin kararı şartları ve sınırları özel olarak tayin edilmiş ise, kural olarak bu kurallara riayet edilmeli ve rücunun mümkün olup olmadığı bu şartlar dahilinde değerlendirilmelidir. Örneğin genel kurul izin kararında rücu hakkını saklı tutmuş veya bir süre sınırı öngörmüşse; üyenin bu şartları değerlendirerek hareket etmesi gerekecektir. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde üye, rücu kararına karşı çıkamayacak ve zararının tazmini talebinde bulunamayacaktır⁸³⁰⁸³¹.

Kanaatimizce de, genel kurulun rekabet iznine kararından rücu etmesine kanuni bir engel bulunmamaktadır. Zira, bir tüzel kişinin yetkili organının verdiği bir kararı değiştirmeye veya bu karardan rücu etmeye yetkili olması hukukun temel prensiplerindendir⁸³² ve kural olarak bir konuda karar alma yetkisi, bu karardan rücu etme yetkisini de kapsamaktadır⁸³³. Bizce genel kurulun izin kararından, üyenin kendisine verilen izne güvenerek ortaklıkla rekabet edici işlere başlamadan evvel rücu etmesi mümkündür. Ancak üye rekabet yasağına aykırılık teşkil edecek, iş ve eylemlere giriştiği takdirde; artık izin kararından rücu edemeyecektir. Böyle bir varsayımda, ortaklık dilerse üyeyi azledebilecektir.

Bu noktada ayrıca değinmek istediğimiz husus, genel kurul tarafından verilen izin kararının, yönetim kurulu üyelerinin hakkındaki ibra kararı ile ilişkisidir. Şöyle ki, anonim ortaklıklarda ibra kararı, ortaklığın belli bir hesap dönemine ilişkin olarak yönetim kurulunun işlem ve faaliyetlerinden dolayı herhangi bir tazminat talebinin bulunmadığını; başka bir deyişle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna

⁸³⁰ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 634 – 636.

⁸³¹ Alman doktrinde ise, gözetim kurulunun izin kararının rücu hakkı saklı tutularak verilebileceği, aksi halde izin kararından rücu edilebilirliğinin ortaklığın menfaatleri ile yönetim kurulu üyesinin duyduğu güveninin koruma ihtiyacına bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmekle birlikte; genel olarak şüphe halinde yönetim kurulu üyesi ticari bir işletmenin faaliyeti gibi kalıcı bir işe girişmişse yahut başka bir ortaklığın yönetim organına katılmışsa rücu edilemeyeceği; ancak ortaklığın faaliyet konusuna giren münferit ticari işlemler açısından rücu edilebileceği kabul edilmektedir, Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 25; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 28. Buna karşın rücu hakkının saklı tutulduğuna ilişkin açık bir düzenleme mevcut bulunmadığı takdirde; şüphe duyulduğu takdirde izin kararından rücu edilemeyeceği görüşü de bulunmaktadır, Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 13.

⁸³² Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 462; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 243.

⁸³³ Erdoğan Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması”, **Batider**, C: 21, S: 2, 2001, s. 11; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 355.

başvurmayacağını tek taraflı olarak açıkladığı, menfi borç ikrarı niteliğini haiz yenilik doğurucu bir genel kurul kararı niteliğindedir⁸³⁴. Açık bir anlatımla, ibra kararı ile birlikte, ortaklık yönetim kurulu üyelerine ilgili faaliyet dönemine ilişkin olarak ibra kapsamına dahil olan faaliyetleri nedeniyle tazminat davası ikame edemeyecektir⁸³⁵. İbra kararı, yalnızca genel kurulun bilgisine ulaşan; diğer bir ifadeyle pay sahiplerine açıklanan iş ve işlemleri kapsamaktadır⁸³⁶. Şayet pay sahiplerine iş ve işlemler hakkında doğru bilgi sunulmamış yahut iş ve işlemlere ilişkin gerçekler gizlenmişse, ibra kararı söz konusu iş ve işlemler hakkında geçerli olmayacak⁸³⁷; hatta söz konusu durumların varlığı ibranın tümüyle geçersiz olmasına⁸³⁸ da sebebiyet verebilecektir. Dolayısıyla ibra kararı niteliği itibarıyla, yönetim kurulunun yıl sonunda genel kurula hesap verilmesinden sonra alınması gereken bir karardır⁸³⁹. Bu yüzden ibra kararı kural olarak geçmiş hesap dönemine, diğer bir deyişle yönetim kurulunun sonuçlanmış iş ve işlemlerine ilişkindir⁸⁴⁰.

Tam bu noktada, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde genel kurul tarafından alınan ibra kararının neticesini bir varsayımdan hareketle tespit etmek isteriz. Şöyle ki, yönetim kurulu üyesinin rekabet izni olmaksızın rekabet yasağını ihlal ettiği ve bu ihlalin, genel kurula sunulan bilgi ve belgeler dahilinde genel kurul tarafından bilinmesi yahut öngörülebilmesi varsayımında; genel kurulun rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesini de ibra etmesi halinde, genel kurulun bilinen rekabet yasağına aykırı faaliyetler bakımından üyeye zımnen izin verdiği anlamına gelebilecektir⁸⁴¹. Söz konusu ibra kararına muhalif kalan pay sahiplerinin,

⁸³⁴ Zühtü Aytaç, **Anonim Ortaklıklarda İbra**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982, s. 45 vd.; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 225 - 226; Helvacı, s. 137; Moroğlu, İbra, s. 11; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 356 - 357; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 458; Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 195 - 196; Altay, Yetki Devri, s. 344 - 345; Şener, Ortaklıklar, s. 336, 429; Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 36, N. 132; Rolf Watter / Dieter Dubs, "Der Déchargebeschluss", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2001, s. 909.

⁸³⁵ Ersin Çamoğlu, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: 36, S: 1 - 4, s. 329; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 226; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 465; Akdağ Güney, s. 418.

⁸³⁶ Aytaç, s. 85 vd.; Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 196 - 197; Çamoğlu, İbra, s. 329 dn. 19; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 228; Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel, § 36, N. 129; Watter / Dubs, s. 910 - 911; Şener, Ortaklıklar, s. 431.

⁸³⁷ Watter / Dubs, s. 911.

⁸³⁸ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 230.

⁸³⁹ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 230, s. 228 dn. 24

⁸⁴⁰ Moroğlu, İbra, s. 7; Watter / Dubs, s. 909.

⁸⁴¹ Karakılıç, s. 341.

rekabet yasağını ihlal eden üye aleyhine ibra tarihinden itibaren altı aylık sürede sorumluluk davası ikame etmesi mümkündür (TTK m. 558 f. 2).

İbra kararından rücu edilmesinin, diğer bir deyişle yeni bir genel kurul kararı olarak geçerli bir ibra kararının geri alınmasının, yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtaran, yenilik doğurucu bir işlem olması sebebiyle mümkün olmadığı ETK zamanında doktrin tarafından kabul edilmekle birlikte; söz konusu bu kabul TTK m. 558 f. 1 ile de yasal bir dayanak kazanmıştır⁸⁴². Şöyle ki, TTK m. 558 f. 1 hükmü uyarınca ibra kararı, genel kurul kararıyla kaldırılamayacaktır. Şüphesiz ki, ibra kararının sakatlığı, başka bir deyişle yokluğu veya kesin hükümsüz yahut iptal edilebilir olması şartlar dahilinde mümkündür⁸⁴³.

İbra müessesini kısaca izah ettikten sonra, genel kurulun rekabet iznini, bir ibra kararı olarak ya da ibra kararı niteliğinde bir karar olarak değerlendirmek mümkün müdür? Söz konusu bu durum doktrinde, rekabet izni veren genel kurul kararına olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin açacakları sorumluluk davası bakımından değerlendirilmiştir. Şöyle ki doktrinde bir görüş, ibra kararı ile rekabet izni kararının aynı etkiye sahip olduklarını; bu nedenle iznin üyeyi sadece izin kararına olumlu oy kullananlar ile ortaklığa karşı koruyacağını, dolayısıyla olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin üye aleyhine sorumluluk davası ikame edebileceğini ileri sürmektedir⁸⁴⁴. Bu noktada doktrinde de, ibra kararı ile aynı etkiye sahip olduğu ileri sürülmeden, doğrudan rekabet iznine dair karara olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin üye aleyhine

⁸⁴² Moroğlu, İbra, s. 11; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 356 – 357; Helvacı, s. 137; İsmail Kırca, “İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu’nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı”, **Batider**, C: 23, S: 3, 2006, s. 35 – 36; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 473; Şener, Ortaklıklar, s. 432 – 433; Doktrinde Çamoğlu aynı görüşte olmakla birlikte, ibra kararının yeni bir kararla geri alınamayacağına ilişkin gerekçesi, yeni alınacak genel kurul kararı ile önceki karar nedeniyle üçüncü kişilerin kazanılmış haklarının ihlal edilememesi yönündedir, Çamoğlu, Sorumluluk, s. 243 – 244; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 462. TTK m. 558 f. 1’in gerekçesi ise şu şekildedir: “Birinci fıkra son yıllarda oldukça sık rastlanan ancak Yargıtay tarafından uygun görülmeyen, bir genel kurulun aldığı kararı zamanaşımı süresi içinde bir diğer genel kurulun kaldırması uygulamasına ilişkin ihtilafı, yüksek mahkemenin kararlarına uygun olarak çözüme kavuşturmaktadır. Hükme temel veren düşünce, hakkında dava açılmamış ve (kural olarak) hükümlerini doğurmuş bulunan ibra kararının yıllar sonra kaldırılmasının işlem güvenliği anlayışına ve hukuka uygun olmadığıdır. Öğretide hâkim görüş ibrayı menfi borç ikrarı olarak nitelendirdiğine göre, bu ikrardan tek taraflı olarak dönmek olanağı yoktur. Ayrıca ibranın Türk/İsviçre hukukunda yenilik doğurucu bir karar olduğu görüşü de dikkatle değerlendirilmiştir. Ancak ibra bir genel kurul kararı olduğu için bu karara karşı iptal davası açılabilir. Bu sebeple Tasarının 445 inci maddesi saklı tutulmuştur.”.

⁸⁴³ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 462.

⁸⁴⁴ Kissling, s. 66; Sommer, s. 169 – 170; Akdağ Güney, s. 242.

sorumluluk davası ikame edebileceğini savunan bir görüş⁸⁴⁵ olduğunu da ayrıca ifade etmek isteriz.

Diğer bir görüş ise, rekabet izninin verilmesine ilişkin karar ile ibra kararının aynı etkiye sahip olmadığını, rekabet iznine ilişkin kararın tüm pay sahipleri açısından bağlayıcı olacağını; ancak ibra kararının, olumsuz oy veren pay sahipleri bakımından bağlayıcı olmayacağını, altı aylık süre içinde sorumluluk davası açabileceklerini ileri sürmektedir⁸⁴⁶.

Bu noktada ibra kararı ile rekabet izninin verilmesine ilişkin kararı karşılaştırdığımızda, izin kararı ile ibra kararının birbirlerinden farklı mahiyette olduğu doktrinde isabetli bir şekilde ifade edilmektedir⁸⁴⁷. Şöyle ki, rekabete ilişkin izin kararı, rekabet yasağı yükümlülüğünün ihlalini ortadan kaldırırken; ibra kararı, sorumluluk davasının ikame edilmeyeceği, başka bir deyişle ortaklığın tazminat talebinde bulunmayacağı anlamında menfi bir borç ikrarıdır⁸⁴⁸. Açık bir anlatımla, yönetim kurulu üyesine rekabet izni verilmesiyle birlikte, üyenin ortaklıkla rekabet etmesi halinde rekabet yasağı ihlal edilmiş sayılmayacaktır. Halbuki ibra kararının öncesinde, üye tarafından sorumluluk doğuracak bir sebep meydana gelmiş; diğer bir deyişle üye yükümlülüklerini ihlal etmiş olabilir. Böyle bir durumda ibra kararı verildiği takdirde; ortaklık bu ihlale karşılık zararının tazmin edilmesi talebinde bulunmayacağını ikrar etmektedir.

Yine rekabet izni, rekabet edici faaliyetin gerçekleşmesinden önce veya sonra verilebilecek iken; ibra kararı üyenin iş ve işlemlerinin sonrasında alınan, diğer bir deyişle üyenin iş ve işlemlerinin tamamlanmasını takiben verilen bir karardır⁸⁴⁹. Yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin genel kurulda, üyelerin seçimini takiben aynı genel kurulda rekabet izni de verilebilmektedir. Böyle bir durumda, genel kurulda pay sahipleri rekabet iznini, ibra kararının aksine, yönetim kurulu üyesi iş ve işlemlerinden, rekabet edici faaliyetlerine ilişkin bilgi sahibi olmadan önceden vermektedir. Son olarak ibra kararı, TTK m. 408 f. 2 b) bendi gereği genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerindendir. Halbuki rekabet izni genel kurul kararı ile

⁸⁴⁵ Helvacı, s. 90, 93; Aydoğan, s. 127 – 128.

⁸⁴⁶ Karakılıç, s. 341.

⁸⁴⁷ Markus M. Vischer, “«Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 2016, s. 1486.

⁸⁴⁸ Vischer, s. 1486.

⁸⁴⁹ Vischer, s. 1486.

verilebileceği gibi; ana sözleşme ile de düzenlenebileceği kabul edilmektedir. Bu açıklamalar ışığında bizce genel kurulun rekabet iznine ilişkin kararı ile yönetim kurulu üyeleri hakkında verilen ibra kararı birbirinden farklı mahiyette olmaları nedeniyle; genel kurulun rekabet iznine ilişkin kararından rücu edip edemeyeceğine ilişkin ibraya ilişkin kuralların uygulanması da doğru olmayacaktır.

5. İzin Sonuçları

Genel kurulun hukuken geçerli olarak alınmış, genel nitelikte bir izin kararı ile birlikte yönetim kurulu üyesinin kanundan doğan rekabet yasağı bertaraf edilebilecek; başka bir ifadeyle TTK m. 396 f. 1 zımında öngörülen ortaklıkla rekabet edici faaliyetleri yasak kapsamına dahil olmadan gerçekleştirebilecektir⁸⁵⁰. Genel kurulun izin kararı genel nitelikte olmayıp; sınırları ve şartları açıkça belirlendiği hallerde ise; üyenin rekabet izni, izin kararında belirlenen sınırlar ve şartlar dahilinde geçerli olacaktır. Üye söz konusu izin şartlarını ve sınırlarını aştığı takdirde ise, TTK m. 396 hükmü kapsamında rekabet yasağını ihlal etmiş sayılmalıdır.

Yönetim kurulu üyesine rekabet izni veren genel kurul kararı hakkında, şüphesiz ki bir genel kurul kararı olarak genel kurul kararlarının sakatlığına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yönetim kurulu üyesinin yok hükmünde veya kesin hükümsüz olan genel kurul kararlarının icrasından uygulanmasından sorumlu tutulacağı⁸⁵¹ dikkate alındığında; yok hükmünde veya kesin hükümsüz nitelikte bir izin kararına dayanarak TTK m. 396 uyarınca ortaklıkla rekabet eden üye, rekabet yasağını ihlal etmiş addedilmelidir. Zira geçerli ve hukuken sağlıklı bir izin kararı mevcut değildir.

Genel kurulun rekabet iznine dair kararının, TTK m. 445 vd. hükümleri uyarınca şartları olduğu takdirde kanuna, ana sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük

⁸⁵⁰ Aydoğan, s. 114.

⁸⁵¹ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 594 – 597; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 192 – 193.

kuralına⁸⁵² aykırı olmasından bahisle iptali de talep edilebilir⁸⁵³. İptale tabi bir genel kurul kararı, kararın iptaline dair mahkeme kararı kesinleşinceye kadar geçerli bir kararın sonuçlarını doğuracaktır. İptal talebinin mahkeme kararı ile kabul edilmesinin kesinleşmesiyle birlikte, karar geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır⁸⁵⁴.

Genel kurulun rekabet iznine ilişkin kararına olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin, söz konusu genel kurul kararına karşı iptal davası açması mümkündür. Ayrıca pay sahipleri iptal davası ile birlikte, alınan rekabet iznine ilişkin kararın uygulanmasının ortaklık bakımından giderilmesi imkansız zararlara sebebiyet verecek nitelikte öngörülmesi halinde, mahkemeden TTK m. 449 hükmü uyarınca anılan kararın yürütülmesinin geri bırakılmasını da talep edebilecektir⁸⁵⁵. Mahkeme tarafından, yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verildiği takdirde ise; genel kurul tarafından verilen rekabet izni kararının yürütülmesi askıya alınacaktır, diğer bir

⁸⁵² Yargıtay bir kararında, genel kurulun yönetim kurulu üyesi hakkında verdiği izin kararını, üyenin ortaklık aleyhine haksız rekabet suçundan ceza davasının varlığı nedeniyle dürüstlük kuralına aykırı bularak iptal edilmesini öngören ilk derece mahkemesi kararını oyçokluğuyla onamıştır. Karara karşı yazılan karşı oyda ise, mahkeme kararına gerekçe edilen söz konusu ceza davasının kesinleşmesinin beklenilmesi ve sonucun ona göre tesis edilmesi gerektiği şu ifadelerle açıklanmıştır: “Mahkemeye, salt ceza davasının varlığı 08.08.2014 tarihli genel kurul kararının iptaline gerekçe gösterilmiş olup, temyiz dilekçesine ekli ... Asliye Ceza Mahkemesinin 2013/531 Esas 2015/639 Karar sayı, 04.11.2015 günlü karar içeriğinden sanıkların beraatlerine karar verildiği anlaşılmaktadır. Ceza mahkemesi kararının bu şekilde kesinleşmesi durumunda temyize konu karar hukuki dayanaktan yoksun kalacaktır. Bu halde, yerel mahkeme kararının “ceza davasının kesinleşmesi beklenmek ve sonucuna göre karar verilmek” üzere bozulmasına karar verilmesi gerekirken davalının bu yöne ilişkin temyiz isteminin reddi ile yerel mahkeme kararının onanmasına ilişkin çoğunluk görüşüne karşıyım.”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 05.04.2016 E: 2015 / 8055 K: 2016 / 3673, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021. Yargıtay başka bir kararında ise, ortaklığın önceki tarihli genel kurulunda da yönetim kurulu üyelerine rekabet izni verildiğini ve bu dönemde davacının da yönetim kurulu üyesi olduğunun dikkate alındığında; önceki tarihli genel kurulda alınan karar ile aynı yönde olan rekabet iznine dair kararın dürüstlük kuralına aykırılık taşımadığını şu şekilde açıklamıştır: (...) anılan kararın pay sahiplerinin %100 oranında toplantıya katılımıyla 6.000 olumsuz oya karşılık 114.000 olumlu oyla alındığı görülmekle toplantı ve karar nisabı bakımından da TTK hükümlerine ve ana sözleşmeye aykırı bir durumun gerçekleştiğinden söz edilemeyeceği, şirketin daha önceki tarihli 27.12.2013 tarihli kurul toplantısında da yönetim kurulu üyeleri bakımından rekabet yasağı ve borçlanma yasağının kaldırılarak bu konuda izin ve yetki verildiği, dolayısıyla davacının da yönetim kurulu üyesi olarak seçildiği 23.12.2013 tarihli yönetim kurulu toplantısında TTK 395 ve 396. maddeleri uyarınca yönetim kurulu üyelerine izin ve yetki verildiği dikkate alındığında dava konusu genel kurulda aynı yönde olan 5 nolu kararın dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiğinin kabul edilemeyeceği (...), Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 09.09.2019 E: 2018 / 3472 K: 2019 / 5092, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁸⁵³ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 695.

⁸⁵⁴ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 612; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 28, 335 vd.; “Kabili iptal kararlar, başlangıçta geçersiz olmadıkları için iptal edinceye kadar sağlıklı bir kararın hukuki sonuçlarını meydana getirirler. iptal davası açılrsa dahi durum değişmez ve karar yönetim kurulunca uygulanmaya devam edilir. Ancak, mahkemeye verilecek bir tedbir kararı, uygulamayı geri bırakır.”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 06.07.1978 E: 1978 / 3158 K: 1978 / 3661, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁸⁵⁵ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 612.

deyişle üye TTK m. 396 hükmü uyarınca rekabet yasağına tabi olmaya devam edecektir.

Şayet genel kurulun rekabet iznine dair kararı hakkında; mahkeme iptal kararı verip ve karar kesinleştiği takdirde, rekabet iznine dair karar geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır. Böyle bir varsayımda, şayet üye geçen süre zarfında rekabet yasağını ihlal etmediği takdirde ortada bir sorun olmayacaktır. Fakat, üye bu süre zarfında rekabet yasağına aykırılık teşkil eden davranışlarda bulunduysa, TTK m. 396 f. 3 hükmü uyarınca belirlenen zamanaşımı süreleri dolmuş olabileceğinden, üye hakkında TTK m. 553 vd. hükümleri gereğince sorumluluk davası açılabilir.

II. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMA ŞARTLARI

A. Yönetim Kurulu Üyeliği Süresince Rekabet Yasağı

1. Genel Olarak

Yönetim kurulu üyesinin TTK m. 396 hükmü uyarınca öngörülen rekabet yasağının zaman bakımından uygulanma süresi, her ne kadar hükümde açıkça belirtilmediyse de, yönetim kurulu üyelik sıfatının varlığına bağlıdır. Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı, yönetim kurulu üyelik sıfatının kazanılmasından itibaren başlayacak; üyelik sıfatının muhafaza edildiği müddetçe devam edecek ve yönetim kurulu üyelik sıfatının sona ermesi ile son bulacaktır⁸⁵⁶. Yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet yasağı kanundan doğan bir rekabet yasağıdır; bu nedenle sadece kanunun sonuç bağladığı hukuki statü olan yönetim kurulu üyeliğinin elde edilmesinden bu statünün kaybedildiği ana kadar uygulanabilecektir.

Yönetim kurulu üyesinin, üyelik sıfatının sona ermesi ile birlikte TTK m. 396 hükmünün uygulama alanı kalmayacağından; görev süresi sona eren üye ortaklıkla rekabet etmekte özgür olacaktır. Şayet ortaklık, söz konusu bu rekabeti engelleme arzusundaysa, üyelik sıfatı sona eren üye ile bir rekabet yasağı sözleşmesi akdetmelidir.

⁸⁵⁶ Kalpsüz, s. 366; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 630 – 631; Çevik, s. 551; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 416; Kırca (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 689; Akdağ Güney, s. 241; Aydoğan, s. 116 – 117; Göksoy, s. 659; Ayan, s. 154; Aşık, s. 178; BSK - Watter / Roth Pellanda, Art. 717 OR, N. 18; Müller, s. 282; ZK – Büchler, Art. 717 OR, N. 181; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 2; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 10; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 5; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 8 – 9.

Yönetim kurulu üyesi, üyelik sıfatını kazanmasıyla birlikte TTK m. 396’da düzenlenen rekabet yasağına tabi olacaktır. Yönetim kurulu üyesi, genel kurul kararı ile yahut yönetim kurulu tarafından TTK m. 363 gereği seçildiği takdirde görevi kabul etmesiyle⁸⁵⁷ birlikte üyelik sıfatını kazanacak ve bu andan itibaren rekabet yasağına tabi olacaktır⁸⁵⁸. Yönetim kurulu üyesi seçiminin sicile tescil edilmesi kurucu nitelikte olmadığından; tescilin üyelik sıfatının kazanılmasında bir önemi bulunmamaktadır⁸⁵⁹.

Yönetim kurulu üyesinin kuruluşta ana sözleşme ile tayin edilmesi halinde ise, üyelik sıfatı ortaklığın tescili ile birlikte kazanılacaktır⁸⁶⁰. Başka bir deyişle, kuruluşta tayin edilen ilk yönetim kurulu üyelerinin üyelik sıfatının kazanılması ve bu nedenle rekabet yasağına tabi olmaları ortaklığın tescilinden itibaren başlayacaktır⁸⁶¹. Bu noktada ön ortaklık (“*Vorgesellschaft*”) halinde, yönetim kurulu üyesinin TTK m. 396’ya tabi olup olmayacağı sorusu akla gelebilir.

Kurucu işlem başlıklı TTK m. 335 uyarınca ortaklık, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı veya ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzaladığı ana sözleşmede, anonim ortaklık kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulmaktadır. Bu ortaklığın, kuruluş aşamasındaki anonim ortaklığın tüzel kişiliği bulunmayan ön ortaklığı olduğu kabul edilmektedir⁸⁶². Ön ortaklık, ana sözleşmede kurucuların imzalarının noterce onaylandığı veya ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzaladığı andan, ortaklığın tescil edilip tüzel kişilik kazandığı ana kadar geçen döneme ilişkindir.

⁸⁵⁷ Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m. 30 uyarınca, genel kurul toplantısında hazır bulunmayanların yönetim kurulu üyeliklerine seçilmesi halinde, söz konusu kişilerin bu göreve aday olduklarını veya görevi kabul ettiklerini belirten yazılı beyanlarının bulunması şarttır.

⁸⁵⁸ Domanıç, Anonim Şirketler, s. 631; Kalpsüz, s. 366; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 689; Aksi görüşte Çevik. Yazara göre rekabet yasağı, üyeliğin tescil edilmesini takiben üyenin göreve başlamasıyla başlayacaktır, Çevik, s. 553.

⁸⁵⁹ Forstmoser / Meier - Hayoz / Nobel, § 27, N. 28; Kalpsüz, s. 366; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 407; Akdağ Güney, s. 20.

⁸⁶⁰ Domanıç, Anonim Şirketler, s. 631; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 183. Aksi görüşte Akdağ Güney. Yazar ortaklığın kuruluşu esnasında, ticaret siciline tescil talebinde bulunulması ile üyelik sıfatının kazanılacağını, zira Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 22 f. 2 d) bendi gereği, ortaklığın kuruluşunda ortaklık sözleşmesi ile belirlenen yönetim kurulu veya temsile yetkilendirilen üye ya da üyelerin tescil başvurusunda bulunabileceğini, dolayısıyla tescil talebinde bulunarak bu görevi zımnen kabul etmiş olacaklarını ve yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanacaklarını kabul etmektedir, Akdağ Güney, s. 20.

⁸⁶¹ Domanıç, Anonim Şirketler, s. 631; Teoman, Rekabet Yasağı, s. 45.

⁸⁶² Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 344; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 181.

Ön ortaklığın hukuki niteliği, ETK zamanında doktrin tarafından adi ortaklık olarak nitelendirilmekteydi⁸⁶³. TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte ise, m. 335 hükmünün gerekçesinde ön ortaklığın hukuki niteliğinin hâkim görüş uyarınca bir adi ortaklık veya dernek olmadığı, bir elbirliği mülkiyeti (ortaklığı) olduğu şeklinde izah edilmiştir. Doktrinde, Türk Hukuku'nda ön ortaklığın ETK zamanında adi ortaklık olarak nitelendirilmesi sebebiyle, hükmün gerekçesindeki “*hâkim görüş*” ibaresinin Alman Hukuku'nu kastettiği ve Alman Hukuku'ndaki ön ortaklık müessesesinin Türk Hukuku'na kazandırılmak istenildiği ileri sürülmüştür⁸⁶⁴.

Alman Hukuku'nda ön ortaklık müessesesi ise oldukça gelişmiştir. Bu gelişimin sebebi olarak ise, ortaklığın tescilinin sicil mahkemeleri tarafından gerçekleştirilmesi ve ortaklığın faaliyet alanına ilişkin mesleki kurum ve kuruluşlarından alınacak izinlerin tamamlanmasının gerekmesi sebebiyle, ortaklık sözleşmesinin akdedilmesinden sonra ortaklığın tescili için yaklaşık altı ay ile bir yıl arasında beklenilmesi gösterilmektedir⁸⁶⁵. Şöyle ki, ön ortaklık müessesesi esasen doktrin ve yargı içtihatları ile limited ortaklıklar alanında ortaya çıkmış; ardından tespit edilen temel prensipler anonim ortaklıklara da uyarlanmıştır⁸⁶⁶. Alman Hukuku'nda ön anonim ortaklık (“*Voraktiengesellschaft*”) ile, tescil ile tüzel kişilik kazanan anonim ortaklık özdeş niteliktedir⁸⁶⁷. Ön anonim ortaklığın hukuki niteliği ise, hâkim görüş uyarınca ne bir adi ortaklık ne bir dernek ne de bir kollektif ortaklıktır; ön ortaklık *sui*

⁸⁶³ Poroy (Tekinalp / Çamoğlu), 2010, s. 38; Doktrinde Barlas ve Şener ise, ön ortaklığa ilişkin olarak, iç ilişkide ilgili ticaret ortaklığına ilişkin hükümlerin; dış ilişkide ise kural olarak adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı görüşündedir, Barlas, s. 175 – 177; Şener, Adi Ortaklık, s. 145. İsviçre doktrininde ön ortaklığın adi ortaklık niteliğinde olduğu ve genel olarak iç ilişkide ortaklık sözleşmesinin; dış ilişkide ise adi ortaklık hükümlerinin geçerli olacağı kabul edilmektedir, Forstmoser / Meier - Hayoz / Nobel, § 13, N. 29; ZK - Handschin / Vonzun, Art. 530 OR, N. 113; Eliane E. Ganz, “Der Gründervertrag”, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 2017, s. 438, 441.

⁸⁶⁴ Emrullah Kervankıran, “Ön Şirket ve Hukuki Niteliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 18, S: 2, 2012, s. 366.

⁸⁶⁵ Hasan Pulaşlı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, *Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 2, S: 1, 2005, s. 447 - 448; Kervankıran, s. 353. Her iki yazarda Türk Hukuku'nda ortaklık sözleşmesinin akdedilmesi ile ortaklığın tescil edilmesine ilişkin işlemlerin birkaç gün içinde tamamlanabileceğini ifade etmekle birlikte Pulaşlı, bu kadar kısa bir süre için ön ortaklığa gerek duyulmayacağını; Kervankıran ise Türk Hukuku'nda ön ortaklık müessesesinin Alman Hukuku'ndaki gibi bir öneme sahip olmayacağını belirtmektedir, Pulaşlı, Tasarı, s. 448; Kervankıran, s. 353.

⁸⁶⁶ Andreas Pentz, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Goette Wulf / Habersack Mathias / Kalss Susanne (Hrsg.), 5. Aufl., München, C. H. Beck, 2019, § 41 AktG, N. 23; Dirk Solveen, *Aktiengesetz Kommentar*, Hölter Wolfgang (Hrsg.), 3. Aufl., München, C. H. Beck, 2017, § 41 AktG, N. 6.

⁸⁶⁷ Müko - Pentz, § 41 AktG, N. 9.

generis bir ortaklıktır⁸⁶⁸. Ancak bu *sui generis* ortaklığın elbirliği ortaklığı niteliğinde mi yoksa korporasyon niteliğinde mi olduğu tartışmalı olmakla birlikte⁸⁶⁹; hâkim görüş, ön ortaklığı *sui generis* bir elbirliği ortaklığı (*Gesamthandsgesellschaft*) şeklinde tanımlamaktadır⁸⁷⁰. Alman Hukuku'nda ön anonim ortaklık, kurucularından ayrı bir hak ehliyetine sahiptir ve fiil ehliyetini de organları aracılığıyla gerçekleştirmektedir⁸⁷¹. Ön anonim ortaklığın, zorunlu organları yönetim kurulu, gözetim kurulu ve kurucular kuruludur⁸⁷². Yönetim kurulu, tıpkı anonim ortaklık gibi, ön anonim ortaklığın da yönetim ve temsil organıdır⁸⁷³. Alm.POK § 88 hükmü ile anonim ortaklık yönetim kurulu üyesi hakkında kabul edilen rekabet yasağının, ön anonim ortaklık döneminde de geçerli olduğu Alman doktrinde kabul edilmektedir⁸⁷⁴.

TTK zamanında ön ortaklığın hukuki niteliği açısından doktrinde tartışmalar devam etmektedir. Doktrinde Tekinalp⁸⁷⁵, ön ortaklığın TBK m. 620 f. 2 gereği bir adi ortaklık olduğunu, ortaklığın kurucuların ortaklık kurma iradeleri ile meydana geldiğini ve diğer kişi birliklerinden ayrıldığını, ön ortaklığa kurucular tarafından imzalanmış ana sözleşme hükümlerinin uygulanacağını, ilgili hükümlerin kurucuların hak ve borçları ile birbirleri arasındaki ilişki açısından belirleyici olduğunu, kurulacak anonim ortaklığın düzeninin de kurucular tarafından tayin edildiğini, dolayısıyla ön ortaklığa ana sözleşme ve anonim ortaklık hükümlerinin uygulanacağını, hüküm bulunmayan hallerde TBK m. 620 vd. hükümlerinin geçerli olacağını ileri sürmektedir. Şener⁸⁷⁶ ise ETK zamanındaki görüşünü muhafaza ederek ön ortaklığa ilişkin olarak, iç ilişkide ilgili ticaret ortaklığına ilişkin hükümlerin; dış ilişkide ise kural olarak adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı düşüncesindedir. Diğer yandan Kervankıran⁸⁷⁷ ise, kanun koyucunun iradesinin TTK m. 335 hükmünün gerekçesi

⁸⁶⁸ Müko - Pentz, § 41 AktG, N. 24; Andreas Heidinger, **Kommentar zum Aktiengesetz: AktG**, Spindler Gerald / Stilz Eberhard (Hrsg.), 4. Aufl., München, C. H. Beck, 4. Aufl., 2019, § 41 AktG, N. 27.

⁸⁶⁹ Spindler / Stilz Komm. - Heidinger, § 41 AktG, N. 27.

⁸⁷⁰ Müko - Pentz, § 41 AktG, N. 24; Hölters Komm. – Solveen, § 41 AktG, N. 6; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 41 AktG, N. 4.

⁸⁷¹ Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 41 AktG, N. 4.

⁸⁷² Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 41 AktG, N. 6; Hölters Komm. – Solveen, § 41 AktG, N. 8.

⁸⁷³ Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 41 AktG, N. 6

⁸⁷⁴ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 10; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 8.

⁸⁷⁵ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 182.

⁸⁷⁶ Şener, Ortaklıklar, s. 15.

⁸⁷⁷ Kervankıran, s. 367; Benzer yönde Ceren Tarhanlı, **Türk ve Alman Hukukunda Ön-Anonim Şirket**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013, s. 57 vd. Yazar, Türk hukukunda ön ortaklığın

gözetildiğinde, Alman ön ortaklık müessesinin uygulanması yönünde olduğunu, ön ortaklığın artık bir adi ortaklık olarak nitelendirilmemesinin gerektiğini, TBK m. 620 f. 2 hükmünün TTK m. 335 hükmü karşısında uygulanmaması gerektiğini, zira bunun Alman Hukuku'ndaki ön ortaklık müessesesi ile İsviçre Hukuku'nda geçerli ön ortaklık sisteminin çatışması anlamına geleceğini ileri sürmektedir.

Yönetim kurulu üyesinin ön ortaklık döneminde TTK m. 396'da öngörülen rekabet yasağına tabi olup olmayacağı sorusunu döndüğümüzde ise, Türk doktrinde anonim ortaklıklara ilişkin doğrudan bir görüş bulunmamakla birlikte, limited ortaklıklara ilişkin olarak müdürün kanuni rekabet yasağının ön ortaklık döneminde de geçerli olduğuna yönelik bir görüş mevcuttur⁸⁷⁸. Şöyle ki bu görüş uyarınca, müdürün ortaklıkla organ bağı kurulduğu anda, ortaklık sözleşmesi ile aksi öngörülmemişse müdür kanundan doğan rekabet yasağına tabi olmalıdır. Bu doğrultuda, özellikle müdür fiili olarak organsal görevlerini yerine getirmeye başlamışsa, rekabet yasağının sınırının ön ortaklık aşamasına kadar genişletilmesi isabetli olacaktır⁸⁷⁹.

Ancak kanaatimizce Türk Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda, anonim ortaklığın tescil ile tüzel kişiliğini kazanması nedeniyle ön ortaklık döneminde ortada bir anonim ortaklığın bulunmayacağının, ilk yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın tescili ile birlikte yönetim kurulu üyesi sıfatının kazanacağının⁸⁸⁰ ve ön ortaklık döneminde organlara ve denetime ilişkin hükümlerin uygulanamayacağının⁸⁸¹ kabul edilmesi nedeniyle, ön ortaklık döneminde yönetim kurulu üyesi hakkında TTK m. 396 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Ön ortaklığın hukuki niteliği bizce de bir adi ortaklık olduğundan; ancak ortakların, diğer bir deyişle kurucuların TBK m. 626 hükmü gereği rekabet yasağından bahsedilebilecektir.

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı, üyelik sıfatının son bulmasıyla sona erecektir⁸⁸². Yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesi; üyenin, görev süresinin sona

adi ortaklıktan farklı bir yapılanma olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, Alman hukukunda olduğu gibi *sui generis* olarak nitelendirilebileceğini ve tüzel kişiliği gerektiren durumlar haricinde anonim ortaklıklara ilişkin temel hükümlerin uygulanabileceğini ileri sürmektedir, Tarhanlı, s. 60, 67.

⁸⁷⁸ Ertaş, s. 99; Aynı yönde Karakılıç, s. 211.

⁸⁷⁹ Ertaş, s. 99.

⁸⁸⁰ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 631 ; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 183.

⁸⁸¹ Tekinalp (Poroy / Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 346.

⁸⁸² Kalpsüz, s. 366; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 631; Aydoğan, s. 119; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 689.

ermesi, istifa etmesi, genel kurul tarafından azledilmesi, TTK m. 363 f. 2 hükmü gereği üyenin iflasına karar verilmesi veya ehliyetinin kısıtlanması ya da üyelik için kanuni yahut ana sözleşme ile öngörülen niteliklerin kaybedilmesi halinde gerçekleşecektir. Tıpkı üyeliğin kazanılmasında olduğu gibi, rekabet yasağının sona ermesinde de tescil tarihi değil son bulma halinin gerçekleştiği an esas alınacaktır⁸⁸³. Yargıtay bir kararında, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının sona ermesinde üyenin istifa tarihi esas alınmıştır⁸⁸⁴. Her ne kadar, Yargıtay anılan kararında üyenin istifa tarihini esas alsa da; üyenin istifası, esasen üye ile ortaklık arasındaki iç ilişkide ortaklığa varması ile hüküm doğuracaktır⁸⁸⁵. Bu nedenle bizce, üyenin istifası halinde, istifanın ortaklığa ulaşması ile üyenin rekabet yasağının son bulacağına kabulü gerekmektedir.

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı, kuşkusuz ki ortaklığın sona ermesi ile de son bulacaktır. Şöyle ki, ortaklığın sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi halinde ortaklık tasfiye aşamasına girecektir. Fakat yönetim kurulu üyesinin ortaklığın tasfiye aşamasındaki rekabet yasağı, tasfiye işleriyle sınırlı olmak üzere, tasfiyenin başarıyla ve sağlıklı bir şekilde tamamlanmasını tehlikeye düşüren her türlü faaliyet bakımından uygulanacaktır⁸⁸⁶.

Yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesinden sonra, rekabet yasağının bir müddet daha süreceği kabul edilebilir mi? Doktrinde bir görüş uyarınca, yönetim kurulu üyesinin görev süresinin sona ermesini takiben üye ile rekabet yasağı hakkında hiçbir anlaşma yapılmamış olsa da, nadir durumlarda da olsa üyenin sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olarak rekabet etmeme yükümlülüğünün mevcut olabileceği ileri sürülmüştür⁸⁸⁷. Yalnız söz konusu bu yükümlülük, sadece kısa bir süre (örneğin altı ay) için, yer bakımından sınırlı ve konu bakımından ise özellikle üyenin bilgisi

⁸⁸³ Kalpsüz, s. 366 dn. 46; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 689. Üyeliğin, ortaklıkla iç ilişkide ve özellikle sorumluluk hükümleri açısından sona erme sebebinin gerçekleştiği tarihte son bulacağını; bu yöndeki tescilin bildirici niteliğe sahip olduğu yönünde bkz. Forstmoser / Meier - Hayoz / Nobel, § 27, N. 55. Doktrinde Çevik, tıpkı rekabet yasağının başlangıcında olduğu gibi, sona ermede de tescil tarihinin esas almaktadır, Çevik, s. 553.

⁸⁸⁴ “Mahkemece, (...) rekabet yasağının anonim ortaklığın yönetim kurulu üyesi olma şartına bağlandığı, davalının yönetim kurulundan istifa tarihi olan 28.01.2005 tarihinden sonra 09.02.2005 tarihinde kalker ruhsatı için başvuru yaptığı, bu durumda davacı şirketteki yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesinden sonra yapılan kalker ruhsatı başvurusunun haksız rekabet kapsamında olmadığı sonucuna varılarak, davanın reddine karar verilmiştir. (...) Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 04.10.2012 E: 2010 / 11204 K: 2012 / 15168, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁸⁸⁵ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 403.

⁸⁸⁶ Yasan, s. 430; Göksoy, s. 646 – 647; SHK – Jörg, Art. 561 OR, N. 11.

⁸⁸⁷ Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 669a.

dahilinde olan ve bu bilginin ortaklıkla rekabette kullanılması halinde ortaklığın ciddi anlamda zarara uğrayabileceği gibi hallerde uygulama alanı bulabileceği öngörülmektedir⁸⁸⁸. Ancak doktrinde çoğunluk, üyenin görev süresinin sona ermesinden sonraki dönem için sadakat yükümlülüğünün sadece sır saklama yükümlülüğü biçiminde devam edeceğini kabul etmektedir⁸⁸⁹. Kanaatimizce de yönetim kurulu üyesinin görevinin sona ermesinden sonraki dönem için üyenin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğün bir uzantısı olarak, kısa bir süre içinde olsa rekabet etme yükümlülüğü yüklenemeyecektir. Zira rekabet yasağı, kişilerin ticari faaliyette bulunma ve rekabet etme hakkını sınırlayan, istisnai özellik gösteren bir müessesedir. Kanundan doğan rekabet yasaklarının uygulanma süresi de, kanun hükmünün öngördüğü hukuki statünün kazanılması ve kaybedilmesine bağlıdır. Bu statünün kaybedilmesiyle birlikte, rekabet yasağının sona erdiğinin kabulü gerekir. Yasaktan yararlanan taraf olan ortaklık, üyenin görev süresi boyunca elde ettikleri nedeniyle, üyelik görevinin sona ermesinden sonra ortaklıkla rekabetinden endişe etmekteyse, üye ile bir rekabet yasağı sözleşmesi akdetmelidir. Rekabet yasağının sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olarak devam ettiğinin kabulü, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin dar yorumlanması ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

2. Rekabet Edici Faaliyete Hazırlık Çalışmaları

Yönetim kurulu üyesinin görev süresi devam ederken rekabet yasağına aykırı bir işlemin hazırlık çalışmalarına başlaması, diğer bir deyişle hazırlık faaliyetlerini gerçekleştirmesi rekabet yasağının kapsamına dahil edilecek midir? Bu sorunun cevabı doktrinde tartışmalıdır. Şöyle ki doktrinde bir görüş uyarınca, rekabet yasağına aykırı faaliyetin tohumlarının üyelik sıfatı devam ederken atılmış ve üyelik sıfatı sona erdikten kısa bir süre sonra aktif olarak faaliyete geçilmişse, bu tür davranışların TTK m. 396 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁹⁰. Ancak doktrinde diğer bir görüş uyarınca, üyenin görev süresinin bitiminden sonraki dönem için kendi rekabet edici faaliyetine başlamasına yönelik hazırlık çalışması yapması, fiili olarak faaliyete başlamadığı müddetçe rekabet yasağı kapsamında görülmemelidir⁸⁹¹. Bu

⁸⁸⁸ Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 669a.

⁸⁸⁹ Forstmoser / Meier - Hayoz / Nobel, § 28, N. 64. Aynı yönde Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 425.

⁸⁹⁰ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 416.

⁸⁹¹ Mülko - Spindler, § 88 AktG, N. 22; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 7; Spindler / Stitz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 13. Doktrine paralel olarak yargı kararlarında da bu şekilde kabul

hazırlık çalışmalarına örnek olarak, işyeri kiralanması, işyeri için gerekli donanımın sağlanması, mal alınması, franchise sözleşmesi akdedilmesi gösterilmektedir⁸⁹². Hazırlık çalışmalarının rekabet yasağı kapsamına dahil edilip edilmeyeceğinde sınır, üyenin fiili olarak faaliyete başlayıp başlamamasıdır; diğer bir deyişle hazırlık çalışması fiili bir faaliyete dönüştüğü an rekabet yasağının kapsamına dahil olacaktır⁸⁹³.

Alman Federal İş Mahkemesi, tacir yardımcısının rekabet yasağını değerlendirdiği bir kararında, tacir yardımcısının görev süresi devam ederken bir limited ortaklık sözleşmesi akdetmesini ve bu ortaklığı sicile tescil ettirmesini; ortaklığın henüz fiili olarak faaliyete geçmemesi ve ortaklığın işletme konusunun genel olarak tayin edilmesi ve somut rekabet tehdidinin ortaya konmadığı gerekçesiyle, söz konusu hazırlık çalışmasını rekabet yasağı kapsamında görmemiştir⁸⁹⁴. Başka bir kararında ise yine aynı doğrultuda, tacir yardımcısının franchising sözleşmesi akdetmesini, franchise sözleşmesi kapsamında çalışmaya başlamadığı müddetçe rekabet yasağın ihlali olarak nitelendirmemiştir⁸⁹⁵.

Hazırlık çalışmalarının rekabet yasağı kapsamına dahil edilip edilmeyeceğinde, yönetim kurulu üyesinin ortaklığa karşı olan sadakat yükümlülüğü nedeniyle, bizzat hazırlık çalışmalarının ortaklığın menfaatlerine zarar verip vermediğinin de değerlendirilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁸⁹⁶. Şöyle ki, hazırlık çalışmaları ortaklığın menfaatlerine zarar verici olduğu takdirde, rekabet yasağının kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, üyenin hazırlık çalışmaları nedeniyle işgücünün ortaklık aleyhine orantısız bir şekilde kullanmaması, diğer bir ifadeyle ortaklıktaki görevini ihlal edecek şekilde tüm mesaisini kendi hazırlık çalışmaları için kullanmaması gerekmektedir⁸⁹⁷.

edilmektedir, bkz. OLG (Oldenburg) 1 U 155/99 = NZG 2000, 1038, 1039, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; BAG - 2 AZR 486/71 = AP HGB § 60 N. 7, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; BAG - 2 AZR 598/76 = AP HGB § 60 N. 9, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁸⁹² Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 13.

⁸⁹³ OLG (Oldenburg) 1 U 155/99 = NZG 2000, 1038, 1039.

⁸⁹⁴ BAG - 2 AZR 486/71 = AP HGB § 60 N. 7.

⁸⁹⁵ BAG - 2 AZR 598/76 = AP HGB § 60 N. 9.

⁸⁹⁶ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 22; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 7; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 13.

⁸⁹⁷ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 22; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 7; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 13.

Kanaatimizce, üyenin görev süresinin sona ermesinden sonraki dönem için hazırlık çalışmalarının rekabet yasağının kapsamına dahil olup olmadığı sorununa; üyenin hazırlık çalışmalarının “hazırlık” boyutunda kalıp kalmadığına göre yaklaşmak gerekecektir. Şöyle ki üyenin hazırlık çalışmaları, fiili bir faaliyete dönüşmediği, fiili olarak hayata geçmediği müddetçe rekabet yasağı kapsamında görülmemelidir. Zira böyle bir durumda ortada rekabetten ve rekabetçi bir ilişkiden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla, rekabet yasağının ihlalinden de bahsedilemeyecektir. Şayet üye, tüm veya haddinden fazla bir biçimde çalışma gücünü hazırlık çalışmalarına harcıyor ve bu çalışmalar ortaklıktaki görevini ihlal neticesini doğuruyorsa; üyenin bu hazırlık çalışmalarının, ortaklığa karşı özen ve sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına geleceğini ve TTK m. 553 vd. hükümlerince sorumluluğuna başvurulabileceğini düşünmekteyiz.

B. Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesinden Sonra Rekabet Yasağı

1. Genel Olarak

Kanundan doğan rekabet yasağının ortaklık lehine sağladığı koruma üyenin görev süresinin sona ermesi ile son bulacağından; yönetim kurulu üyesi üyelik sıfatının, diğer bir deyişle üyelik görevinin sona ermesi ile birlikte ortaklıkla rekabet etmekte ve ortaklığın rakibi olmakta özgürdür. Açık bir anlatımla yönetim kurulu üyesi, görevinin sona ermesi ile birlikte; görev süresi içinde edindiği ortaklığa ilişkin bilgi ve kaynaklar nedeniyle sahip olduğu donanımdan yararlanarak ortaklıkla rekabet edebilecek, ortaklığın rakibi haline gelebilecektir. Uygulamada da üyelerin, görev sürelerinin sona ermesinden sonra ortaklıkla rekabet etme arzuları sıklıkla görülmektedir. Ancak böyle bir durumun ortaklık bakımından yaratacağı sorunlar da aşıkardır. Zira, üye ortaklıkla rekabeti halinde, sahip olduğu donanım sayesinde ortaklık karşısındaki rekabetteki konumunu, diğer bir deyişle rekabetçi pozisyonu güçlendirip üstün hale gelebilecektir. Bunun neticesinde de ortaklığın menfaatinin ciddi ve ağır bir biçimde zedelenme veya zarar görme ihtimali kuvvetle muhtemeldir.

Şayet ortaklık, bu tür bir zarar görme ihtimalini veya riskini engelleme niyetindeyse, yönetim kurulu üyesi ile görev süresinin sona ermesinden sonra geçerli

olmak üzere bir rekabet yasağı sözleşmesi akdetmesi gerekmektedir⁸⁹⁸. Söz konusu bu rekabet yasağı sözleşmesi (“*nachvertragliche Wettbewerbsverbot*”), doktrinde “*sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması*⁸⁹⁹”, “*görev sonrası rekabet yasakları*⁹⁰⁰” olarak da adlandırılmaktadır. Biz ise çalışmamızda, görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesi terimini kullanacağız. Aşağıda yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini, sınırlarını ve bu sözleşmeye, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olacak şekilde işçi ile işveren arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin TBK m. 444 vd. hükümlerinin uygulanabilirliğini genel hatları ile incelemeye çalışacağız.

2. Geçerlilik Şartları ve Sınırları

Yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesi kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmemiştir. Aslında kanun koyucu sadece anonim ortaklık bakımından değil; diğer ortaklık tipleri açısından da bu tür bir düzenleme yapmayı tercih etmemiştir. Dolayısıyla, kanun koyucunun hizmet sözleşmesinin sona ermesini takiben geçerli olacak rekabet yasağı sözleşmeleri için TBK m. 444 vd. hükümleri uyarınca öngördüğü şekil ve içeriğe ilişkin kanuni gereklilikler Ortaklıklar Hukuku’nda yer almamaktadır⁹⁰¹. Bu durumda, yönetim kurulu üyesi ile akdedilecek görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesi genel geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Taraflar Borçlar Hukuku’na özgü sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, MK m. 23 f. 2 ile TBK m. 26 ve m. 27 f. 1 hükümlerine riayet etmek koşuluyla görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesini diledikleri gibi akdedebilecektir⁹⁰². Açık bir anlatımla görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinin sınırlarını, kişilik haklarını ve özgürlüklerini aşırı derecede ağırlaştıran veya sınırlayan durumlardan koruyan MK m. 23 f. 2 hükmü ile emredici hükümlere, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı düşen veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağını öngören

⁸⁹⁸ Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 48; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 10; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 23; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 42; Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 18; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 41; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 239; Karakılıç, s. 28; Göksoy, s. 659.

⁸⁹⁹ Karakılıç, s. 28.

⁹⁰⁰ Ertaş, s. 88.

⁹⁰¹ Müller, s. 286; Pellanda, s. 78.

⁹⁰² Wüsch, s. 32; Müller, s. 285; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 57; Sommer, s. 151; Müller, s. 286; Pellanda, s. 82; Cotti, N. 830; Neeracher, s. 16; BGE 95 II 532, E. 2, www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; Aydoğan, s. 36; Karakılıç, s. 29 - 30, 262; Ünal, s. 154; Karasu, s. 22; Rauf Karasu, Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme İle Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı, **Batider**, C: 22, S: 4, 2004 s. 83 - 84; Ertaş, s. 89.

TBK m. 27 f. 1 çizecektir⁹⁰³⁹⁰⁴. Şöyle ki taraflar sözleşmenin içeriğini, başka bir deyişle rekabet edici faaliyetin niteliği, şekli, türü ile sözleşmenin ihlali halinde uygulanacak yaptırımları⁹⁰⁵ da iradelerine göre tayin edebilecektir.

Doktrinde, ortaklığın ana sözleşmesi ile veya genel kurul kararı ile üyenin kanuni rekabet yasağının, yöneticilik sıfatı sona erdikten sonra da belli bir süre devam edeceğinin öngörülebileceği ileri sürülmüştür⁹⁰⁶. Ancak, tarafların görev sonrası rekabet yasağına ilişkin açık bir şekilde anlaşmalarının gerektiği⁹⁰⁷ unutulmamalıdır. Diğer bir deyişle, rekabet yasağının geçerliliği için yasağa tabi kılınacak üyenin rızası şarttır⁹⁰⁸.

Yönetim kurulu üyesi, anonim ortaklıkta pay sahibi olmadığı takdirde; ortaklık sözleşmesinde düzenlenen görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesine ancak rıza gösterdiğinde tabi olabilecektir. Zira, üye pay sahibi olmadığı için iradesi ortaklık ana sözleşmesinde bulunmamaktadır. Dolayısıyla, üyenin rızası olmadan, başka bir deyişle ortaklık ile üye özel olarak anlaşmadığı takdirde; görev sonrası rekabet yasağına tabi olması mümkün değildir. Yine üyenin görev sonrası rekabet yasağına dair alınan genel kurul kararının; üyeye yapılmış bir icap olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve ancak üyenin kabulü ile görev sonrası rekabet yasağına tabi kılınabileceğini düşünmekteyiz.

⁹⁰³ “Sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu belirlemekte özgür iseler de bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. Anayasa, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri ile sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48. ve devamı maddelerinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu bildirilmiş, BK’nın 19. maddesinin ilk fıkrasında, bir akdin mevzuunun kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunacağı belirtildikten sonra, 2. fıkrasında bu serbestinin sınırları gösterilmiş, 20. maddesinde ise bir akdin mevzuunun gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olması halinde o akdin batıl olacağı, MK. 23/2. maddesinde de kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamayacağı düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemeler karşısında, tarafların sözleşme içeriğinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınan çalışma hürriyeti ilkesine aykırı olarak ve bu özgürlüğü ihlal anlamına gelecek herhangi bir düzenleme yapmalarının mümkün değildir.”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 28.10.2015 E: 2015 / 3828 K: 2015 / 11197, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁹⁰⁴ Sözleşmeden doğan rekabet yasaklarına ilişkin değerlendirmelerimiz için bkz. Yuk. Birinci Bölüm, I., D., 2.

⁹⁰⁵ Örnek olarak görev sonrası rekabet yasağında, yasağın ihlal edilmesinde yaptırım olarak cezai şart ödemesi kararlaştırılabilir, Sommer, s. 152; Pellanda, s. 81; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 48; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 10; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 25; Aydoğan, s. 36; Ertaş, s. 120.

⁹⁰⁶ Karasu, s. 25.

⁹⁰⁷ MüKo - Langhein, § 112 HGB, N. 20; Müko - Merkt, § 13, N. 236; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 44; Cotti, N. 14.

⁹⁰⁸ ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 44; Pellanda, s. 81.

Rekabet yasağında, yasaktan yararlananın menfaatinin korunması pahasına yasağa tabi kişinin anayasal güvence altına alınan ticari faaliyet ve dolayısıyla rekabet özgürlüğünün kısıtlandığını yukarıda⁹⁰⁹ ifade etmiştik. Bu kapsamda rekabet yasağında birbirine zıt menfaatler mevcuttur. Bir yanda yasaktan yararlananın ekonomik menfaatinin zarar görme ihtimali korunurken diğer yandan yasağa tabi olan kişinin ekonomik özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Dolayısıyla rekabet yasağı ilişkisinde söz konusu bu menfaatlerin dengede tutulması; başka bir deyişle bir tarafın yükümlülüğün aşırı kısıtlayıcı olmaması; yine görev sonrası rekabet yasağının amacını imkânsız ya da neredeyse ortadan kaldıracabilecek nitelikte hafifletilmemesi gerekmektedir. Örneğin, üye için ortaklıktan ayrıldığı döneme ilişkin rekabet yasağı bir meslek yasağına dönüşüp, üyeyi tamamen yeni bir faaliyet alanına mecbur kıldığı takdirde, söz konusu rekabet yasağının aşırı bağlayıcı olduğu kabul edilmekte ve dolayısıyla geçersiz addedilmektedir⁹¹⁰.

Görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği -tıpkı diğer sözleşmeden doğan rekabet yasakları gibi- konu, yer ve zaman bakımından sınırlandırılmasına bağlıdır⁹¹¹. Söz konusu sınırlandırmalar, rekabet yasağı ile üstlenilen edimin kişilik haklarını ve özgürlüklerini aşırı derecede ağırlaştırıp ağırlaştırmadığı veya aşırı bağlayıcı olup olmadığı yönündeki MK m. 23 f. 2 anlamındaki değerlendirmenin kıstaslarıdır⁹¹². Bu noktada belirleyici olan özgürlüğün ne derecede kısıtlandığıdır; yasağın konusu, yeri ve süresi açısından yasağa tabi kişinin özgürlüğünün aşırı derecede ağırlaştırılması kabul edilemeyecektir⁹¹³.

⁹⁰⁹ Bkz. Yuk. Birinci Bölüm, I., B., 1.

⁹¹⁰ ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 57.

⁹¹¹ BK – Bucher, Art. 27 ZGB, N. 417; Forstmoser / Küchler, § 32, N. 1463 vd.; Cotti, N. 131 - 132; BGE 4C.5/2003, E. 2. 1. 2; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 50; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 23; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 10; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 43; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 11; Christian Armbrüster, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Sackert Franz Jürgen / Rixecker Roland / Oetker Hartmut / Limperg Bettina (Hrsg.), 8. Aufl., München, C. H. Beck, 2020, § 138 BGB, N. 79; Müko – Merkt, § 13, N. 239; Gregor Thüsing, Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern Ein Rundgang durch die neuere Rechtsprechung und Literatur, **NZG**, 2004, s. 10; BGH II ZR 158/66 = NJW 1968, 1717, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; BGH II ZR 229/83 = NJW 1984, 2366, 2367, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; OLG Celle, 9 U 110/00 = NZG 2001, 131, 132; BGH, II ZR 208/08 = NJW 2010, 1206, 1207, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; Öçal, Fransız Mahkeme Kararları, s. 77 vd.; Aydoğan, s. 36; Karakılıç, s. 29; Ünal, s. 151 - 153; Karasu, s. 29; Karasu, Ayrılan Ortak, s. 88.

⁹¹² BK – Bucher, Art. 27 ZGB, N. 417; Cotti, N. 132; BGE 4C.5/2003, E. 2. 1. 2.

⁹¹³ Müko – Ambrüster, § 138 BGB, N. 79.

Konu bakımından sınırlandırma, rekabet edici faaliyetin tayin ve tarif edilmesine ilişkindir. Rekabet edici faaliyetin tayininde merkez kavram ortaklığın fiili işletme konusudur; ortaklığın gerçekteki faaliyet konusuna girmeyen bir alanda rekabet yasağı kararlaştırılamaz⁹¹⁴. Zira, ortaklığın faaliyet göstermediği bir alanda rekabet ilişkisinden söz edilemez. Başka bir deyişle, rekabet yasağının konu bakımından sınırını ortaklığın fiili işletme konusu çizmektedir. Görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesi akdedildikten sonra, ortaklığın fiili işletme konusunu değiştirmesi veya sona erdirmesi halinde, sözleşme geçersiz olacaktır. Zira bu noktada ortaklığın korunmaya değer haklı menfaati hem ortadan kalkmıştır⁹¹⁵; hem de rekabet edici faaliyetin gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.

Yer bakımından sınırlandırma, rekabet edici faaliyetin gerçekleşeceği coğrafi alana (bölge, şehir, vb.) ilişkindir. Görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesi de yer bakımından, ortaklığın faaliyet alanı ile sınırlı olmalıdır⁹¹⁶. Faaliyet alanı tespit edilirken, ortaklığın yerel, bölgesel, ulusal veya uluslararası bir piyasada faaliyet gösterip göstermediği belirleyici olacaktır⁹¹⁷. Ortaklığın faaliyet göstermediği bir alana ilişkin yasak konulduğu takdirde; yine ortada rekabetin varlığından ve dolayısıyla rekabet yasağı ile korunacak ortaklık menfaatinin varlığından söz edilemeyecektir. Yer bakımından “tüm dünyada” yahut “tüm Avrupa’da” şeklindeki sınırlandırmaların fazlasıyla geniş olduğu kabul edilmekle birlikte; bu tip sınırlandırmaların uluslararası alanda faaliyet gösteren ortaklıklar açısından ancak tüm ülkelerde fiilen faaliyet göstermeleri halinde mümkün sayılabilecektir⁹¹⁸.

Zaman bakımından sınırlandırma ise, rekabet edici faaliyetin süre ile sınırlanmasına, başka bir deyişle yasağın süresine ilişkindir⁹¹⁹. Görev sonrası rekabet

⁹¹⁴ ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 60, 77; Sommer, s. 151; Handschin / Truniger, § 10, N. 47; SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 812 OR, N. 11; Forstmoser / Küchler, § 32, N. 1464; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 44; Karasu, s. 30 – 31; Karasu, Limited Şirketler, s. 164; Karasu, Ayrılan Ortak, s. 90; Karakılıç, s. 172 vd.

⁹¹⁵ BK – Bucher, Art. 27 ZGB, N. 420.

⁹¹⁶ BK – Bucher, Art. 27 ZGB, N. 420; Forstmoser / Küchler, § 32, N. 1465; Handschin / Truniger, § 10, N. 47; SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 812 OR, N. 13; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 45; Thüsing, s. 10; Karasu, s. 31; Karasu, Ayrılan Ortak, s.90; Karakılıç, s. 275

⁹¹⁷ SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 812 OR, N. 13.

⁹¹⁸ Thüsing, s. 10 – 11; Miko - Spindler, § 88 AktG, N. 49; Hölter Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 24; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 10; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 45.

⁹¹⁹ İsviçre Hukuku’nda, yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinin süresinin, İş Hukuku’nun aksine temel bir süre sınırlamasına tabi olmadığı ve genelde beş ve on yıl süreli rekabet yasaklarının uygulamada yaygın olduğu ifade edilmektedir, Müller, s. 282. Alman Hukuku’nda ise, bu sürenin iki yıllık bir sürenin makul olabileceği doktrin ve federal mahkeme tarafından kabul

yasağı sözleşmesinin zaman bakımından hiçbir sınır içermemesi, diğer bir ifadeyle yasağın süresiz olması halinde geçersiz sayılacağı belirtilmektedir⁹²⁰. Ancak, yer bakımından dar bir alan açısından kararlaştırılan süresiz rekabet yasağını uygun gören yargı kararları da mevcuttur⁹²¹.

Görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamının geçerliliğinin tayininde konu, yer ve zaman hususlarının birbirileri ile bileşimi yasağın geçerliliğinin değerlendirilmesinde önem taşımaktadır⁹²². Doktrinde, MK m. 23 f. 2 anlamında yapılacak değerlendirmede konu, yer ve zaman unsurlarını tek tek incelemekten ziyade yasağın kapsamına bir bütün olarak bakılması gerektiği, yasağın uygulamadaki etkisinin ancak bu şekilde görülebileceği ileri sürülmektedir⁹²³. Buna göre, rekabet edici faaliyetler yönünden geniş veya coğrafi bölge olarak kapsamlı bir rekabet yasağı sözleşmesine, sadece kısa bir süre için geçerli olması durumunda uygun görülebilecektir. Yine uzun süreli bir rekabet yasağı sözleşmesi, yer ve kapsam bakımından çok dar bir alan için öngörülmüşse geçerli kabul edilebilecektir⁹²⁴.

Yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesi ivazsız, diğer bir deyişle tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde akdedilebileceği gibi; ivazlı diğer bir deyişle iki tarafa borç yükleyen sözleşme şeklinde de akdedilebilir. Başka bir ifadeyle, yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinde yasağı üstlenen üyenin mutlaka bir karşılık edinmesi şart değildir⁹²⁵. İvazlı görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinde, yasaktan yararlanan ortaklık, görevi sona ermiş yönetim

edilmektedir, Müko – Ambrüster, § 138 BGB, N. 79; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 50; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 24; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 10; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 46; BGH KZR 3/92 = NJW 1994, 384, 385, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; BGH II ZR 2/89 = NJW-RR 1990, 226, 227, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021. Söz konusu bu iki yıllık sürenin tayininde, bağlı tacir yardımcılarının görevlerinin sona ermesinden sonraki dönem için akdedilecek rekabet yasağının şartlarını tayin eden Alm.TK § 74a Abs. 1 hükmünden etkilenildiği ve objektif olarak da incelendiğinde iki yıldan sonra eski yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla bağlarının zayıflayacağı, elde ettiği bilgi ve kaynakların güncelliğini ve özelliğini yitireceğinin kabulünün gerektiği ifade edilmektedir, Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 46.

⁹²⁰ BK – Bucher, Art. 27 ZGB, N. 421; Karakılıç, s. 264 – 265.

⁹²¹ BGE 51 II 222; BGE 51 II 299; BGE 51 II 440, BK – Bucher, Art. 27 ZGB, N. 440 – 442.

⁹²² Forstmoser / Küchler, § 32, N. 1465; Cotti, N. 134 – 135.

⁹²³ BK – Bucher, Art. 27 ZGB, N. 418; Thüsing, s. 10; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 43.

⁹²⁴ Forstmoser / Küchler, § 32, N. 1465; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 23; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 43

⁹²⁵ Kanun koyucu acente ile yapılan, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonrası için akdedilen rekabet yasağında, acenteye uygun bir tazminat ödenmesini; diğer bir ifadeyle karşı edimin varlığını gerekli görmektedir (TTK m. 123 f. 1).

kurulu üyesinin rekabet etmeme yükümlülüğüne karşılık olarak bir “*bekleme tazminatı*”⁹²⁶ (“*Karenzentschädigung*”) veya “*bekleme ücreti*”⁹²⁷ olarak da adlandırılan bir karşı edim yüklenmektedir. Söz konusu karşı edimin, yasağa tabi kişi yönünden yasağın etkisini hafifletebileceği ya da yasağın katlanılabilir hale getirebileceği ifade edilmektedir⁹²⁸. Dolayısıyla, görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinde üstlenilen edimlerin aşırı bağlayıcı veya kısıtlayıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde, yasaktan yararlananın karşı ediminin mevcut olup olmadığı; üyelik sırasında ve üyelik sona erdikten sonra varsa elde ettiği ekonomik menfaatler de dikkate alınarak konsolide bir analiz yapılmalıdır⁹²⁹.

Özetle yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği somut olay bazında değerlendirilirken, başka bir deyişle yasağa tabi kişinin üstlendiği edimlerin aşırı bağlayıcı veya kısıtlayıcı olup olmadığının tespitinde taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilmeli; yasağa tabi kişinin yükümlülüğünün ivazlı olup olmadığı, diğer bir deyişle yasağa tabi kişinin rekabet yasağı karşılığında herhangi bir karşılık ya da tazminat alıp almadığı, yasağa tabi kişinin üstlendiği edimin büyüklüğü, kapsamı, niteliği, yasaktan yararlananın menfaati ve yasağa tabi kişinin kendisine ne ölçüde bir zarar verebileceği bütünsel olarak gözetilmelidir⁹³⁰.

Yargıtay’ın özel olarak yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesini değerlendirdiği bir kararına rastlanılmasa da; taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sona ermesinden sonraki dönem için akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinin, geçerliliğini ve sınırlarını değerlendirdiği kararları mevcuttur. Söz konusu kararlar Yargıtay’ın yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin bakış açısının tespitinde faydalı ve yol gösterici olabilecektir.

Yargıtay’ın 02.03.2000 tarihli kararına⁹³¹ konu olan somut olayda, evlilikleri sırasında bir limited ortaklık kuran bir çift, boşanmalarının ardından bir protokol akdederek ortaklığı sona erdirmeye karar vermişlerdir. Söz konusu protokolde aynı

⁹²⁶ Yaşar Can Göksoy, “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 12, Özel Sayı, 2010s. 915; Karakılıç, s. 295.

⁹²⁷ Can, s. 99.

⁹²⁸ Pellanda, s. 82.

⁹²⁹ ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 57.

⁹³⁰ ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 82.

⁹³¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 02.03.2000 E: 2000 / 1263 K: 2000 / 1729, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

zamanda taraflardan biri, ortaklığın işletme konusu ilaçları ithal etmeme hakkında yükümlülük üstlenmiştir. Ardından karşı taraf, yükümlülüğün ihlal edildiğini ileri sürerek dava ikame etmiş ve protokolde öngörülen cezai şartı yükümlüden talep etmiştir. Davalı (yükümlü taraf) ise, söz konusu protokolün serbest irade ile akdedilmediğini, iradesinin sakatlandığını ileri sürerek protokolün geçersiz olduğu savunmasını yapmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından da protokolün irade fesadı nedeniyle sakatlandığı gerekçesi ile iptaline karar verilmiştir. Yargıtay ise meseleye, protokolde yer alan yükümlülük açısından yaklaşmış ve ortaklıktan fiilen ayrılan bir ortağa, kaydı hayat şartıyla çalışmasını engeller nitelikteki bu hükmün, esasen geçersiz olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla Yargıtay kaydı hayat şartı, diğer bir ifade ile ömür boyu sürecek bir rekabet etmeme yükümlülüğünü bu kararda geçersiz addetmektedir.

19.01.2012 tarihli kararına⁹³² konu olan olayda ise, taraflar arasında imtiyaz (franchising) sözleşmesinde alt imtiyaz sahibi, *“bu anlaşmanın sona ermesini veya feshedilmesini takip eden bir yıllık süre boyunca imtiyaz bölgesinde, ne kendisinin ne de ilgili olduğu bir şirketinin bu anlaşma ile makul olarak tasarlanmış bulunan iş ile aynı veya benzer olan işlerde, özelde de gıda zinciri ile veya gıda toptan veya perakende satışı yapan D. ürünlerinin benzerlerini veya aynısını satan rakip bir işletme ile iş yapmaktan ve genelde de D. işletmeleri ile rekabet yaratacak doğrudan veya dolaylı faaliyetlerde bulunmaktan kaçınmayı”* taahhüt etmiştir. Ardından imtiyaz veren, sözleşmenin feshinden sonra imtiyaz alanın yasaklanan işleri yapmaya devam ettiğini ileri sürerek, bu durumun tespitini ve önlenmesini talep etmiş ve ilk derece mahkemesince talebin kabulüne karar verilmiştir. Yargıtay ise, önce herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğunu, sözleşmenin taraflarının, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu belirlemekte özgür olduğunu ancak bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olmadığını, sözleşme özgürlüğünün sınırlarının Anayasa ile TBK m. 26 ve m. 27 hükümlerinin çizdiğini belirtmiş; ardından, somut olayda taraflar arasındaki sözleşmenin rekabet yasağını düzenleyen anılan hükmünün, Anayasa ile güvence altına alınan çalışma özgürlüğü ilkesine aykırı olması ve tarafların aralarında imzalayacakları bir sözleşme hükmü ile bu özgürlüğü ihlal anlamına gelecek herhangi bir düzenleme yapmalarının mümkün bulunmaması

⁹³² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 19.01.2012 E: 2011 / 13747 K: 2012 / 356, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

nedeniyle geçersiz olduğuna hükmederek, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Ancak söz konusu bu kararda, Yargıtay'ın taraflar arasında akdedilen sözleşme kapsamında bulunan rekabet yasağı hükmünün hangi açılardan, - örneğin konu bakımından rekabet edici faaliyetlerin aşırı geniş olduğu gibi - çalışma özgürlüğüne aykırı gördüğü belirsizdir.

Ancak Yüksek Mahkeme 28.05.2018 tarihli bir kararında⁹³³, süresiz bir rekabet etmeme yükümlülüğünü geçersiz addetmemiştir. Şöyle ki somut olayda, taraflar arasında akdedilen pay devir protokolünde, devreden "hisse devrinden önce veya sonra İstanbul İli ... İlçesi sınırları içerisinde aynı iş kolu ve sektör ile ilgili olarak kendi adına veya üçüncü kişi adına açılan yerlerde sigortalı olarak ya da vekil veya müdür olarak görev veya faaliyet yapamayacağı" yönünde rekabet yasağına ilişkin hüküm kararlaştırılmıştır. Ardından devralan, devreden aynı ilçe sınırları içerisinde protokolde ilgili hükme aykırı faaliyette bulunduğu tespit edildiğini ileri sürerek dava ikame etmiş ve devredenden protokol ile öngörülen cezai şartın tahsilini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, taraflar arasında düzenlenen protokolün rekabet yasağına ilişkin hükümde bir süre belirlenmemesi ve bu haliyle süresiz bir rekabet yasağı içermesi sebebiyle anılan protokol hükmünün Anayasa'nın çalışma özgürlüğü ilkesine aykırı olduğuna, dolayısıyla cezai şart düzenlemesinin de geçersiz olduğuna karar vermiştir. Yargıtay ise, somut olayda, her şeyden önce taraflar arasında düzenlenen protokolde yer alan rekabet yasağı maddesinin Anayasa'nın m. 48, TBK m. 26 ve m. 27 f. 1 hükümleri karşısında geçerli olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerektiğini önceki kararlarındaki gibi tekrarlamış, ardından devreden payını devrettiği ortaklığın ticari işletmesinin kurucusu olduğunu, devreden yaptığı işin niteliği gereğince müşteri çevresi oluşturduğunu, pay devir bedelinin rekabet yasağı maddesine güvenilerek belirlendiği hususlarının da dikkate alınarak, protokolde "... ilçesi" sınırları içerisinde çalışmama yasağının faaliyet konusu itibarıyla makul olduğu ve geçersizlik şartlarının oluşmadığının kabulünün gerektiğine hükmetmiştir. Devamla, rekabet yasağı sözleşmesinin süre sınırının bulunmamasının, başka bir deyişle rekabet etmeme yükümlülüğünün sadece süresiz olmasının tek başına sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceğini şu gerekçelerle açıklamıştır: "Ayrıca, taraflar arasında düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinin

⁹³³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 28.05.2018 E: 2016 / 12111 K: 2018 / 3973, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

süresiz olması, bu sözleşmeyi tek başına geçersiz olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Gerçekten, süresiz bir rekabet yasağı sözleşmesinin, geçersiz olarak nitelenebilmesi için, süresiz olmasının yanında ayrıca kişinin ekonomik özgürlük alanını ölçüsüz bir risk altına sokup sokmadığına, diğer tarafa bağımlı hale getirip getirmediğine bakılması gerekir. Bu nedenle, bir rekabet yasağı sözleşmesinin muhtevası eğer kişiyi ekonomik yönden ağır yükümlülükler altında bırakmıyorsa tek başına sözleşmenin süresiz olması geçersizlik sebebi sayılamamalıdır. Bu durumda, mahkemece, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, taraflar arasındaki rekabet yasağı sözleşmesinin TBK'nın 26. ve 27. maddelerine aykırı olmadığı gözetilerek işin esasına girilip davalının cezai şartın fahiş olduğu yönündeki savunması da dikkate alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”

Bu kapsamda Yargıtay bu kararında, rekabet etmeme yükümlülüğü herhangi bir süre ile sınırlanmadığı, diğer bir deyişle süresiz olduğu takdirde; bu durumun kişinin ekonomik özgürlük alanını ölçüsüz bir risk altına sokup sokmadığının, sözleşmenin diğer tarafına bağımlı hale getirip getirmediğinin ayrıca incelenmesi gerektiğini öngörmektedir⁹³⁴.

Netice itibariyle, yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinde, somut olayın şartları temelinde yasağı üstlenen kişinin konu, yer ve zaman bakımından sınırlanmasının kişinin ekonomik özgürlüğünü ne derecede etkilediği, taahhütlerin kişilik haklarına aykırı bir şekilde aşırı bağlayıcı olup olmadığı, başka bir ifadeyle kişinin ekonomik varlığını ölçüsüz bir risk altına sokup sokmadığı, diğer tarafın keyfiyetine bağımlı hale getirip getirmediği yine elde ettiği menfaat da

⁹³⁴ Söz konusu karar oyçokluğuyla alınmış olup; karara karşı oy yazısı şu şekildedir: “Dava, taraflar arasındaki hisse devir sözleşmesinde öngörülen rekabet yasağının ihlali nedeniyle, yine sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın tahsili ve bakiye devir bedeli için düzenlenen bonodan ötürü borçlu olmadığının tespiti istemlerine ilişkindir. Ticaret şirketlerinde, kanun yahut ana sözleşme ile kararlaştırılan rekabet yasağı, kişiyi şirketle ilişkilendiren belirli hukuki sıfatların (ortak, yönetim kurulu üyesi, ticari mümessil vb.) sona ermesi ile kural olarak ermekteyse de, rekabet yasağının, bu sıfatların kaybindan sonra da devamına yönelik olarak sözleşme yapılması mümkündür. Ancak, Türk hukukunda ticaret ortaklıklarına dair düzenlemelerde, sözleşme sonrasına yönelik akdi rekabet yasaklarına dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Şu hâlde, böyle sözleşmelerin, ancak, TBK'nın 27. maddesi çerçevesinde geçerli olabilecekleri söylenebilir. Öğretide, bu husus, böyle sözleşmelerin sınırının kişilik hakları olacağı belirtilmek suretiyle ifade edilmektedir. Bireyin kişilik hakları, TMK ve ... Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmış olup kişinin dilediği yerde çalışma, iş kurma ve işi sürdürme hakkının da bu kapsamda olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle, yerel mahkemece, taraflar arasında düzenlenen rekabet yasağına dair sözleşmenin, TBK'nın 27. maddesi dairesinde kesin hükümsüz kabul edilmesinde bir yanlışlık bulunmadığı kanısındayım.”

dikkate alınarak, yasaktan yararlananın da korunması gereken menfaatinin varlığı da sorgulanarak bütünsel bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu nedenle yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğinin ve sınırlarının tespitinde, genel geçer soyut kurallardan ziyade; somut olayın görünüşü ve şartları belirleyici olacaktır.

3. Hizmet Sözleşmesine Özgü TBK m. 444 vd. Hükümlerinin Kıyasen Uygulanabilirliği

Hizmet sözleşmesine ilişkin olarak, işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemi için işveren ile işçi arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmesi için kanun koyucunun TBK m. 444 vd. hükümlerinde sıkı şekil ve geçerlilik şartlarını öngördüğünü ve söz konusu düzenlemenin, işçinin işveren karşısında eşit konumda bulunmaması nedeniyle işçinin korunma ihtiyacından kaynaklandığını yukarıda bahsetmiştik⁹³⁵.

Hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonraki dönem için rekabet yasağını düzenleyen TBK m. 444 vd. hükümlerinin doğrudan veya kıyasen, yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesine uygulanması mümkün müdür? Doktrinde, TBK m. 444 vd. hükümlerinin uygulanabilmesi için taraflar arasında bir hizmet sözleşmesinin varlığının gerekli olduğu; söz konusu hükümlerin hizmet sözleşmesine özgü ve özel nitelikte olduğu, zira bu ilişkinin tarafların eşit seviyede olmadığı ve işçinin korunması amacıyla öngörüldüğü, bu nedenlerle temelinde hizmet sözleşmesi olmayan diğer rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanamayacağı ileri sürülmektedir⁹³⁶. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesine, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında hizmet sözleşmesi mevcut değilse, TBK m. 444 vd. hükümlerinin uygulanamayacağı⁹³⁷; hizmet sözleşmesindeki bu hükümlerin taraflar arasındaki eşitsizlik ve bağımlılık ilişkisi nedeniyle işçiyi koruma amacına hizmet ettiği, böyle

⁹³⁵ Bkz. Birinci Bölüm, II., A.

⁹³⁶ Yavuz, s. 907; Soyer, s. 11; Gümüş, s. 545; Uşan, s. 55; Altay Sabah, İşçi ile İşveren, s. 182; Ünal, s. 160; Tuna, s. 32. İsviçre doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi de, taraflar arasında hizmet sözleşmesi bulunmadığı takdirde İsv.BK Art. 340 vd. (TBK m. 444 vd.) hükümlerinin diğer sözleşmesel rekabet yasaklarına, gerek doğrudan gerekse kıyasen uygulanmayacağı görüşündedir, Müller, s. 281; Forstmoser / Küchler, § 32 N. 1462; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 57; ZK - Staehelin, Art. 340 OR, N. 4; Streiff / von Kaenel / Rudolph, Art. 340 OR, N. 2 ; Pellanda, s. 82; Cotti, N. 830 – 831; Neeracher, s. 16; Räber, N. 98; BGE 95 II 532, E. 2; BGE 4C.5/2003, E. 2. 1. 2.; BGE 4A_340/2011, E. 4.3., www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁹³⁷ Müller, s. 281; Karasu, s. 21 – 22; Ünal, s. 165 – 166 ve dn. 540; Tuna, s. 32.

bir eşitsizliğin yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında mevcut olmadığı⁹³⁸ ve bu nedenle de Ortaklıklar Hukuku'nda görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinin şartlarının İş Hukuku'na nazaran, daha sert ve daha uzun öngörülebileceği kabul edilmektedir⁹³⁹.

Ancak aksi görüş olarak, TBK m. 444 vd. hükümlerinin yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesine uygulanabileceği de doktrinde ileri sürülmektedir. Şöyle ki bu görüşteki yazarlardan bir kısmı⁹⁴⁰, yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinin yorumunda TBK m. 444 vd. hükümlerinin esas alınması gerektiğini; diğer bir kısmı⁹⁴¹ ise, TBK m. 444 vd. hükümlerinin işin niteliği elverdiği müddetçe kıyasen uygulanabileceğini⁹⁴² ve Yargıtay'ın verdiği bir kararda⁹⁴³ limited ortaklıktan ayrılan ortağın rekabet yasağına ilişkin kaydı hayat şartını geçersiz bulması nedeniyle de, Yargıtay'ın da bu görüşe yakın bir tutum sergilediğini⁹⁴⁴ ifade etmektedir.

Kanaatimizce yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesine, taraflar arasında hizmet sözleşmesi mevcut olmadığı takdirde, TBK m. 444 vd. hükümleri ne doğrudan ne de kıyasen uygulanabilecektir. Zira, ilkin yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, hâkim görüş uyarınca vekâlet sözleşmesidir⁹⁴⁵. Bu nedenle, TBK m. 444 vd. hükümlerinin doğrudan uygulanması mümkün değildir⁹⁴⁶. İkinci olarak, kanun koyucu görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesini hiçbir ortaklık tipinde düzenlemeyi tercih etmemiştir. Ayrıca TBK m. 444 vd. hükümleri hizmet sözleşmesinin yapısına ve niteliğine göre düzenlenmiş özel hükümlerdir. Kanun koyucunun söz konusu hükümleri öngörmesinin nedeni, işveren ile bağımlılık ilişkisinde bulunan ve işverene nazaran daha zayıf konumda olan işçiyi koruma amacıdır. Halbuki, Ortaklıklar Hukuku'nda böyle bir eşitsizlik mevcut

⁹³⁸ Pellanda, s. 82.

⁹³⁹ Müller, s. 281.

⁹⁴⁰ Ayan, s. 161.

⁹⁴¹ Aydoğan, s. 32, 36; Göksoy, 659 – 660; Kırca (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 689.

⁹⁴² Doktrinde Karakılıç ise, TBK m. 444 vd. hükümlerinin uygulanamayacağından ziyade, rekabet yasağının maddi kapsamının belirlenmesinde TTK m. 445'te yer alan konu, yer ve zaman sınırlandırmalara ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasının zor olduğunu belirtmektedir, s. 270.

⁹⁴³ Künyesi için bkz. Yuk. Üçüncü Bölüm, II., B., 2. dn. 935.

⁹⁴⁴ Göksoy, s. 660.

⁹⁴⁵ Yuk. Bkz. İkinci Bölüm, I., B.

⁹⁴⁶ Doktrinde yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesinin yorumunda TBK m. 444 vd. hükümlerinin esas alınması gerektiğini ileri süren Ayan da, aslında yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini vekâlet sözleşmesi olarak kabul etmektedir, Ayan, s. 11.

değildir. Dolayısıyla, söz konusu hükümlerin kıyasen uygulanması da söz konusu olmamalıdır.

Üçüncü ve son olarak, Yargıtay'ın limited ortaklıktan ayrılan ortağın rekabet yasağına ilişkin kaydı hayat şartını geçersiz bulması nedeniyle, TBK m. 444 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanma görüşüne yakın bir tutum sergilediği iddiası da isabetli değildir. Zira ilkin, Yargıtay'ın kararında somut olaya TBK m. 444 vd. hükümlerinin kıyasen uygulandığına dair açık bir ifade bulunmamaktadır. İkinci olarak söz konusu kararda, Yargıtay tarafından TBK m. 444 vd. öngörülen geçerlilik şartları ve sınırları (örneğin konu, yer) bakımından herhangi bir inceleme yapılmamıştır. Yargıtay sadece süre açısından somut olayı değerlendirerek, ortaklıktan fiilen ayrılan bir ortağa kaydı hayat şartıyla çalışmasını engeller şekilde sözleşmeye konan hükmün, geçersiz olacağına hükmetmiştir.

Sözleşmeden doğan rekabet yasaklarının konu, yer, zaman bakımından sınırlandırılması; yukarıda ifade ettiğimiz üzere her ne kadar konu, yer, zaman sınırlaması TBK m. 445'te yer alsa da, rekabet yasağının kişilik hak ve özgürlüğüne bir sınırlama olması sebebiyle MK m. 23 f. 2 gereğidir. Zira, söz konusu sınırlamalar rekabet etmeme taahhüdünün aşırı bağlayıcı olup olmadığının, diğer bir deyişle kişilerin ekonomik özgürlüklerini olağanüstü derecede sınırlayıp sınırlamadığını veya ekonomik özgürlüklerinin tamamen kaybedilerek bir başkasının mutlak iradesine tabi kılıp kılmadığının değerlendirilmesi nedeniyle kullanılmaktadır. Açık bir anlatımla, yönetim kurulu üyesinin görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesi – tüm sözleşmeden doğan rekabet yasakları gibi – konu, yer ve zaman sınırlandırmasına MK m. 23 f. 2 anlamında tabidir. Dolayısıyla anılan kararda rekabet yasağı sözleşmesini Yargıtay'ın konu, yer zaman sınırlaması açısından değerlendirmesi, TBK 444 vd. hükümlerini uyguladığı anlamına gelmeyecektir.

Üçüncü olarak, yukarıda da incelediğimiz üzere, Yargıtay'ın süresiz olarak akdedilen⁹⁴⁷ rekabet yasağı sözleşmelerini geçerli gördüğü kararları mevcuttur. Tüm bu nedenlerle biz, Yargıtay'ın görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesine TBK m. 444 vd. hükümlerini uygulama niyetinde olmadığını; rekabet yasağına ilişkin somut

⁹⁴⁷ Kararın künyesine ilişkin bkz. Yuk. Üçüncü Bölüm, II., B., 2. dn. 937. Ayrıca karar hakkındaki karşı oy yazısında ticaret ortaklıklarına dair düzenlemede görev sonrası rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığını, bu sebeple bu tür sözleşmelerin ancak TBK m. 27 hükmü çerçevesinde geçerli olabileceği de açıkça ifade edilmiştir.

olayları MK m. 23 f. 2 ve TBK m. 27 ekseninde değerlendirmeye çalıştığını düşünmekteyiz.

III. YER BAKIMINDAN UYGULANMA ŞARTLARI

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına ilişkin olarak yer (coğrafi alan) bakımından bir sınırlandırma TTK m. 396 hükmünde açıkça öngörülmemiştir. Ancak doktrinde rekabet yasağının, ortaklığın fiili faaliyetini yürüttüğü ve müşteri çevresinin bulunduğu yer bakımından geçerli olduğu kabul edilmektedir⁹⁴⁸. Dolayısıyla, rekabet yasağı yalnızca ortaklığın ticari faaliyetleriyle coğrafi olarak örtüşen, diğer bir anlamda kesişen yerler bakımından geçerli olacaktır⁹⁴⁹. Doktrinde, üyenin rekabet yasağının yer bakımından sınırlandırılmasının nedeni olarak, üyenin ortaklığın faaliyet gösterdiği başka bir yerde işlem yapmasının ortaklığın menfaatini zedelenmemesi⁹⁵⁰ ve ortaklığın zarar görmemesi⁹⁵¹, rekabet yasağını düzenleyen hükümlerin koruma amacının sınırlı bir şekilde yorumlanması gerektiği⁹⁵² ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce, üyenin rekabet yasağının yer bakımından sınırlandırılmasının nedeni, üyenin ortaklığın faaliyet gösterdiği başka bir yerde faaliyet göstermesi halinde, ortaklıkla rekabet ilişkisi tesis edemeyecek olmasıdır. Rekabet ilişkisinin mevcut olmadığı bir alanda rekabet yasağından bahsedilemeyecektir. Zira rekabet yasağının özünde, taraflar arasında bir rekabet ilişkisinin yaratılmasının⁹⁵³ engellenmesi olduğundan; üyenin sadece ortaklıkla rekabet ilişkisine girebileceği yerler bakımından rekabet yasağı uygulama alanı bulabilmesi doğaldır. Başka bir ifadeyle, üye ortaklıkla rekabet ilişkisini ancak ortaklığın fiili faaliyet gösterdiği yer bakımından tesis edebilecektir. Dolayısıyla, üyenin rekabet yasağının yer bakımından

⁹⁴⁸ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 630; Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 235; Çevik, s. 552; Aydoğan, s. 116; Göksoy, s. 666; Aşık, s. 170; Yasan, s. 429; ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 62; Alfred Bergmann, **Handelsgesetzbuch: HGB**, Boujong Karlheinz / Ebenroth Carsten Thomas (Begründer), Joost Detlev / Strohn Lutz (Hrsg.), 4. Aufl., München, C. H. Beck, 2020, § 112 HGB, N. 16; Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 14; Domaniç, Adi – Kollektif, s. 318; İmregün, Kollektif, s. 45; Tekil, s. 120; Ulusoy, s. 382; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 238; Handschin / Truniger, § 10, N. 47; SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 812 OR, N. 13; SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 803 OR, N. 12; Karakılıç, s. 194 – 195; Kırca, s. 174; Kaplan, s. 101.

⁹⁴⁹ SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 803 OR, N. 12; MüKo - Langhein, § 112 HGB, N. 14; Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 14.

⁹⁵⁰ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 238.

⁹⁵¹ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 639.

⁹⁵² Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 14; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 112 HGB, N. 16.

⁹⁵³ Bkz. Yuk. Birinci Bölüm, I., B., 1.

sınırlandırmanın nedeni, üyenin ortaklıkla bir rekabet ilişkisi tesis edip edememesine dayanmaktadır.

Burada belirleyici olan husus, ortaklığın yer bakımından fiili faaliyetini yer bakımından yerel, bölgesel, ulusal veya uluslararası bir piyasada gerçekleştirdiğinin tespiti⁹⁵⁴. Şöyle ki, bir anonim ortaklığın fiili faaliyet alanı bir ilçe, bir il veya bir bölge yahut bir ülke ile sınırlı ise; üyeye uygulanacak rekabet yasağının kapsamı da bu doğrultuda tayin edilecektir. Başka bir anlatımla, ortaklığın fiili faaliyet alanı ile hiçbir ilgisi bulunmayan alanlarda rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Diğer bir deyişle, yönetim kurulu üyesi, ortaklığın faaliyet alanından ayrı bir piyasada, ortaklıkla rekabet etmekte özgürdür⁹⁵⁵. Örneğin bir anonim ortaklık sadece A ilinde faaliyet gösteriyorsa yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı da sadece A şehri bakımından; ortaklık tüm Türkiye’de faaliyet gösteriyorsa, üyenin rekabet yasağı tüm Türkiye bakımından uygulanacaktır⁹⁵⁶.

⁹⁵⁴ SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 812 OR, N. 13.

⁹⁵⁵ Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 112 HGB, N. 16; Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 235.

⁹⁵⁶ Domanıç, Anonim Şirketler, s. 630; SHK - Siffert / Fischer / Petrin, Art. 812 OR, N. 13.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM REKABET YASAĞININ İHLALİNİN NETİCELERİ

I. GENEL OLARAK

Yönetim kurulu üyesinin, genel kurul kararıyla veya ana sözleşmede yer alan hükümler uyarınca ortaklığın izni olmaksızın, ortaklığın işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yaptığı yahut ortaklıkla aynı tür ticari işlerle uğraşan bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla katıldığı takdirde TTK m. 396 hükmü uyarınca kanundan doğan rekabet yasağını ihlal etmiş sayılacağını yukarıda ayrıntılı bir şekilde izah etmiş bulunuyoruz. Çalışmamızın bu kısmında ise, yönetim kurulu üyesinin TTK m. 396 hükmü doğrultusunda rekabet yasağını ihlalinin neticelerini inceleyeceğiz. Bu incelememizde bizlere yol gösterecek olan yine, TTK m. 396 hükmü olacaktır. Zira rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesi aleyhine hangi yaptırımların söz konusu olabileceği, diğer bir deyişle üyenin rekabet yasağını ihlalinin sonuçları TTK m. 396 f. 1 hükmünde açıkça düzenlenmiştir.

TTK m. 396 f. 1 hükmü ilkin üyenin rekabet yasağını ihlaline yol açacak durumları tespit etmesinin hemen akabinde TTK m. 396 f. 1 c. 2 ile, ortaklık lehine bir takım haklar öngörmektedir. Şöyle ki ortaklık, TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmü doğrultusunda, rekabet yasağını ihlal eden üyeden tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan işlemi ortaklık adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin ortaklığa ait olduğunu dava etmekte serbesttir. Söz konusu talep haklarından ilki, ortaklığın rekabet yasağını ihlal eden üyeden zararını tazmin talebidir. İkincisi ortaklığın rekabet yasağına konu işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması ve üçüncüsü de üyenin üçüncü kişiler hesabına akdettiği sözleşmelerden doğan menfaatlerin ortaklığa ait olması talebidir. Ancak kuşkusuz ki yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi, TTK m. 396 f. 1 c. 2’de bahsi geçmeyen başka sonuçlara da yol açabilecektir.

Bu noktada yukarıda⁹⁵⁷ da ifade ettiğimiz üzere, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi, başlı başına rekabet yasağını ihlal etmesine yol açan işlemin

⁹⁵⁷ Rekabet etmeme yükümlülüğü bir kaçınma edimi olduğundan, yasağı tabi olan tarafın borçlandırıcı işlem yapma yetkisini sınırlamakta olduğu; ancak tasarruf yetkisini bertaraf etmediğine yönelik açıklamalarımız hakkında bkz. Birinci Bölüm, I., B., 2.

geçersizliğine sebebiyet vermeyecektir⁹⁵⁸. Diğer bir deyişle, üyenin sırf rekabet yasağını ihlal etmiş olması söz konusu üyenin rekabet yasağına konu faaliyeti kapsamında gerçekleştirdiği hukuki işlemleri hükümsüz kılmayacaktır.

Çalışmamızın bu kısmında öncelikle TTK m. 396 f. 1 c. 2 uyarınca ortaklığa bahşedilen talep haklarını ayrıntılı bir şekilde değerlendirmeye çalışacağız. Ardından TTK m. 396 f. 2 uyarınca, ortaklığa tanınan talep haklarının seçiminde kimin yetkili olduğunu ve seçim hakkının nasıl kullanılacağını irdedeceğiz. Bu incelemeyi tamamladıktan sonra, TTK m. 396 f. 3'te öngörülen zamanaşımı süresini, özellikle uygulama alanı yönünden inceleyeceğiz. TTK m. 396 f. 1 c. 2'deki talep haklarının uygulanmasına yönelik açıklamalarımızı tamamlamamızı takiben, ortaklığın rekabet yasağını ihlal eden üye aleyhine başka ne tür taleplerde bulunabileceğini izah edeceğiz. Son olarak ise TTK m. 396 f. 4 hükmü ile öngörülen yeni düzenlemenin etkilerini ve yönetim kurulunun rekabet yasağından kaynaklanan sorumluluk düzenine katkılarını inceleyerek çalışmamızı noktalayacağız.

II. TTK m. 396 HÜKMÜ UYARINCA ÖNGÖRÜLEN TALEP HAKLARI

A. Tazminat Talebi

Yönetim kurulu üyesi rekabet yasağını ihlal ettiği takdirde; ortaklık, söz konusu bu ihlal nedeniyle uğradığı zararının tazminini, yasağı ihlal eden üyeden talep edebilir (TTK m. 396 f. 1 c. 2). Ortaklığın rekabet yasağını ihlal eden üyeden tazminat talebinde bulunabilmesi için; ilkin ortaklığın üyenin rekabet edici faaliyeti nedeniyle zarar görmesi ve bu zararın varlığını ispatlaması gerekmektedir⁹⁵⁹. Ayrıca ortaklığın zararın varlığının yanı sıra, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına aykırı faaliyetini ve söz konusu faaliyet ile ortaklığın zararı arasındaki illiyet bağıını da ortaya koyması icap etmektedir⁹⁶⁰.

⁹⁵⁸ Kırca, s. 177; Kaplan, s. 106.

⁹⁵⁹ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 636; Franko, s. 54; Aydoğan, s. 54, 120; Yıldırım, s. 94 – 95; Şener, Ortaklıklar, s. 56; Karakılıç, s. 326 – 327; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 30; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 34; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 6; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 15; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 8.

⁹⁶⁰ ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 85; SHK - Jörg, Art. 561 OR, N. 20; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 15; Kırca, s. 178.

Ortaklığın tazminat talebine ilişkin olarak, üyenin kusurunun aranıp aranmayacağı hususu ise doktrinde tartışmalıdır. Şöyle ki doktrinde bir görüş⁹⁶¹, üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi nedeniyle sorumluluğuna ilişkin olarak TTK m. 396 hükmünde kusur aranmadığından bahisle rekabet yasağının ihlalinin kusursuz sorumluluk olduğunu ileri sürmektedir.

Diğer bir görüş⁹⁶² ise, hukukumuzda kusur sorumluluğunun esas olduğunu ve TTK m. 396 hükmünde aksi yönde bir düzenleme bulunmadığını, bu nedenle rekabet yasağının ihlalinin doğan sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olduğunu ve kusurun varlığının asıl olduğunu, bu halde üyenin sorumlu tutulmamak için kusurun bulunmadığını ispat etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Üyenin kusursuzluğunu ispatlamada temel olarak, kimi yazar⁹⁶³ sözleşmesel sorumluluk hükümleri uyarınca, borçlunun kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğuna dair TBK m. 112 hükmünü; kimi yazar⁹⁶⁴ ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 553 f. 1 hükmünü esas almaktadır.

Kanaatimizce de, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesinden dolayı sorumluluğu, sorumluluk hukukunun temel prensibi gereği bir kusur⁹⁶⁵ sorumluluğudur. Ortaklığın tazminat talep edebilmesi için, üyenin rekabet yasağının

⁹⁶¹ Çamoğlu, s. 359; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 17, 103; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 416. Doktrinde herhangi bir gerekçe belirtmeksizin rekabet yasağının ihlalinin tazminat talebine ilişkin olarak kusurun şart olmadığı yönünde Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 238; Ansay, s. 136; Kayar / Çeliktas, s. 318. Doktrinde yine herhangi bir gerekçe belirtmeksizin rekabet yasağının ihlali halinde üyenin kusursuzluk savunmasını ileri süremeyeceği yönünde, Tekil, Anonim Şirketler, s. 149.

⁹⁶² Yıldırım, s. 95; Aydoğan, s. 55, 121. Doktrinde herhangi bir gerekçe belirtmeksizin, üyenin kusursuzluğunu ispat ederek tazminat ödemekten kurtulacağı yönünde Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 697. Alman hukukunda da, Alm.POK § 88 II hükmü uyarınca ortaklığa tanınan tazminat talebine ilişkin olarak doktrinde, her ne kadar hükümde kusur ifadesi yer almasa da, Alm.MK'nın sorumluluğa ilişkin kusur ilkesinin benimsediği ve bu kuralın izlenmesi gerektiği, dolayısıyla söz konusu sorumluluğun doğması için üyenin kusurunun gerektiği, başka bir ifadeyle sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu, üyenin rekabet yasağını ihlal etmekten sorumlu tutulmaktan kurtulmak için Alm.POK § 93 II ikinci cümlesi doğrultusunda kusursuzluğunu ispatlaması gerektiği oybirliği ile kabul edilmektedir, Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 30; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 34; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 6; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 15; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 8; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 13.

⁹⁶³ Yıldırım, s. 95.

⁹⁶⁴ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 697.

⁹⁶⁵ Türk hukukunda sözleşmesel sorumlulukta borçlunun sorumluluğu ve haksız fiilde zarar verenin sorumluluğu temel olarak kusur esasına dayanmaktadır, bkz. Oğuzman / Öz, Cilt-1 s. 432 vd.; Oğuzman / Öz, Cilt-2, s. 14 vd.; Eren, s. 20; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 418; N. Haluk Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2020, s. 181. Sözleşmesel sorumlulukta borçlu, kusurunun bulunmadığını ispatla yükümlü iken; haksız fiilde zarar gören (alacaklı) zarar verenin (borçlunun) kusurunu ispatla yükümlüdür, Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 418.

ihlalinin kusurlu bir şekilde gerçekleşmesi gerekecektir. Sözleşmesel sorumlulukta borçlunun kusurunun varlığı karine olarak kabul edilmektedir⁹⁶⁶. Bu nedenle yönetim kurulu üyesi, ancak kusursuzluğunu ispatladığı takdirde tazminat ödemekten kurtulabilecektir (TBK m. 112). Ancak, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesinde, üyenin kusurunun bulunmamasının⁹⁶⁷ rekabet yasağını ihlal eden faaliyetleri açısından neredeyse imkânsıza yakın olacağı dikkate alınmalıdır. Zira kusur, hukuka aykırılığı arzu etmek ya da hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradenin gerektiği şekilde kullanmaması anlamına gelmektedir⁹⁶⁸. Üye ile ortaklık arasındaki hukuki ilişki gereği, ortaklık menfaatini üstün tutmakla ve bu doğrultuda ortaklık menfaatine zarar verebilecek her türlü şeyden kaçınmakla yükümlüdür. Üye esasen ortaklık ile rekabet etmesi nedeniyle, ortaklık menfaatine nazaran kendi menfaatini ön planda tutarak, ortaklık tarafından beklenen şekilde davranmamaktadır.

Bu noktada üyenin kusursuzluğunu ispatlamada, üyenin borcun varlığını bilmemesi ve bilmemekte mazur olması⁹⁶⁹ hali değerlendirilebilir. Bu bağlamda, rekabet yasağının ortaklığın fiili işletme konusunu ilgilendirdiği dikkate alındığında, rekabet yasağını ihlal eden üyenin, ortaklığın ana sözleşmesinde yazılı olan ancak daha önce yapmadığı bir işi yaptığından, böylelikle rekabet yasağının alanının genişlediğinden haberdar olmaması söz konusu olabilir.

Başka bir olasılıkta, örneğin genel kurul tarafından yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının kaldırılmasına dair kararı muğlak bir ifade içermekteyse, üyenin rekabet yasağının ihlalinde ortaklık ile birlikte (müterafik) kusuru gündeme gelebileceği düşünülebilecektir. Birlikte kusur, zarar görenin zararın meydana gelmesinde veya zararın artmasında tesirinin bulunmasıdır⁹⁷⁰. Zarar görenin kusuru, zararın meydana gelmesinde ana etken ise zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalkmasını haklı gösterebilecektir⁹⁷¹. Ayrıca bu durumda, fiil ile zarar arasındaki

⁹⁶⁶ Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1961, s. 421 vd.; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 430; Oğuzman / Öz, Cilt-1 s. 432.

⁹⁶⁷ Borçlu şu durumlarda kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir: Borcun ifasında ayırt etme gücünün bulunmaması; borcun varlığını bilmemesi ve bilmemekte mazur olması; borcun ifa edilememesinin beklenmeyen halden, mücbir sebepten veya alacaklıdan kaynaklanması; gerekli bütün özenin gösterilmesi, Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 435 – 437.

⁹⁶⁸ Oğuzman / Öz, Cilt-2, s. 58; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 492; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 430.

⁹⁶⁹ Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 435.

⁹⁷⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 594; Oğuzman / Öz, Cilt-2, s. 127; Nomer Haluk, Borçlar Hukuku, s. 264.

⁹⁷¹ Oğuzman / Öz, Cilt-2, s. 128.

nedensellik bağının kesildiğinin de söylenebileceği doktrinde ifade edilmektedir⁹⁷². Böylelikle genel kurulun yönetim kurulu üyesine rekabet izni verdiği kararın açık olmaması, diğer bir deyişle muğlak ifadeler barındırması sebebiyle, üyenin kararı kendisine rekabet izni verildiği şeklinde yorumlamasına ve ortaklıkla rekabet edici faaliyetler gerçekleştirmesine sebebiyet verebilecektir. Bu tür bir durumda ortaklığın birlikte kusuru da değerlendirilerek, şayet üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi neticesinde ortaya çıkan zararın başlıca etkeni sayılabileceği anlaşılırsa, üyenin sorumluluğu bertaraf edilebilecektir. Yine bir başka örnekte ise, genel kurulda üyenin rekabet yasağını ihlal ettiğinin ortaya çıkması ve genel kurulun bu ihlale yönelik hiçbir irade göstermemiş olması üyenin kendisine zımni bir icazet verildiğini düşünmesini haklı kılabilecektir. Bu noktada üyenin kusurlu olup olmadığı, somut olayın şartlarının MK m. 2 dürüstlük kuralı kapsamında ve güven ilkesi uyarınca üyede oluşan haklı güveninin korunması çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde ortaya çıkacaktır.

Ortaklığın zararı, üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi nedeniyle ortaklığın malvarlığında meydana gelen azalmayı ifade etmektedir⁹⁷³. Şöyle ki, rekabet yasağına aykırı faaliyet gerçekleşmeseydi ortaklığın malvarlığının durumu ile rekabet yasağına aykırı faaliyetin gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan durum arasındaki fark, ortaklığın zararını oluşturmaktadır⁹⁷⁴. Ortaklığın zararı, fiili zarar şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; ortaklığın elde edebileceği bir kârdan yoksun kalması, bir diğer deyişle, üyenin yaptığı işlemin ortaklık adına ve hesabına yapılmamış olması sebebiyle, ortaklığın yoksun (mahrum) kaldığı kâr şeklinde de ortaya çıkabilir⁹⁷⁵.

Ortaklık, tazminat talebinde üyenin rekabet edici faaliyeti nedeniyle uğradığı zararın varlığını ve miktarını ispatlamakla yükümlüdür⁹⁷⁶. Ancak tahmin edileceği

⁹⁷² Eren, s. 878; Oğuzman / Öz, Cilt-2, s. 117.

⁹⁷³ Oğuzman / Öz, Cilt-2, s. 42; Eren, s. 831; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 548; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 423; Nomer Haluk, Borçlar Hukuku, s. 172.

⁹⁷⁴ Karakılıç, s. 328; Kaplan, s. 106; Altay, Yetki Devri, s. 243; Akdağ Güney, s. 293 – 294.

⁹⁷⁵ Kırca, s. 178; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 636; Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 238; Franko, s. 54; Aydoğan, s. 120; Karakılıç, s. 328; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 696; Yıldırım, s. 95; Kaplan, s. 106 – 107; Aşık, s. 191; Mükö - Spindler, § 88 AktG, N. 30; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 34; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 15; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 8.

⁹⁷⁶ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 636; Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 238; Aydoğan, s. 120; Yıldırım, s. 95; Kayar / Çeliktaş, s. 318; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 696 – 697; Mükö - Spindler, § 88 AktG, N. 30; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 34; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 6; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 15; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 8.

üzere, bu ispat yükünün yerine getirilmesi oldukça zordur⁹⁷⁷. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir⁹⁷⁸ (TBK m. 114 f. 2 atfıyla m. 50 f. 2). Fakat söz konusu hükmün uygulanması, ancak davacının zararının varlığını ispatlamasına rağmen; zararının miktarını ispatlayamadığı haller için söz konusu olacaktır⁹⁷⁹. Davacı, zararın varlığını inandırıcı delillerle ortaya koymak zorundadır⁹⁸⁰.

TBK m. 50 f. 2 hükmü sadece alacaklıya kolaylaştırılmış bir ispat imkanı sunmakta olup; anılan hüküm ispat yükünün yer değiştirdiği anlamına gelmemektedir⁹⁸¹. Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay tarafından incelenen bir olayda, ilk derece mahkemesi yönetim kurulu üyeleri tarafından rekabet yasağının ihlal edildiğini, bilirkişi raporunda bu ihlal nedeniyle ortaklığın zarar gördüğünün ispatlanamadığı ancak ihlal nedeniyle ortaklığın zarar görmesinin halin icabına ve hayatın olağan akışına uygun olduğu, böyle bir filli karine sebebiyle karinenin aksinin karşı taraf tarafından ispatının gerektiği ve karşı taraf tarafından ortaklığın zarara uğramadığının ispat edilemediğini, bu nedenle üyelerin rekabet yasağını ihlal etmeleri sebebiyle ortaklığı zarara uğrattıklarının kabulü ve uğranılan zararın tespiti açısından TBK m. 50 uyarınca zararın miktarının hakkaniyete uygun olarak belirleneceğine hükmetmiştir. Yargıtay ise, üyelerin rekabet yasağına aykırı faaliyetleri nedeniyle ortaklığın zarar gördüğünün ispatlanamadığı, ilk derece mahkemesi tarafından ortaklığın zarar görmesinin halin icabı ve hayatın olağan akışına uygun olması nedeniyle fiili bir karinenin varlığı gerekçesinin yanılıklı bir değerlendirme olduğundan bahisle kararı bozmuştur⁹⁸². Her ne kadar Yargıtay kararında açıkça

⁹⁷⁷ Doktrinde bu zorluğa dikkat çekilerek, üyenin rekabet edici faaliyetinden bir kazanç elde etmediği bilakis zarar ettiğini ileri sürebileceği, buna yönelik üçüncü kişilerle muvazaalı anlaşmalar yapabileceği, yine üyenin veya üyenin işlem yaparak rekabet edici faaliyeti gerçekleştirdiği üçüncü kişinin söz konusu işlemi yapmak için önceden ortaklığa başvurduklarını fakat ortaklığın reddettiği buna rağmen tazminat talebinde bulunmasının hakkın kötüye kullanılması olduğunun iddia edilebileceği ifade edilmiştir, Domaniç, Anonim Şirketler, s. 636 – 637.

⁹⁷⁸ Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 421; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 436; Karakılıç, s. 328; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 697.

⁹⁷⁹ Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 421; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 436.

⁹⁸⁰ Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 421.

⁹⁸¹ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 436.

⁹⁸² “ (...) davalıların TTK’nın 334 ve 335. maddelerine aykırı davranışları ile davacı şirketin zarar gördüğünün ispatlanamadığı ve bu itibarla tazminat talebinde bulunabilmek için gerekli koşulların oluşmadığının bildirilmesi karşısında, mahkemece muamele ve rekabet yasağı sebebiyle şirketin zarar görmesi, kar kaybına uğramasının halin icabına ve hayatın olağan akışına uygun olduğu, böyle bir fiili

belirtmese de, ilk derece mahkemesinin yanılışı ilkin zarar oluşmadığının tespit edilmesine rağmen, zararın varlığının ispat edildiği ancak zarar miktarının ispat edilemediği hale özgü olarak TBK m. 50 f. 2'yi uygulaması, ikinci olarak da rekabet yasağına aykırılıkta zararın varlığına ilişkin fiili bir karine yaratarak ispat yükünün yer değiştirmesi yönünde hüküm kurmasıdır. Kanımızca, Yargıtay'ın ispat yükünün dağılımına ilişkin görüşü isabetlidir. Zira rekabet yasağının ihlalinden doğan sorumluluk sözleşmeye dayalı bir sorumluluktur ve zararın oluştuğunun kanıtlanması, davacıya düşmektedir.

Tazminat hususuna ilişkin olarak değinmek istediğimiz son husus, doktrinde ileri sürülen ortaklığın tazminat talebinin ortaklığın uğradığı zararlarla sınırlı olmadığı görüşüdür⁹⁸³. Bu görüşün taraftarlarından Çamoğlu⁹⁸⁴, herhangi bir gerekçe belirtmeksizin, rekabet yasağına ilişkin yaptırımların özelliğinin ortaklığın gördüğü zararlarla sınırlı olmadığını; Aydoğan⁹⁸⁵ ise, yine herhangi bir gerekçe belirtmeksizin, meseleyi tazminat yaptırımına özgüleyerek tazminat miktarının ortaklığın zararı ile sınırlı olmadığını öngörmektedir. Ancak, bu görüş haklı olarak eleştirilmektedir. Şöyle ki doktrinde mevcut olmayan bir zararın ancak cezai şart ile tazmin edilebileceği⁹⁸⁶; Borçlar Kanunu'nun sistematüğinde tazminatın uğranılan zarardan fazla olamayacağı, aksi takdirde zarar görenin haksız bir kazanım elde edeceği, ortaklık tazminat talebinde zararını ispat edeceğine göre, tazminatın da bu zararlarla sınırlı olması gerektiği⁹⁸⁷ gerekçeleri ile, ortaklığın zararından fazla tazminat talebinde bulunamayacağı ifade edilmektedir.

Hukukumuzda kural olarak, tazminat yaptırımında tazminatın en üst sınırının zararın miktarının oluşturduğu, bir başka deyişle zarar miktarından fazla tazminata

karinenin varlığı halinde aksinin karşı yanca ispatı gerektiği, karşı yanca şirketin zarara uğramadığının ispat edilemediği, davalıların TTK'nın 334. ve 335. maddelerine aykırı davranarak şirketi zarara uğrattıkları ve bu sebeple söz konusu zarardan sorumlu oldukları gerekçesi ile yanılışı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.", Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 26.12.2016 E: 2016 / 3095 K: 2016 / 9803, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

⁹⁸³ Çamoğlu, s. 359; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 105; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417; Aydoğan, s. 120.

⁹⁸⁴ Çamoğlu, s. 359; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 105; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417.

⁹⁸⁵ Aydoğan, s. 120.

⁹⁸⁶ Franko, s. 54.

⁹⁸⁷ Aşık, s. 191.

hükmedilemeyeceği esası kabul edildiğinden⁹⁸⁸; bizce de ortaklığın zararını aşan bir tazminata hükmedilmesi mümkün olmamalıdır. Zira tazminat yaptırımının amacı zararı telafi etmektir; zararı aşan miktarda bir tazminat vasıtasıyla zarar göreni zenginleştirmek değildir⁹⁸⁹. Bizce “ortaklığın zararı ile sınırlı olmama” görüşü, esasen TTK m. 396 f. 1 c. 2’de tazminat talebi yerine öngörülen diğer talep haklarında kendini göstermektedir. Zira çalışmamızın ilerleyen kısımlarında izah edeceğimiz üzere, tazminat haricindeki diğer talep haklarının ileri sürülmesi bakımından ortaklığın zararı esas alınmamaktadır. Rekabet yasağının ihlalinden dolayı paysahibinin ve alacaklının açacakları davalarda ve ortaklığın seçimlik hakkını tazminattan yana kullanması ya da bu seçimlik hakkın hiç kullanılmaması nedeniyle kanun gereği tazminat seçeneğinin gündeme gelmesi halinde, davacının istemi, nicelik açısından ortaklığın uğradığı zararlarla sınırlıdır.

B. İşlemin Ortaklık Adına Yapılmış Sayılması Talebi

1. Yaptırımın Özellikleri

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi neticesinde ortaklık tazminat talebi yerine; rekabet yasağına konu işlemin ortaklık adına yapılmış sayılmasını talep edebilecektir (TTK m. 396 f. 1 c. 2). Ancak bu talep, yönetim kurulu üyesinin kendi hesabına yaptığı işlemler için uygulama alanı bulabilecek olup; üyenin üçüncü kişiler, başka bir deyişle bir başkası hesabına yaptığı işlemler için bu talep hakkı ileri sürülemeyecektir⁹⁹⁰.

⁹⁸⁸ Tandoğan, Mesuliyet, s. 315; Oğuzman / Öz, Cilt-2, s. 90; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 583; Eren, s. 831; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 435 - 436; Nomer Haluk, s. 261; Christoph Müller, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 43 OR, N. 3; Willi Fischer, **Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, 3. überarbeitete Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 43 OR, N. 1.

⁹⁸⁹ Oğuzman / Öz, Cilt-2, s. 118 - 119; Tandoğan, Mesuliyet, s. 315; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 583; Eren, s. 831; Nomer Haluk, Borçlar Hukuku, s. 261; CHK – Müller, Art. 43 OR, N. 3; OFK – Fischer, Art. 43 OR, N. 1; OFK – Fischer, Art. 42 OR, N. 34.

⁹⁹⁰ Aydoğan, s. 121; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 697; Aşık, s. 193; Yıldırım, s. 96; Karakılıç, s. 348; Kaplan, s. 109. Kollektif ortaklıklara ilişkin eserlerde, ortaklığın bu talep hakkını ileri sürebilmesi için ortağın kendi adına işlem yapması halinde uygulanabileceği ifade edilmekle birlikte; TTK m. 231 hükmündeki “*kendi adına*” ve “*üçüncü kişiler hesabına*” şeklinde yapılan ayırım nedeniyle, ortağın kendi adına işlem yapması ile kastedilen aslında ortağın kendi hesabına yaptığı işlemlerdir, Domaniç, Adi – Kollektif, s. 319; Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 239; İmregün, Kollektif, s. 46; Ulusoy, s. 385; Franko, s. 55; Aydoğan, s. 56.

TTK m. 396 hükmü ile büyük oranda paralellik gösteren Alm.POK § 88 II hükmünde de, ortaklığın; tazminat talebi yerine, üyenin kendi hesabına yaptığı işlemlerin ortaklık hesabına yapılmış sayılmasını talep edebileceği açık bir şekilde düzenlenmektedir⁹⁹¹. Ancak anılan düzenleme TTK 396 f. 1 c. 2 hükmünden biraz farklı bir şekilde formüle edilmiştir. Şöyle ki, Alm.POK § 88 II hükmünde, TTK m. 396 f. 1 c. 2'den farklı olarak, üyenin ancak kendi hesabına yaptığı işlemlerin yaptırımı konu olabileceği saptanmakta ve yaptırımın, işlemin TTK m. 396 f. 1 c. 2'deki gibi ortaklık adına değil; ortaklık hesabına yapılmış sayılması şeklinde düzenlenmektedir. İsviçre Hukuku'nda ise, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı bir kanun hükmü ile tayin edilmediğinden, gerek yönetim kurulu üyesinin rekabet

⁹⁹¹ Alm.POK § 88 II hükmünde işlemin ortaklık hesabının yapılmış sayılmasının yanında, üyenin başkası hesabına yaptığı işlemlerden kaynaklanan karşılığın kendisine ödenmesini yahut bu karşılık üzerindeki hakların kendisine devredilmesini talep edebileceği de düzenlenmektedir. Bu talep hakkı da, TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmündeki diğer yaptırım talebi ile paralel olduğundan, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında bu yaptırım şekline de ayrıca değineceğiz.

Ortaklığa tazminat talebi yerine bahsedilen, ortaklık hesabına yapılmış sayılma ve karşılığın ortaklığa devredilmesi talebi Alman doktrininde katılma hakkı ("*Eintrittsrecht*") olarak adlandırılmakta ve katılma hakkı başlığı altında her iki talep de birlikte değerlendirilmektedir, Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 32 - 38; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 35 - 39; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 7 - 8; Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 66 vd.; Hölter's Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 16 – 19; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 9 – 10; MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 7 – 9; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 10 – 16; Gregor Thüsing, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Drescher Ingo / Fleischer Holger / Schmidt Karsten (Hrsg.), 5. Aufl., München, C. H. Beck, 2021, § 61 HGB, N. 16 – 25; Karl Kotzian-Marggraf, **Handelsgesetzbuch Kommentar**, 7. Aufl., München, C. H. Beck, 2021, § 61 HGB, N. 7 – 10. Ancak doktrinde, katılma hakkı ifadesinin yanıltıcı olduğu, zira bu talep hakkının kullanılması ile birlikte ortaklığın rekabet yasağı konusu işlemin tarafı olmadığı vurgulanmakta ve uzun zamandır kullanılması nedeniyle doktrinde ve yargı kararlarında terminolojinin artık bir parçası olduğundan tercih edilmeye devam ettiği ifade edilmektedir, MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 7; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 10; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 10; Müko - Thüsing, § 61 HGB, N. 15. Bizde çalışmamızda Alman Hukuku'ndaki görüşlerin doğru nakledilmesi amacıyla, Alman Hukuku'na ilişkin açıklamamızda katılma hakkı terimini kullanacağız.

Alman Hukuku'nda kolektif ortaklıklarda ortağın rekabet yasağının ihlalinin neticelerini düzenleyen Alm.TK § 113 hükmünde ortaklığa ve tacir yardımcısının rekabet yasağının ihlalinin neticelerini düzenleyen Alm.TK § 61 hükmünde tacire tanınan katılma hakkı ile tamamen aynı şekilde formüle edilmiştir. Bu nedenle de anonim ortaklığa ilişkin Alm.POK § 88 II hükmünün yorumlanmasında, söz konusu hükümlerin rehber niteliği taşıdığı kabul edilmektedir, Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 35; Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 32; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 8. Alman doktrininde katılma hakkının üyenin ortaklıkla rekabet edici faaliyeti bulunduğu takdirde ileri sürülebilecek olması önemle vurgulanmaktadır, Gregor Thüsing, Handbuch des Vorstandsrechts, Fleischer Holger (Hrsg.), 1. Aufl., München, C. H. Beck, 2006, § 4, N. 98; Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 32. Zira Alm.POK § 88 I hükmünde, üyenin ortaklıkla rekabet etmese dahi yasak kapsamında görülen faaliyetleri mevcuttur. Şayet üye, ortaklıkla rekabet edici bir faaliyeti olmadan Alm.POK § 88 hükmünde düzenlenen yasağı ihlal ettiği takdirde; ortaklığın çalışma gücünün zedelenmesi nedeniyle bu tür ihlallerde ortaklık sadece tazminat yaptırımını ileri sürülebilecektir.

yasağının ihlalinde gerekse diğer kanundan doğan rekabet yasaklarının ihlalinde bu tür bir yaptırım öngörülmemektedir⁹⁹².

Ortaklık tarafından, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebi rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı kullanılacak olup; anılan talebin, üyenin işlem yaptığı üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi mümkün değildir⁹⁹³. Ortaklığın, üyenin yaptığı rekabet yasağına konu işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebini ileri sürebilmesi için ortaklığın zarar görmesi veyahut uğradığı zararı ispatlamasına ihtiyaç

⁹⁹² İsviçre doktrininde, Alman Hukuku'nda öngörülen katılma hakkına ilişkin talep hakkının İsviçre Hukuku'nda öngörülmediği ifade edilmektedir, BK – Fellman / Müller, Art. 536 OR, N. 79. İsviçre Hukuku'nda, kanunda doğan rekabet yasaklarından sadece bağlı tacir yardımcılarının rekabet yasağını düzenleyen İsv.BK Art. 464 Abs. 2 hükmünde ihlalin neticeleri düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, bağlı tacir yardımcılarının rekabet yasağını ihlali halinde, tacire zararın tazminini ve rekabet yasağına konu işlemi kendi hesabına alınmasına (*“die betreffenden Geschäfte auf eigene Rechnung übernehmen”*) ilişkin talep hakkı tanınmaktadır. Söz konusu bu hükmün, kanundan doğan rekabet yasaklarında ve her ne kadar kanunen düzenlenmese de doktrin tarafından kabul edilen yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının ihlalinde kıyasen uygulanması doktrinde öngörülmektedir, ZK - Handschin / Chou, Art. 561 OR, N. 89; SHK – Jörg, Art. 561 OR, N. 22; OFK - Casutt, Art. 561 OR, N. 7; Cotti, N. 574; BSK - Watter/Roth Pellanda, Art. 717 OR, N. 18; Sommer, s. 331, Pellanda, s. 80; ZK - Büchler, Art. 717 OR, N. 182.

Ashında İsv.BK Art. 464 Abs. 2 ile öngörülen rekabet yasağına konu işlemin tacirin hesabına alınması talebi ile İsv.BK Art. 423 Abs. 1 (TBK m. 530) hükmü ile öngörülen gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin yaptırımı olan menfaat devri yaptırımının temelde aynı olduğu savunulmaktadır, BK – Fellman / Müller, Art. 536 OR, N. 82; Aynı yönde BK – Gautschi, Art. 464 OR, N. 7a – 7b. Doktrinde Gautschi'ye göre, İsv.BK Art. 464 Abs. 2 hükmünde düzenlenen işlemin tacirin hesabına alınması talebi, İsv.BK Art. 423 Abs. 1 hükmünün uygulanmasından başka bir şey değildir, BK – Gautschi, Art. 464 OR, N. 7b.

İsviçre Federal Mahkemesi de, tacirin İsv.BK Art. 464 Abs. 2 hükmü uyarınca, bağlı tacir yardımcısının elde ettiği tüm malvarlıksal değerlerin devrini bağlı tacir yardımcısından talep edebileceği; bu talebin İsv.BK Art. 423 Abs. 1 hükmünde düzenlenen menfaat devri talebi ile aynı anlama geldiğine hükmetmiştir, bkz. BGE 137 III 607, E. 2. 3., www.swisslex.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

Ayrıca, İsv.BK Art. 423 Abs. 1 hükmünde öngörülen menfaatin devri yaptırımının, bazı hallerde kanun koyucu tarafından kendiliğinden tanındığı ve İsv.BK Art. 464 Abs. 2 hükmünün de bu hallerden biri olduğu kabul edilmektedir, Jörg Schmid, Zürcher Kommentar, **Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, Gauch Peter (Hrsg.), Dritte, völlig neu bearbeitete Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1993, Art. 423 OR, N. 74 – 75; Georg Gautschi, **Berner Kommentar, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse**, Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Bern, Stämpfli Verlag AG, 1964, Art. 423 OR, N. 2b; Eva Maissen / Claire Huguenin / Reto Jenny, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**, Huguenin Claire / Müller-Chen Markus (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien, 2016, Art 423 OR, N. 7; Marius Jan Stucki, **Vorteilsherausgabe nach vorsätzlichen Vertragsverletzungen im nationalen und internationalen Recht**, Diss., Bern, 2018, N. 159. Kanun koyucunun, menfaat devri yaptırımı sonucunu bağladığı durumların genellikle, tazminat yaptırımının tek başına yetersiz kaldığı; bu yetersizliğin sebebinin de zararın miktarının ve varlığının ispatının çok zor olduğu şeklinde izah edilmektedir, ZK – Schmid, Art. 423 OR, N. 77.

⁹⁹³ Aydoğan, s. 57; Karakılıç, s. 349.

yoktur⁹⁹⁴. Zira bu yaptırımın amacı, ortaklığa karşı rekabet yasağını ihlal eden üyeyi, rekabet yasağını ihlal eden faaliyetinden elde ettiği ekonomik menfaatlerinden yoksun bırakmaktır; bu anlamda yaptırım hem cezai hem de önleyici bir karaktere sahiptir⁹⁹⁵. Ortaklık tarafından zararın varlığının ispat edilmesine ihtiyaç bulunmadığından, özellikle zararın ispatının çok zor olduğu veya zarar miktarının tam olarak belirlenemediği hallerde, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması tazminat talebine nazaran ortaklık lehine daha avantajlıdır⁹⁹⁶.

Ortaklık, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebini ileri sürdüğü vakit; kendi uğradığı zarardan bağımsız olarak, üyenin rekabet yasağına konu işleminin ekonomik sonuçları ile bağlı olacaktır. Şöyle ki ortaklık, bu talep hakkını üyeye karşı ileri sürdüğünde; rekabet yasağına konu işlem nedeniyle uğradığı zarardan daha fazla kazanca sahip olabileceği gibi; zararından daha az bir kazanca da sahip olabilecektir⁹⁹⁷. Açık bir deyişle, bu talep hakkının kullanılmasıyla elde edilen kazancın, ortaklığın zararını karşılamama riski daima mevcuttur.

İşlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin ileri sürülmesinde, üyenin kusurlu olup olmaması bakımından ise doktrinde görüş bildiren yazarların bir kısmı⁹⁹⁸ rekabet yasağının ihlalinde üyenin kusurlu davranışını aramaz iken; diğer bir kısmı⁹⁹⁹ kusurun varlığının asıl olduğunu, dolayısıyla ortaklığın üyenin kusurunu ispatlamaya ihtiyacının bulunmadığını ifade etmektedir¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁴ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 237; Ulusoy, s. 385; Domaniç, Adi – Kollektif, s. 320; Aydoğan, s. 56; Kaplan, s. 109 – 110; Franko, s. 55; Karakılıç, s. 348; Fleischer – Thüsing, § 4, N. 95; Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 32; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 7; Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 76; Hölter Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 16; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 9; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 14; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 11; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 11; MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 7.

⁹⁹⁵ Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 11 – 12; MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 7; Domaniç, Adi – Kollektif, s. 320; Karakılıç, s. 348.

⁹⁹⁶ Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 35; Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 32; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 7; Karakılıç, s. 349.

⁹⁹⁷ Domaniç, Adi – Kollektif, s. 320.

⁹⁹⁸ Çamoğlu, s. 359; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 103; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 416.

⁹⁹⁹ Kaplan, s. 110; Karakılıç, s. 348. Doktrinde Karakılıç bu talep hakkında kusur aranmasının sebebini, tazminat yerine tercih edilmesi olarak görmektedir, Karakılıç, s. 348.

¹⁰⁰⁰ Alman Hukuku'nda ise, hâkim görüş, tazminat talebinde olduğu gibi, üyenin kusurunun asıl olduğu, zira bu talebin hükümde tazminat talebi yerine öngörölmüş olması nedeniyle uygulanma şartlarının daha hafif olamayacağını ileri sürmektedir, Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 33; Vorstandsrecht – Thüsing, § 4, N. 95; Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 76; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 9; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 11; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 11. Azınlık görüşü ise, bu talep hakkının kullanılmasında üyenin kusurunun gerekli olmadığını kabul etmektedir, Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 7; Hölter Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 16;

Kanaatimizce, tıpkı tazminat talebinde belirttiğimiz gibi, üyenin rekabet yasağının ihlalden doğan sorumluluğu, sorumluluk hukukumuzun temel prensibi uyarınca bir kusur sorumluluğudur. Bu nedenle, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin ileri sürülmesinde de, üyenin rekabet yasağını ihlal etmesinde kusurlu davranması gerekecektir. Ancak sözleşmesel sorumluluk nedeniyle, üyenin kusurunun varlığı asıl olup; üye ancak kusursuzluğunu ispatladığı takdirde, anılan yaptırımdan kurtulabilecektir. Fakat yukarıda da vurguladığımız üzere, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesinde, üyenin kusurunun bulunmaması neredeyse imkânsıza yakındır.

Üyenin rekabet yasağına konu işlemi birden fazla sayıda olmakla birlikte; anılan işlemler şayet ekonomik anlamda bir bütünlük teşkil ediyorsa, ortaklık talep hakkını bütün üzerinde kullanmalıdır. Diğer bir ifadeyle, ortaklık bütünlük teşkil eden birden fazla işlemin arasından kârlı olanı, başka bir deyişle ortaklığa faydalı olanı seçemeyecektir. Birden fazla işlem şayet ekonomik anlamda bütünlük teşkil etmediği takdirde ise, ortaklık talep hakkını her bir işlem için ayrı ayrı kullanabilecektir¹⁰⁰¹.

Ortaklığın, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebi rekabet yasağına konu işlemin ancak hukuken geçerli bir işlem olması halinde mümkündür. Şayet

Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 14; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 37. Şöyle ki azınlık görüşü taraftarlarından bir kısmı, katılma hakkına yönelik talebin esasen sebepsiz zenginleşme benzeri bir talep olması nedeniyle kusurun aranmayacağını kabul etmektedir, Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 7; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 16; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 14. Diğer bir kısmı ise, üyenin rekabet yasağının ihlal etmesinin sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiğini ve bu noktada İngiliz Hukuku'nda güvene dayalı yükümlülüklerin ihlali kabul edilen kusursuz sorumluluk esasının Alman Hukuku'nda benimsenmesi gerektiğini ileri sürmektedir, Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 37. Bu görüş taraftarlarından Fleischer, katılma hakkını kavramsal olarak İngiliz Hukuku'nda güvene dayalı yükümlülüklerin ("fiduciary duties") ihlali kabul edilen menfaat devri niteliğinde görmektedir. Şöyle ki yazar, üyenin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle bu sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğunu, zira Alm.POK § 88 II hükmünde yer alan "yerine" ifadesinin sadece katılma hakkının tazminat talebine alternatif olarak getirildiği ve kümülatif bir şekilde kullanılamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiğini, böyle bir yorumun ortaklığın korunmasını pekiştirdiğini ve karşılaştırmalı hukuk bakımından İngiliz Hukuku'nda kabul edilen, güvene dayalı yükümlülüklerin ihlali ortaklığa tanınan, kusur ve zararın ispatına ihtiyaç bulunmayan "account of profit" yaptırımı ile de uyumlu olacağını; kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinin tehlikeli olmayacağını, zira üyenin sadece elde ettiği avantajların, diğer bir deyişle elde ettiği menfaat ile sınırlı bir sorumluluğunun olacağını ileri sürmektedir, Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 35, 37; Holger Fleischer, "Legal Transplants in European Company Law", **European Company and Financial Law Review**, C: 2, S: 3, 2005, s. 380 vd.

¹⁰⁰¹ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 239 dn. 31; Franko, s. 56; Kırca, s. 179 dn. 33; Aşık, s. 56.

üyenin rekabet yasağına aykırı konu işlemi hukuka veya ahlaka aykırı ise, ortaklık tarafından bu talep hakkı kullanılamayacaktır¹⁰⁰².

2. Yaptırımın Etkisi

Ortaklık tarafından, rekabet yasağına konu işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebini ileri sürmesinin; rekabet yasağına aykırı işlem açısından bir dış etkisi bulunmamaktadır¹⁰⁰³. Şöyle ki ortaklık, üyeye karşı işlemin ortaklık adına yapılmış sayılmasını talep ettiği takdirde, rekabet yasağına aykırı işlemdeki üyenin (“sözleşen”) konumunu elde etmeyecektir. Zira bu talep hakkının etkisi sadece üye ile ortaklık arasındaki iç ilişkiye yöneliktir¹⁰⁰⁴. Üye ve üyenin işlemi gerçekleştirdiği üçüncü kişi işlemin tarafları olarak kalmaya devam edecektir. Bu halde ortaklık, rekabet yasağına aykırı işlemin tarafı olan üçüncü kişi karşısında ne hakların sahibi ne de borç yükümlüsüdür¹⁰⁰⁵.

İşlemin ortaklık adına yapılması talebi, ortaklıkla üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişkinin kurulmasına yol açmayacaktır¹⁰⁰⁶. Rekabet yasağına aykırı faaliyetin karşı tarafı üyenin rekabet yasağını ihlal ettiğinin farkında olsa bile, talep hakkının kullanılması ortaklık ile bu kişi arasında bir hukuki ilişki tesis etmeyecektir¹⁰⁰⁷.

Ortaklık bu hakkını ileri sürmesi ile birlikte rekabet yasağını ihlal eden üyeden, rekabet yasağına konu olan işlemin ekonomik sonuçlarını talep edebilecektir¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰² Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 38; Vorstandsrechts – Thüsing, § 4, N. 98; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 9.

¹⁰⁰³ Vorstandsrechts – Thüsing, § 4, N. 96; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 38; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 19; MüKo – Spindler, § 88 AktG, N. 34; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 10; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 14; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 10; MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 7; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 13; BGH - KZR 4/62 = GRUR 1963, 382, 384, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021; BGH - II ZR 242/82 = NJW 1984, 1353, www.beckonline.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹⁰⁰⁴ Çamoğlu, s. 359; Ansay, s. 136; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 104; Aydoğan, s. 121; Franko, s. 56; Yıldırım, s. 96; Karakılıç, s. 349; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 38; Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 79; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 10; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 10; Oetker Komm. - Kotzian-Marggraf, § 61 HGB, N. 7.

¹⁰⁰⁵ Çamoğlu, s. 359; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 104; Ansay, s. 136; Aydoğan, s. 121; Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 239; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 697; Kırca, s. 179; Kayar / Çelikleş, s. 318; Kaplan, s. 110; Karakılıç, s. 349; MüKo – Spindler, § 88 AktG, N. 34; Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 79; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 10; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 19.

¹⁰⁰⁶ Vorstandsrechts – Thüsing, § 4, N. 96; Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 79; BGH - KZR 4/62 = GRUR 1963, 382, 384; BGH - II ZR 242/82 = NJW 1984, 1353.

¹⁰⁰⁷ Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 10.

¹⁰⁰⁸ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 239; Çamoğlu, s. 359; Ansay, s. 136; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 104; Aydoğan, s. 121; Franko, s. 56; Yıldırım, s. 96; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 698; Karakılıç,

Nitekim bu talep hakkının amacı, ortaklığa söz konusu bu işlem ortaklık adına ve hesabına yapılmış olsaydı elde edebileceği menfaatlerin sağlanmasıdır¹⁰⁰⁹. Bu nedenle, her ne kadar hükmün lafzında “*işlemi ortaklık adına yapılmış saymak*” ifadesi yer alsa da, yaptırımın “işlemin ortaklık hesabına yapılmış sayılması” şeklinde anlaşılması gerektiği doktrinde isabetli bir şekilde ifade edilmektedir¹⁰¹⁰. Aksinin, diğer bir deyişle ortaklığın söz konusu işlemin tarafı olmasının kabulünün sözleşmenin devri veya dar anlamda bir alacağın devri ve borcun nakli sonucunu doğuracağı dikkate alındığında, üçüncü kişinin borcun nakline zorlanamayacağı açıktır¹⁰¹¹.

Kanaatimizce de, ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin ileri sürülmesi kanunen bir alacağın devri ve borcun nakli sonucunu doğurmamaktadır. Gerçekten de TTK m. 396 f. 1 c. 2’nin lafzında yer alan “ortaklık adına yapılmış sayılma” ifadesi de, doktrinde¹⁰¹² haklı bir şekilde eleştirildiği üzere, adeta rekabet yasağına konu işlemin tarafının değişerek ortaklık olacağı izlenimine sebebiyet vermektedir. Ancak elbette ki, ortaklık bu talepten bağımsız olarak alacağın devri ve borcun naklini talep etmekte özgürdür; fakat bu noktada üçüncü kişinin borcun nakline rıza göstermesine zorlanamayacağı göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmündeki işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması ifadesinin “ortaklık hesabına yapılmış sayılması” şeklinde anlaşılması talep hakkının özüne ve amacına uygun düşecektir.

3. Yaptırımın Sonuçları

Ortaklık tarafından, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin ileri sürülmesi halinde, üye ile sözleşen taraf işlemin tarafları olmaya devam etmekle birlikte; üye ile ortaklık arasındaki ilişkide işlem bundan böyle ortaklığa ait olup, işlemin kârı ve zararı ortaklığın olacaktır¹⁰¹³. Ortaklık bu talep hakkını ileri sürmesi ile birlikte; işlemin sadece ifadeyle işlemin kârını, işlemin olumlu ekonomik sonuçlarını

s. 349; Mülko – Spindler, § 88 AktG, N. 34; Vorstandsrechts – Thüsing, § 4, N. 96; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 7; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 19; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 9; BGH - KZR 4/62 = GRUR 1963, 382, 384; BGH - II ZR 242/82 = NJW 1984, 1353; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 38.

¹⁰⁰⁹ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 239.

¹⁰¹⁰ Ansay, s. 136; Domaniç, Adi – Kollektif, s. 320; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 697; Aşık, s. 192.

¹⁰¹¹ Ansay, s. 136; Aydoğan, s. 121; Yıldırım, s. 96.

¹⁰¹² Ansay, s. 136; Domaniç, Adi – Kollektif, s. 320; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 697; Aşık, s. 192.

¹⁰¹³ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 239; Franko, s. 56; Kırca, s. 179; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 697 – 698; Karakılıç, s. 350;

kabul edip, işlemten doğan zararları reddedemeyecektir. Zira bu talep hakkında, işlemin fayda ve zararları bir bütün olarak ortaklığa geçtiği kabul edilmektedir¹⁰¹⁴. Bu nedenle ortaklık talep hakkını kullandığı takdirde, rekabet yasağına konu işlemin sadece avantajlarından yararlanmayacak olup; dezavantajlarına da katlanacaktır¹⁰¹⁵.

Bu doğrultuda ortaklık tarafından, üyenin yapmış olduğu masraf ve borçları da üzerine alınması gerekmektedir¹⁰¹⁶. Üye, borçlar ödenmediği müddetçe hapis hakkını kullanabilecek olup; ancak gerçekleştirdiği faaliyet için ortaklıktan ayrıca ücret isteyemeyecektir¹⁰¹⁷. Ortaklığın anılan talep hakkını kullandığı andan itibaren üye, rekabet yasağına konu işi bundan böyle ortaklığın menfaati doğrultusunda yürütmekle yükümlüdür ve ortaklığın işin yürütülmesine ilişkin verdiği talimatlar ile bağlıdır¹⁰¹⁸.

Alman doktrinde ise ortaklığın bu talep hakkını ileri sürmesi ile birlikte, üye ile ortaklık arasında esasen vekâlet benzeri bir ilişki kurulduğu açıkça ortaya konmaktadır¹⁰¹⁹. Bu nedenle anılan ilişkiye, vekâlet sözleşmesinde vekilin vekalet verene karşı aydınlatma ve hesap verme yükümlülüğüne ilişkin Alm.MK § 666, vekilin iş görme esnasında elde ettiklerini vekâlet verene iade yükümlülüğüne ilişkin Alm.MK § 667 ile vekilin vekalet verene karşı masraflarının giderilmesi talebine ilişkin Alm.MK § 670 hükümlerinin kıyasen uygulanacağı öngörülmektedir.

Doktrinde, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talep hakkının uygulanmasının sorunlu olduğuna dikkat çekilmektedir. Şöyle ki doktrinde bir görüş¹⁰²⁰ örnekler üzerinde meseleye yaklaşarak, rekabet yasağına konu işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması için evveleminde işlemin karşı tarafının rıza göstermesi ve üye yerine ortaklığı muhatap kabul etmesinin gerektiğini, istisnai haller dışında özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde işlemin karşı tarafının ortaklığı muhatap kabul etmediği müddetçe işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması

¹⁰¹⁴ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 239 ; Domaniç, Adi – Kollektif, s. 320; Franko, s. 56; Kırca, s. 179; Kaplan, s. 110; Karakılıç, s. 350.

¹⁰¹⁵ Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 36; BGH - KZR 4/62 = GRUR 1963, 382, 384; BGH - II ZR 242/82 = NJW 1984, 1353; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 38; Vorstandsrechts – Thüsing, § 4, N. 96.

¹⁰¹⁶ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 239; Franko, s. 56; Kırca, s. 179.

¹⁰¹⁷ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 239.

¹⁰¹⁸ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 239 dn. 31; Franko, s. 56; Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 83 – 85; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 14; Hölter's Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 19.

¹⁰¹⁹ Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 83; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 16; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 14.

¹⁰²⁰ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 637 – 638.

hakkının kullanılmasının mümkün olmadığını, ancak iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borç üye tarafından ifa edilmiş ve üçüncü kişinin para ödeme veya mal teslim etme borcu mevcut ise, istisnaen üyenin bu hakkını alacağını devri hükümlerine göre devretmesinin yeterli ve gerekli olduğu, yine bu örnek üzerinde bu sefer üçüncü kişinin edimini tamamlayıp üyenin borçlu olması halinde, üyenin mülkiyetinde bulunan işleme ilişkin mal ve hakların ortaklığa devredilmesi ve üyenin üçüncü kişiye yaptığı ödemelerin ortaklık tarafından üyeye sağlanması kaydıyla ortaklığa izafe edilebileceğini öngörmektedir. Ancak üçüncü kişilerin ortaklığın muhatap olmasına rıza göstermesi halinde de, bu talep hakkının kullanılmasının kullanışlı olmayacağı, zira hile yapılmasına müsait olduğu ve ortaklık için sakıncalı olabileceği, örneğin ortaklık rekabet yasağına konu işlemin ortaklık adına yapılması talebini ileri sürdüğünde, üye ile işlemin tarafı üçüncü kişi aralarında anlaşarak söz konusu işlemin tarihini değiştirip ortaklık aleyhine hükümler (faiz, cezai şart vb.) ekleyebileceği ve bu nedenle ortaklığın zarar görebileceği vurgulanmaktadır. Bütün bu sebepler nedeniyle, ortaklığın tazminat yerine yapılan işlemi ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin ortaklığı koruyucu olmayıp, bilakis ortaklık için tehlikeli olabileceği ifade edilmiştir.

Yargıtay'ın ise konuya ilişkin kararları maalesef oldukça enderdir. Şöyle ki, Yargıtay 1966 tarihli kollektif ortaklıklara ilişkin verdiği bir kararda¹⁰²¹; ortaklardan birinin ortaklığın işletme konusuna pamuk ticaretini kendi adına yapması nedeniyle, ortaklığın ortağın bu faaliyeti nedeniyle elde ettiği kârın ortaklığa devredilmesi yönünde talep hakkının olduğuna işaret etmiştir. Yine kollektif ortaklıklara ilişkin 1968 tarihli başka bir kararda¹⁰²²; ortağın rekabet yasağının ihlali halinde ortaklığın, tazminat veya tazminat yerine ortağın kendi şahsı adına yaptığı işlemlerin ortaklık adına yapmış sayarak bu işlerden doğan menfaatin ortaklığa bırakılmasını talep edebileceğini belirtmektedir. Böylelikle Yargıtay, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebini, rekabet yasağına aykırı işleminden elde ettiği kârın yahut menfaatlerin ortaklığa devredilmesi talebi şeklinde yorumlamaktadır.

Kanaatimizce, Alman doktrinde ileri sürülen talep hakkının kullanılması ile birlikte üye ile ortaklık arasında vekâlet benzeri bir ilişki kurulduğunun kabulü, Türk Hukuku bakımından da kabul edilebilir. Kaldı ki doktrinimizde belirtilen görüşler de

¹⁰²¹ Yargıtay Ticaret Dairesi Tarih: 11.03.1966 E: 1964 / 230 K: 1966 / 1200, Ulusoy, s. 385 dn. 364.

¹⁰²² Yargıtay Ticaret Dairesi Tarih: 26.11.1968 E: 1967 / 2058 K: 1968 / 6301, Tekil, s. 120 dn. 24.

esasen, bu durumu hissettirmekte ancak açıkça ortaya koymamaktadır. Bu nedenle bizce, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin ortaklık tarafından ileri sürülmesi ile birlikte, rekabet yasağına konu işlem hakkında, ortaklık ile üye arasında dolaylı temsil yetkisi içeren vekâlet benzeri bir ilişki doğmaktadır¹⁰²³. Bu sebeple bundan böyle aradaki ilişkiye, işlemin mahiyeti ve özü elverdikçe, vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını düşünmekteyiz.

Şöyle ki, üye rekabet yasağını ihlal etmeseydi normal şartlarda, anılan işlemi esasen üye ortaklık adına ve hesabına yapacak idi. Ancak üye ortaklık menfaatine göre değil, kendi menfaatine hareket ederek tabi olduğu rekabet yasağını ihlal etmekte ve anılan işlemi kendi hesabına gerçekleştirmektedir. Bu sebeple esasen ortaklık adına yapılmış sayılması talebi ile ortaklık, üyeye karşı; rekabet yasağına konu işlemin aslında ortaklığın olması ve bu işlemi ortaklığın temsilcisi olarak ortaklık adına ve hesabına gerçekleştirilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır. Ortaklık anılan işlemi, üyenin işlem yaptığı sözleşen tarafın rızası olmadıkça bir bütün olarak devralamayacağından; hiç olmazsa işlemin ekonomik sonuçlarından yararlanmayı talep etmektedir.

Ortaklığın bu talebi ileri sürmesi ile birlikte üye, rekabet yasağına konu işlemde adeta ortaklığın dolaylı temsilcisi gibi hareket ettiği varsayılarak, anılan işlemin sonuçlarını olduğu gibi ortaklığa aktarması gerekecektir. Bu kapsamda, işlemin

¹⁰²³ Doktrinde konuya Borçlar Hukuku perspektifinden yaklaşan Baş Süz el ise, ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin TBK m. 531 hükmü uyarınca iş sahibinin uygun bulma hakkından başka bir şey olmadığını, ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin rekabet yasağına konu işlemi uygun bularak vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanma olanağını tanıdığını ileri sürmektedir, Baş Süz el, s. 335 – 336. TBK m. 531 hükmü uyarınca iş sahibi, yapılan işi uygun bulmuşsa, vekâlet hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir. Ancak kanaatimizce, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebi, TBK m. 531 hükmü anlamında bir uygun bulma hali olarak değil; ticaret hukukuna özgü bir yaptırım şekli olarak kabul edilmesi daha isabetli olacaktır. Zira ilkin, iş görenin iş sahibinin menfaatine değil, kendi menfaatine göre iş gördüğü hallerde; uygun bulma hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalı bir mevzudur. Şöyle ki doktrinde bir görüş, uygun bulma halinin sadece iş sahibinin menfaatine iş görülmesi hallerinde uygulanabileceğini, zira iş sahibinin kendi menfaatine görülmeyen bir işi uygun bulmasının mümkün olmayacağını ileri sürmektedir, Azra Arkan Akbıyık, **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme**, 1. Baskı, İstanbul, Alfa Basım Yayın, 1999, s. 52; Gümüş, Cilt II, s. 232; ZK – Schmid, Art. 424 N. 7; Eren, Özel Hükümler, s. 918. Aksi görüş ise, iş görenin iş sahibinin menfaatine ya da kendi menfaatine görmesi halinde uygun bulma hükmünün uygulanabileceği, hükmün sadece iş sahibinin menfaatine görülmesi haline özgülemenin bir dayanağının bulunmadığı görüşündedir, Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957, s. 250; Tandoğan, s. 677; Baş Süz el, s. 141 – 142. Rekabet yasağını ihlal eden üye (iş gören), ortaklık (iş sahibine) menfaatine değil, kendi menfaatine hareket etmektedir. Dolayısıyla, iş sahibi menfaatine görülmeyen hallerde uygun görme hükmünün uygulanabilirliği hakkında doktrinde görüş birliği olmayan bir konuya bağlamak doğru olmayacaktır. İkinci olarak, bizce işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebi ile üye ve ortaklık arasında vekalet benzeri bir ilişki kurulmaktadır, dolayısıyla vekalet sözleşmesi hükümlerinin doğrudan değil, kıyasen uygulanması daha isabetli olacağı görüşündeyiz.

ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin ortaklık tarafından ileri sürülmesi ile birlikte; üye rekabet yasağına konu işlem hakkında kendi adına devam etmekle birlikte artık ortaklık menfaatine hareket etmekle ve ortaklığın talimatlarına uymakla yükümlü olacaktır (TBK m. 505). Üye ayrıca, anılan işlem hakkında ortaklığa bilgi sunmakla, ortaklığın talimatını etkileyebilecek husus ve mevzuları ortaklığa bildirmelidir¹⁰²⁴. Üye, ortaklığın talebi üzerine anılan işlemin hesabını vermekle de yükümlüdür (TBK m. 508 f. 1). Hesap verme kavramına, rekabet yasağına konu işlemin gidişatı hakkında bilgi verme, işlemin maliyeti ve masraflar hakkında hesap verme dahildir¹⁰²⁵.

Rekabet yasağına konu işlem nedeniyle, işin niteliği gereği ortaklığın üyeye vekalet ücreti ödeme yükümlülüğü bulunmamalıdır. Zira, üye ortaklık adına ve hesabına hareket etmesi gerekirken; kendi menfaatini ön planda tutarak işlemi kendi hesabına gerçekleştirmiş ve ortaklığa karşı yükümlülüklerini ihlal etmiştir. Ortaklığın, rekabet yasağına konu işlem için üyenin katlandığı masrafları ödemek ve üyenin yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir (TBK m. 510 f. 1). Ortaklık, üyenin işlemin yerine getirilmesi için zorunlu masrafları karşılamakla yükümlü olmakla birlikte; gereksiz veya aşırı yüksek masrafları ödemekle yükümlü olmayıp; aşırı taleplerin bir kısmını reddedebilecektir¹⁰²⁶. Üyenin, rekabet yasağına konu işlemde doğan üçüncü kişilerdeki alacak haklarının da, ortaklığın üyeye karşı borçlarını ifa etmesi ile kendiliğinden ortaklığa geçtiği de kabul edilebilir (TBK m. 509). Bu noktada ortaklık, üyenin masraflarının ödemesi ve üyenin giriştiği borçlardan üyenin kurtarılması halinde, TBK m. 509 f. 1 uyarınca alacak haklarının devrinde kanuni devirden yararlanılabilecektir.

Ancak üye ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin bir bütün olarak devri söz konusu olmadığından; üye, sözleşmeden doğan yetkilere sahip olmaya devam etmektedir. Şöyle ki örneğin, sözleşmeden dönme, tazminat davası ikame etme veya ayıbın ileri sürülmesi gibi yetkiler yine üye tarafından kullanılacaktır. Fakat üye bu tür yetkilerin kullanılmasında ortaklık menfaatine hareket etmekle yükümlüdür.

Kanaatimizce, bu yaptırım şekli üye tarafından kendi hesabına gerçekleştirilen her işlem bakımından uygulanması kolay ve zahmetsiz bir yaptırım değildir. Evvela

¹⁰²⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 742.

¹⁰²⁵ Tandoğan, s. 479 vd.; Eren, Özel Hükümler, s. 743; Gümüş, Cilt II, s. 169.

¹⁰²⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 750; Tandoğan, s. 578 vd.; Gümüş, Cilt II, s. 175.

rekabet yasağına konu işlemin niteliğinin, bu talep hakkının ileri sürülmesine uygun olması gerekmektedir. Örneğin ifa aşaması tamamlanmış ve sözleşme ilişkisinin sona ermiş olması halinde, yaptırımın uygulanabilirliği sorunlu gözükmemektedir. Kanımızca bu yaptırım şeklinin, uzun süreli ve sürekli edim içeren sözleşme ilişkilerinde uygulanabilmesi daha olasıdır. Ayrıca, rekabet yasağına konu işlemin bir bütün olarak devredilmemesi ve dolayısıyla üyenin hala işlemin tarafı olması sebebiyle, üyenin sözleşmenin tarafı olmasına bağlanan hak ve yetkilerin kullanımı da uygulamada sorunlara yol açabilecektir.

Yaptırımın uygulamasındaki sorunlar ve üyenin işlemi kendi hesabına yaptığı hallerde ortaklığın sadece işlemin ekonomik sonuçlarının aktarılmasını talep edebilmesi, her zaman ortaklık menfaatine sonuç doğurmayabilecektir. Aslında kanaatimizce burada, aşağıda inceleyeceğimiz üyenin başkası hesabına yaptığı işlemlerden elde edilen menfaatin ortaklığa ait olması talebinde olduğu gibi, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin yaptırımı olan, menfaatin devri yaptırımının öngörülmesi esasen çok daha uygun olacaktır¹⁰²⁷. Zira ortaklık, üyenin gerçekleştirdiği işlemin ekonomik sonuçlarını bir bütün olarak değil de; TBK m. 530 uyarınca işlemde elde ettiği menfaatlerin devrini talep edebilmelidir. Nitekim, kanun koyucu bu tür bir yaptırım şeklini, haksız rekabet müessesinde de öngörmektedir. Şöyle ki, haksız rekabet halinde yaptırımlara ilişkin TTK m. 56 f. 1 son cümlesi¹⁰²⁸ menfaat devrini öngörmektedir ve bu yaptırımın gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin uygulama alanlarından biri olduğu kabul edilmektedir¹⁰²⁹.

Netice itibarıyla, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin uygulamada yaratacağı sorunlar ve özellikleri gereği ortaklık bakımından her durum ve şartlarda

¹⁰²⁷ Doktrinde Arkan Akbıyık da, üyenin rekabet yasağına konu işlemi kendi ve üçüncü kişi hesabına yapması arasında bir ayırım yapılmasını isabetli bulmamaktadır. Şöyle ki yazar, üyenin kendi hesabına yaptığı işlemde elde ettiği kazancı ortaklığın ancak TBK m. 531 hükmünde düzenlenen uygun bulma ile kazanabileceğinin kabulünün ortaklığın (iş sahibinin) sorumluluğunun vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması nedeniyle artıracığını, TBK m. 530 hükmü uyarınca menfaatin devrini talep etmenin yapılan işi uygun bulmadan her zaman daha yararlı olduğunu, bu nedenle üçüncü kişiler hesabına yapılan işlemler açısından öngörülen esasın -ki çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ayrıntılı açıklayacağımız üzere - üyenin kendi hesabına yaptığı işlemler bakımından da kabul edilmesi gerektiğini ve TBK m. 530 hükmü uyarınca ortaklığın üyenin kendi hesabına yaptığı rekabet yasağına konu işlemde elde ettiği net menfaatin kendisine devretmesini talep edebileceğini ileri sürmektedir, Arkan Akbıyık, s. 54, 94.

¹⁰²⁸ TTK m. 56 f. 1 son cümle şu şekildedir: “*Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.*”

¹⁰²⁹ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 423 vd. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Arkan Akbıyık, s. 67 vd.; Baş Sözel, s. 271 vd.

uygulanamayacak olması dikkate alındığında, bizce rekabet yasağına konu işlemin üyenin kendi hesabına gerçekleştirdiği haller bakımından ortaklığa bir seçim hakkı tanınmalıdır. Şöyle ki üyenin kendi hesabına gerçekleştirdiği işlemler bakımından ortaklık dilerse, işlemin kendi hesabına yapılmış sayılmasını; dilerse TBK m. 530 uyarınca üyenin işlemde elde ettiği menfaatin kendisine devredilmesini talep edebilmelidir.

C. Elde Edilen Menfaatin Ortaklığa Ait Olması

1. Yaptırımın Özellikleri

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi neticesinde ortaklık tazminat talebi yerine; hükmün lafzı uyarınca üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatleri üyeden talep edebilecektir (TTK m. 396 f. 1 c. 2). Bu talep hakkı, yönetim kurulu üyesinin başkası veya üçüncü kişiler hesabına yaptığı işlemler için uygulama alanı bulabilecek olup; üyenin kendi hesabına yaptığı işlemler için bu talep hakkı ileri sürülemeyecektir¹⁰³⁰¹⁰³¹. İşlemin ortaklık adına yapılmış sayılmasının talep edilmesinin aksine bu talep hakkının ileri sürülebildiği hallerde üye, rekabet yasağına konu işlemde bir temsilci, bir aracı konumundadır¹⁰³².

TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmüne paralel olarak Alm.POK § 88 II hükmünde de, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına aykırı işlemi başkası hesabına gerçekleştirdiği takdirde, ortaklığın üyenin söz konusu işlemde elde ettiği karşılığı

¹⁰³⁰ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 239 - 240; Ulusoy, s. 385; Aydoğan, s. 58, 122; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 698; Aşık, s.193; Karakılıç, s. 351.

¹⁰³¹ Doktrinde Domaniç, hükmün kötü kaleme alındığını ve ortaklığın aleyhine yorumlanabilecek tereddütler barındırdığını, “*üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin ortaklığa ait olduğu*” cümlesinden üyenin kendi adına müvekkili hesabına yaptığı işlemlerin anlaşılmasının zor olduğunu, üyenin kendi adına müvekkili hesabına yaptığı komisyon işleri dışında, üyenin kendi adına yaptığı işlemlerin bir önceki cümlede düzenlenen yaptırıma tabi tutulduğundan, ifadedeki üçüncü kişiler hesabına kelimesini üçüncü şahıs adına yapılan işlemler olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir, Domaniç, Anonim Şirketler, s. 638. Aynı yönde Yıldırım, s. 96 – 97. Benzer anlayış kollektif ortaklıklara ilişkin yaptırımları değerlendiren Franko’da da görülmektedir. Şöyle ki yazar, menfaatin ortaklığa bırakılması talebinin ancak başkası adına yapmış olduğu işlemler için uygulanabileceğini; bu nedenle kanunun hükmün uygulanabilmesi için üyenin ticari vekil, ticari temsilci, komisyoncu, acente gibi bir sıfatla işlemin yapılmış olmasını aradığını ifade etmiştir, Franko, s. 58. Ancak burada yazar, önce yaptırımın uygulanabilmesi için işlemin başkası adına yapılmasını gerektiğini ileri sürse de örnek olarak verdiği üyenin komisyoncu olmasında ise üye kendi adına ancak başkası hesabına hareket etmektedir. Aslında yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bir önceki cümlede düzenlenen yaptırımın, diğer bir ifadeyle işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin üyenin kendi adına yaptığı işlemlerden ziyade kendi hesabına yaptığı işlemler şeklinde anlaşılması daha uygun olacaktır.

¹⁰³² Ulusoy, s. 386.

veya karşılığa ilişkin talep hakkının devredilmesini üyeden talep edebileceği öngörülmektedir¹⁰³³.

Bu talep hakkının ileri sürülebilmesi için üyenin rekabet yasağına konu işlem den bir menfaatinin doğmuş olması gerekmektedir¹⁰³⁴. Şöyle ki üye, rekabet yasağına konu işlem den bir menfaat elde etmişse, bu menfaatin; şayet üye henüz bir menfaat elde etmemiş ise, üyenin menfaat üzerindeki talep hakkının ortaklığa devredilmesi talep edilebilecektir¹⁰³⁵. Eğer üye, başkası hesabına gerçekleştirdiği rekabet yasağına konu işlem den bir menfaat elde etmemişse, bu yaptırım uygulama alanı bulmayacaktır.

Ortaklığın bu talep hakkını kullanabilmesi için, tıpkı işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebi gibi, ortaklığın zararını ispat etmesine ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁰³⁶.

2. Yaptırımın Etkileri

Ortaklık tarafından, üyenin başkası hesabına gerçekleştirdiği işlem den elde ettiği menfaatin ortaklığa ait olması talebinin ileri sürülmesinin, tıpkı rekabet yasağına konu işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebinde olduğu gibi, rekabet yasağına aykırı işlem açısından bir dış etkisi bulunmamaktadır¹⁰³⁷. Açık bir anlatımla ortaklık, bu talep hakkını ileri sürmesi ile üyenin rekabet yasağına konu işlemdeki konumunu elde etmeyecektir¹⁰³⁸.

Ortaklık tarafından, menfaatlerin ortaklığa ait olması talebi rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı kullanılacak olup; ortaklık anılan talebi, üyenin hesabına işlem yaptığı üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyecektir.

¹⁰³³ Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 35; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 19; Vorstandsrecht – Thüsing, § 4, N. 95; MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 9.

¹⁰³⁴ Franko, s. 58; Aydoğan, s. 58; Karakılıç, s. 352

¹⁰³⁵ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 240; Aydoğan, s. 58 – 59; Aşık, s. 193.

¹⁰³⁶ Yıldırım, s. 97; Vorstandsrecht – Thüsing, § 4, N. 95; Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 32; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 7; Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 76; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 16; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 9; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 14; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 11; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 11; MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 7.

¹⁰³⁷ Vorstandsrecht – Thüsing, § 4, N. 96; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 38; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 19; Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 34; Henssler / Strohn Komm. - Dauner-Lieb, § 88 AktG, N. 10; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 14; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 10; MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 7; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 13.

¹⁰³⁸ Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 88; Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 35.

3. Yaptırımın Sonuçları

Bu talep hakkının ileri sürülebildiği hallerde, üye rekabet yasağına konu işlemde başkası hesabına hareket etmektedir. Şöyle ki üyenin rakip ortaklığın bir organı, ticari temsilcisi, ticari vekili, acentesi veya komisyoncusu sıfatıyla rekabet yasağına konu işlemi başkası hesabına gerçekleştirmesi halinde, ortaklık üyenin bu işlem nedeniyle elde ettiği menfaatin (ücret, komisyon, prim vb. haklar) ortaklığa devredilmesini talep edebilecektir¹⁰³⁹.

İşlemin ortaklık adına yapılmış sayılmasının talep edilmesinde işlemin tüm ekonomik sonuçlarının ortaklığa geçirilmesi söz konusu iken, burada saf olarak işlemin yarattığı menfaat, yani işlemin olumlu sonuçları ortaklığa aktarılmaktadır. Doktrinde ortaklığın üyeden talep edebileceği menfaatin, seyahat, haberleşme vb. masrafların düşüldükten sonra kalan net para veya ayın değerleri olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴⁰.

Menfaatlerin ortaklığa ait olması talebi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen TBK m. 530 hükmünün bir uygulama hali olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴¹. Bu noktada gerçek olmayan vekaletsiz iş görme müessesini ana hatlarıyla izah etmeyi uygun bulmaktayız. Şöyle ki gerçek olmayan vekâletsiz iş görme¹⁰⁴² TBK m. 530¹⁰⁴³ hükmünde düzenlenmiş olup; genel olarak, bir kimsenin vekâleti olmadan, diğer bir deyişle yetkisiz bir şekilde, başkasının hukuk alanına müdahale etmek suretiyle kendi veya üçüncü kişinin menfaatine iş görmesi şeklinde tarif edilmektedir¹⁰⁴⁴. İş görenin başkasının hukuk alanına, hukuka aykırı bir şekilde müdahale etmesi ile birlikte; taraflar arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi meydana gelmektedir¹⁰⁴⁵. Gerçek

¹⁰³⁹ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 240; Franko, s. 58; Aydoğan, s. 58; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 698; Karakılıç, s. 351 - 352; Aşık, s. 193; Helvacı, s. 94.

¹⁰⁴⁰ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 638.

¹⁰⁴¹ Arkan Akbıyık, s. 94; Baş Süzel, s. 335.

¹⁰⁴² Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Arkan Akbıyık, s. 20 vd.; Baş Süzel, s. 7 vd. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme müessesesi için doktrinde; iş gasbı (*“Geschäftsanmassung”*); kötüniyetli kendi yararına iş görme (*“Bösgäubige Eigengeschäftsführung”*); kötüniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme (*“Bösgläubige unechte Geschäftsführung ohne Auftrag”*); caiz olmayan vekâletsiz iş görme terimleri de tercih edilebilmektedir, Baş Süzel, s. 19 – 20 ve dn. 59.

¹⁰⁴³ TBK m. 530 hükmü şu şekildedir: *“İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve girdiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.”*

¹⁰⁴⁴ Baş Süzel, s. 7 – 8; Gümüş, Cilt II, s. 234 – 235; Eren, Özel Hükümler, s. 922 - 923.

¹⁰⁴⁵ ZK – Schmid, Art. 423 OR, N. 6; Gümüş, Cilt II, s. 234 – 235.

olmayan vekâletsiz iş görmenin bir borç kaynağı¹⁰⁴⁶ olması nedeniyle, TBK'nın genel hükümlerinde yer alması gerektiği de savunulmaktadır¹⁰⁴⁷.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, mutlak hakların yanında, nispi hakların ihlalinde de ortaya çıkabileceği kabul edilmekle¹⁰⁴⁸ birlikte; nispi haklar bakımından ortaya çıkabilmesi için hukuka aykırılık bağının kanun tarafından öngörülmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁰⁴⁹. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımı; iş sahibinin, iş görenin elde ettiği faydaların kendisine devredilmesini talep edebilmesidir. Esasen bu talebin temelde bir menfaat devri¹⁰⁵⁰ yaptırımı¹⁰⁵¹ olduğu doktrinde kabul edilmektedir¹⁰⁵². Bu yaptırım şeklinde, hukuka aykırı davranan kişinin elde ettiği menfaat (kazanç) temel alınmaktadır. Şöyle ki menfaat devri yaptırımı ile kastedilen, karşı tarafın hakkını ihlal eden kişinin, bu ihlal neticesinde elde ettiği gerçek menfaati, hakkı ihlal edilen kişiye devretmesidir¹⁰⁵³.

Menfaat devri yaptırımının amacı, hakkı ihlal edilen kimsenin dezavantajlarını gidermek değil; hakkı ihlal edenin, bu ihlal suretiyle elde ettiği avantajlardan mahrum bırakmaktır¹⁰⁵⁴. Açık bir anlatımla menfaat devri yaptırımında, tazminat yaptırımında olduğu gibi hakları ihlal edilenlerin varlıklarını ve menfaatlerini onarmak veya düzeltmek, başka bir ifadeyle telafi etmek değil; hakkı ihlal eden kişinin elde ettiği

¹⁰⁴⁶ Oğuzman / Öz, Cilt-1, s. 36; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 73; Arkan Akbıyık, s. 20; Baş Süzel, s. 16.

¹⁰⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 73; Arkan Akbıyık, s. 19; Gümüş, Cilt II, s. 235; Baş Süzel, s. 16; İsviçre Hukuku'nda da aynı yönde, ZK – Schmid, Art. 423 OR, N. 6.

¹⁰⁴⁸ Arkan Akbıyık, s. 32; Gümüş, Cilt II, s. 235 – 236; Eren, Özel Hükümler, s. 920.

¹⁰⁴⁹ Baş Süzel, s. 62 – 63.

¹⁰⁵⁰ Türk Hukuku'nda “menfaat devri” terimi tercihi için bkz. Baş Süzel, s. 143 vd.; “kazanç devri” terimi tercihi için bkz. Arkan Akbıyık, s. 47 vd.; Gümüş, Cilt II, s. 237 vd.; “faydaların devri” tercihi için bkz., Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s. 192 vd. Biz, çalışmamızda söz konusu yaptırıma ilişkin açıklamalarımızda, menfaati kazanç anlamında esas alarak, “menfaatin devri” terimini kullanacağız.

¹⁰⁵¹ Doktrinde menfaat devri yaptırımına ilişkin yabancı hukuklarda henüz yerleşmiş bir terim bulunmadığı ifade edilmekle birlikte; bu yaptırımın izah edilmesinde İngiliz Hukuku'nda “disgorgement of profit”, “account of profits”; İsviçre Hukuku'nda “gewinnherausgabe”, “vorteilsherausgabe”, “gewinnabschöpfung”; Alman Hukuku'nda “gewinnherausgabe”, “gewinnabschöpfung” “gewinnhaftung” gibi terimlerin kullanıldığı gözlemlenmektedir, Baş Süzel, s. 143 dn. 1, s. 218 dn. 354; Stucki, N. 23; ZK – Schmid, Art. 423 OR, N. 93; CHK - Maissen / Huguenin / Jenny, Art. 423 OR, N. 3; Konrad Rusch, **Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, s. 1.

¹⁰⁵² Baş Süzel, s. 144; Tandoğan, s. 676; Stucki, N. 25; ZK – Schmid, Art. 423 OR, N. 93; CHK - Maissen / Huguenin / Jenny, Art. 423 OR, N. 3.

¹⁰⁵³ Baş Süzel, s. 143; Stucki, N. 24; Rusch, s. 1. Menfaat devri yaptırımına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Baş Süzel, s. 143 vd.

¹⁰⁵⁴ Stucki, N. 24, Rusch, s. 3.

menfaatin hakkı ihlal edilene devredilmesi, diğer bir deyişle hakkı ihlal edenin menfaatinin kaymağının hakkı ihlal edilene bırakılması amaçlanmaktadır¹⁰⁵⁵¹⁰⁵⁶.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme müessesinin yaptırımını düzenleyen TBK m. 530 hükmünde yer alan, “*İşsahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir*” ifadesindeki fayda terimi her türlü malvarlıksal menfaat anlamında olup; iş sahibinin iş görenden talep edebileceği, brüt menfaat eksi masraflar neticesinde varılacak olan net menfaattir¹⁰⁵⁷.

Bu nedenle, üyenin başkası hesabına gerçekleştirdiği rekabet yasağına konu işlemde elde edilen menfaatlerin ortaklığa ait olması talebinde, menfaat kavramına TBK m. 530 anlamında her türlü malvarlıksal menfaat dahil edilerek, üyenin rekabet yasağına konu işleminden toplamda elde ettiği brüt menfaatten, masraflarının düşülmesi neticesinde varılacak olan net menfaat olacaktır. Ayrıca TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmünde, üyenin başkası hesabına gerçekleştirdiği işlemler bakımından, uygulamayı kolaylaştırmak ve tereddütleri gidermek adına, açıkça TBK m. 530 hükmü uyarınca bir menfaat devri niteliğinde olduğu yer alması uygun olacaktır. Nihayetinde, TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmünün şu şekilde düzenlenmesinin uygun olacağı inancındayız: “Bu hükme aykırı harekette bulunan yönetim kurulu üyelerinden ortaklık tazminat isteyebilir. Ortaklık, tazminat yerine; üyenin kendi hesabına yaptığı işlemlerin ortaklık hesabına yapılmış sayılmasını veya üyenin kendisi veya başkası hesabına yaptığı işlemde elde ettiği faydaları TBK m. 530 hükmü uyarınca talep edebilir.”

¹⁰⁵⁵ Rusch, s. 1; Baş Süzel, s. 182.

¹⁰⁵⁶ Genel olarak Türk Hukuku’nda menfaat devri yaptırımının hukuki temelini gerçek olmayan vekâletsiz iş görme müessesesi ve onun uygulama alanları olduğu kabul edilmektedir, Baş Süzel, s. 144, Tandoğan, s. 676. Söz konusu bu yaptırım talebi, tazminat ve iade taleplerinin aksine, hakkı ihlal edilen kişinin malvarlığındaki azalma ile sınırlı değildir, Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s. 193; Tandoğan, s. 676. Diğer bir ifadeyle, menfaat devri talebi, zararın varlığına ve miktarına bağlı değildir, Baş Süzel, s. 8 – 9; Stucki, N. 25. Örneğin, iş gören kendi imkanları ile iş sahibinin elde edemeyeceği bir menfaat elde ettiği takdirde; TBK m. 530 hükmü uyarınca bu menfaati iş sahibine devretmekle yükümlü olacaktır, Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s. 193. Dolayısıyla menfaat devri talebinde bulunabilmek için zarara uğramak gerekmediği gibi; zararın varlığı ve miktarının ispatlanmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır, ZK – Schmid, Art. 423 OR, N. 93; Gümüş, Cilt II, s. 238.

¹⁰⁵⁷ Gümüş, Cilt II, s. 237 - 238; Arkan Akbıyık, s. 47; Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s. 192 – 193; Eren, Özel Hükümler, s. 925; Baş Süzel, s. 80 vd., 87 – 88. İsv.BK Art. 423 Abs. 1 hükmünde ise avantajlar (“*vorteile*”) terimi de bu şekilde yorumlanmaktadır, ZK – Schmid, Art. 423 OR, N. 94; CHK – Maissen / Huguenin / Jenny, Art 423 OR, N. 13 – 14; Stucki, N. 24.

a. Üyenin Rakip Bir Ortaklığa Sınırsız Sorumlu Ortak Olarak Katılması Halinde

Üyenin rakip bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılması halinde bu talep hakkının uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Şöyle ki bir görüş¹⁰⁵⁸, üyenin sınırsız sorumlu ortak olması halinde ancak üyenin katıldığı ortaklıktan çekilmesinin talep edilebileceğini, TTK m. 396 f. 1 c. 2’de düzenlenen talep haklarının (ortaklığın adına yapılmış sayılması ve menfaatin ortaklığa ait olması taleplerinin) uygulanamayacağını ileri sürmektedir. Aksi görüş¹⁰⁵⁹ ise ortaklığın, üyenin sınırsız sorumlu ortak olarak katıldığı ortaklıktan çekilmesinin yanı sıra, ortaklıktan elde ettiği menfaatlerin devrinin de talep edilebileceğini, başka bir anlatımla bu talep hakkının üyenin sınırsız sorumlu ortak olması halinde de uygulanabileceğini kabul etmektedir.

Mesele, Alman doktrininde de tartışmalıdır. Şöyle ki, bu konuya ilişkin olarak öncelikle kollektif ortaklıklara ilişkin doktrin ve yargı kararlarının anonim ortaklıklar doktrinini oldukça etkilemesi sebebiyle kısaca kollektif ortaklıklarda ortağın rekabet yasağına kısaca değinmeyi uygun bulmaktayız. Alman kollektif ortaklıklarda ortağın rekabet yasağını düzenleyen Alm.TK § 112 I hükmü uyarınca ortağın, diğer ortakların izni olmaksızın, ortaklığın iş kolunda, diğer bir deyişle faaliyet alanında işlem yapması ile benzer¹⁰⁶⁰ bir ticaret ortaklığına sınırsız sorumlu ortak olarak katılması yasaklanmıştır. Ortağın rekabet yasağını ihlal etmesinin yaptırımlarını düzenleyen Alm.TK § 113 I hükmü ise, ortaklığın rekabet yasağını ihlal eden ortaktan tazminat talep edebileceğini; bunun yerine ortağın kendi hesabına yaptığı işlemlerin ortaklık hesabına yapılmış sayılmasını ve başkası hesabına yaptığı işlemlerden elde ettiği karşılığın ortaklığa devredilmesini veya karşılığa ilişkin talep hakkının temlik edilmesini talep edebileceğini düzenlemektedir.

Kollektif ortaklıklar doktrini ve yargı kararları ise, ortağın başka bir ticaret ortaklığına sınırsız sorumlu ortak olarak katılması halinde; Alm.TK § 113 uyarınca

¹⁰⁵⁸ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 240; Ansay, s. 136; Mimaroglu, Anonim Şirketler, s. 95.

¹⁰⁵⁹ Çamoğlu, s. 359; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 104; Çamoğlu, (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 416 – 417; Aydoğan, s. 123; Karakılıç, s. 352.

¹⁰⁶⁰ Hükümde geçen benzer ifadesi, tıpkı işlem yapma da olduğu gibi, yasaklılık halinin ortaklığın iş kolu, diğer bir ifadeyle ortaklığın faaliyet alanı ile sınırlandırıldığı şeklinde yorumlanmaktadır. Açık bir anlatımla, kollektif ortaklıklarda gerek işlem yapma gerekse başka bir ticaret ortaklığına sınırsız sorumlu ortak olarak katılma da ortaklığın fiili faaliyet konusu ile sınırlı olduğundan, Alm.TK § 112 I hükmü rekabetin, rekabetçi bir ilişkinin varlığını aramaktadır, Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 112 HGB, N. 12, 15; MüKo - Langhein, § 112 HGB, N. 11, 17; Oetker Komm. - Lieder, § 112 HGB, N. 8.

ortaklığın - Alm.POK § 88 II hükmü ile aynı şekilde formüle edilen - katılma hakkının mevcut olduğunu, diğer bir ifadeyle ortaklığın, ortağın söz konusu ortaklıktan elde ettiği menfaati talep edebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁶¹. Ancak ortaklığın katılma hakkını ileri sürmesi halinde, katılma hakkının dış etkisi bulunmaması sebebiyle, söz konusu ortaklıkta ortak pozisyonunu elde edemeyecek veya ortaklığın gerçekleştirdiği işlemlere katılamayacaktır¹⁰⁶².

Bu noktada, anonim ortaklıklar doktrininde sıklıkla yollama yapılan Alman Federal Mahkemesi'nin ortağın başka bir ticaret ortaklığına sınırsız sorumlu ortak olması halinde ortaklığın katılma hakkını incelediği “*Bonbonniere*” kararını¹⁰⁶³ kısaca izah etmek isteriz. Anılan kararda Federal Mahkeme, ilkin Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin (“*Reichsgericht*”) önceden vermiş olduğu iki karara değinmiştir. Şöyle ki bu kararlar, tacir yardımcılarının rekabet yasağına ilişkin Alm.TK § 61'de düzenlenen katılma hakkının, tacir yardımcılarının başka bir ticaret ortaklığına katılmaları halinde uygulanamayacağına yöneliktir. İmparatorluk Mahkemesi gerekçesinde, Alm.TK § 61 hükmünün lafzında katılma hakkının kullanılabilmesi için işlem yapmanın arandığını, katılma hakkının istisnai ve ciddi bir yaptırım olduğunu, dolayısıyla ekonomik bakımından zayıf konumda olanlar açısından temkinli yaklaşılarak hükmün lafzından hareketle geniş yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir.

Ardından Federal Mahkeme, bahsi geçen kararlara ilişkin gerekçelerin kolektif ortaklıklarda geçerli olmadığını, zira ilkin sosyo-politik yaklaşımın ortak ile ortaklık bakımından geçerli olmayacağını, bu ilişkide taraflardan birinin zayıf ve korunmaya muhtaç konumda bulunmadığını, katılma hakkının olağanüstü bir yaptırım olmadığını, dolayısıyla kısıtlanarak uygulanmasını gerektiren bir sebebin mevcut olmadığını öngörmektedir. Ayrıca hükmün amacı dikkate alındığında “işlem yapmak” ile “ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olmak” arasında farklılık yaratmanın bir anlamı olmadığını, Alm.TK § 112 hükmündeki ortağın kendisi veya başkasının hesabına işlem yapmasının, benzer bir ticaret ortaklığına sınırsız sorumlu ortak olarak

¹⁰⁶¹ Markus Roth, **Beck'sche Kurz Kommentare, Handelsgesetzbuch**, Baumbach Adolf / Hopt Klaus J. (Hrsg.), 40., neuarbeitete Aufl., München, C. H. Beck, 2021, § 113 HGB, N. 3; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 18 vd.; MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 8; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 16; BGH - KZR 4/62 = GRUR 1963, 382, 384; BGH - II ZR 242/82 = NJW 1984, 1353.

¹⁰⁶² Baumbach / Hopt Komm. - Roth, § 113 HGB, N. 3; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 18; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 16.

¹⁰⁶³ BGH - KZR 4/62 = GRUR 1963, 382 vd.

katılmasını da kapsadığını, dolayısıyla ortaklığın katılma hakkını ileri sürerek, ortağın başka bir ticaret ortaklığında ortak olmasının sonuçlarını kendisine çekebileceğini, açık bir anlatımla ortaklığın ortağın söz konusu ortaklıkta elde ettiği menfaati talep edebileceğine hükmetmiştir.

Böyle bir durumda, ortaklığın talep edebileceği menfaat, ortağın rekabet yasağına aykırı olarak katıldığı ortaklıktan elde ettiği tüm menfaat mi yoksa ortaklıkla rekabet edici faaliyetlerinden kaynaklanan kısmi menfaat mi olacağı doktrinde tartışılmıştır. Ortağın katıldığı diğer ortaklığın başka faaliyet alanları da bulunması durumunda, ortaklık katılma hakkını ileri sürdüğünde ortağın elde edeceği menfaatin ne kadarını talep edebilecektir? Bir görüş¹⁰⁶⁴, ortağın ortak olarak katıldığı diğer ortaklığın başka alanlarda faaliyeti bulunsa bile, ortağın elde ettiği tüm menfaati talep edebileceğini öngörürken; diğer görüş¹⁰⁶⁵ her ne kadar hesaplanması ve belirlenmesi zor da olsa, ortağın elde ettiği menfaatin sadece diğer ortaklığın rekabet edici faaliyetinden kaynaklanan kısmının talep edilebileceğini, tüm menfaatin talep edilebilmesinin Alm.TK § 113 hükmünün amacına ters olacağını ifade etmektedir.

Anonim ortaklıklar doktrinde ise, yönetim kurulu üyesinin başka bir ticaret ortaklığına sınırsız sorumlu ortak katılması halinde, ortaklığın katılma hakkının mevcut olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüş¹⁰⁶⁶, ortaklığın katılma hakkının varlığını, ilkin Alm.POK § 88 I hükmünde düzenlenen yönetim kurulu üyesinin yasaklılık hallerinden sadece üyenin ortaklığın faaliyet alanında kendi veya başkası hesabına işlem yapması haline özgülemektedir. Zira, Alm.POK § 88 I hükmünde düzenlenen diğer iki yasaklılık hali, ortaklığın faaliyet alanından bağımsız olarak öngörülmüştür. Başka bir anlatımla, Alm.POK § 88 I hükmünde öngörülen üyenin başka bir ticaret ortaklığında sınırsız sorumlu ortak olması veya başka bir ticaret ortaklığında yönetim kurulu üyesi veya müdür olması hali, ortaklığın faaliyet alanı ile sınırlı olmadığından; bu yasaklılık hallerinde aslında rekabetin varlığı aranmamaktadır. Bu nedenle, üyenin ortaklığın faaliyet alanında kendi veya başkası

¹⁰⁶⁴ Baumbach / Hopt Komm. - Roth, § 113 HGB, N. 3. Yargı kararları da bu eğilimdedir, BGH - KZR 4/62 = GRUR 1963, 382, 384; BGH - II ZR 242/82 = NJW 1984, 1353.

¹⁰⁶⁵ Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 20; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 16.

¹⁰⁶⁶ Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 36; Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 37 - 38; Hölter Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 17. Bu görüş taraftarlarından Spindler, ortaklığın katılma hakkını ileri sürse dahi en fazla kârın rekabetçi faaliyetten doğan kısmının talep edilebileceğini, ancak bu kısmın nasıl hesaplanacağını ve üyenin hangi masrafları talep edebileceğinin belirsiz olduğunu, bu nedenle katılma hakkının üyenin kendisi veya başkası hesabına işlem yapması ile sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir, Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 37.

hesabına işlem yapması hali “gerçek rekabet yasağı¹⁰⁶⁷” olarak adlandırılmaktadır. Katılma hakkının mevcudiyeti ise menfaat çatışmasının varlığına bağlıdır. Menfaat çatışması da, ancak üyenin ortaklıkla rekabet edici faaliyette bulunmasında ortaya çıkacaktır. İkinci olarak, Alm.POK § 88 II hükmünün lafzında katılma hakkı açıkça üye tarafından yapılan işlemi (“*gemachte Geschäfte*”) temel almaktadır. Açık bir anlatımla, Alm.POK § 88 II hükmünde ortaklığın katılma hakkı, üye tarafından kendi hesabına yapılan işlemin ortaklık hesabına yapılmış sayılması ve başkası hesabına yapılan işlemde elde edilen karşılığı veya karşılık üzerindeki talep haklarını ortaklığa devretmesi şeklinde formüle edilmiştir. Dolayısıyla, katılma hakkının kullanılabilmesi için üyenin kendi veya başkası hesabına bir işlem yapması gerekmektedir. Kendi veya başkası hesabına işlem yapmak, başka bir ortaklığa katılmayı kapsamamaktadır. Üçüncü olarak, Alm.POK § 88 I hükmünde öngörülen yasaklar öncelikle yönetim kurulu üyesinin iş gücünü korumaya yönelik tahsis edilmiştir, bu sebeple katılma hakkına ilişkin yaptırımın uygun düşmediği haller mevcut olabilecektir. Bu yüzden, üyenin başka ortaklıklara katılımında katılma hakkının, kollektif ortaklıklar doktrininde ve yargı kararlarında kabul edilenin aksine, anonim ortaklıklarda mevcut olmadığı kabul edilmektedir.

Diğer bir görüş¹⁰⁶⁸ ise, Alm.POK § 88 hükmünün koruyuculuğunu kalıcı bir faaliyete karşılık tek bir işleme hasretmenin makul olmadığını; bu sebeple, kollektif ortaklıklara ilişkin Alm.TK § 112 ve § 113 hükmünün Alm.POK § 88 hükmü ile ancak örtüştüğü oranda uygulanabileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, üyenin başka bir ortaklığa sınırsız sorumlu olarak katılması halinde ortaklığın katılma hakkı mevcuttur. Şöyle ki, ortaklık üyenin söz konusu bu katılım nedeniyle elde ettiği menfaati ortaklardan talep edebilecektir¹⁰⁶⁹. Ancak bu menfaatin, rekabet edici faaliyete dayanması şarttır. Açık bir anlatımla, üyenin sınırsız sorumlu ortak olarak katıldığı ortaklık ile ortaklığın rekabeti mevcut değil ise, katılma hakkı mevcut değildir¹⁰⁷⁰.

Kanaatimizce yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılması halinde; TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmü uyarınca ortaklık, üyeden söz

¹⁰⁶⁷ Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 36; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 17.

¹⁰⁶⁸ Vorstandsrecht – Thüsing, § 4, N. 97; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 8; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 15.

¹⁰⁶⁹ Vorstandsrecht – Thüsing, § 4, N. 97; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 8; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 15.

¹⁰⁷⁰ Vorstandsrecht – Thüsing, § 4, N. 97 – 98.

konusu bu katılma nedeniyle elde ettiği menfaatin devredilmesini talep edebilecektir. Ancak bu noktada, üyenin sınırsız sorumlu ortak olduğu ortaklık, ortaklıkla rekabet edici faaliyetlerinin yanısıra başkaca faaliyetlerle de iştirak ettiği takdirde, üyenin söz konusu ortaklığa ortak olmasından kaynaklanan menfaatinin tamamını mı yoksa bir kısmını mı ortaklığa devretmesi gerekeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda menfaatinin tamamının devredilmesi, kanaatimizce TTK m. 396 hükmünün düzenlenme amacına aykırılık taşıyacaktır. Zira TTK m. 396 hükmü, üyeye genel olarak bir ticari faaliyet yasağı getirmemekte; sadece üyenin ortaklıkla rekabet edici faaliyetlerini yasaklamaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde, üyenin söz konusu ortaklıktan elde ettiği menfaatin, rekabet edici faaliyetten kaynaklandığı tespit ve tayin edilmek şartı ile üyeden talep edilebileceğini düşünmekteyiz.

b. Üyenin Rakip Ortaklığın Yönetim Organında Yer Alması Halinde

Yönetim kurulu üyesinin, rakip bir ticaret ortaklığında yönetim kurulu üyesi veya müdür olması, başka bir deyişle yönetim organında yer alması halinde, elde ettiği menfaatlerin (ücret, prim, komisyon gibi) ortaklığa devrinin talep edilebileceği doktrinde kabul edilmektedir¹⁰⁷¹. Mesele, Alman doktrininde tartışmalıdır. Şöyle ki yönetim kurulu üyesinin sınırsız sorumlu ortak olması halinde katılma hakkının mevcut olmadığını ileri süren görüş¹⁰⁷², üyenin başka bir ticaret ortaklığında yönetim kurulu üyesi veya müdür olması halinde de aynı gerekçelerle katılma hakkının mevcut olmadığını kabul etmektedir. Diğer bir görüş¹⁰⁷³ ise, üyenin başka bir ticaret ortaklığında yönetim kurulu üyesi veya müdür olması halinde, ortaklığın katılma hakkını ileri sürerek, üyenin diğer ortaklıktaki yönetim faaliyetine ilişkin iş gücüne karşılık elde ettiği karşılığı¹⁰⁷⁴ değil; ancak bu faaliyetten elde ettiği menfaati talep edebileceğini öngörmektedir.

Kanaatimizce de yönetim kurulu üyesinin, rakip bir ticaret ortaklığının yönetim organında yer alması halinde ortaklık tarafından, üyenin elde ettiği menfaatin devri

¹⁰⁷¹ Helvacı, s. 94; Aydoğan, s. 123; Karakılıç, s. 352.

¹⁰⁷² Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 36; Müko – Spindler, § 88 AktG, N. 37.

¹⁰⁷³ Vorstandsrecht – Thüsing, § 4, N. 97; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 8; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 15.

¹⁰⁷⁴ Kollektif ortaklıklar doktrininde Langhein, ortağın başka bir ticaret ortaklığının yönetim organında yer alması halinde, yürüttüğü organ faaliyetine karşılık elde ettiği karşılığın talep edilebileceğini, ancak tıpkı sınırsız sorumlu ortak olma halinde olduğu gibi, talep edilebilecek karşılığın ortaklıkla rekabet edici faaliyete dayanması gerektiği ve bunun ayrımının da zor olacağına işaret edilmektedir, MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 9.

talep edilebilmelidir. Ancak yine burada da, tıpkı üyenin rakip bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılmaktan dolayı elde ettiği menfaatin devrinde olduğu gibi, söz konusu menfaatin rekabet edici faaliyetten kaynaklandığının tespiti ve tayini şarttır. Açık bir anlatımla, üyenin söz konusu organ faaliyetini yürütürken ortaklıkla rekabet edici nitelikte olmayan faaliyetleri de gerçekleştirebileceğine dikkat etmek gerekmektedir. Şöyle ki, üyenin yönetim organında yer aldığı diğer ortaklığın başkaca, diğer bir deyişle rekabet edici nitelikte olmayan faaliyetleri de bulunabilir. Dolayısıyla, üyenin diğer ortaklıkta elde ettiği menfaatin tamamı rekabet edici faaliyetten kaynaklanmayabilir. Böyle bir durumda, ortaklığın üyeden talep edebileceği menfaatin kapsamı, her ne kadar ayrımı kolay olmasa da, üyenin rekabet yasağına aykırı olan faaliyetleri uyarınca elde ettiği ile sınırlı olmalıdır.

D. Talep Hakkının Seçimi

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde ortaklık; rekabet yasağını ihlal eden üyeden, TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmünün lafzı uyarınca, “*tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan işlemi ortaklık adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin ortaklığa ait olduğuna*” yönelik talepte bulunabilecektir. Söz konusu hükümdeki “*tazminat yerine*” ifadesi; ortaklığın tazminat talep etmesi halinde, diğer iki talep hakkından birini tercih edemeyeceği şeklinde anlaşılmaktadır¹⁰⁷⁵. Bu nedenle TTK m. 396 f. 1 c. 2’deki ortaklığa bahsedilen talep hakları kümülatif olmayıp, seçimlik haklardır¹⁰⁷⁶. Ortaklık tazminat talebi ile birlikte rekabet yasağına konu işlemin ortaklık adına yapılmış sayılmasını veya üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatin ortaklığa ait olmasını aynı zamanda birden ileri süremeyecek olup; tazminat yahut diğer talep haklarından birini tercih edebilecektir¹⁰⁷⁷.

1. Talep Hakkının Seçiminde Yetki

TTK m. 396 f. 2 hükmü uyarınca, ortaklığa bahsedilen talep haklarından birinin seçilmesinde yetki, anılan hükmün birinci fıkrası uyarınca rekabet yasağını ihlal eden üyenin dışındaki yönetim kurulu üyelerine aittir. Böylelikle, bir yönetim kurulu

¹⁰⁷⁵ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 237.

¹⁰⁷⁶ Çamoğlu, s. 359; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 104; Franko, s. 63 - 64; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 416; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 696; Akdağ Güney, s. 242; Aşık, s. 195.

¹⁰⁷⁷ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 636; Franko, s. 63; Aydoğan, s. 126; Akdağ Güney, s. 242; Domaniç, Adi – Kollektif, s. 319; Yıldırım, s. 100; Karakılıç, s. 326.

üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, TTK m. 396 f. 1 c. 2 uyarınca ortaklığa tanınan talep haklarından hangisinin seçileceğine dair seçim yetkisi, başka bir deyişle seçimlik hakkı kullanma yetkisi yönetim kuruluna aittir¹⁰⁷⁸. Anılan hükümde kanun koyucu, seçimlik hakkın kullanmasında genel kurulu yetkili kabul etmemiştir¹⁰⁷⁹.

Doktrinde genel kurulun yönetim kuruluna talep hakkının seçilmesine ilişkin talimat verebileceği; yine yönetim kurulu tarafından gerekli görüldüğü takdirde genel kuruldan talimat sorulabileceği ileri sürülmektedir¹⁰⁸⁰. Kanımızca TTK m. 396 hükmü talep hakkının seçiminde yetkili olarak açıkça yönetim organını oluşturan yönetim kurulu üyelerini işaret etmektedir. Bu durumda, seçim yetkisinin yönetim kurulunun görev ve yetki alanına dahil olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Yönetim kurulunun görev ve yetki alanına dahil olan mevzularda ise, yönetim kurulu üyeleri dilerse genel kuruldan tavsiye niteliğinde görüş alabilir¹⁰⁸¹. Ancak yönetim kurulu anılan görüş ile bağlı değildir ve bu görüş doğrultusunda karar vermesi de sorumluluğunun bertaraf edilmesine sebebiyet vermeyecektir¹⁰⁸². Bu nedenle yönetim kurulunun görev ve yetki alanına dahil olan seçim hakkının kullanılmasına yönelik olarak, genel kurulun yönetim kuruluna, seçim hakkının kullanılmasına yönelik talimat veremeyeceğini; ancak yönetim kurulu üyelerinin dilerse genel kuruldan tavsiye yönünde görüş alabileceğini düşünmekteyiz. Böyle bir varsayımda yönetim kurulu üyeleri sorumlulukları gereği, genel kurulun tavsiyesi ile bağlı değildir.

2. Seçim Hakkının Kullanılması

a. Seçim Kararı

Yönetim kurulu üyelerinden birinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, diğer üyeler seçim hakkını alacakları bir karar ile kullanacaktır. Söz konusu kararın müzakere süreci (TTK m. 393) ile kararın alınmasına rekabet yasağını ihlal eden üye veya üyeler ile hükümde belirtilen ilişkili taraflar katılamayacaktır¹⁰⁸³.

¹⁰⁷⁸ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 105; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417; Ayan, s. 157.

¹⁰⁷⁹ Akdağ Güney, s. 243.

¹⁰⁸⁰ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 105; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417.

¹⁰⁸¹ Veliye Yanlı, "İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda "İşbölümü İlkesi" ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: 55, S: 3, s. 273; Altay, Yetki Devri, s. 48.

¹⁰⁸² Yanlı, s. 273; Altay, Yetki Devri, s. 48.

¹⁰⁸³ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 105; Helvacı, s. 94; Aydoğan, s. 124; Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 157; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 698.

Rekabet yasağını ihlal etmeyen diğer yönetim kurulu üyeleri, seçimlik hakkın kullanılmasına ilişkin verdikleri karardan sorumludur¹⁰⁸⁴. Üyeler alacakları seçim kararında, ortaklığın menfaatini esas almalıdır. Bu kararda, hangi yaptırımın ortaklık bakımından daha avantajlı olacağı ve seçilen yaptırımın ortaklık üzerindeki etkisi titizlikle değerlendirilmelidir¹⁰⁸⁵. Şayet ortaklık, küçük yapıda bir aile ortaklığı niteliğindeyse, kanımızca üyenin rekabet yasağını ihlal etmesinin ortaklığın itibarını ne derecede etkilediği de bu kararda dikkate alınabilir.

Netice itibariyle üyeler seçim kararında, ortaklık menfaatine hareket ederek, ortaklık için en faydalı yaptırım şeklini tercih etmekle yükümlüdür¹⁰⁸⁶. Aksi yönde bir davranış, üyelerin sorumluluğunu gündeme getirecektir.

aa. Seçim Kararının İçeriği

Seçim kararının özünde, rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı ortaklığın TTK m. 396 f. 1 c. 2 uyarınca hangi talep hakkını tercih ettiği yatmaktadır¹⁰⁸⁷. Kanun koyucu TTK m. 396 hükmünde seçim kararının içeriğine ilişkin özel bir şart öngörmemekle birlikte; doktrinde de seçim kararının içeriğinde bulunması gereken hususlara ilişkin herhangi bir görüş bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, TTK m. 396 f. 2 uyarınca kullanılacak seçim hakkına ilişkin kararın içeriğinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da gözetilerek, şu hususların yer alması faydalı olacaktır: Anılan kararda ilkin, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal ettiğinin saptandığı, açık bir şekilde ortaya konmalıdır. Bu saptamada, üyenin rekabet yasağını ne şekilde ihlal ettiği ifade edilmelidir. Ancak bu kapsamda üyenin rekabet edici faaliyetinin tüm ayrıntılarının kararda yer almasına ihtiyaç olmamalıdır; yasağın ihlal edildiğine dair temel veriler yeterli kabul edilmelidir. İkinci olarak ortaklığa tanınan talep haklarının kullanımına ilişkin zamanaşımı süresi, TTK m. 396 f. 3 hükmü uyarınca rekabet yasağının ihlal edildiğinin öğrenmesi ile başladığından, seçim kararında öğrenilme tarihini de belirtilmesi, zamanaşımı süresinin başlangıcının kayıt altına alınmasını sağlayacaktır. Son olarak seçim kararında, seçilen yaptırım şekli, hiçbir tereddüde mahal vermeden,

¹⁰⁸⁴ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 640; Helvacı, s. 95; Aydoğan, s. 125; Ayan, s. 157; Yıldırım, s. 99.

¹⁰⁸⁵ Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 19.

¹⁰⁸⁶ Helvacı, s. 95.

¹⁰⁸⁷ MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 19; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 18.

açık ve anlaşılır bir şekilde belirtilmeli ve bu yaptırım şeklinin neden tercih edildiği de gerekçeleriyle izah edilmelidir.

ab. Seçim Kararında Toplantı ve Karar Nisabı

Seçim kararının toplantı ve karar nisabı doktrinde tartışmalıdır. Şöyle ki bu tartışma, doktrinde daha çok karar nisabının oluşmadığı hallerde seçim yetkisinin nasıl kullanılacağı ve kime ait olacağı ekseninde ele alınmaktadır. Hâkim görüş¹⁰⁸⁸ ana hatlarıyla, söz konusu seçim yetkisinin usulüne uygun olarak alınacak bir karar ile kullanılacağı, toplantı nisabının rekabet yasağını ihlal eden üye veya üyelere göre hesaplanacağı, karar nisabının toplantıya katılan üyelerin çoğunluğu olduğu (TTK m. 390) ve gerekli nisap sağlanamadığı takdirde seçim yetkisinin genel kurula ait olduğunu ifade etmektedir.

Bu görüşe bir taraftan katılmakla birlikte, aynı zamanda gerekli nisabın oluşmaması halinde seçim yetkisinin nasıl kullanılacağına farklı yaklaşan başka bir görüş¹⁰⁸⁹ ise, TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmündeki talep haklarını kullanma yetkisine sahip bulunan üyelerin, tercih edilecek hakkı bir çoğunluk kararı ile tespit etmelerinin doğal olduğunu, ancak bunun yanında bir çoğunluğun söz konusu olamadığı, örneğin ortaklıkta rekabet yasağını ihlal etmemiş tek bir üye bulunması durumunda, tek üyenin bu seçimi yapabileceğini ileri sürmektedir. Söz konusu bu görüş, ortaklık bakımından

¹⁰⁸⁸ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 157; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 105; Çamoğlu, s. 359; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417; Franko, s. 63; Mimaroglu, Anonim Şirketler, s. 95; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 698 – 699; Yıldırım, s. 99.

¹⁰⁸⁹ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 640. Yazar, ayrıca karar alamayan yönetim kurulunun genel kurulu davet yetkisinin de bulunamayacağına ve gerek yönetim kurulu gerekse genel kurul toplantılarının teşekkülüne ilişkin geçecek süre bakımından zamanaşımının gündeme gelebileceğini, bu nedenle ortaklığa tanınan haklardan birinin, bir an evvel kullanılabilmesi amacıyla tek bir üyeye temsil yetkisi tanınarak hükmün bu şekilde yorumlanmasında fayda olduğunu ifade etmektedir, Domaniç, Anonim Şirketler, s. 640 dn. 1. Bu noktada yazarın görüşündeki bir hususu da açıklığa kavuşturmak da fayda vardır. Şöyle ki yazar, ortaklığa tanınan seçimlik haklardan hangisinin tercih edileceğine ilişkin seçim hakkını kullanma yetkisinin, TTK m. 396 f. 2 hükmü uyarınca rekabet yasağını ihlal eden üyenin haricindeki üyelere bahşedilmesini; kanunun ortaklığın temsiline ilişkin bir istisna olarak addetmektedir. Zira, burada ortaklığı temsil yetkisi bulunmayan üyelere de temsil yetkisi tanınmıştır. Bu görüşe karşıt olarak Çamoğlu ise, TTK m. 396 f. 1 c. 2 uyarınca ortaklığa bahşedilen talep haklarının seçiminin bir iç işlem niteliğinde olduğunu, bu nedenle seçim yetkisini kullanacak üyelerin ortaklığı temsil yetkisine sahip olup olmadığının bir önemi bulunmadığı bulunmadığını, TTK m. 396 f. 2 hükmü gereği seçim hakkının kullanılmasına dair toplantıya katılan üyelerin temsil yetkisine sahip olup olmadıklarından bağımsız olarak, aldıkları kararı üyeye bildirmeye yetkili olduğunu kabul etmektedir, Çamoğlu, Sorumluluk, s. 105.

ciddi bir öneme sahip seçim hakkının kullanılmasının tek bir üyeye bırakılmasının sakıncalı olacağını ifade edilerek eleştirilmiştir¹⁰⁹⁰.

Diğer bir görüş ise konuya başka bir açıdan yaklaşmaktadır. Şöyle ki bu görüş¹⁰⁹¹ uyarınca, TTK m. 390 hükmüne nazaran TTK m. 396 f. 2 hükmü niteliği itibarıyla özel ve öncelikle uygulanması gereken bir hüküm olarak addedilerek; TTK m. 396 f. 1 c. 2'deki yaptırımların seçim hakkının bizzat rekabet yasağını ihlal etmeyen diğer yönetim kurulu üyelerine ait olduğu, bu nedenle söz konusu hükmün özel bir nisap öngördüğü kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Böylelikle, söz konusu bu görüş uyarınca, yönetim kurulunda rekabet yasağını ihlal etmeyen tek bir üye kalmışsa, işte bu üye seçim kararını verebilecektir¹⁰⁹². Bu görüşe yakın duran bir başka görüş ise, seçim kararında TTK m. 390 hükmünde öngörülen nitelikte bir karara ihtiyaç bulunmadığını, rekabet yasağını ihlal etmeyen diğer üyelerin çoğunluğu ile karar alabileceği ve bu kararda TTK m. 390 hükmündeki toplantı ve karar nisabı aranmayacağını ifade etmektedir¹⁰⁹³.

Bizce de, TTK m. 396 hükmünün özel bir nisap öngördüğü ve tek bir üye kalsa dahi seçim hakkını kullanabileceğinin kabulü gerekmektedir. Zira, TTK m. 396 hükmündeki yaptırımlara ilişkin düzenlemeler, esasen yönetim kurulu üyeleri ekseninde inşa edilmiştir. Şöyle ki TTK m. 396 f. 2 hükmünde, talep haklarının seçimi rekabet yasağını ihlal etmeyen diğer üyelere tahsis edilmekte ve yine TTK m. 396 f. 3 hükmünde zamanaşımının başlangıç süresinde yönetim kurulu üyelerinin ihlali öğrenmesi esas alınmaktadır. Bu nedenle, TTK m. 396 hükmüne bir bütün olarak bakıldığında, kanun koyucu talep haklarının seçiminde yönetim organını oluşturan yasağı ihlal etmeyen diğer yönetim kurulu üyelerinin yetkili olmasını arzu etmektedir. Bu nedenle de seçim kararında çoğunluk oluşmaması nedeniyle, kararın genel kurula bırakılmasını uygun görmemekteyiz. Fikrimizce bir üye dahi kalsa, seçim hakkını kullanabilmelidir. Ayrıca, seçim hakkının özü itibarıyla de genel kurula bırakılmaması gerektiği inancındayız. Zira, ortaklığın işleyişini, finansal ve mali verilerini en iyi şekilde bilen yönetim kurulu üyeleridir. Hangi talep hakkının ortaklık bakımından daha avantajlı olacağını da gerek ortaklığa ilişkin sahip olduğu bilgiler gerek

¹⁰⁹⁰ Franko, s. 63.

¹⁰⁹¹ Helvacı, s. 94 – 95; Aynı görüşte Aydoğan, s. 125; Aşık, s. 193.

¹⁰⁹² Aydoğan, s. 125.

¹⁰⁹³ Eriş, s. 288.

piyasadaki durum ve şartları yakından gözlemleyebilmesi nedeniyle rahatlıkla öngörebilecektir. Genel kurulu oluşturan pay sahipleri ise, ortaklığın finansal ve mali durumundan yılda bir gerçekleşen olağan genel kurul toplantısı vasıtasıyla bilgi sahibi olan bir konumdadır. Dolayısıyla bizce, sahip olduğu bilgiler ve bulunduğu konum dikkate alınınca bir pay sahibinden seçim hakkın kullanılması beklenmemelidir. Diğer bir deyişle pay sahibi, bu tür bir kararı verebilecek yetkinlikte değildir.

aba. Tüm Üyelerin Rekabet Yasağını İhlal Etmesi

Tüm yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, TTK m. 396 f. 2 hükmünce rekabet yasağına aykırı hareket eden üyenin haricinde başka bir üye bulunmamaktadır. Doktrinde söz konusu varsayım bakımından, seçim yetkisinin genel kurul tarafından kullanılacağı ileri sürülmektedir¹⁰⁹⁴. Ancak bu varsayımda, genel kurul toplantısının davetinin yapılması ve gündeminin belirlenmesinin yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesi nedeniyle, rekabet yasağını ihlal eden üyelerin genel kurul daveti yapmaktan kaçınabileceği dikkate alınarak, her bir pay sahibinin TTK m. 410 f. 2 hükmü uyarınca doğrultusunda mahkemenin izni ile genel kurulu toplantıya çağırabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁹⁵.

Genel kurulun toplanarak seçim hakkını kullanmasının yanı sıra, pay sahiplerinin ilgili sıfatıyla seçim hakkını kullanmaya yetkili olarak, MK m. 426 f. 3 hükmü gereğince mahkemeden temsil kayyımı da talep edebilecekleri öngörülmektedir¹⁰⁹⁶.

Kanaatimizce tüm yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını ihlal etmeleri varsayımında da, yukarıda ifade ettiğimiz gerekçeler yine geçerli olmak üzere, seçim yetkisinin genel kurula ait olmaması gerekmektedir. Şöyle ki, bu varsayımda ortaklığın harekete geçebilmesi için, öncelikle bir pay sahibi tarafından tüm yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını ihlal ettiğinin öğrenilmesi gerekmektedir. Pay sahibi yönetim kurulu üyelerinin tamamının rekabet yasağını ihlal ettiklerini öğrenmesini takiben, bizce iki seçeneğe sahiptir. Bunlardan ilki pay sahibi, TTK m. 410 f. 2 hükmü uyarınca mahkemeden genel kurulu toplantıya davet hususunda izin

¹⁰⁹⁴ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 699; Ayan, s. 157 – 158; Yıldırım, s. 99.

¹⁰⁹⁵ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417; Akdağ Güney, s. 243.

¹⁰⁹⁶ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 639; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417.

isteyebilmelidir. Bu izin talebinde pay sahibi, tüm yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrendiğini, TTK m. 396 f. 2 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını ihlal etmeleri halinde ortaklığa tanınan talep haklarının seçiminde yasağı ihlal etmeyen üyelerin yetkili olduğunu, ancak tüm üyelerin rekabet yasağını ihlal etmeleri nedeniyle talep hakkının kullanılamayacağını, bu sebeple genel kurulun olağanüstü toplanarak tüm yönetim kurulu üyelerinin azledilmesi ve yerine yenilerinin seçilmesi gündemli bir toplantı yapılması gerektiğini belirtmelidir. Mahkeme talebin uygunluğuna karar verdiği takdirde, pay sahibinin daveti ile gerçekleşen olağanüstü genel kurul toplantısında şayet rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyelerinin azledilmesine ve yerine yeni yönetim kurulu üyelerinin seçilmesine karar verirse, bu durumda yeni yönetim kurulu üyeleri seçim hakkını kullanacaktır.

Pay sahibi ikinci olarak, MK m. 426 f. 3 hükmü gereğince mahkemeden seçim hakkının kullanmaya yönelik olarak bir temsil kayyımı tayin edilmesini talep edebilecektir. Mahkeme tarafından bu talebin kabul edilmesi halinde ise, seçim hakkı kayyım tarafından kullanılacaktır. Böylelikle birinci seçenekte seçim hakkının kullanılması yeni seçilen yönetim kurulu üyeleri tarafından; ikinci seçenekte ise mahkemece tayin edilen kayyım tarafından kullanılacaktır.

abb. Tek Kişilik Yönetim Kurulunda Tek Üyenin Rekabet Yasağını İhlal Etmesi

Tek kişilik yönetim kurulunda tek üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde de, tıpkı tüm üyelerin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde olduğu gibi, TTK m. 396 f. 2 hükmünce rekabet yasağına aykırı hareket eden üyenin haricinde başka bir üye bulunmamaktadır. Doktrinde bu varsayım bakımından çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Şöyle ki bir görüş¹⁰⁹⁷ uyarınca, tek kişilik yönetim kurulunda tek üyenin rekabet yasağının ihlali etmesi halinde iki çözüm düşünülebilir. Bunlardan birincisi, meselenin genel kurulun gündemine getirilerek genel kurulda değerlendirilmesi; ikincisi ise MK m. 426 f. 3 hükmü uyarınca temsil kayyımının tayin ettirilmesidir. Diğer görüş¹⁰⁹⁸, tek kişilik yönetim kurulunda tek üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, seçim yetkisini doğrudan genel kurulun kullanacağını

¹⁰⁹⁷ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 498.

¹⁰⁹⁸ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 699; Ayan, s. 157 – 158; Yıldırım, s. 99.

kabul etmektedir. Bir başka görüş¹⁰⁹⁹, tek kişilik yönetim kurulunda tek üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde TTK m. 396 f. 2 hükmünün uygulanamayacağını belirtmekle beraber, seçim yetkisinin nasıl kullanılacağına dair herhangi bir görüş bildirmemektedir. Bir diğer görüş¹¹⁰⁰ ise, tek üyeli bir yönetim kurulunda üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, genel kurulun üyeyi azledip yerine yeni üye seçebileceğini öngörmektedir. Bu durumda yeni seçilen üye TTK m. 396 f. 1 c. 2 uyarınca ortaklığa bahşedilen talep haklarını kullanabilecektir.

Kanaatimizce tek kişilik yönetim kurulunda tek üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, ortaklığın harekete geçebilmesi için, yine bu ihlali bir pay sahibinin öğrenmesi gerekmektedir. Üyenin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrendiğini takiben bizce, tıpkı tüm üyelerin rekabet yasağını ihlal etmeleri varsayımında olduğu gibi, paysahibinin iki seçeneği vardır. Bunlardan biri mahkemeye TTK m. 410 f. 2 hükmüne başvurarak genel kurulu toplantıya davet etmek amacıyla izin alması ve anılan genel kurulda rekabet yasağını ihlal eden üyenin azledilmesi ve yerine yenisinin seçilmesidir. İkincisi ise, pay sahibinin seçim yetkisini kullanmak üzere MK m. 426 f. 3 hükmü uyarınca temsil kayyımının tayin edilmesinin talep etmesidir.

Bu kapsamda tek üye aynı zamanda ortaklığın tek pay sahibi ise, TTK m. 396 hükmü uygulama alanı bulabilecek midir? Bu mevzuda, doktrinde bir görüş¹¹⁰¹ söz konusu tek pay sahibinin genel kurulda TTK m. 436 f. 1 gereğince oylamaya katılamayacağı göz önüne alındığında bu tür kimseler aleyhine rekabet yasağını ihlalden dolayı dava ikame edilmesinin kural olarak mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bir diğer görüş¹¹⁰² ise, bu tür durumlarda genel kurulun otomatik olarak izin verdiğinin kabul edileceğini belirtmektedir.

Bizce, tek kişilik yönetim kurulu üyesi aynı zamanda ortaklığın tek pay sahibi ise, yönetim kurulu üyesine genel kurul tarafından otomatik olarak izin verdiğinin kabulü mümkün değildir. Zira, tek pay sahibi TTK m. 436 f. 1 hükmü uyarınca, yönetim kurulu üyesine izin verilmesine ilişkin kararda oy hakkından yoksundur. Bu nedenle bu tür varsayımlarda, tek pay sahibi oy hakkından yoksun olması nedeniyle yönetim kurulu üyesine ortaklıkla rekabet etmesine ilişkin izin kararı geçerli bir

¹⁰⁹⁹ Aydoğan, Tek Kişi, s. 267.

¹¹⁰⁰ Akdağ Güney, s. 243.

¹¹⁰¹ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 699.

¹¹⁰² Aydoğan, Tek Kişi, s. 267.

şekilde alınamayacaktır. Dolayısıyla bizce de, tek kişilik anonim ortaklıklarda, tek pay sahibi aynı zamanda tek yönetim kurulu üyesi ise, TTK m. 396 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.

3. Seçim Hakkının Niteliği

Ortaklığın seçim hakkını kullanması, doktrinde yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir¹¹⁰³. Ortaklığın seçim hakkının kullanılmasına ilişkin yenilik doğurucu beyanı, rekabet yasağını ihlal eden üyeye varmasıyla sonuçlarını doğuracaktır. Bu nedenle üyeye vardıktan sonra, seçim hakkının kullanılmasına ilişkin beyandan rücu etmek mümkün değildir¹¹⁰⁴. Doktrinde, ortaklık seçim hakkını kullanırken diğer hakkı tercih etmeyi ve seçilen hakkı değiştirmeyi saklı tuttuğu takdirde, seçilen hak konusunda yargı yoluna başvuruluncaya kadar seçim hakkının yeniden kullanılabileceği ileri sürülmektedir¹¹⁰⁵. Ancak biz, yenilik doğuran hakların şarta bağlı bir şekilde kullanılamaması¹¹⁰⁶ nedeniyle anılan görüşe katılamamaktayız.

Ortaklık seçim hakkını taleplerden biri yönünde kullandığı zaman ya da seçimlik haklarını kullanma süresinin geçmesiyle, taleplere ilişkin seçim hakkı sona erecektir¹¹⁰⁷. Bu andan itibaren, ortaklık seçtiği haktan vazgeçip diğer hakkı kullanacağını beyan edemeyecektir¹¹⁰⁸¹¹⁰⁹. Örneğin ortaklık seçme hakkını tazminat

¹¹⁰³ Çamoğlu, s. 359; Franko, s. 63; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 105; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), s. 417; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 290; Aydoğan, s. 126; Ayan, s. 158; Yıldırım, s. 100; Kaplan, s. 104; Aşık, s. 195.

¹¹⁰⁴ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 17; Eren, s. 70; Oğuzman / Barlas, s. 171; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 107; Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 256 – 257; Çamoğlu, s. 359; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 636; Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 157; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 106; Aydoğan, s. 126; Yıldırım, s. 100.

¹¹⁰⁵ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 636.

¹¹⁰⁶ Buz, s. 258 vd.; Eren, s. 70 – 71.

¹¹⁰⁷ Franko, s. 64.

¹¹⁰⁸ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 636; Yıldırım, s. 100.

¹¹⁰⁹ Alm.POK § 88 II hükmünde, ortaklığa tazminat ve – Alman doktrininde kabul edildiği üzere – katılma hakkı olarak seçimlik iki talep hakkı tanındığını yukarıda ifade etmiştik, bkz. Yuk. Dördüncü Bölüm, II. B., 3. Alman hukukunda tazminat hakkı ile katılma hakkı arasındaki dogmatik ilişki tartışmalıdır. Şöyle ki önceden hâkim görüş, iki talep arasındaki ilişkiyi seçim hakkını edimi değiştirme yetkisi (*Ersetzungsbefugnis*) (muhayyerlik selahiyeti, *facultas alternativa*); azınlık görüşü ise seçimlik borç ilişkisi olarak değerlendirmekteydi, MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 10. Şimdilerde ise hâkim görüş, söz konusu talep hakları arasında bir seçimlik yarışma (*Elektive Konkurrenz*) olduğu kabul edilmektedir, MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 10; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 31; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 18; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 6; Grigoleit Komm. - Schwennicke, § 88 AktG, N. 13 (Türk hukukunda benzer yönde, Kırcı (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 696). Alman Federal Mahkemesi ise henüz konuya ilişkin bir görüş bildirmemiştir, MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 10.

Bu noktada seçimlik yarışma kavramına kısaca değinmek istiyoruz. İsviçre – Türk hukukunda seçimlik yarışma, kanunun alacaklıya birden fazla talep hakkı veya yenilik doğuran hakkı tanınması ve alacaklının

hakkı yönünde kullanmış ve üyeye bildirmiş ise; artık tazminat hakkının olumsuz sonuçlarını ileri sürerek bundan rücu edemeyecektir¹¹¹⁰. Ortaklık seçim hakkını yenilik doğurucu bir beyanla üyeye bildirerek kullanabileceği gibi; doğrudan yargı yoluna başvurarak da seçim hakkını kullanabilecektir¹¹¹¹.

Bu noktada değinmek istediğimiz husus, TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmünün lafzıdır: *“şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etmekte serbesttir.”* Anılan düzenlemede kanun koyucu ortaklığın, ETK m. 335 f. 1 hükmünden farklı olarak, işlemin ortaklık adına yapılmış sayabileceğini ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin ortaklığa ait olduğunu dava edebileceğini ifade etmektedir. Açık bir anlatımla kanun koyucu, ETK m. 335 f. 1 hükmünde “talep edebileceği” şeklinde düzenlenen yaptırımları, TTK m. 396 f. 1 c. 2’de “dava edebileceği” şeklinde öngörmektedir. Bu ifade, söz konusu taleplerin sadece dava yoluyla ileri sürülebileceği şeklinde yorumlanabilecek midir? Kanaatimizce, kanun koyucunun “dava edilebileceği”

da haklardan yalnızca birini seçerek kullanması olarak kabul edilmektedir, Marius Schraner, **Zürcher Kommentar, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, 3. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2000, Art. 72 OR, N. 28; Vedat Buz, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK. m. 60 Üzerine Düşünceler”, **Batider**, C: 29, S: 2, 2013, s. 24. Seçimlik yarışmaya örnek olarak, borçlunun temerrüdünde alacaklıya seçimlik haklar tanıyan TBK m. 125 hükmü gösterilmiştir, Buz, Farklı Hukuki Sebepler s. 24. İsviçre Hukuku’nda aynı yönde ZK – Schraner, Art. 72 OR, N. 28.

Tekrar Alman Hukuku’na döndüğümüzde ise seçimlik yarışma, alacaklının birden fazla talep hakkı veya yenilik doğuran hak arasında seçim yapması olarak kabul edilmektedir. Seçimlik yarışmanın bulunduğu durumlara, Alman Medeni Kanunu’nun § 262 - § 265 hükümleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenen seçimlik borca ilişkin hükümler doğrudan veya kıyasen uygulanmayacaktır, Wolfgang Krüger, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Säcker Franz Jürgen / Rixecker Roland / Oetker Hartmut / Limperg Bettina (Hrsg.), 8. Aufl., München, C. H. Beck, 2019, § 262 BGB, N. 11; MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 10. Dolayısıyla seçimlik yarışmada alacaklının beyanı, seçimlik borcun aksine, yenilik doğuran bir beyan niteliğine sahip olmayıp; alacaklı açısından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır, Müko – Krüger, § 263 BGB, N. 11. Bu doğrultuda Alman doktrininde hakim görüş Alm.POK § 88 II hükmü uyarınca ortaklığa tanınan talep haklarının seçimlik yarışma niteliğinde olduğu, bu nedenle ortaklığın seçim hakkına ilişkin beyanının kural olarak ortaklığı bağlamayacağı, diğer bir deyişle ortaklık seçim hakkını kullandıktan sonra diğer hak ile değiştirebileceği; ancak istisnai hallerde güven ilkesi gereği üyenin korunmaya değer haklı bir beklentisi olduğu hallerde bağlayıcı olabileceği kabul edilmektedir, Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 31; Spindler / Stolz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 39; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 6. Böylelikle, ortaklık tazminat hakkını seçtikten sonra ve zararını kanıtlayamadığı ortaya çıktığı takdirde, tazminat talebi katılma hakkına dönüştürülebilir, Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 31. Yine, ortaklık önceden katılma hakkını tercih etse de, sonradan tazminat talebi ile seçtiği hakkı değiştirebilecektir, Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 6. Devamla, prensip olarak tazminat talebinin dilenildiği takdirde her zaman katılma hakkı ile değiştirilebileceği ifade edilmektedir, Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 18.

¹¹¹⁰ Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 238; Franko, s. 64.

¹¹¹¹ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417.

yönündeki tercihi bir ihmal ürünü olarak kabul edilmelidir. Netice itibariyle, ortaklığın seçim hakkını kullanması bir yenilik doğuran hak niteliğindedir ve bu nedenle de ortaklık tarafından yenilik doğurucu bir beyan ile de kullanılabilir.

E. Zamanaşımı

1. TTK m. 396 f. 3 Hükmünde Öngörülen Sürenin Niteliği

TTK m. 396 f. 3 hükmünde ortaklığa TTK m. 396 f. 1 c. 2’de bahsedilen seçimlik talep haklarının; rekabet yasağına konu işlemin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir ortaklığa katıldığını, diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her hâlde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir¹¹¹². TTK m. 396 f. 3 hükmünün lafzı uyarınca söz konusu süre, bir zamanaşımı süresidir ve doktrinde de aynı doğrultuda kabul görmektedir¹¹¹³.

Ancak, 1926 tarihli Ticaret Kanunu’nda yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen m. 324¹¹¹⁴ f. 3 hükmünde ise; ortaklığa tanınan hakların, diğer üyelerin öğrenmelerinden itibaren üç ay ve öğrenme tarihi dikkate alınmaksızın gerçekleşmelerinden itibaren bir yıl sonra sakıt olacağı öngörülmüştü. Diğer bir deyişle, 1926 tarihli Ticaret Kanunu m. 324 f. 3 hükmü uyarınca söz konusu süreler, bir hak düşürücü süre niteliğindeydi¹¹¹⁵. ETK’nın tasarı metninde de m. 335 f. 3’te tayin edilen süreler, 1926 tarihli Ticaret Kanunu m. 324 f. 3’e paralel bir şekilde hak düşürücü süre olarak düzenlenmesine rağmen; Adliye Encümeni tarafından hak düşürücü sürelerde çifte sürenin bulunmayacağı gerekçesiyle hükümdeki sürenin

¹¹¹² Alm.POK § 88 III hükmünde, tıpkı TTK m. 396 f. 3 hükmünde olduğu gibi, çift zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Şöyle ki, ortaklığın talep hakları, diğer yönetim kurulu üyelerinin ve gözetim kurulu üyelerinin, tazminat gerektiren davranıştan haberdar oldukları veya ağır ihmalleri olmaksızın haberdar olmaları gerektiği andan itibaren üç ay sonra zamanaşımına uğrayacaktır. Ayrıca ortaklığın talep hakları, haberdar olunmasından yahut haberdar olunması gereken andan bağımsız olarak, doğumlarından itibaren beş yıl içinde zamanaşımına uğrayacaktır. Doktrinde hükümde düzenlenen zamanaşımına uğrayacak talep haklarının, ortaklığın tazminat talebi ile katılma hakkı olduğu ifade edilmektedir, Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 42; Hölters Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 21; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 9; Vorstandsrecht – Thüsing, § 4, N. 100.

¹¹¹³ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 157; Çamoğlu, s. 360; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 640 – 641; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 106 - 107; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 234; Helvacı, s. 96; Çevik, s. 552 – 553; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417 - 418; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 290; Akdağ Güney, s. 243; Aydoğan, s. 128 vd.; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 699 - 670; Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 218; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 490; Üçışık / Çelik, s. 507; Kayar / Çeliktas, s. 318 – 319; Yıldırım, s. 100 -102; Ayan, s. 159 – 160; Karakılıç, s. 376 – 377; Aşık, s. 197 – 198.

¹¹¹⁴ Yuk. bkz. İkinci Bölüm, II., C.

¹¹¹⁵ Çamoğlu, s. 360 dn. 11.

zamanaşımı süresi olduğunun açıklandığı ifade edilmiş¹¹¹⁶ ve böylelikle ETK m. 335 f. 3 hükmü, lafzında sürenin zamanaşımı süresi olduğu belirtilerek yasalaşmıştır.

Kanun hükümlerinde yer alan sürelerin bir zamanaşımı süresi mi yoksa bir hak düşürücü süre olduğunun tespiti önem arz etmektedir¹¹¹⁷. Zira zamanaşımı ile hak düşürücü süre birbirine benzer amaçlara hizmet eden; ancak yaratacakları etki ve sonuçlar bakımından birbirinden keskin bir şekilde ayrılan iki farklı müessesedir¹¹¹⁸.

İlkin her iki müessesenin de amacı, halihazırdaki hukuki durumun bir an evvel ortaya çıkarılması ile hukuki güvenlik ve kesinliğin sağlanmasıdır¹¹¹⁹. Bununla birlikte söz konusu amacın gerçekleşme süreci, her iki müessesede farklı şekilde cereyan etmektedir. Zira her iki müessesede de hak sahibinin belli bir süre içinde hareketsiz kalması mevzu bahistir; ancak hareketsiz kalmaya bağlanan sonuçlar birbirinden farklıdır. Şöyle ki hak düşürücü süre söz konusu olduğunda, hak sahibinin belli bir süre içinde hareketsiz kalması, diğer bir deyişle belirli bir süre içinde hakkını ileri sürmemesi yahut yapması gereken işlemi yapmaması halinde hak sona ermiş olacaktır¹¹²⁰. Yenilik doğuran haklar bakımından kaideten hak düşürücü süreler öngörülmektedir¹¹²¹.

Buna karşılık zamanaşımı söz konusu olduğunda, hak sahibinin belli bir süre içinde hareketsiz kalması, başka bir ifadeyle hakkını ileri sürmemesi halinde; hak sahibinin hakkını dava veya cebri icra yolu ile ileri sürdüğü takdirde artık bir def'îyle (TBK m. 161) karşılaşması söz konusu olacak, ancak hak düşürücü sürenin aksine, bu

¹¹¹⁶ Çamoğlu, s. 360 dn. 11. Ayrıca bkz. TBMM Zabıt Ceridesi 29.06.1956 Türk Ticaret Kanunu lâyihası ve Adliye Encümeni mazbatası (1/150) Devre: 10 Cilt: 12 İçtima: 2, s. 125 ve m. 335, s. 381. Bu noktada ifade etmeliyiz ki, hak düşürücü sürelerde çifte süre olmayacağına ilişkin bir kurala rastlanılmadığı gibi; kanun koyucu tarafından çifte süre öngören hak düşürücü sürelerde bulunmaktadır. Örneğin kanundan doğan ön alım hakkını düzenleyen MK m. 773 f. 4 hükmü uyarınca ön alım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşecektir. Anılan hükümdeki süreler, hak düşürücü süre niteliğindedir, Oğuzman / Barlas, s. 248; Fikret Eren, "Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Ön Alım Hakkı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 12, S: 1-2, 2008, s. 120; Buz, s. 263.

¹¹¹⁷ Oğuzman / Barlas, s. 249.

¹¹¹⁸ Buz, s. 263 – 264.

¹¹¹⁹ Buz, s. 263.

¹¹²⁰ Erdem Mehmet, Zamanaşımı, s. 25; Serozan, s. 272; Buz, s. 261; Oğuzman / Barlas, s. 247 – 248.

¹¹²¹ Eren, s. 69; Serozan, s. 273; Buz, s. 261 vd.; Erdem Mehmet, Zamanaşımı, s. 25.

durum hakkın sona ermesine neden olmayacaktır¹¹²². Zamanaşımına tabi olan haklar, kaideten alacak haklarına ilişkindir¹¹²³.

Hak düşürücü sürenin dolması, hakkın sona ermesine yol açtığından maddi hukuka özgü savunma imkanlarından itiraz niteliğindedir. Bu nedenle, yargılamada taraflar ileri sürmese bile, dosya münderecatından anlaşıldığı takdirde hâkim tarafından re'sen gözetilmelidir¹¹²⁴. Zamanaşımı ise, hak düşürücü sürenin aksine def'i niteliğindedir. Def'i, borçlunun borcunu ifa etmesinde özel bir sebebe dayanarak kaçınılmasını sağlayan diğer bir savunma imkanıdır. Zamanaşımı def'inde, borçlu borcunu yerine getirmekten zamanaşımı nedeniyle süresiz bir şekilde kaçınılabilecektir. Ancak def'ilerin borçlu tarafından yargılama esnasında ileri sürülmesi gerekmektedir. İtirazın aksine, def'inin varlığı dosya münderecatından anlaşılrsa dahi hâkim tarafından re'sen gözetilemez¹¹²⁵.

Hak düşürücü sürelerde, zamanaşımının aksine, sürenin durması veya kesilmesi gibi bir durum mevzu bahis değildir¹¹²⁶. Yine borçlunun, zamanaşımı def'ini ileri sürmesi, kendi takdirindedir. Başka bir anlatımla hak sahibinin alacağını dava etmesi karşısında borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürüp sürmemekte özgürdür, dilerse edimini ifa edebilir yahut zamanaşımı def'ini ileri sürebilir¹¹²⁷. Zamanaşımı müessesesi, TBK m. 146 ila m. 161 hükümleri arasında düzenlenmiş olmasına karşılık; hak düşürücü süreye ilişkin bu tür bir genel düzenleme TBK'da bulunmamaktadır. Bu nedenle hak düşürücü süreye ilişkin temel prensipler doktrin ve yargı kararlarınca açıklığa kavuşmaktadır¹¹²⁸. Kanun hükümlerinde öngörülen sürenin bir zamanaşımı süresi mi

¹¹²² Oğuzman / Barlas, s. 249; Serozan, s. 275; Erdem Mehmet, Zamanaşımı, s. 26; Buz, s. 261. “ (...) zamanaşımı, hakkın ileri sürülmesini engelleyici nitelikte olup, alacak hakkı alacaklı tarafından, yasanın öngördüğü süre ve koşullar içinde talep edilmediğinde etkin bir hukuki himayeden, başka bir deyişle, dava yoluyla elde edilebilme olanağından yoksun bırakılmaktadır. Zamanaşımına uğrayan alacağın tahsili hususunda Devlet kendi gücünü kullanmaktan vazgeçmekte, böylece söz konusu alacağın ödenip ödenmemesi keyfiyeti borçlunun iradesine bırakılmaktadır. Şu halde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber, artık doğal bir borç (Obligatio naturalis) haline gelmektedir.”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Tarih: 05.05.2010 E: 2010 / 231 K: 2010 / 255, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹¹²³ Oğuzman / Barlas, s. 249; Erdem Mehmet, Zamanaşımı, s. 16 vd.

¹¹²⁴ Oğuzman / Barlas, s. 334 – 335; Erdem Mehmet, Zamanaşımı, s. 27; Serozan, s. 273.

¹¹²⁵ Oğuzman / Barlas, s. 335 – 337; Erdem Mehmet, Zamanaşımı, s. 349 vd.; Serozan, s. 274 – 275.

¹¹²⁶ Erdem Mehmet, Zamanaşımı, s. 28. “Hak düşürücü süre, doğrudan doğruya hakim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması gereken, davada "itiraz" olarak başvurulması zorunlu olan ve zamanaşımı gibi "kesme" ve "durma" hükümlerine bağlı olmayan, uyulmama halinde "hakkın" kaybına yol açan yani hakkın özünü ortadan kaldıran süredir.”, Yargıtay İçtihatı Birleştirme Genel Kurul Kararı, Tarih: 02.04.2004 E: 2003 / 1 K: 2004 / 1, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹¹²⁷ Erdem Mehmet, Zamanaşımı, s. 350 – 351.

¹¹²⁸ Erdem Mehmet, Zamanaşımı, s. 27.

yoksa bir hak düşürücü süre mi olduğunun tayinine ilişkin sorunun çözümünde ise; sürenin konusuna ilişkin hakkın niteliğine ve hükmün amacına dikkat ederek hareket etmek gerekecektir¹¹²⁹. Bu ayrımda, hak düşürücü sürelerin yenilik doğuran haklar bakımından; zamanaşımı sürelerinin de alacak hakları bakımından öngörüldüğü gözden kaçmamalıdır.

TTK m. 396 f. 3 hükmünün açık lafzı uyarınca, hükümde belirtilen üç ay ve bir yıllık süreler zamanaşımı niteliğindedir. Peki, anılan hükümde yer alan zamanaşımı süresi neye ilişkindir? Doktrinde söz konusu sürenin ortaklığın seçimlik talep haklarının kullanılmasına yönelik olduğu ifade edilmekle¹¹³⁰ birlikte; zamanaşımına uğrayanın yalnızca “*ortaklığın seçimlik haklarını kullanma yetkisi*” olduğu da bilhassa vurgulanmaktadır¹¹³¹¹¹³².

Ancak bu hususta temas etmek istediğimiz husus, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ortaklığın seçim hakkının kullanmasının yenilik doğuran bir hak¹¹³³ olarak addedilmesidir. Bu durumda kanun koyucunun, yenilik doğuran bir hak olan ortaklığın seçim hakkını kullanmasını, niteliği gereği hak düşürücü süreye tabi olması gerekirken; zamanaşımı süresine tabi tutması bizce isabetsiz bir tercihtir¹¹³⁴. Burada *de lege feranda* niteliği itibarıyla bir hak düşürücü sürenin tercih edilmesinin hakkın özüne ve hükmün amacına daha uygun düşeceği inancındayız.

2. Üç Aylık ve Bir Yıllık Zamanaşımı Süreleri

a. Genel Olarak

TTK m. 396 f. 3 hükmünde üç aylık ve bir yıllık olmak üzere çift zamanaşımı süresi öngörülmektedir¹¹³⁵. Bunlardan ilki, zamanaşımının başlangıcı için diğer üyelerin, rekabet yasağına konu işlemin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin

¹¹²⁹ Oğuzman / Barlas, s. 250; Erdem Mehmet, Zamanaşımı, s. 28.

¹¹³⁰ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417; Helvacı, s. 96; Aydoğan, s. 63; Ayan, s. 159 – 160.

¹¹³¹ Helvacı, s. 96.

¹¹³² TTK m. 396 f. 3 hükmünde öngörülen zamanaşımı süresinin TTK m. 396 f. 4 hükmü dikkate alınarak değerlendirilmesine ilişkin açıklamalarımız için bkz. Dördüncü Bölüm, IV., B., 3.

¹¹³³ Çamoğlu, s. 359; Franko, s. 63; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 105; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), s. 417; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 290; Aydoğan, s. 126; Ayan, s. 158; Yıldırım, s. 100; Kaplan, s. 104; Aşık, s. 195.

¹¹³⁴ Alm.POK 88 III hükmünde de, ortaklığın talep haklarına ilişkin üç ay ve beş yıllık çifte zamanaşımı (“*verjähren*”) süresi öngörülmekle birlikte; anılan hükümde, TTK m. 396 f. 2’nin aksine, ortaklığın seçim hakkını kullanmasına yönelik hiçbir düzenleme içermemektedir.

¹¹³⁵ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 640.

diğer bir ortaklığa katıldığını, başka bir ifadeyle rekabet yasağının ihlal edildiğini öğrenme tarihlerinin esas alındığı üç aylık süredir. İkinci süre ise, rekabet yasağına aykırı işlemin gerçekleşmesinden itibaren bir yıllık süredir. Bir yıllık süre, diğer üyelerin rekabet yasağının ihlal edildiğini öğrenmelerinden bağımsızdır. Açık bir anlatımla, diğer yönetim kurulu üyeleri, rekabet yasağının ihlal edildiğini öğrensin yahut öğrenmesin, bir yıllık süre rekabet yasağına aykırı faaliyetin gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır¹¹³⁶.

Rekabet yasağını ihlal eden üye, birden fazla rekabet yasağına konu işlem gerçekleştirmişse; zamanaşımı, üyenin gerçekleştirdiği her işlem için ayrı ayrı işleyecektir¹¹³⁷. Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının ihlalinde tatbik edilecek zamanaşımı süreleri, TTK m. 396 f. 3 hükmünde yer alan sürelerdir; haksız rekabete ilişkin TTK m. 60'ta tayin edilen sürelerin uygulanmayacağını da ifade etmek gerekmektedir¹¹³⁸.

Üyenin rekabet yasağını ihlal devam ettiği takdirde, diğer bir ifadeyle rekabet yasağının ihlalinin süreklilik arz ettiği durumlarda zamanaşımı işlemeye başlayacak mıdır? Doktrinde bir görüş, TTK m. 396 f. 3 hükmünün lafzı uyarınca, “*ihlal devam ettikçe zamanaşımı işlemez*” kuralının uygulanamayacağını ileri sürmektedir¹¹³⁹. Ancak, bizim de katıldığımız görüş¹¹⁴⁰ uyarınca, rekabet yasağına aykırılık sürdüğü müddetçe zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağını kabul etmek

¹¹³⁶ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 640.

¹¹³⁷ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 157; Aşık, s. 198.

¹¹³⁸ Zira Yargıtay, limited ortaklıklarda müdürün rekabet yasağına ilişkin verdiği bir kararında, söz konusu bu durumu şu ifadelerle isabetli bir şekilde dile getirilmektedir: “*İddianın ileri sürülüş biçimi ve dosya kapsamına göre, adı geçen davalı gerçek kişinin, davalı gösterilen her iki limited şirketin de müdürü olduğu, bu durumun Temmuz 2012 tarihinden itibaren ve halen de devam etmekte bulunduğu anlaşılmaktadır. Şu hâlde, uyuşmazlığın çözümünde, konuya ilişkin 6102 sayılı TTK'nin 626. maddesi ile yine aynı kanunun konuyla ilintili diğer maddelerinin uygulanması gerekecektir. (...) mahkemece, dava yanlış nitelendirilmek sureti ile varlığı ileri sürülen fiiler bakımından TTK'nın haksız rekabet hükümlerini düzenleyen 56. maddesine dayalı olduğu kabul edilmiş ve buna bağlı olarak aynı kanunun 60. maddesi hükmü uyarınca zamanaşımının dolması nedeniyle de reddine karar verilmiştir. Halbuki, yukarıda da açıklandığı üzere, dava, TTK'nın 626. maddesinde düzenlenen şirket müdürünün rekabet yasağına ilişkin istemler içermekte olup, mahkemenin bu kabulü, davanın nitelendirilmesi ve uygulanacak kanun maddeleri bakımından yanlıya düşülmüş olması nedeniyle yerinde olmadığı gibi, bir davadaki istemler bakımından, herhangi bir ayırım da gözetilmeksizin, davanın hem esastan ve hem de zamanaşımından reddi cihetine gidilmesi usul hükümleri bakımından da yerinde değildir.*”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Tarih: 05.12.2017 E: 2016 / 5179 K: 2017 / 6911, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021. Rekabet yasağı ile haksız rekabet müessesesinin karşılaştırmasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. Yuk. Birinci Bölüm, I., B., 3., a., ab.

¹¹³⁹ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 290.

¹¹⁴⁰ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 106; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 418; Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 43; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 41; Hölter Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 21; Großkomm - Kort, § 88 AktG, N. 102.

gerekmektedir. Açık bir ifadeyle zamanaşımının, rekabet yasağı ihlaline ilişkin faaliyetin tamamlanması; diğer bir deyişle üyenin rekabet yasağına konu işlemin tamamlanması yahut sınırsız ortak olmasının sona ermesi ile bir yıllık sürenin başlayacağını kabulü gerekmektedir. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir¹¹⁴¹.

b. Üç Aylık Sürenin Başlangıcı

ba. Diğer Yönetim Kurulu Üyeleri

TTK m. 396 f. 3'te üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıcı için *"diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren"* ifadesi doktrinde tartışmaya sebebiyet vermiştir¹¹⁴². Şöyle ki doktrinde hâkim görüş¹¹⁴³, üç aylık sürenin başlangıcı için rekabet yasağını ihlal eden üye veya üyeler haricindeki diğer tüm üyelerin öğrenme tarihini esas almaktadır. Bu görüşe göre diğer üyelerden herhangi birinin veya birkaçının rekabet yasağı ihlalini öğrenmiş olmaları süreyi başlatmayacaktır; rekabet yasağını ihlal etmeyen diğer tüm üyelerin öğrendiği an, üç aylık sürenin başlangıcıdır. Böylelikle, ihlali en son öğrenen yönetim kurulu üyesinin öğrendiği tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır¹¹⁴⁴. Sürenin başlangıcı için, tüm üyelerin öğrenmesini kabul etmek, yerinde ve menfaatler dengesine de uygundur¹¹⁴⁵. Zira, rekabet yasağının ihlal edildiğini öğrenen bir üyenin ihmali sonucu diğer üyeleri bilgilendirmemesi nedeniyle; üç aylık sürenin geçmesi halinde ortaklık zamanaşımı def'i ile karşı karşıya

¹¹⁴¹ "Rekabet yasağına aykırı eylemler, haksız fiil niteliğinde eylemler olup haksız fiil tarihi konusundaki belirlemeler burada da geçerli olacaktır. Bu durumdu, haksız fiil devam eder nitelikteyse haksız fiile ilişkin istemlerin talep edilebileceği sürenin başlangıcı son eylem tarihidir. Somut olayda, davalı şirket müdürü ...'in davalı şirket ortaklığının, davacı tarafından öğrenildiği tarih esas alınarak zamanaşımının dolduğu tespiti yapılmış ise de davalı ...'in davalı şirket yönetiminde yer alarak, rekabet yasağı olduğu iddia edilen eylemlerine devam ettiği sürece zamanaşımı başlamayacaktır. Bu durumda, haksız fiilin son bulup bulmadığı, son bulmuş ise temadının tamamlandığı tarih tesbit edilerek bir karar verilmek gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru olmadığından hükmün bu nedenle de temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Tarih: 23.10.2019 E: 2018 / 5196 K: 2019 / 6627, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹¹⁴² Alman doktrini, Alm.POK § 88 III hükmündeki diğer yönetim kurulu üyeleri ve gözetim kurulu üyelerinin haberdar olmalarına veya ağır ihmalleri olmaksızın haberdar olmaları gerektiği ana ilişkin olarak; diğer tüm yönetim kurulu üyelerinin ve gözetim kurulu üyelerinin tümünün haberdar olması gerektiğini, temsile yetkili olup olmamalarının bu noktada belirleyici olmayacağını kabul etmektedir. Ancak istisnaen, durumu öğrenen üyenin bilerek süreyi geçirmek adına diğer üyelere bilgi vermemesi halinde, sürenin işleyeceği de istisnaen öngörülmektedir, Müko - Spindler, § 88 AktG, N. 42; Spindler / Stilz Komm. - Fleischer, § 88 AktG, N. 41; Hölter Komm. - Weber, § 88 AktG, N. 21; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 9; Vorstandsrecht – Thüsing, § 4, N. 100.

¹¹⁴³ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 157; Ansay, s. 136; Domaniç, Anonim Şirketler, s. 640; Arslanlı, Kollektif – Komandit, s. 241; Mimaroğlu, Anonim Şirketler, s. 95; Akdağ Güney, s. 243; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 699; Aşık, s. 198; Karakılıç, s. 377;

¹¹⁴⁴ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 640 – 641.

¹¹⁴⁵ Helvacı, s. 96.

kalabilecektir. Ayrıca, her yönetim kurulu üyesinin öğrendiği tarihten itibaren süreyi başlatmak, ayrı zamanaşımının varlığına yol açacağından hukuk güvenliği açısından da sakıncalıdır. Her ne kadar kanun koyucu hükümde açıkça ifade etmese de, rekabet yasağının ihlal edildiğini öğrenen üyenin bu durumu ilk yönetim kurulu toplantısında diğer üyelere açıklaması ve bu vesile ile diğer üyelerin öğrenmesi fikrinden yola çıkmaktadır¹¹⁴⁶.

Azınlıkta kalan görüş¹¹⁴⁷ ise, bir yönetim kurulu üyesinin öğrenmesini zamanaşımı süresinin başlangıcında yeterli kabul etmektedir. Şöyle ki, bir hususun ortaklık tarafından öğrenmiş sayılması için yönetim kurulu üyelerinden birinin öğrenmesi yeterli görülüyorsa - ihtar, ihbar, tebligat gibi - zamanaşımı süresinin başlangıcı içinde yönetim kurulunun bir üyesinin durumu öğrenmesi yeterli görülmelidir. Zira, rekabet yasağının ihlalini öğrenen üyenin, yönetim kurulu üyelerini bilgilendirmesi özen ve sadakat yükümlülüğünün gereği olup; aksine davranış, yönetim kurulu üyelerini zamanında bilgilendirmeyen üyenin sorumluluğunu gündeme getirecektir¹¹⁴⁸. Zamanaşımının başlangıcı için tüm üyelerin öğrenmesinin aranması, ortaklık menfaatinin koruyucu olmakla beraber; üye, bütün üyelerin öğrendiğine dair büyük ispat güçlüğü yaşayacaktır¹¹⁴⁹. Yine zamanaşımı süresinin başlangıcı için tüm üyelerin öğrenmiş olmasının aranması; ortaklığın bu durumu kötüye kullanmasına olanak tanıyabilecektir. Son olarak, kanun koyucu üç aylık süre öngörerek, söz konusu çekişmenin bir an evvel çözülmesini amaçladığından; tüm üyelerin öğrenmesini aramak bu süreci daha da uzatacaktır¹¹⁵⁰.

Doktrinde haksız fiilde zamanaşımı süresinin başlangıcına ilişkin olarak zarar görenin bir ortaklık olması halinde de, pasif temsil yetkisinin benimsenebileceği, böylelikle ortaklıkta herhangi bir üyenin zararı ve sorumlu kişiyi öğrenmesi yeterli görüleceği; ancak pasif temsil yetkisi benimsenmediği hallerde ise ihlal olgusu diğer

¹¹⁴⁶ Helvacı, s. 96.

¹¹⁴⁷ Çamoğlu, s. 360; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 106. Aynı görüşte İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 234; Çevik, s. 553; Aydoğan, s. 130 - 131; Yıldırım, s. 101 - 102; Ayan, s. 160. Ancak bu görüş savunucularından Çamoğlu, (*basım yılı 2021 olan eserde*) görüşünü, seçim hakkını kullanmakla yetkili üyelerin birden fazla olması halinde, üç aylık sürenin başlangıcının bütün üyelerin öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı ve konu yönetim kurulu gündemine gelmişse yönetim kurulu toplantı gününün öğrenme tarihi olacağı şeklinde izah etmektedir, Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 418.

¹¹⁴⁸ Çamoğlu, s. 360; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 106.

¹¹⁴⁹ Çamoğlu, s. 360; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 106. Bu noktada tercih edilmesi gereken menfaatin rekabet yasağını ihlal eden üyenin değil; ortaklığın menfaati olması gerektiği yönünde Helvacı, s. 96 dn. 322.

¹¹⁵⁰ Çamoğlu, s. 360; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 106.

üyelere bildirilmediği için zamanaşımı süresini başlatmanın ilk yönetim kurulu toplantısına bırakılmasının, zamanaşımı kurallarının sorumlu kişiyi koruyucu etkisine aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür¹¹⁵¹. Bu durum özellikle yönetim kurulu uzun süre toplanamadığı hallerde belirginleşir. Böyle durumlarda üyenin bilgiyi edindikten itibaren bunun üzerine yönetim kurulu toplantısının gerçekleşebilmesi için makul bir süre eklenmesinin ve ulaşılan sürenin zamanaşımının başlangıç süresi olarak kabul edilmesi öngörülmektedir¹¹⁵².

Biz de, doktrindeki azınlıkta kalan görüşe iştirak ederek, TTK m. 396 f. 3 hükmünde öngörülen zamanaşımı süresinin başlangıcının tayininde bir yönetim kurulu üyesinin öğrenmesini yeterli görmektediriz. Esasen üyelerin görevlerinin yerine getirilmesinde ortaklığa karşı sorumlulukları bulunması nedeniyle; rekabet yasağını öğrendikten sonra da gerçekleştireceği veya gerçekleştirmeyeceği her türlü iş ve davranıştan sorumluluğunun doğacağı açıktır. Bu nedenle, bir üyenin öğrenmesinden itibaren zamanaşımı süresinin başlamasının ortaklık menfaatini zedeler nitelikte olmadığı inancındayız.

baa. Tüm Üyelerin Rekabet Yasağını İhlal Etmesi Halinde

Tüm yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını ihlal etmeleri halinde seçim hakkının nasıl kullanılacağına yukarıda değinmiştik. Böyle bir halde, doktrinde seçim hakkını kullanmaya yetkili organ genel kurul görülmekle birlikte; üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıcı hakkında herhangi bir görüş bildirilmemiştir. Kanaatimize göre, bu tür hallerde tüm yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrenen pay sahibinin iki seçeneği olduğunu yukarıda dile getirmiştik. Bu kapsamda kanımızca üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıcı, pay sahibinin seçeceği yol doğrultusunda değişecektir. Pay sahibi şayet birinci seçeneği seçerek mahkemeden aldığı izin ile genel kurulu toplantıya davet edip; genel kurulda rekabet yasağını ihlal eden üyeler azledilip, yerine yeni üyeler seçilirse, yeni üyelerin seçim tarihinden itibaren üç aylık sürenin başlaması uygun olacaktır. Pay sahibi şayet ikinci seçeneği seçerek mahkemeden seçim hakkının kullanılmasına yönelik temsil kayyımın tayin edilmesini

¹¹⁵¹ H. Murat Develioğlu, “Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tabi Olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt 2, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 797 - 798.

¹¹⁵² Develioğlu, s. 798.

talep eder; mahkeme de bu talebi uygun bulur ve bir kayyım tayin edilirse, üç aylık süre kayyımın göreve başlamasından itibaren başlamalıdır.

bab. Tek Kişilik Yönetim Kurulunda Tek Üyenin Rekabet Yasağını İhlal Etmesi Halinde

Tek kişilik yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmeleri halinde seçim hakkının nasıl kullanılacağına yukarıda değinmiştik. Tek kişilik yönetim kurulunda tek üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından ise doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki¹¹⁵³, rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesinin azledilerek yerine yenisi seçilen üyenin göreve başlama tarihidir. Yeni seçilen üyenin genel kurulda bilgilendirildiği kabul edilmelidir. Diğer bir görüş¹¹⁵⁴ ise, tek kişilik yönetim kurulunda üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi şayet genel kurula taşınmışsa genel kurulun toplantı tarihi; ortaklığa kayyım tayin edilmişse kayyımın görevi almasından başlayacaktır.

Bu tür hallerde tek yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrenen pay sahibinin iki seçeneği olduğunu yukarıda dile getirmiştik. Bu kapsamda kanımızca üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıcına ilişkin olarak, tüm üyelerin rekabet yasağını ihlal etmesi hakkında üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıcı hakkındaki görüşümüz burada da aynen geçerlidir.

bb. Öğrenme Kavramı

Türk doktrinde TTK m. 396 f. 3 kapsamındaki zamanaşımına ilişkin tartışmalar daha çok üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıcına yönelmiş ve diğer yönetim kurulu üyelerinin tamamının öğrenmesinin gerekip gerekmediği yönünde toplanmıştır. Ancak ilgili hükümdeki üç aylık süreyi başlatan “öğrenme” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine doktrinde değinilmemiştir. Şöyle ki TTK m. 396 f. 3 hükmü uyarınca, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına aykırı işlemi yaptığını veya diğer bir ortaklığa katıldığını diğer üyelerin öğrendikleri tarih itibarıyla üç aylık zamanaşımı süresi başlamaktadır. Açık bir anlatımla anılan hüküm uyarınca, üç aylık zamanaşımı

¹¹⁵³ Akdağ Güney, s. 243.

¹¹⁵⁴ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 498.

süresinin başlangıcı TTK m. 396 f. 1 uyarınca üye tarafından rekabet yasağının ihlal edildiğinin öğrenildiği ana bağlanmıştır.

Şöyle ki öğrenme anı, bilgi edinme sürecinin bir neticesidir¹¹⁵⁵. Başka bir ifadeyle öğrenme anı, bilgiye vakıf olma anıdır. Peki, zamanaşımının başlaması için ne tür bir bilgiye sahip olmak gerekmektedir; diğer bir ifadeyle öğrenme neyi kapsamaktadır? İlk öğrenme, rekabet yasağının ihlali halinde ortaklığa bahsedilen talep haklarının ileri sürülmesine temel olacak olgulara ilişkin olmalıdır¹¹⁵⁶. Öğrenme, rekabet yasağına aykırı faaliyetin tüm ayrıntılarını kapsamak zorunda değildir¹¹⁵⁷. Diğer yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa bahsedilen seçim haklarından TTK m. 396 f. 2 uyarınca hangisinin seçilerek, üyeye karşı ileri sürüleceğine dair karar verebilmelerini sağlayacak nitelikte olması yeterlidir¹¹⁵⁸. Bu da, en azından rekabet edici faaliyetin şekli ve kapsamı, ortaklık için ortaya çıkan dezavantajlar ve riskler ile üyeye sağlanan avantajlar hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirmektedir¹¹⁵⁹.

c. TTK m. 560 Hükmünde Öngörülen Süreler ile Karşılaştırılması

Yönetim kurulu üyesi aleyhine TTK m. 553 vd. hükümleri uyarınca ikame edilecek sorumluluk davasında, üyeye karşı tazminat isteme hakkı; TTK m. 560 hükmü gereğince, davacının zararı ve sorumluyu öğrenmesinden itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanacaktır (TTK m. 560). İki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı için zararın ve sorumlunun birlikte öğrenilmesi gerekmektedir¹¹⁶⁰. Zararın öğrenilmesinin anlamı, zararın varlığının, niteliğinin ve esas unsurlarının zarar gören tarafından öğrenilmesidir¹¹⁶¹. Beş yıllık zamanaşımı süresi ise, zarar görenin öğrenmesinden bağımsız olarak zararı doğuran fiilin meydana gelmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır¹¹⁶². Görüleceği üzere, TTK m. 560 hükmünde kanun koyucu

¹¹⁵⁵ Develioğlu, s. 789.

¹¹⁵⁶ Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 99; Hüffer / Koch Komm. - Koch, § 88 AktG, N. 9.

¹¹⁵⁷ Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 99; Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 42a; Oetker Komm. - Lieder, § 113 HGB, N. 26.

¹¹⁵⁸ Großkomm – Kort, § 88 AktG, N. 99.

¹¹⁵⁹ Joost / Strohn Komm. - Bergmann, § 113 HGB, N. 42a; MüKo - Langhein, § 113 HGB, N. 21.

¹¹⁶⁰ Akdağ Güney, s. 457; Şener, Ortaklıklar, s. 429.

¹¹⁶¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 718; Eren, s. 948; Oğuzman / Öz, Cilt-2, s. 78; Develioğlu, s. 803 vd.; Akdağ Güney, s. 457.

¹¹⁶² Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 454; Akdağ Güney, s. 460.

iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcında zararın ve sorumlunun öğrenildiği tarihi; beş yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcında ise zararı doğuran fiilin meydana gelmesini esas almaktadır.

TTK m. 396 f. 3 hükmünde düzenlenen zamanaşımı sürelerinde de tıpkı TTK m. 560 hükmü gibi çift zamanaşımı süresi tayin edilmiştir. TTK m. 560 hükmünde öngörülen çerçeve süre zararı doğuran fiilin meydana gelmesinden itibaren beş yıl olarak düzenlenmekte iken; TTK m. 396 f. 3 hükmünde çerçeve süre üyenin rekabet yasağına aykırı ticari işlemlerin yapılmasından veya üyenin diğer bir ortaklığa katılmasının gerçekleşmesinden itibaren bir yıl olarak öngörülmüştür. İlk her iki sürenin çerçeve süreleri birbirinden farklıdır; bu süre TTK m. 396 f. 3 hükmünde bir yıl, TTK m. 560 hükmünde beş yıldır. İkinci olarak TTK m. 396 f. 3 hükmünde kanun koyucu rekabet yasağının ihlalini oluşturan iş ve davranışları doğrudan zarar verici fiil olarak öngörerek, bir yıllık süreyi açıkça anılan iş ve davranışların gerçekleşmesine bağlamıştır. Bu bağlamda, esasen sürelerin farklı olması haricinde, çerçeve sürenin mantığında TTK m. 396 f. 3 ile TTK m. 560 birbirine paraleldir.

Kısa süreli zamanaşımı sürelerinin başlangıcında ise TTK m. 396 f. 3 hükmünde, TTK m. 560'tan bir sapma hali gözlemlenmektedir. Şöyle ki, TTK m. 560 hükmünde iki yıllık zamanaşımı süresi, zararın ve sorumlunun öğrenilmesinden itibaren başlamaktadır. Halbuki TTK m. 396 f. 3 hükmünde üç aylık zamanaşımı süresi, rekabet yasağına konu işlemin yapıldığını veya üyenin diğer bir ortaklığa katıldığının öğrenilmesinden itibaren başlamaktadır. Anılan hükümde öğrenme anı, rekabet yasağının ihlal edildiğinin öğrenildiği, diğer bir deyişle adeta zarar verici fiilin öğrenilmesine bağlanmıştır. Bu nedenle, TTK m. 560 hükmünde zarar ve sorumlunun öğrenilmesi esasına dayanırken; TTK m. 396 f. 3 hükmü rekabet yasağının ihlal edildiğinin öğrenilmesini esas almaktadır. Bu durumda kanun koyucunun, TTK m. 560 hükmündeki düzenlemeden sapması bilinçli bir tercih midir yoksa bir ihmal ürünü müdür? Bu kapsamda TTK m. 396 f. 3 hükmünün nasıl yorumlanması gerekmektedir?

Bizce, TTK m. 396 f. 3 hükmü uyarınca üç aylık sürenin başlangıcının diğer üyelerin üyenin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrenmesi esasına bağlanması isabetsizdir. Zira ilkin, TTK m. 396 hükmünde düzenlenen yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi esasen başlı başına bir sorumluluk halidir. Anılan hüküm kanunda özel olarak düzenlenmeseydi de; yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet etmesi, ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecek ve

sorumluluğuna yol açacaktır. Dolayısıyla, sorumluluğa ilişkin TTK m. 560 hükmünden ayrılmayı gerektiren bir sebep kanımızca yoktur. İkinci olarak, hukuk sistemimizde örneğin haksız fiillere ilişkin olarak TBK m. 72 f. 1 hükmünde de tazminat isteminin, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı öngörülmektedir. Yine haksız rekabete ilişkin olarak, TTK m. 60 f. 1’de, TTK m. 56 hükmünde öngörülen davaların, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Doktrinde, ilgili hükümde belirtilen zamanaşımı sürelerinin tazminat ve menfaat devrine ilişkin taleplere yönelik olduğu; bu kapsamda tazminat talebinde bir yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcının, haksız rekabet mağdurunun dava hakkını öğrenmesi; diğer bir anlatımla zararı ve haksız rekabet failini öğrenmesi olduğu ve zararın niteliği ve temel unsurları hakkında kâfi derecede bilgi sahibi olunmasının zararın öğrenilmesi anlamına geldiği kabul edilmektedir¹¹⁶³.

Ayrıca, diğer üyelerin sadece üyenin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrenmelerinden itibaren zamanaşımı süresinin başlaması şu bakımdan da sakıncalı olacaktır. Şöyle ki TTK m. 396 f. 3 hükmünde düzenlenen zamanaşımı süresi, ortaklığa tanınan seçimlik hakkın kullanılmasına yönelik olduğundan; bu durumda diğer üyelerden sadece üyenin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrenmesi ile seçimlik hakkını kullanması beklenmektedir. Diğer üyeler, üyenin rekabet yasağını ihlal ettiği olgusunu öğrenebilir ancak henüz zararı veya yasağı ihlal eden üyenin rekabet yasağına konu işlemin ekonomik sonuçlarını yahut elde ettiği menfaati öğrenmemiş olabilir. Bu durumda diğer üyeler, seçim hakkını nasıl kullanabilecektir?

Açıkladığımız bu nedenlerle bizce, gerek sorumluluk sistemimize aykırılık oluşturulacak bir neden bulunmaması gerek hükmün özü itibarıyla, TTK m. 396 f. 3 hükmündeki üç aylık sürenin başlangıç anı öğrenmenin kapsamına, zararın veya üyenin yaptığı işlemin ekonomik sonucunun veya işleminden elde ettiği menfaatin varlığını dahil etmenin uygun olacağını düşünmekteyiz. Zira ancak böyle bir yorum dahilinde, diğer yönetim kurulu üyeleri edindikleri bilgi kapsamında, seçim hakkını

¹¹⁶³ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 462.

ortaklık menfaati yönünde kullanabilecek gerekli verileri elde etmiş olacaktır. Ayrıca böyle bir yorum şekli, sorumluluk sistemimiz ile de uyumlu olacaktır.

III. DİĞER TALEPLER

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi neticesinde, ortaklığın rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı TTK m. 396 f. 1 c. 2’de tanınan seçimlik haklar haricinde, üyeye karşı uygulayabileceği başka yaptırımlar da gündeme gelebilecektir.

A. Üyenin Katıldığı Yahut Yönetim Organında Yer Aldığı Ortaklıktan Çekilmesi

Ortaklık, rekabet yasağını rakip bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılmak yahut rakip bir ortaklığın yönetim organında yer almak suretiyle rekabet yasağını ihlal eden üyenin, katıldığı ortaklıktan yahut yönetim organından çekilmesini talep edebilecektir¹¹⁶⁴.

Doktrinde bu talebin kullanılış biçimi ve içeriğine ilişkin herhangi bir görüş bulunmamaktadır. Bizce, üyenin rakip bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılmasının yahut rakip bir ortaklığın yönetim organında yer almasının diğer yönetim kurulu üyeleri tarafından öğrenilmesinin akabinde, diğer üyeler bir karar alarak üyeden katıldığı yahut yönetim organında yer aldığı ortaklıktan çekilmesini bildirim yoluyla talep edebilecektir. Bu bildirimde üyeye, sınırsız sorumlu ortak olarak katılması yahut yönetim organında yer alması nedeniyle TTK m. 396 hükmünde öngörülen rekabet yasağını ihlal ettiğini, bu nedenle ortaklık tarafından rakip ortaklıktaki ortaklığından yahut yönetim organından belli bir süre içerisinde çekilmesi gerektiği belirtilmelidir. Yine bu bildirimde, ayrıca üyenin ortaklıktan veya yönetim organından çekilmediği halde, aşağıda inceleyeceğimiz üzere genel kuruldan azlinin talep edilebileceği de yer alabilir.

Kanımızca ortaklık, rakip ortaklıktan çekilme talebi ile birlikte, TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmü uyarınca ortaklık aleyhine zarar olduğu takdirde tazminat yahut rakip ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılması yahut yönetim organında yer alması nedeniyle menfaat elde etmişse bu menfaati talep edebilecektir.

B. Üyenin Azledilmesi

¹¹⁶⁴ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 157 dn. 163; Çamoğlu, s. 359; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 104; Ansay, s. 136; Helvacı, s. 94; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 416; Aydoğan, s. 119.

Ortaklığın, rekabet yasağını ihlal eden üyeyi yönetim kurulu üyeliğinden azletmesi mümkündür¹¹⁶⁵. Yönetim kurulu üyesinin ortaklık ile arasındaki ilişkinin güven esaslı bir ilişki olduğunu yukarıda¹¹⁶⁶ ifade etmiştik. Üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi, ihlalin ağırlığına göre söz konusu bu güven ilişkisinin sarsılmasına yol açabilecektir. TTK m. 364 f. 1 hükmü uyarınca, yönetim kurulu üyesi, ana sözleşmeyle tayin edilmiş olsa bile, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla her zaman azledilebilecektir. Kural olarak yönetim kurulu üyesinin azledilmesi gündeme bağlılık ilkesine dahildir; ancak istisnaen haklı sebeplerin varlığı halinde, gündemde madde bulunmasa dahi üye genel kurul tarafından azledilebilecektir¹¹⁶⁷. Yönetim kurulu üyesini azletme yetkisi genel kurula ait olup; söz konusu yetki genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında yer almaktadır. (TTK m. 375 f. 1 d bendi). Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin aralarından birinin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrenmeleri halinde üyeyi azletme yetkisi bulunmamaktadır. Böyle bir karar TTK m. 391 f. 1 d bendi kapsamında batıldır. Rekabet yasağını ihlal eden üyeyi azletme yetkisi sadece genel kuruldadır.

TTK m. 364 f. 1 hükmü, genel kurul gündeminde doğrudan açıkça bir azil maddesine yer verilmesini zorunlu kılmamış; gündemde azil ile ilgili bir madde bulunmasını kâfi görmüştür¹¹⁶⁸. İşte bu noktada kanun koyucunun bu tür bir duruma verdiği örnek TTK m. 413 f. 3 hükmüdür¹¹⁶⁹. Anılan hüküm uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin azledilmeleri ve yenilerinin seçimi yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılmaktadır. Böylelikle esasen genel kurulun her olağan genel kurul toplantısında yönetim kurulu üyesini azledilebilme imkânı mevcuttur¹¹⁷⁰.

Netice itibarıyla, TTK m. 364 f. 1 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyesinin azledebilmesi için ya gündemde açık bir azil maddesi ya da azli gerektiren bir haklı

¹¹⁶⁵ Arslanlı, Anonim Şirketler, s. 157 dn. 163; Çamoğlu, s. 359; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 104 ; Helvacı, s. 94; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417; Aydoğan, s. 119; Ayan, s. 160.

¹¹⁶⁶ Bkz. Yuk. İkinci Bölüm, I, B.

¹¹⁶⁷ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 401; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 458 – 459; Kendigelen, s. 256; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 241.

¹¹⁶⁸ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 459; Akdağ Güney, s. 64 – 65; Altay, Finansal Tablolar, s. 483 – 484.

¹¹⁶⁹ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 459.

¹¹⁷⁰ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 241.

sebebe mevcut olmalıdır¹¹⁷¹. Hükümün gerekçesinde¹¹⁷², haklı sebebin niteliğine ilişkin bir sınırlama öngörülmediği, yolsuzluk, yetersizlik, sadakat yükümlülüğünün ihlâl edilmesi, birçok ortaklıkta üyelik sebebiyle görevinin ifasında güçlük, geçimsizlik, nüfuzun kötüye kullanılması haklı sebebe örnek olarak sayılmıştır.

Kanaatimizce yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal ettiği olgusu genel kurul toplantısında ortaya çıkması halinde; söz konusu ihlalin bir haklı sebep oluşturacağı ve gündemde yer alması dahi genel kurulun dilediği takdirde üyeyi azledebileceğinin kabulü gerekmektedir. Zira hükmün gerekçesinde de haklı sebebin örneklerinden biri olarak, rekabet yasağının kökeni olarak kabul ettiğimiz sadakat yükümlülüğünün¹¹⁷³ ihlaline işaret edilmektedir. Nitekim Yargıtay da bir kararında¹¹⁷⁴, yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla aynı alanda faaliyet gösteren bir ortaklık kurmasını azil için gündeme bağlılık kuralının istisnasını oluşturan haklı sebep niteliğinde kabul etmiştir.

Bu noktada ifade etmeliyiz ki, genel kurul dilediği zaman yönetim kurulu üyesini azledebilecektir; azlin haklı bir sebebe dayanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla haklı bir nedene dayanmayan azil kararı geçerlidir¹¹⁷⁵. Ancak haklı bir nedene dayanmayan azil kararına istinaden, üyenin tazminat hakkı TTK m. 364 f. 2’de saklı tutulmuştur. Açık bir anlatımla, genel kurul haklı neden göstermeksizin yönetim kurulu üyesini azledebilir; ancak bunun karşılığında üyenin ortaklıktan tazminat talep etmesi mümkündür¹¹⁷⁶.

Yönetim kurulu üyesinin azline ilişkin toplantı ve karar nisabı, ana sözleşmede aksi bir nisap öngörülmediği takdirde, TTK m. 418 hükmü uyarınca tayin edilecektir.

TTK m. 364 f. 2 hükmünde ise, görevinden azledilen üyenin tazminat hakkının saklı tutulduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi; diğer bir deyişle ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle azledilmesi halinde, üyenin azil nedeniyle tazminat hakkının bulunmayacağının kabulü gerekmektedir. Zira üyenin, rekabet yasağını ihlal etmesi

¹¹⁷¹ Altay, Finansal Tablolar, s. 484.

¹¹⁷² Bkz. TTK m. 364 hükmünün gerekçesi.

¹¹⁷³ Bkz. Yuk. İkinci Bölüm, III., B.

¹¹⁷⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 02.12.2019 E: 2019 / 689 K: 2019 / 7655, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021

¹¹⁷⁵ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 460.

¹¹⁷⁶ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 460.

esasen ortaklık ile arasındaki güven esasına dayanan sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir¹¹⁷⁷.

C. Yasağın İhlali Bakımından Sona Erdirme ve Önleme Davası

1. Sona Erdirme Davası

Ortaklık, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal ettiğini ve halihazırda bu ihlalin devam ettiğini öğrendiği takdirde; üyeye karşı, yasağı ihlal eden davranışa yönelik olarak sona erdirmeye (durdurma) davası ikame edebilecektir. Sona erdirmeye davasının amacı, devam etmekte olan rekabet yasağına aykırı davranışın sona erdirilmesinin sağlanmasıdır¹¹⁷⁸.

Sona erdirmeye davası, ancak rekabet yasağının ihlalinin devam etmekte olduğu hallerde açılabilir¹¹⁷⁹. Bu nedenle, üyenin rekabet yasağını ihlal eden davranış tamamlanmış ise; ortaklık, üye aleyhine sona erdirmeye davası açılması mevzu bahis olmayacaktır.

Sona erdirmeye davası, Usul Hukuku bakımından bir negatif eda davası niteliğindedir¹¹⁸⁰. Eda davalarında, davacı taraf mahkemeden, davalının bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesini talep etmektedir (HMK m. 105). Bir şeyin yapılmasına veya verilmesine ilişkin eda davaları pozitif eda davası; bir şeyin yapılmamasına veya katlanılmasına ilişkin eda davaları ise negatif eda davaları olarak kabul edilmektedir¹¹⁸¹. Negatif eda davalarında, hukuki menfaatin tespiti önem arz etmektedir. Pozitif eda davaları ile karşılaştırıldığında, negatif eda davalarında hukuki menfaatin varlığından söz etmenin pek kolay olmadığı görülmektedir. Davalının davranışlarının, gelecekte davacı yönünden önemli ve ciddi ihlallere neden olacak gibi görüldüğü takdirde hukuki menfaatin varlığı kabul edilmektedir. Çoğunlukla bu tür davalarda, ya davanın açılmasından önce davalının hukuka aykırı davranışlara başlamış ya da davalının yeni ihlallere neden olacağı

¹¹⁷⁷ TTK m. 630 f. 2 hükmü uyarınca limited ortaklıkta her ortak, haklı sebeplerin varlığı halinde müdürün yönetim yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebilmektedir. Müdürün sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi ise TTK m. 630 f. 3 hükmünde açıkça bir haklı sebep olarak öngörülmektedir.

¹¹⁷⁸ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 408; Karakılıç, s. 333; Kırca, s. 180.

¹¹⁷⁹ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 408 – 409; Karakılıç, s. 333.

¹¹⁸⁰ Karakılıç, s. 333; Hakan Pekcanitez / Muhammet Özekes / Mine Akkan / Hülya Taş Korkmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 964.

¹¹⁸¹ Pekcanitez / Özekes / Akkan / Korkmaz, s. 962 – 964.

yönünde ciddi tehlikeler bulunmaktadır. Hukuki menfaatin varlığı bakımından, davacının gerçekte bir ihlalin mevcut olduğunun tam olarak ispat etmesine ihtiyaç yoktur; bu konuda kuvvetli bir tahminin bulunması yeterli olacaktır¹¹⁸².

Bu davanın kabulü ile birlikte, rekabet yasağını ihlal eden davranışın sona erdirmesine yönelik bir hüküm tesis edilecektir¹¹⁸³. Bir başka deyişle, anılan hükümde, üyenin rekabet yasağına aykırı davranışına son vermeye mahkum edilmesi söz konusudur. Bu hüküm, üyenin rekabet yasağına aykırı davranışına sona erdirmesine özgü bir emri ihtiva etmektedir ve mahkemece alınan karar yapmama borçlarına ilişkin ilamların icrasına dair düzenlemeler doğrultusunda icra edilecektir¹¹⁸⁴. Yapmama borçlarının icrası İİK m. 30 f. 3 hükmünde düzenlenmektedir. Anılan hüküm doğrultusunda, icra müdürlüğü tarafından borçluya (üyeye) rekabet yasağına aykırı davranışını belirli bir süre içinde sona erdirmesi emredilecektir. Borçlu (üye), icra emrine uymadığı, diğer bir anlatımla rekabet yasağına aykırı davranışına son vermediği takdirde; İİK m. 343 hükmü uyarınca, bu durum ortaklık tarafından şikâyetle konu edilirse, icra mahkemesi tarafından borçlu aleyhine üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.

Görüleceği üzere, hukukumuzda borçlunun yapmama edimine mahkum olduğu hallerde, söz konusu edimin yerine getirilmesi ancak borçlunun tazyik hapis cezasıyla sağlanmaktadır. Netice itibarıyla, üyenin rekabet yasağını ihlalinin devam ettiği hallerde, ortaklık tarafından söz konusu ihlalin sona erdirilmesine yönelik olarak üye aleyhine dava açılabilmeyle birlikte; mahkeme tarafından verilecek ilamın icrasının ancak üye aleyhine tazyik hapis cezası ile sağlanması ve bu nedenle icra bakımından yaşanacak sıkıntılar göz önüne alındığında, kanımızca uygulamada ortaklık yönünden pek de faydalı gözükmemektedir.

2. Önleme Davası

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal eden davranışı henüz gerçekleşmemiş yahut sona ermiş olmakla birlikte; gerçekleşme ihtimalinin veya tekrarlanma tehlikesinin bulunduğu hallerde ortaklık, üyeye karşı, yasağı ihlal eden

¹¹⁸² Pekcanitez / Özkes / Akkan / Korkmaz, s. 964 vd.

¹¹⁸³ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 409.

¹¹⁸⁴ Ertan, s. 336; Karakılıç, s. 335 dn. 1215.

davranışın önlenmesine yönelik olarak önleme davası ikame edebilecektir. Önleme davasında amaç, üye tarafından gerçekleşmesi ya da tekrarlanması olası rekabet yasağına aykırı davranışın engellenmesi olup; bu yönüyle de önleyici bir işleve sahiptir¹¹⁸⁵.

Önleme davasında ortaklık tarafından, üyenin rekabet yasağına aykırı davranışının gerçekleşmek üzere olduğunun ispatlanması icap etmektedir¹¹⁸⁶. Önleme davasının kabulü halinde mahkeme tarafından, üyenin rekabet yasağına aykırı davranışta bulunmamasına yönelik hüküm tesis edilir.

Bu hüküm de, tıpkı sona erdirme davası gibi, bir negatif eda davasıdır ve yapmama borçlarına ilişkin ilamların icrasına dair düzenlemeler doğrultusunda icra edilecektir¹¹⁸⁷. Bu nedenle yapmama borçlarının icra edilmesine ilişkin olarak, sona erdirme davasında yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

IV. TTK m. 396 HÜKMÜNÜN YÖNETİM KURULU ÜYESİ HAKKINDA AÇILACAK SORUMLULUK DAVASI İLE İLİŞKİSİ

TTK m. 396 f. 4 hükmünde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme, ETK m. 335 hükmünde yer almayan, TTK sisteminde kabul edilen bir yeniliktir. Bununla birlikte, hükmün gerekçesinde ETK m. 335 hükmünün aynen korunduğu ifade edilmektedir¹¹⁸⁸. Bu noktada ilkin ana hatlarıyla TTK m. 553 vd.'nda öngörülen yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna ilişkin bilgi sunacağız ve akabinde yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396 hükmü ile bağlantısını açıklamaya gayret edeceğiz.

A. Ana Hatları ile Yönetim Kurulu Üyesinin TTK m. 553 Hükmü Uyarınca Sorumluluk Davası

Sorumluluk hükümlerinin, ortaya çıkan zarardan kimin sorumlu olduğuna işaret eden ve bu doğrultuda zarar görenin zarar verene karşı zararın giderilmesine yönelik talep haklarını düzenleyen bir kurallar bütünü olduğu kabul edilmektedir¹¹⁸⁹. Şöyle ki

¹¹⁸⁵ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 410, 412; Karakılıç, s. 333 – 334. Yazar, eserinde sona erdirme ve önleme davalarını bir bütün olarak “men davası” başlığı altında değerlendirmektedir.

¹¹⁸⁶ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 411.

¹¹⁸⁷ Karakılıç, s. 333, 335 dn. 1215.

¹¹⁸⁸ Bkz. TTK m. 396 hükmünün gerekçesi.

¹¹⁸⁹ Akdağ Güney, s. 269.

sorumluluğun unsurları, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve hukuka aykırılık ile zarar arasındaki nedensellik bağıdır¹¹⁹⁰. Söz konusu bu unsurlardan birinin eksikliği hali, sorumluluğun oluşmamasına yol açacaktır.

Yönetim kurulu üyeleri (ve yönetimi devralan üçüncü kişiler) de hukuka aykırılık taşıyan kusurlu davranışları neticesinde ortaya çıkan zararlardan; ortaklığa, pay sahiplerine ve ortaklık alacaklılarına karşı sorumlu olacaktır¹¹⁹¹. Yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunda temel hedef, zarar görenin uğradığı zararın tazminidir¹¹⁹². Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun organa özgü bir sorumluluk olduğunu yukarıda ifade etmiştik¹¹⁹³. Organa özgü sorumluluk, yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu organına özgülenmiş olan yükümlülüklerin ihlalden sorumlu tutulması anlamına gelmektedir¹¹⁹⁴. Bu bağlamda, sorumluluğun unsurları arasında yer alan hukuka aykırılık; üyenin yönetim kurulu organına özgülenmiş yükümlülüklerine aykırı davranması ile gerçekleşmektedir¹¹⁹⁵.

Ayrıca bu sorumluluk kusur sorumluluğudur; şöyle ki yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmeleri için işlem ve fiillerini kusurlarıyla gerçekleştirdiklerinin ispatlanması gerekmektedir¹¹⁹⁶. TTK m. 553 hükmünün 6335 sayılı Kanun ile değişmesiyle birlikte kusurun ispatının kimde olduğu doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Şöyle ki hükmün ilk halinde, ETK zamanındaki ETK m. 338 ile uyumlu bir şekilde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulabilmeleri için kusursuz olduklarını ispatlamaları gerekmekteydi¹¹⁹⁷. 6335 sayılı Kanun ile TTK m. 553'e "kusurlarıyla" ifadesi eklenmiş (m. 28) ve TTK m. 553'ün ilk halinde yer alan "*kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça*" ifadesi çıkarılmıştır (m. 41 bent 16). Bu

¹¹⁹⁰ Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 36, N. 3; Helvacı, s. 107; Altay, Yetki Devri, s. 196; Akdağ Güney, s. 271; Şener, Ortaklıklar, s. 419; Karakılıç, s. 339.

¹¹⁹¹ Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 36, N. 56; Mustaki, s. 64 – 65; Mustaki, s. 216; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 430; Altay, Yetki Devri, s. 196; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 434; Akdağ Güney, s. 271.

¹¹⁹² Sıtkı Anlam Altay, "Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Doğrudan Sorumluluk Dolayısıyla Sorumluluk Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018, s. 72; Akdağ Güney, s. 292.

¹¹⁹³ Bkz. Yuk. İkinci Bölüm, III., 2. b.

¹¹⁹⁴ Altay, Yetki Devri, s. 195.

¹¹⁹⁵ Altay, Yetki Devri, s. 250; Şener, Ortaklıklar, s. 420.

¹¹⁹⁶ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), s. 432; Akdağ Güney, s. 312 vd.; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 445; Altay, Yetki Devri, s. 263 ; Altay, Sorumluluk, s. 87- 88; Şener, Ortaklıklar, s. 420.

¹¹⁹⁷ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 445; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 432; Kendigelen, s. 459.

değişikliklerle ilgili olarak ise Adalet Komisyonu raporunda¹¹⁹⁸, TTK m. 553'te düzenlenen kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, tasfiye memurlarının sebep oldukları zararlardan sorumluluğuna ilişkin olarak kusurun ispatının yeniden düzenlendiği ve ispat yükünün iddia edenin, diğer bir deyişle davacının üzerinde olduğu ifade edilmiştir. Netice itibariyle, TTK m. 553 hükmünün 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmesi ile birlikte, kusurun ispatının kime ait olduğu doktrinde tartışmalı bir mevzuya dönüşmüştür. Doktrinde bir görüş¹¹⁹⁹, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile birlikte yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olduğuna dair kusur karinesinin ortadan kalktığı, bu nedenle kusurun ispatının bundan böyle davacıya ait olduğunu ileri sürmektedir. Aksi görüş¹²⁰⁰ ise, yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasındaki ilişkinin akdi olduğu, bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin kusursuz olduklarını ispatlaması gerektiğini kabul etmektedir. Diğer bir görüş¹²⁰¹ ise, kusurun ispatı yönünden sorumluluk davasının hukuki sebebine göre hareket edilmesi gerektiği inancındadır. Bu nedenle, tazminat alacağının kaynağı bakımından ayırım yapılmalıdır. Tazminat alacağının kaynağı şayet sözleşme ise, davalı kusursuzluğunu ispat etmekle; şayet tazminat alacağının kaynağı haksız fiil ise, davacı kusuru ispat etmekle yükümlü olacaktır. Kanımızca da, TTK m. 553 hükmü uyarınca ikame edilecek sorumluluk davasında, hukuki sebebe göre hareket etmek uygun olacaktır. Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında sözleşmesel bir ilişki mevzu bahis olduğundan, TTK m. 553 uyarınca ikame edilecek sorumluluk davasında, üye kusursuzluğunu ispat etmekle yükümlüdür.

Genel sorumluluk hükmü olan TTK m. 553 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyeleri, kanundan ve ana sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem ortaklığa hem pay sahiplerine hem de ortaklık alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludur. Söz konusu sorumluluğun uygulanma şartları TTK m. 553 vd.'nda öngörülmektedir. Yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun yaptırımı ise tazminattır¹²⁰². Tazminattan bahsedebilmek için evveleminde bir zararın varlığı şarttır¹²⁰³. Diğer bir deyişle, zarar mevcut değilse, sorumluluk söz konusu

¹¹⁹⁸ 25.06.2012 tarih ve 14 sayılı Adalet Komisyonu Raporu, Esas No: 1/630, Sıra Sayısı 303, s. 10.

¹¹⁹⁹ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 432; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 445; Akdağ Güney, s. 320.

¹²⁰⁰ Kendigelen, s. 459 – 460; Şener, Ortaklıklar, s. 421.

¹²⁰¹ Altay, Sorumluluk, s. 88; Pulaşlı, s. 693.

¹²⁰² Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 431.

¹²⁰³ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 147; Akdağ Güney, s. 293.

olmayacaktır¹²⁰⁴. Zarar görenin, zarar verici olgunun gerçekleşmesi ile mevcut malvarlığının durumu ile zarar verici olgunun gerçekleşmemesi halindeki malvarlığı durumu arasındaki fark zararı teşkil etmektedir¹²⁰⁵. Anonim ortaklıkta zarar, ortaklığın aktifinin azalması, pasifinin artması ve kârdan yoksun kalması şeklinde tezahür etmektedir¹²⁰⁶. Zararın varlığını ve miktarını ispat yükü ise talep edenin üzerinde; bir başka anlatımla davacıdadır¹²⁰⁷.

TTK m. 553 hükmü, hem doğrudan zarar hem de dolayısıyla zarar bakımından uygulanacaktır¹²⁰⁸. Bu noktada kısaca anonim ortaklıklara özgü sorumlulukta geçerli olan¹²⁰⁹, doğrudan zarar ve dolayısıyla zarar ayrımını açıklama ihtiyacı hissetmekteyiz. Şöyle ki, anonim ortaklık daima kendi malvarlığında uğradığı zararın tazminini talep etmektedir¹²¹⁰. Pay sahipleri ve alacaklılar ise kendi malvarlıklarında uğradıkları zararların (doğrudan zarar) tazminini talep edebileceği gibi; belirli şartlar dahilinde ortaklığın malvarlığında ortaya çıkan zararın (dolayısıyla zarar) ortaklığa tazminini de talep edebilecektir¹²¹¹. Bu nedenle doğrudan ve dolayısıyla zarar ayrımı, yönetim kurulu üyesinin yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle kimin malvarlığında zararın ortaya çıktığı ve zararın tazminini kimin dava ettiği ile ilgilidir¹²¹².

Davacı tarafından doğrudan zararının tazmini talep edildiğinde, mahkemece hükmedilecek tazminat kendisine ödenecek iken; pay sahibi veya alacaklı tarafından

¹²⁰⁴ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 147; Akdağ Güney, s. 294.

¹²⁰⁵ Akdağ Güney, s. 293 - 294; Altay, Yetki Devri, s. 243.

¹²⁰⁶ Altay, Yetki Devri, s. 243; Akdağ Güney, s. 294.

¹²⁰⁷ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 147; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), s. 434; Altay, Yetki Devri, s. 248;

¹²⁰⁸ Bkz. TTK m. 553 hükmünün gerekçesi.

¹²⁰⁹ Anonim ortaklıktaki sorumluluk sisteminin, sorumluluk hukukundaki iki temel müesseseye istisna getirdiği kabul edilmektedir. Şöyle ki ilkin, yönetim kurulu üyesinin ortaklık ile arasındaki sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu tutulduğu hallerde; anonim ortaklık pay sahipleri ve ortaklığın alacaklıları söz konusu sözleşmeye taraf olmadığı halde, sözleşmeye aykırılık nedeniyle uğradıkları dolayısıyla uğradıkları zararın tazminini talep edebilmektedir. Anılan bu husus, borç ilişkisine taraf olmayan kimsenin, o borç ilişkisine istinaden tazminat davası ikame edemeyeceğine ilişkin kuralın istinası teşkil etmektedir. Bu istisnanın usul hukukundaki yansıması ise, davada taraf olmayan kimse lehine tazminat talep edilemeyeceği kuralıdır. İkinci olarak, anonim ortaklık paysahiplerine ve alacaklılarına dolaylı zararları için dava hakkı tanınması, haksız fiil sorumluluğunda dolayısıyla zarar gören şahsın, zararının tazminini talep edemeyeceği kuralına istisnasını oluşturmaktadır. Söz konusu kuralı diğer istisnaları gibi, pay sahiplerinin ve alacaklıların dava hakkı da bir kanun hükmüne dayanmak suretiyle tanınmıştır, Çamoğlu, Sorumluluk, s. 123 – 124; Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk – İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1963, s. 105.

¹²¹⁰ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 449; Helvacı, s. 128; Altay, Yetki Devri, s. 247; Akdağ Güney, s. 295, 329.

¹²¹¹ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), s. 442 - 447; Akdağ Güney, s. 329 – 330; Tandoğan, Üçüncü Şahıs, s. 110.

¹²¹² Altay, Yetki Devri, s. 245.

yansıma zararının, diğer bir ifadeyle ortaklığın malvarlığında meydana gelen zararın tazmini talep edildiğinde ise, mahkemece hükmedilecek tazminat ortaklığa ödenecektir¹²¹³. Açık bir anlatımla, dolayısıyla zararın tazmininde talep; tazminatın, zararın meydana geldiği ortaklığa ödenmesine ilişkin olup; söz konusu zararın kendi malvarlıklarına ödenmesi talep edilemeyecektir¹²¹⁴. Bu şekilde dolayısıyla zarar görenler, dolaylı bir şekilde tazmin edilmiş olacaktır¹²¹⁵.

Ortaklık her zaman kendi malvarlığında meydana gelen zararın tazminini doğrudan sorumluluk davası ile talep edebilir. Ancak ortaklığın uğradığı zararın tazmini davasındaki pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkı da, ortaklığın dava hakkından müstakildir; şöyle ki ortaklık zararının tazminini kendi talep etmese de, pay sahipleri ve alacaklılar ortaklığın uğradığı zararın tazmini davasını ikame edebilecektir¹²¹⁶.

Dolayısıyla zarar, anonim ortaklığın malvarlığında meydana gelen zararın, pay sahipleri ve alacaklıların malvarlığına yansımasıdır¹²¹⁷. Diğer bir deyişle, ortaklığın uğradığı zarar; pay sahipleri ve alacaklılar için dolayısıyla zarar oluşturmaktadır¹²¹⁸. Bu özellik nedeniyle bir açıdan, ortaklığın malvarlığında bir zarar meydana gelmemişse, pay sahibinin ve alacaklının dolayısıyla zararından bahsedilemeyecek; bir diğer açıdan ise, ortaklığın zararı tazmin edilmişse pay sahipleri ve alacaklıların zararı da sona erecektir¹²¹⁹. Açık bir anlatımla ortaklık zarar görmediği takdirde; pay sahipleri ve alacaklıların da yansıma yoluyla uğrayacağı bir zarar söz konusu olmayacaktır¹²²⁰.

Dolayısıyla zarar esasen, pay sahibi bakımından ortaklığın uğradığı zarar nedeniyle payın değerinin azalması; alacaklı bakımından ise alacağını tahsil kuvvetinin zayıflaması veya ortadan kaldırması varsayımına dayanmaktadır¹²²¹.

¹²¹³ Altay, Yetki Devri, s. 245.

¹²¹⁴ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 443; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 140; Tandoğan, Üçüncü Şahıs, s. 110; Helvacı, s. 129; Akdağ Güney, s. 301

¹²¹⁵ Helvacı, s. 130.

¹²¹⁶ Altay, Yetki Devri, s. 245.

¹²¹⁷ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 128; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 442; Helvacı, s. 128; Altay, Yetki Devri, s. 245; Altay, Sorumluluk, s. 81; Akdağ Güney, s. 297.

¹²¹⁸ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 128; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 442; Helvacı, s. 107, 128; Akdağ Güney, s. 295.

¹²¹⁹ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 445; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 128; Altay, Yetki Devri, s. 245.

¹²²⁰ Helvacı, s. 128; Altay, Sorumluluk, s. 81; Akdağ Güney, s. 298 – 299.

¹²²¹ Altay, Yetki Devri, s. 246; Altay, Sorumluluk, s. 73.

Ancak bu davada pay sahibine ilişkin varsayım mutlaktır; bir diğer deyişle pay sahibinin dava hakkı, ortaklığın uğradığı zarar payının değerine tesir etmese de mevcuttur. Yine söz konusu bu ortaklığın uğradığı zararın tazmini davasında, pay sahibinin veya alacaklının ortaklığın zararından gerçekten etkilenip etkilenmedikleri de sorgulanmayacaktır¹²²².

Ortaklık kendi uğradığı zararın tazminini talep edebildiği gibi; pay sahibi ve alacaklılar da kendi malvarlıklarında uğradıkları zararı yönetim kurulu üyesinden talep edebilecektir. Pay sahibi ve alacaklıların doğrudan zararı, ortaklığın zarara uğraması neticesinde veya etkisinde doğan bir zarar olmayıp, doğrudan kendi malvarlıklarında meydana gelmektedir¹²²³. Pay sahiplerinin ve alacaklıların doğrudan zararı, ortaklığın zarara uğramasından bağımsızdır; başka bir ifadeyle pay sahiplerinin ve alacaklıların doğrudan zararı ortaklığın zarara uğrayıp uğramaması ile ilgili değildir¹²²⁴. Doktrinde pay sahiplerinin uğradıkları doğrudan zarara ilişkin olarak, pay sahibinin bilançonun doğruluğuna güvenerek pay sahibi olması ya da payını devretmesi, sermaye artırımında rüçhan hakkının ihlal edilmesi; alacaklıların uğradığı doğrudan zarara ilişkin olarak ise, bilançonun doğruluğuna güvenerek ortaklığa kredi açması örnek olarak gösterilmektedir¹²²⁵.

TTK m. 555 f. 1 hükmü uyarınca ortaklığın uğradığı zararın tazminini, ortaklık ve her bir pay sahibi isteyebilecektir, fakat pay sahipleri tazminatın ancak ortaklığa ödenmesini isteyebilecektir. İşte bahsi geçen hükümde ortaklığın uğradığı zarar yönünden ortaklığın doğrudan sorumluluk davası; pay sahibi yönünden ise ortaklığın uğradığı zararın tazmini davası düzenlenmektedir¹²²⁶. Alacaklıların ortaklığın uğradığı zararın tazmini davası bakımından ise durum biraz farklıdır. Şöyle ki TTK m. 556 f. 1 hükmü gereği, ortaklık iflas etmediği müddetçe; alacaklının, ortaklığın uğradığı zararın tazmini davasını ikame etmesi mümkün değildir¹²²⁷. Zira anılan hükümde, zarara uğrayan ortaklığın iflası hâlinde, tazminatın ortaklığa ödenmesini isteme hakkını ortaklık alacaklılarının da haiz olacağı; fakat böyle bir durumda pay

¹²²² Altay, Yetki Devri, s. 246.

¹²²³ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 445; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 147; Altay, Sorumluluk, s. 77; Tandoğan, Üçüncü Şahıs, s. 112.

¹²²⁴ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 449; Altay, Yetki Devri, s. 247.

¹²²⁵ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 148 – 149; Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 446; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 450; Altay, Yetki Devri, s. 247; Altay, Sorumluluk, s. 77 – 80; Tandoğan, Üçüncü Şahıs, s. 112 dn. 132; Akdağ Güney, s. 296.

¹²²⁶ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 449.

¹²²⁷ Altay, Sorumluluk, s. 86.

sahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının istemlerinin önce iflas idaresince ileri sürüleceği belirtilmiştir. Şayet iflas idaresi dava açmadığı takdirde, her pay sahibi veya ortaklık alacaklısı, ortaklığın uğradığı zararın tazmini davasını ikame edebilecektir (TTK m. 556 f. 2). Böylelikle ortaklık alacaklısının, ortaklığın uğradığı zararın tazmini davası ikame edebilmesi için öncelikle ortaklığın iflas etmiş ve ardından iflas idaresince dava ikame edilmemiş olması gerekmektedir.

B. TTK m. 553 Hükmünde Öngörülen Sorumluluk Davası ile TTK m. 396 Hükmünün Arasındaki İlişki

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını öngören TTK m. 396 hükmünün dördüncü fıkrasında, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümlerin saklı olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu bu düzenleme ETK zamanında mevcut olmayan, TTK sistemi ile öngörülmüş bir hükümdür. Maalesef ki hükmün gerekçesinde söz konusu bu yeniliğe ilişkin hiçbir izahat yer almamaktadır¹²²⁸.

TTK m. 396 hükmü uyarınca düzenlenen yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı, diğer bir ifadeyle üyenin ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğü; kanun koyucu tarafından yönetim kurulu üyesine özgülenmiş bir yükümlülüktür. TTK m. 553 hükmü ise, yönetim kurulu üyelerinin kanundan doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem ortaklığa hem pay sahiplerine hem de ortaklık alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olduklarını havi bir düzenlemedir.

Esasen TTK m. 396 hükmü kanunda yer almasaydı, üyenin ortaklıkla rekabet etmesi ve bu rekabetin neticesinde ortaklığın bir zararının doğması halinde, üyenin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü gereği TTK m. 553 hükmü uyarınca üyenin sorumluluğuna başvurulabilecekti. Fakat kanun koyucunun iradesi yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet etmeme yükümlülüğünü bir kanun hükmü ile düzenleme yönünde olmuştur. Bu durumda TTK m. 396 hükmü ile TTK m. 553 hükmü arasında nasıl bir ilişki olduğunun tespiti gerekmektedir. Bu ilişkinin tespitine geçmeden önce şu hususu netleştirmekte fayda olacaktır. Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi neticesinde zarar görecektir olan sadece ortaklıktır¹²²⁹. Bu nedenle, söz

¹²²⁸ Bkz. TTK m. 396 hükmünün gerekçesi.

¹²²⁹ Teorik olarak rekabet yasağını ihlal eden faaliyetten alacaklının veya paysahibinin malvarlığında da doğrudan zararlar meydana gelebilir. Ancak bu zararlar rekabet yasağının ihlaliyle ilişkili değildir, TTK m. 553 vd. çerçevesinde çözüme kavuşturulabilecektir.

konusu zararın niteliğinin ortaklık bakımından doğrudan zarar; pay sahipleri ve alacaklılar bakımından dolayısıyla zarar niteliğinde olduğunu belirtmek isteriz.

TTK m. 396 ve m. 553 vd. hükümleri arasındaki ilişkiyi incelerken, TTK m. 396 f. 4 hükmünün de yeni bir hüküm olması nedeniyle, ilkin ETK zamanındaki doktrindeki görüşler ve uygulamaya değineceğiz; ardından TTK zamanındaki uygulama ve doktrindeki görüşleri aktarıp, son olarak kendi görüşümüzü ifade edeceğiz.

1. ETK Zamanında

ETK zamanında doktrinde, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu düzenleyen ETK m. 336 ilâ m. 341 hükümlerinin genel sorumluluk hallerine ilişkin olduğu; ancak kanunda bunun haricinde başka hükümlerde özel sorumluluk hallerinin düzenlendiği ve yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen ETK m. 335 hükmünün de bunlardan biri olduğu kabul edilmekteydi¹²³⁰. Diğer bir ifadeyle, ETK m. 335 hükmü genel sorumluluk hükümleri karşısında, özel hüküm mahiyetinde kabul edilmekteydi.

Özel hüküm niteliğinde olan ETK m. 335 hükmü gereği ise, seçimlik talep haklarından yararlanma hakkı ortaklığa aittir¹²³¹. Davayı ortaklık adına yönetim kurulu ikame edecektir¹²³². Ancak bu noktada doktrinde, pay sahiplerinin ve alacaklılarının üye aleyhine dava açma haklarının olup olmadığı tartışılmaktadır. Şöyle ki bir görüş¹²³³ uyarınca, ETK m. 335 hükmü yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu dava etme hakkını ortaklığa hasretmektedir, bu nedenle ortaklık pay sahiplerinin ve alacaklıların dava hakkı bulunmamaktadır. Anılan hükümdeki sorumluluk halinde, pay sahiplerinin ve alacaklıların gerek ETK m. 309 f. 1 hükmü gereğince hükmedilecek tazminatın ortaklığa verilmesi talebi; gerekse tazminatın kendilerine verilmesi talebine ilişkin dava hakları bulunmamaktadır.

Diğer yöndeki bir görüş¹²³⁴ ise, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde ortaklığın yanı sıra, ortaklık pay sahiplerinin dolayısıyla zarar görmesi nedeniyle tazminatın ortaklığa verilmesini talep edebileceğini ileri sürmüştür.

¹²³⁰ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 89.

¹²³¹ Eriş, s. 288; Aydoğan, s. 126.

¹²³² Ansay, s. 136; Aydoğan, s. 126.

¹²³³ Domaniç, Anonim Şirketler, s. 646.

¹²³⁴ Eriş, s. 288 – 289.

Konuya başka bir açıdan yaklaşan bir diğer görüş¹²³⁵ ise, yönetim kurulu üyesine rekabet izni veren, diğer bir ifadeyle üyenin rekabet yasağını kaldıran genel kurul kararının – karara olumsuz oy veren¹²³⁶ – pay sahipleri ile ortaklık alacaklılarının dava hakkını ortadan kaldırmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüşe paralel diğer bir görüş¹²³⁷ de, ETK m. 335'in özel hüküm niteliğinde olduğunu, ancak ETK m. 336 hükmü gereği pay sahipleri ile alacaklıların dava ikame etmelerine engel olmadığı, genel kurulda verilen rekabet izni kararına olumsuz oy veren pay sahiplerinin dava hakkını kaldırmaya yeterli görülemeyeceği, pay sahipleri ve alacaklıların ETK m. 336'dan doğan bir sorumluluk davası ikame edebileceğini, bu nedenle ETK m. 335'te belirtilen talep haklarının ileri sürülemeyeceğini, dolayısıyla pay sahiplerine genel sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket ederek rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı sorumluluk dava açma hakkının tanınmasının, ETK'nın özel hüküm niteliğine aykırılık teşkil etmeyebileceğini belirtmektedir.

Yargıtay ise konuya ilişkin bir kararında¹²³⁸, ETK m. 335 hükmünün özel bir hüküm olduğunu ve bu hükümde yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal halinde dava açma hakkının ortaklığa hasredildiğini, bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin genel sorumluluğunu düzenleyen ve paysahipleri ile ortaklık alacaklılarına dava hakkı tanıyan ETK m. 336 hükmünün uygulama alanı bulmayacağına, somut olayda zarara uğradığı iddia edilen ortaklık yerine ortaklık pay sahibinin davayı ikame etmiş olması sebebiyle ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmesinin doğru olduğuna hükmetmiştir.

Kanaatimizce, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde; dava açma hakkının sadece ortaklığa ait olduğunu ve bu nedenle paysahipleri ile ortaklık alacaklılarına dava hakkı tanıyan ETK m. 336 hükmünün uygulanamayacağını kabul etmenin makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. ETK m. 335 hükmü ortaklığa, rekabet yasağını ihlal eden üye aleyhine ileri sürülmek üzere seçimlik talep hakları tanımaktadır. Bu seçimlik talep haklarında ortaklığın özellik arz

¹²³⁵ Helvacı, s. 93.

¹²³⁶ Helvacı, s. 93 dn. 311. Yazarın, anılan dipnotunda, eserindeki yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla işlem yapma yasağını incelediği kısma referans yapmaktadır. Söz konusu bu kısımda genel kurulun onayına ilişkin karara olumsuz oy veren pay sahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının dava hakkına hâlel gelmeyeceği ifade edilmektedir, Helvacı, s. 90.

¹²³⁷ Aydoğan, s. 127 – 128.

¹²³⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tarih: 29.09.1977 E: 1977 / 3358 K: 1977 / 3890, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

eden yaptırım hakkı ise, rekabet yasağına konu “*yapılan muameleyi şirket namına yapılmış addetmekte ve üçüncü şahıslar hesabına akdolunan mukavelelerden doğan menfaatlerin şirkete aidiyetini*” talep edebilmesidir. Zira, ETK m. 335 hükmü uyarınca ortaklık dilerse rekabet yasağını ihlal eden üyeden tazminat talep edebilecektir; ki esasen üye aleyhine ikame edilecek sorumluluk davasında da üyeden talep edebilecek olan tazminattır. Bu nedenle, bizce ETK m. 335 hükmünün özelliği ortaklığa tazminat talebinin yanında başka talep hakları tanınmasıdır. Bu nedenle, üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, pay sahiplerinin ve alacaklıların da ETK m. 309 f. 1 hükmü gereği ortaklığa verilmek üzere tazminat davası ikame edebilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

2. TTK Zamanında

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396 f. 4 hükmünde, ETK m. 335’ten farklı olarak, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümlerin saklı olduğu öngörülmüştür. Söz konusu hükmün yankıları doktrinde farklı şekilde belirmiştir.

Çamoğlu¹²³⁹, anılan hükümden açıkça bahsetmeksizin¹²⁴⁰, ortaklık pay sahipleri ve alacaklıların üye aleyhine sorumluluk davası ikame edip edemeyeceklerinin tespitinde, TTK m. 396 hükmünün dava hakkını sadece ortaklığa tanıdığı, bu nedenle pay sahipleri ve alacaklıların TTK m. 396 hükmüne istinaden rekabet yasağını ihlal eden üye aleyhine dava ikame edemeyeceklerini; ancak üyenin rekabet yasağına aykırı faaliyeti aynı zamanda TTK m. 553 vd.’nda öngörülen sorumluk davasının koşullarını karşılıyorsa, ortaklık pay sahipleri ile alacaklıların TTK m. 553 ve m. 556 uyarınca sorumluluk davası ikame edebileceğini öngörmektedir.

Doktrinde Kırca¹²⁴¹, TTK m. 396 f. 4 hükmündeki yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının saklı olmasını şu şekilde yorumlamaktadır: Şöyle ki yazar anılan düzenlemeye ilişkin gerekçede bir izahat bulunmaması nedeniyle, hükmün işlevinin belirsiz olduğu, ancak akla ilk gelenin kanun koyucunun pay sahibi ve alacaklıların TTK m. 553’e istinaden dava ikame edip etmeyeceklerine ilişkin ETK zamanındaki

¹²³⁹ Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 417.

¹²⁴⁰ Yazar, söz konusu görüşünü her ne kadar doğrudan ve açıkça TTK m. 396 f. 4 ile açıkça bağdaştırmasa da, yazarın görüşünün yer aldığı eserin ETK zamanındaki baskısında söz konusu görüşe yer verilmediğinden, yazarın görüşünü TTK m. 396 hükmü ile yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu düzenleyen hükümler ile ilişkisi kapsamında sunduğu sonucuna varılabileceğini düşünüyoruz, bkz. Çamoğlu (Poroy / Tekinalp), 2010, s. 291 – 294.

¹²⁴¹ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 700 – 701.

doktrindeki tartışmaya karşı bir tavır olarak bu yolun açılması yönündeki iradesinin bir yansıması olduğunu ifade etmektedir. Ancak yazar ardından konuyu farklı bir noktaya taşımaktadır. Şöyle ki, yazara göre TTK m. 553 ile TTK m. 396 hükmünün ortak noktaları, ortaklığın zararını tazmin etmeleridir. Ancak TTK m. 396 hükmünün özellik arz eden yeri, TTK m. 396 f. 1 c. 2’de tanınan haklardan birinin seçilmesidir. Halbuki TTK m. 553 hükmüne istinaden sorumluluk davasının yaptırımı, TTK m. 396 f. 1 c. 2’de bahsi geçen üç haktan birincisi, diğer bir deyişle tazminattır.

Yazar ilkin, bu durumda pay sahiplerine TTK m. 396 hükmüne aykırılık nedeniyle dava ikame etme hakkı tanındığı vakit; pay sahiplerinin TTK m. 396 hükmündeki seçimlik haklardan yararlanıp yararlanamayacağını sorgulamakta ve akabinde ortaklık tarafından dava ikame edilmediği hallerde, pay sahiplerinin TTK m. 553 hükmüne dayanarak ortaklığın uğradığı zararın tazminini dava etmelerinin makul olduğunu ifade etmektedir. Şayet pay sahiplerine TTK m. 396 hükmüne aykırılık nedeniyle dava açma hakkı tanınırsa, ortaklığın açacağı dava ile pay sahibinin açacağı dava arasında zamanaşımı süresi bakımından da bir farklılık yaratmanın haklı bir manası da bulunmamaktadır. Bu sebeple pay sahiplerinin ikame edecekleri davada, TTK m. 560’taki zamanaşımı süresinin değil; TTK m. 396 f. 3’te tayin edilen zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmektedir. Böylelikle, TTK m. 396 f. 3’te üç aylık zamanaşımın süresinin de başlangıcı pay sahibinin öğrenme anı olacaktır. Son olarak ise yazar, TTK m. 396 f. 4 çerçevesinde, ibraya ilişkin TTK m. 558 hükmünün de uygulama alanı bulabileceği, zira ibranın rekabet yasağını ihlal eden davranışlara icazet anlamına geleceğinden, ibra kararı nedeniyle ortaklık adına dava açılmayacağını ancak ibra kararına olumsuz oy veren pay sahiplerinin TTK m. 396 f. 1 c. 2’de belirtilen hakların seçiminde TTK m. 396 f. 3’te tayin edilen zamanaşımı süresi içinde dava ikame edebileceklerini öngörmektedir.

Akdağ Güney¹²⁴² ise, TTK m. 396 f. 1 c. 2’de tanınan seçimlik hakları talep yetkisinin sadece yönetim kuruluna ait olduğunu, ibra kararı ile birlikte ortaklığın anılan hükümde tanınan hakları kullanmayacağı yönünde iradesini göstermiş sayılacağını; ancak söz konusu zımni onayın sadece ibra kararına olumsuz oy veren pay sahiplerine, ortaklığın zararını tazmin talebiyle TTK m. 553 vd. hükümlerine dayanarak sorumluluk davası ikame etme hakkını bahşedeceğini, pay sahiplerine TTK

¹²⁴² Akdağ Güney, s. 243 – 244.

m. 396 f. 1’de bahşedilen seçimlik hakları kullanma yetkisini vermeyeceğini, ortaklığa tanınan hakların hangisinin seçileceğine dair yetkinin yönetim kuruluna hasredildiğinin TTK m. 396 f. 2 uyarınca açık olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, pay sahiplerinin dava hakkının kaynağının TTK m. 396 f. 1 hükmü olmayıp TTK m. 553 vd. hükümleridir ve TTK m. 396 f. 4 hükmü de bunu desteklemektedir. TTK m. 396 f. 4 hükmündeki sorumluluk davasının, TTK m. 396’dan ayırmanın faydası, yönetim kurulunun zamanaşımı süresini kaçırdığı takdirde TTK m. 560 uyarınca tayin edilen zamanaşımı süreleri içinde ortaklığın zararının tazmin edilebilmesidir. Zira ortaklığın yönetimine aktif bir şekilde katılmayan pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını ihlal ettiklerini öğrenip harekete geçmesinin bu kadar kısa bir zaman zarfı içinde mümkün olmayacağı göz önünde bulundurulduğunda pay sahiplerini zamanaşımı ile engellemek isabetli olmayacaktır. Sonuç olarak, yönetim kurulu üyelerin zamanaşımı nedeniyle TTK m. 396 hükmü gereğince sorumlu tutulamadıkları durumda, rekabet yasağını ihlal eden üye aleyhine TTK m. 553 vd. hükümleri doğrultusunda sorumluluk davası ikame edilebilecektir. Fakat böyle bir varsayımda, ortaklığın seçimlik talep hakları bulunmayıp, ortaklığın sadece zararını tazmin etme hakkı mevcuttur.

Pulaşlı¹²⁴³, TTK m. 396 f. 4 hükmünü yönetim kurulu üyelerinin kanundan ve ana sözleşmeden doğan sorumluluklarının sürdüğünün bir işareti olarak kabul etmektedir. Kendigelen¹²⁴⁴ ise, TTK m. 396 f. 4’ün hangi amaca hizmet ettiğinin belli olmadığını ifade ederek; anılan düzenlemeye ilişkin gerekçede hiçbir açıklamama yer almadığını vurgulamaktadır.

Yargı kararları bakımından ise, TTK m. 396 f. 4’ün kapsamını ve anlamını değerlendiren bir Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemesi kararı tarafımızca tespit edilememiştir.

3. Değerlendirmemiz

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396 hükmü, seçimlik talep haklarını düzenlemektedir ve bu hakları sadece ortaklığa bahşetmektedir. Anılan bu hükmün artık, yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları ile

¹²⁴³ Pulaşlı, s. 490.

¹²⁴⁴ Kendigelen, s. 287.

ilgili hükümlerin saklı tutulduğuna dair dördüncü fıkra göz ardı edilerek yorumlanması mümkün değildir. Pay sahibinin ve ortaklık alacaklısının rekabet yasağını ihlal eden üye aleyhine ortaklığın uğradığı zararın tazmini davası ikame edebilmesi için, yönetim kurulu üyesinin sorumluluklarının saklı tutulduğuna dair bir düzenleme yapma ihtiyacı esasen bulunmamaktadır. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere, bizce üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, pay sahibinin TTK m. 553 vd. hükümleri uyarınca ortaklığın uğradığı zararın tazminini talep edebileceğinin esasen kabulü gerekmektedir. Ancak, pay sahibinin üye aleyhine ortaklığın uğradığı zararın tazmini davasında, TTK m. 396 hükmü değil; TTK m. 553 vd. hükümleri esas alınmalıdır.

Biz TTK m. 396 f. 4 hükmünün, ortaklığın ikame edeceği sorumluluk davasını kapsadığı inancındayız. Başka bir anlatımla, TTK m. 396 f. 4 hükmünün, ortaklığın TTK m. 553 uyarınca ikame edebileceği sorumluluk davasını saklı tuttuğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle TTK m. 396 hükmü ile TTK m. 553 hükmü arasındaki ilişkinin bu çerçevede tespit edilmesi gerekmektedir.

TTK m. 396 f. 4 hükmü şayet mevcut olmasaydı, tıpkı ETK m. 335 hükmündeki gibi, TTK m. 396 hükmünün TTK m. 553 hükmüne nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu görüşü ağırlık kazanabilecektir. Nitekim sorumluluk hükümlerine atıf yapmayan ETK m. 335 hükmü bakımından, ETK m. 335'in ETK m. 336 hükmüne nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu savunulmuştur.

Kanaatimizce, TTK m. 396 f. 4 hükmündeki düzenlemeyi TTK m. 396 f. 3 kapsamında öngörülen zamanaşımı süreleri bağlamında ele almak gerekir. Şöyle ki, TTK m. 396 f. 4 hükmünde TTK m. 553 hükmü saklı tutulduğuna göre; TTK m. 396 f. 3 hükmü, seçimlik hakları düzenleyen TTK m. 396 f. 1 c. 2 ve seçimlik hakların kullanılmasını düzenleyen TTK m. 396 f. 2 hükümlerinin ardından gelmektedir ve seçimlik haklardan bağımsız bir konuyu düzenleme bağlamına sahip değildir. Bu nedenle, TTK m. 396 f. 3'teki zamanaşımı kuralının bu seçimlik haklardan birinin seçme hakkının düzenlediği sonucuna varılmalıdır.

Gerçi böyle bir düzenleme aslında bir yenilik doğuran hakkı ilgilendirdiğinden, söz konusu sürenin niteliğinin hak düşürücü süre şeklinde düzenlenmesi daha isabetli olacaktı. Zira, ortaklığın seçim hakkının kullanılmasının yenilik doğuran bir hakkın

kullanılması mahiyetinde olduğunu yukarıda¹²⁴⁵ ifade etmiştik. Açık bir anlatımla, TTK m. 396 f. 3 hükmünde kanun koyucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasını niteliği itibariyle hak düşürücü süreye tabi tutması gerekirken; zamanaşımı süresine tabi tutması isabetsizdir.

Bu itibarla TTK m. 396 f. 3'te yer alan zamanaşımı süresinin seçimlik haklardan birinin seçilmesine ilişkin olduğunu düşüncesindeyiz. Açık bir anlatımla, zamanaşımına uğrayacak olan seçimlik hakkın kullanılmasıdır. Ortaklığa tanınan seçimlik haklardan birinin seçilmesi ve rekabet yasağını ihlal eden üyeye yenilik doğurucu niteliğe sahip bir beyan ile bildirilmesi ve seçim kararının üyeye varması ile birlikte ortaklık seçim hakkını kullanmış olacaktır. İşte TTK m. 396 f. 3'teki süre ortaklığın rekabet yasağını ihlal eden üye hakkında seçimlik hakkını kullanmasına ilişkindir. Açık bir deyişle, yönetim kurulu üyeleri, söz konusu talep haklarının öğrenilmesinden itibaren üç aylık ve rekabet yasağına aykırılığı oluşturan faaliyetlerin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde seçimlik hakkını kullanmalıdır. Ortaklık söz konusu süre içinde seçimlik hakkını kullanırsa; talep haklarına ilişkin zamanaşımı süresi ile TTK m. 560 hükmü uyarınca tayin edilecektir. Ortaklık söz konusu süre içinde seçimlik hakkını kullanmaz ise, diğer bir ifadeyle TTK m. 396 f. 3'teki sürelerin dolması halinde TTK m. 396 f. 4 hükmü gereğince ortaklığın sadece tazminat talep edilebileceğinin düzenlendiğini düşünmekteyiz.

Aksi halde TTK m. 396 f. 3 hükmünde düzenlenen zamanaşımı sürelerinin seçimlik hakların seçilmesine ilişkin bir süre niteliğinde görülmeyle, söz konusu sürelerin ortaklığın rekabet yasağının ihlalinden dolayı ikame edeceği davanın zamanaşımı süresi olduğunu kabul etmek sakıncalı sonuçlar doğuracaktır. Yine bu tür bir yorum tarzında, TTK m. 396 hükmünün pay sahibi ve alacaklıların ikame edeceği sorumluluk davasına uygulanacağı, bu nedenle de pay sahipleri ve ortaklık alacaklılarının ikame edeceği sorumluluk davasına ilişkin TTK m. 396 f. 1 c. 2'de öngörülen seçimlik talep haklarına ilişkin TTK m. 396 f. 3'teki sürelerin kabul edilmesi isabetli olmayacaktır. Bu tür bir yorum vahim sonuçlara yol açacaktır. Zira yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına ilişkin özel hüküm sevk edilmesi, aynen TTK m. 395 hükmünde yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla işlem yapma ve borçlanma yasağında yahut halka açık anonim ortaklıklara ilişkin SPK m. 17 f. 3 hükmünde

¹²⁴⁵ Bkz. Yuk. Dördüncü Bölüm, II., C.

düzenlenen ilişkili taraf işlemleri ve m. 23 hükmünde düzenlenen önemli nitelikteki işlemler için öngörüldüğü üzere, ortaklık için kritik bir öneme sahip olduğu tartışılmazdır.

Bilgi; gücü ve iktidarı temsil etmektedir. Bilgiye sahip olan, bilginin verdiği güce ve iktidara da sahip olur. Anonim ortaklığın tüm bilgilerine sahip olan veya erişebilecek konumda olan yönetim kurulu üyesidir. Diğer bir ifadeyle, yönetim kurulu üyesi bilginin merkezi konumundadır. Ancak bilgiye her sahip olan onu iyi yönde kullanmamayı tercih edebilir. Zira, iktidarı elinde bulunduranlar güçlerini kötüye kullanmaya yatkın olabilmektedir. Bu durumda ortaklığın gücünün ve bilginin simgesi olan yönetim kurulu üyesi de, sahip olduğu bu kudret ve yetkinliği ortaklığın menfaatine değil; kendi menfaati yönünde kullanmayı tercih edebilecektir. Bu yüzden ortaklık, bu tür durumlara karşı özel olarak korunmalıdır. Kanun koyucunun yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını bir kanun hükmü ile düzenlemeyi tercih etmesi de bu korumaya özel bir önem atfedildiğinin göstergesidir.

Zira, ortaklığa ait tüm bilgi ve donanımına sahip bir yönetim kurulu üyesinin kendisi ile rekabet etmesi halinde; gerek üye ile ortaklık arasındaki güven ilişkisi derinden sarsılmakta, gerek üye ortaklıktan edindiği bilgi ve donanım sayesinde pazarda ortaklığın rakibi olarak son derece avantajlı bir konuma gelmektedir. Bunun neticesinde, ortaklık sadece pazardaki gücünü kaybetmekle kalmamaktadır; söz konusu bu güç kaybı yönetimini ve malvarlığını emanet ettiği yönetim kurulu üyesinin davranışları nedeniyle meydana gelmektedir. Dolayısıyla bu kadar kritik bir öneme sahip iken; ortaklığı birçok olayda yeterli süre bahşetmeyen TTK m. 396 f. 3 hükmünü uygulayarak; nispeten uzun zamanaşımı süresi belirleyen TTK m. 560 hükmünden mahrum bırakmanın da hiçbir makul gerekçesi yoktur.

Netice itibariyle, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396 hükmünün, TTK m. 396 f. 4 hükmü de dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini, TTK m. 396 f. 4 hükmünün ortaklığın ikame edeceği sorumluluk davası ile ilgili olduğunu, bu kapsamda TTK m. 396 f. 3'te tayin edilen zamanaşımı süresinin de bu bağlamda yorumlanması gerektiğini, TTK m. 396 f. 3 uyarınca tayin edilen sürelerin ortaklığın seçim hakkının kullanmasına ilişkin süreler olduğunu, TTK m. 396 f. 4 hükmünün de bu anlamda değerlendirilerek söz konusu sürelerin ortaklık tarafından kaçırılması halinde; ortaklığın, rekabet yasağını ihlal eden üye aleyhine TTK m. 553

hükmü uyarınca sorumluluk davası ikame ederek sadece ortaklığın zararın tazminini talep edebileceğini düşünmekteyiz.



SONUÇ

Çalışmamız neticesinde elde ettiğimiz sonuçları ana hatları ile aşağıda ifade etmekteyiz.

- a. Rekabet yasağı, taraflar arasında bulunan hukuki ilişki gereği, karşı taraf ile rekabetinde kendisini üstün hale getirecek bilgi, araç ve kaynaklara sahip olma imkânı olan tarafın ticari faaliyetinin ve rekabet özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Rekabet yasağının altında yatan temel fikir; yasaktan yararlanan kimseyi, yasağı üstlenen kimsenin rekabet edici faaliyetleri karşısında koruma gerekliliğidir. Böyle bir korumanın eksikliği, yasaktan yararlananı zarar görme riskiyle karşı karşıya bırakacaktır.
- b. Rekabet yasağında yasaklanan, yasağa tabi olan kişinin rekabet edici davranışlarda bulunarak yasaktan yararlanan ile rekabet ilişkisi tesis etmek suretiyle, yasaktan yararlanan ile rakip olmasıdır. Söz konusu bu rekabet ilişkisi, aynı veya benzer ihtiyaçlara yönelik aynı hizmet veya ürünün tamamen ya da kısmen aynı müşteri yahut müşteri grubuna sunulması halinde oluşacaktır.
- c. Kanun koyucu, kimi zaman taraflar arasındaki özel ilişki bağlamında rekabet yasağına özel önem atfederek, rekabet yasağını bir kanun hükmü ile düzenlemeyi tercih etmektedir. Bu tür ilişkilerden biri de, anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkidir. Anonim ortaklıkta işletmenin sahibi konumunda olduğu kabul edilen yönetim kurulu, görevi ve yetkisi gereği ortaklığın tüm işleyişine ait bilgi, ticari sır ve kaynaklarına hâkimdir. Zira ortaklığın işleyişini sağlayan yönetim kuruludur ve doğal olarak bu işleyişe ait her türlü bilgi ve imkanın anahtarı yönetim kurulundadır. Kanun koyucu, ortaklığa ait bilgi ve kaynaklarla donanımlı halde bulunan yönetim kurulu üyesini, ortaklığı koruma amacıyla TTK m. 396 hükmünde ortaklıkla rekabetini yasaklamıştır.
- d. Yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet etme yasağının düzenlenme nedeni, ortaklık ile arasındaki hukuki ilişkiden doğan sadakat yükümlülüğüdür. Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı, ortaklığın menfaati ile üyenin kendi menfaatini karşı karşıya getirmekten alıkoymayı amaçlayan sadakat yükümlülüğünün somutlaşmış hallerinden biridir. Kanaatimizce, üyenin çalışma gücünü ortaklığa tahsis etme yükümlülüğünün özünde de sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır, bu nedenle anılan yükümlülüğünün doktrinde sadakat yükümlülüğünden ayrı bir neden olarak ileri sürülmesi isabetli değildir. Ayrıca çalışma gücünün ortaklığa tahsis etme

- yükümlülüğünü bir neden olarak ileri süren görüşün kaynağını oluşturan Alm.POK § 88 hükmünün TTK m. 396 hükmünden ayrılan yönleri mevcuttur. Bu nedenle Alman doktrininde yer alan Alm.POK § 88 ilişkin gerekçeler, kanımızca TTK m. 396 hükmüne aynen iktibas edilemeyecektir.
- e. TTK m. 396 hükmü, yönetim kurulu üyelerinin yanında yönetim veya temsil yetkilerini devralan üçüncü kişiler hakkında da uygulanmalıdır. Anonim ortaklıkta, pay sahibinin ortaklıkla rekabet yasağı bulunmamaktadır. Pay sahibi bakımından rekabet yasağı, gerek tek borç ilkesi gerek ikincil yükümlülük için aranan şartları karşılamaması nedeniyle ortaklık ana sözleşmesi ile de öngörülemez. Pay sahibi bakımından ortaklıkla rekabet yasağı öngörülmesinin tek yolu sözleşmesel rekabet yasağıdır.
- f. TTK m. 396 hükmü, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına aykırılık teşkil eden hallerde, ortaklığın fiili işletme konusunu esas almaktadır. Üye, ortaklığın fiilen uğraştığı işlerde, kendisinin veya başkasının hesabına ticari maksatla işlem yapması veya ortaklığın fiilen uğraştığı işlerle uğraşan bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılması yasak kapsamındadır. Dolayısıyla, TTK m. 396 hükmü, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağında, esasen rekabet ilişkisinin tesisini ve üyenin ortaklığın rakibi olmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Üye, ortaklıkla rekabet edici nitelikte olmayan ticari faaliyetlerde bulunmakta özgürdür; fakat bu faaliyetleri, yönetim kurulu üyeliğine özgü yükümlülüklerinin - özellikle özen ve sadakat yükümlülüklerinin - ihlali neticesini doğurmamalıdır.
- g. Kanaatimizce üyenin rakip bir ortaklığın çalışanı olması ya da rakip bir işletmeye veya ortaklığa danışmanlık hizmetini sunması hallerinde, üyenin üstlendiği hizmetin niteliği, süresi ve rakibe katkıları göz önünde bulundurularak, rekabet yasağının kapsamına girip girmediği değerlendirilmelidir. Üyenin, rakip bir ortaklığa kredi sağlamasında ise; üyenin ortaklığa ait bilgi ve kaynakları kullanarak değil; bizatihi kendi şahsi malvarlığından rakip bir ortaklığı finansal yönden desteklemesi nedeniyle rekabet yasağı kapsamında görülmemelidir. Ancak bu durumun, üyenin sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturup oluşturmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Son olarak, yönetim yetkisine sahip yöneticilerin ortaklığa ait bir iş fırsatını kendi kişisel menfaatleri için kullanmalarını yasaklayan ortaklık fırsatı doktrini, esasen rekabet yasağının bir alt kümesidir. Bu nedenle, yönetim kurulu üyesinin ortaklığa ait bir iş fırsatından kendi menfaatine yararlanması, rekabet yasağının ihlali anlamına gelmektedir.

- h. Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca tayin edilen kapsamı, genel kurul kararı ile veya ana sözleşmede düzenleme yapmak suretiyle daraltılabilecektir. Ancak kanaatimizce rekabet yasağının kapsamının genişletilmesi ancak üyenin rızası halinde mümkündür.
- i. Yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla rekabet yasağı TTK m. 396 f. 1 hükmü uyarınca genel kurulun izni ile ortadan kaldırılabilir. Kanaatimizce genel kurulun izin kararından rücu etmesi, ancak üyenin rekabet edici faaliyetlere başlamasından evvel mümkündür.
10. ..Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı, yönetim kurulu üyeliği görevi süresince. Kanımızca, ön ortaklık döneminde ortada henüz bir anonim ortaklık bulunmaması ve ilk yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın tescili ile birlikte yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanacakları dikkate alındığında, ön ortaklık döneminde TTK m. 396 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Yönetim kurulu üyesinin üyelik sıfatının sona ermesi ile, rekabet yasağı da son bulacaktır. Bizce, üyenin görevi sona erdikten sonra rekabet yasağının bir müddet daha devam edeceğinin kabulü de isabetli değildir. Zira, rekabet yasağı müessesesi, kişilerin ticari faaliyette bulunma özgürlüğünü ve rekabet hakkını kısıtlayan istisnai nitelikte bir müessesedir. Ortaklık, üyenin görev sıfatının sona ermesinden sonra da, üye hakkında rekabet yasağının geçerli olmasını arzu ediyorsa; üye ile bir rekabet yasağı sözleşmesi akdetmelidir. Anılan rekabet yasağı sözleşmesi genel geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Taraflar Borçlar Hukuku'na özgü sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, MK m. 23 f. 2 ile TBK m. 26 ve m. 27 f. 1 hükümlerine riayet etmek koşuluyla rekabet yasağı sözleşmesini diledikleri gibi akdedebilecektir. Bu durumda şayet yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında hizmet sözleşmesi mevcut değilse, kanaatimizce TBK m. 444 vd. hükümleri kıyasen dahi uygulama alanı bulmayacaktır.
11. ..Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, yasağın ihlalinin neticeleri TTK m. 396 f. 1 hükmünde düzenlenmiştir. TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmünde, ortaklık lehine birtakım haklar öngörülmektedir. Şöyle ki, talep haklarından ilki, ortaklığın rekabet yasağını ihlal eden üyeden zararını tazmin talebidir. İkincisi ortaklığın rekabet yasağına konu işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması ve üçüncüsü de üyenin üçüncü kişiler hesabına akdettiği sözleşmelerden doğan menfaatlerin ortaklığa ait olması talebidir.

12. ..Ortaklık tazminat talebinde, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal eden faaliyetini, bu faaliyet neticesinde ortaklığın zarara uğradığını ve söz konusu faaliyet ile ortaklığın zararı arasındaki illiyet bağıını ispatlaması gerekmektedir. Doktrinde tazminat talebinin, her ne kadar ortaklığın zararı ile sınırlı olmadığı görüşü ileri sürülse de; bizce ortaklığın zararını aşan bir tazminata hükmedilmesi mümkün olmamalıdır. Kanımızca, “ortaklığın zararı ile sınırlı olmama” görüşü, esasen TTK m. 396 f. 1 c. 2’de tazminat talebi yerine öngörülen diğer talep haklarında kendini göstermektedir. Zira tazminat haricindeki diğer talep haklarının ileri sürülmesinde, ortaklığın zararı değil; üyenin akdettiği işlem veya işlemde elde ettiği menfaat esas alınmaktadır.

13. ..İşlemin ortaklık adına yapılmış sayılması ve elde edilen menfaatlerin ortaklığa ait olması talep haklarının ortak özellikleri şu şekildedir:

- a. Talep haklarının dış bir etkisi bulunmamaktadır. Ortaklık bu talep haklarını ileri sürdüğünde, rekabet yasağına aykırı işlemdeki üyenin konumunu elde etmeyecek olup; talep haklarının etkisi, üye ile ortaklık arasındaki iç ilişkiye yöneliktir. Bu noktada, TTK m. 396 f. C. 2’de yer alan “ortaklık adına yapılmış sayılması” ifadesi, adeta rekabet yasağına konu işlemin tarafının değişerek, ortaklık olacağı izlenimine sebebiyet verdiğinden yanıltıcıdır. Bu nedenle, ifadenin “ortaklık hesabına yapılmış sayılması” şeklinde anlaşılması talep hakkının özüne ve amacına uygun düşecektir.
- b. Talep hakları, üyeye karşı ileri sürülecek olup, üyenin işlem yaptığı veya hesabına işlem gördüğü üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyecektir.
- c. Talep haklarının ileri sürülmesinde, ortaklığın zarar görmesi veyahut uğradığı zararı ispatlamasına ihtiyaç yoktur.

14. ..Ortaklık işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebi ile, rekabet yasağını ihlal eden üyeden, rekabet yasağına konu olan işlemin ekonomik sonuçlarını talep etmektedir. Alman doktrininde, talep hakkının kullanılması ile birlikte üye ile ortaklık arasında vekâlet benzeri bir ilişki kurulduğu kabul edilmektedir. Kanaatimizce, bu görüş Türk Hukuku bakımından da uygun görülebilir, ki doktrinimizde konuya ilişkin belirtilen görüşler de bu durumu hissettirmekte, ancak açıkça ortaya koymamaktadır. Bu nedenle bizce, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebinin ortaklık tarafından ileri sürülmesi ile birlikte, rekabet yasağına konu işlem hakkında, ortaklık ile üye arasında dolaylı temsil yetkisi içeren vekâlet benzeri bir ilişki doğmaktadır. Bu sebeple bundan böyle aradaki ilişkiye, işlemin

mahiyeti ve özü elverdikçe, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Ortaklığın bu talebi ileri sürmesi ile birlikte üye, rekabet yasağına konu işlemde adeta ortaklığın dolaylı temsilcisi gibi hareket ettiği varsayılarak, anılan işlemin sonuçlarını olduğu gibi ortaklığa aktarması gerekecektir. Ancak kanımızca, bu yaptırım şekli üye tarafından kendi hesabına gerçekleştirilen her işlem bakımından uygulanması mümkün bir yaptırım değildir. Evvela rekabet yasağına konu işlemin niteliğinin, bu talep hakkının ileri sürülmesine uygun olması gerekmektedir. Örneğin ifa aşaması tamamlanmış ve sözleşme ilişkisinin sona ermiş olması halinde, yaptırımın uygulanabilirliği sorunludur. Kanımızca bu yaptırım şeklinin, ancak uzun süreli ve sürekli edim içeren sözleşme ilişkilerinde uygulanabilmesi daha olasıdır. Ayrıca, rekabet yasağına konu işlemin bir bütün olarak devredilmemesi nedeniyle, üye işlemin tarafıdır ve bu nedenle sözleşmenin tarafı olmasına bağlanan hak ve yetkilerin gücü hâlâ kendisindedir. Yaptırımın uygulamasındaki sorunların yanı sıra, üyenin işlemi kendi hesabına yaptığı hallerde ortaklığın sadece işlemin ekonomik sonuçlarının aktarılmasını talep edebilmesi, her zaman ortaklık menfaatine sonuç doğurmayabilir. Aslında kanaatimizce burada, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin yaptırımı olan menfaatin devri yaptırımının öngörülmesi esasen çok daha uygun olacaktır. Zira ortaklık, üyenin gerçekleştirdiği işlemin ekonomik sonuçlarını bir bütün olarak değil de; çoğunlukla kendisine daha çok avantaj sağlayacak TBK m. 530 uyarınca işlemde elde ettiği menfaatlerin devrini talep edebilmelidir. Kanımızca, rekabet yasağına konu işlemin üyenin kendi hesabına gerçekleştirdiği haller bakımından ortaklığa bir seçim hakkı tanınmalıdır. Şöyle ki üyenin kendi hesabına gerçekleştirdiği işlemler bakımından ortaklık dilerse, işlemin kendi hesabına yapılmış sayılmasını; dilerse TBK m. 530 uyarınca üyenin işlemde elde ettiği menfaatin kendisine devredilmesini talep edebilmelidir.

15. ..Ortaklık elde edilen menfaatlerin ortaklığa ait olması talebi ile, rekabet yasağını ihlal eden üyeden, rekabet yasağına konu başkası hesabına yaptığı işlemlerden elde ettiği menfaatleri talep etmektedir. İşlemin ortaklık adına yapılmış sayılmasının talep edilmesinde işlemin tüm ekonomik sonuçlarının ortaklığa geçirilmesi söz konusu iken; burada saf olarak işlemin yarattığı menfaat, yani işlemin olumlu sonuçları ortaklığa aktarılmaktadır. Bu talep hakkı, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen TBK m. 530 hükmünün bir uygulama hali olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle kanaatimizce, menfaat kavramına TBK m. 530 anlamında her türlü malvarlıksal menfaat dahil edilerek, üyenin rekabet yasağına konu

işleminde toplamda elde ettiği brüt menfaatten, masraflarının düşülmesi neticesinde varılacak olan net menfaati ortaklığa devretmesi gerekecektir. Kanaatimizce yönetim kurulu üyesinin rakip bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılması yahut rakip bir ortaklığın yönetim organında yer alması halinde; ortaklık, üyeden elde ettiği menfaatin devredilmesini talep edebilecektir. Ancak bu noktada, üyenin söz konusu ortaklıktan elde ettiği menfaatin, rekabet edici faaliyetten kaynaklandığının tespiti ve tayini gerekmektedir. Nihayetinde, işlemin ortaklık adına yapılmış sayılması talebi ile elde edilen menfaatlerin ortaklığa ait olması taleplerini birlikte değerlendirdiğimizde TTK m. 396 f. 1 c. 2 hükmünün şu şekilde düzenlenmesinin uygun olacağı inancındayız: “Bu hükme aykırı harekette bulunan yönetim kurulu üyelerinden ortaklık tazminat isteyebilir. Ortaklık, tazminat yerine; üyenin kendi hesabına yaptığı işlemlerin ortaklık hesabına yapılmış sayılmasını veya üyenin kendisi veya başkası hesabına yaptığı işlemde elde ettiği faydaları TBK m. 530 hükmü uyarınca talep edebilir.”

16. ..TTK m. 396 f. 1 c. 2'deki ortaklığa bahsedilen talep hakları kümülatif olmayıp, seçimlik haklardır. TTK m. 396 f. 2 hükmü uyarınca, ortaklığa bahsedilen talep haklarından birinin seçilmesinde yetki, anılan hükmün birinci fıkrası uyarınca rekabet yasağını ihlal eden üyenin dışındaki yönetim kurulu üyelerine aittir. Kanımızca TTK m. 396 hükmü, talep hakkının seçiminde yetkili olarak açıkça yönetim organını oluşturan yönetim kurulu üyelerini işaret ettiğinden; seçim yetkisinin yönetim kurulunun görev ve yetki alanına dahil olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira, TTK m. 396 hükmündeki yaptırımlara ilişkin düzenlemeler, esasen yönetim kurulu üyeleri ekseninde inşa edilmiştir. Bu nedenle seçim hakkının kullanılmasının genel kurula bırakılmaması gerekmektedir. Zira, ortaklığın işleyişini, finansal ve mali verilerini en iyi şekilde bilen yönetim kurulu üyeleridir. Genel kurulu oluşturan pay sahipleri ise, ortaklığın finansal ve mali durumundan yılda bir gerçekleşen olağan genel kurul toplantısı vasıtasıyla bilgi sahibi olan bir konumdadır. Dolayısıyla bizce, sahip olduğu bilgiler ve konumu dikkate alınca bir pay sahibinden seçim hakkın kullanılması beklenmemelidir. Kanaatimizce tüm yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını ihlal etmeleri ve tek kişilik yönetim kurulunda tek üyenin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde de, seçim yetkisinin genel kurula ait olmaması gerekmektedir. Bu tür varsayımlarda yetki, ya pay sahibinin mahkemeye başvurarak aldığı izinle toplanacak genel kurul toplantısında seçilecek yeni yönetim kurulu üyeleri tarafından ya da pay sahibinin seçim hakkını

kullanmaya yönelik olarak mahkeme kanalıyla tayin ettirdiği bir temsil kayyımı tarafından kullanılacaktır.

17. ..Tek kişilik yönetim kurulu üyesi aynı zamanda ortaklığın tek pay sahibi olduğu hallerde ise, yönetim kurulu üyesine genel kurul tarafından otomatik olarak izin verdiğinin kabulü mümkün değildir. Zira, tek pay sahibi TTK m. 436 f. 1 hükmü uyarınca, yönetim kurulu üyesine izin verilmesine ilişkin kararda oy hakkından yoksundur. Dolayısıyla bizce de, tek kişilik anonim ortaklıklarda, tek pay sahibi aynı zamanda tek yönetim kurulu üyesi ise, TTK m. 396 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.
18. ..Ortaklığın seçim hakkını kullanması, doktrinde yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir. Ortaklığın seçim hakkının kullanılmasına ilişkin yenilik doğurucu beyanı, rekabet yasağını ihlal eden üyeye varmasıyla sonuçlarını doğuracaktır. TTK m. 396 f. 1 hükmünde seçimlik hakların kullanımı bakımından ortaklığın “dava edebileceği” şeklinde öngörülmektedir. Kanaatimizce, kanun koyucunun “dava edilebileceği” yönündeki tercihi bir ihmal ürünü olarak kabul edilmelidir. Netice itibariyle, ortaklığın seçim hakkını kullanması bir yenilik doğuran hak niteliğindedir ve bu nedenle de ortaklık tarafından yenilik doğurucu bir beyan ile de kullanılabilirdir.
19. ..TTK m. 396 f. 3 hükmünde öngörülen süreler, ortaklığın seçimlik talep haklarının kullanılmasına yönelik olup; zamanaşımına uğrayan yalnızca “ortaklığın seçimlik haklarını kullanma yetkisi”dir. Ancak bu durumda kanun koyucu yenilik doğuran bir hak olan ortaklığın seçim hakkını kullanmasını, niteliği gereği hak düşürücü süreye tabi olması gerekirken; zamanaşımı süresine tabi tutması bizce isabetsiz bir tercihte bulunmuştur. Burada *de lege feranda* niteliği itibariyle bir hak düşürücü sürenin tercih edilmesinin hakkın özüne ve hükmün amacına daha uygun düşecektir.
20. ..TTK m. 396 f. 3 hükmünde çifte zamanaşımı kabul edilmiştir. Bunlardan kısa olan üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıcı, üye tarafından rekabet yasağının ihlal edildiğinin öğrenildiği ana bağlanmıştır. Öğrenme, rekabet yasağının ihlali halinde ortaklığa bahsedilen talep haklarının ileri sürülmesine temel olacak olgulara ilişkin olmalıdır. Öğrenme, rekabet yasağına aykırı faaliyetin tüm ayrıntılarını kapsamak zorunda olmayıp; ortaklığa bahsedilen seçim haklarından hangisinin seçilerek, üyeye karşı ileri sürüleceğine dair karar verebilmelerini sağlayacak nitelikte olması yeterlidir. Bu da, en azından rekabet edici faaliyetin şekli ve

kapsamı, ortaklık için ortaya çıkan dezavantajlar ve riskler ile üyeye sağlanan avantajlar hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirmektedir. Kısa süreli zamanaşımı sürelerinin başlangıcı bakımından TTK m. 396 f. 3 hükmü ile TTK m. 560 hükmünü karşılaştırdığımızda, kısa süreli (iki yıllık) zamanaşımı süresinin başlangıcı TTK m. 560 hükmünde zarar ve sorumlunun öğrenilmesi esasına dayanırken; TTK m. 396 f. 3 hükmü, rekabet yasağının ihlal edildiğinin öğrenilmesini esas almaktadır. Bizce, TTK m. 396 f. 3 hükmü uyarınca üç aylık sürenin başlangıcının diğer üyelerin, üyenin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrenmesi esasına bağlanması isabetsizdir. Zira ilkin, TTK m. 396 hükmünde düzenlenen yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi esasen başlı başına bir sorumluluk halidir. İkinci olarak, hukuk sistemimizde örneğin haksız fiillerde ve haksız rekabette kısa süreli zamanaşımı süresinin tayininde zarar ve failin öğrenilmesi esas alınmaktadır. Ayrıca, diğer üyelerin sadece üyenin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrenmelerinden itibaren zamanaşımı süresinin başlaması halinde; diğer üyeler, üyenin rekabet yasağını ihlal ettiği olgusunu öğrenebilir ancak henüz zararı veya yasağı ihlal eden üyenin rekabet yasağına konu işlemin ekonomik sonuçlarını yahut elde ettiği menfaati öğrenmemiş olabilir. Bu nedenlerle bizce, gerek sorumluluk sistemimize aykırılık oluşturulacak bir neden bulunmaması gerek hükmün özü itibarıyla, TTK m. 396 f. 3 hükmündeki üç aylık sürenin başlangıç anı öğrenmenin kapsamına, zararın veya üyenin yaptığı işlemin ekonomik sonucunun veya işlemde elde ettiği menfaatin varlığını dahil etmenin uygun olacağını düşünmekteyiz.

21. ..Ortaklık, rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı, TTK m. 396 hükmünde bahsi geçmeyen başka talepler de ileri sürebilir. Bu kapsamda ortaklık, rekabet yasağını rakip bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılmak yahut rakip bir ortaklığın yönetim organında yer almak suretiyle rekabet yasağını ihlal eden üyeden, katıldığı ortaklıktan yahut yönetim organından çekilmesini talep edebilir. Üyeyi yönetim kurulu üyeliğinde azledebilir ve bu bir haklı nedendir. Ortaklık, devam etmekte olan rekabet yasağının ihlali için sona erdirme davası; henüz gerçekleşmemiş ama gerçekleşme tehlikesi bulunan ihlaller bakımından önleme davası ikame edebilecektir. Ancak bu davaların neticesinde mahkemece alınan karar yapmama borçlarına ilişkin ilamların icrasına dair düzenlemeler doğrultusunda icra edilecektir. Hukukumuzda borçlunun yapmama edimine mahkûm olduğu hallerde, söz konusu edimin yerine getirilmesi ancak borçlunun tazyik hapis cezasıyla

sağlanmaktadır. Dolayısıyla, üyenin rekabet yasağını ihlalinin devam ettiği hallerde, ortaklık tarafından söz konusu ihlalin sona erdirilmesine yönelik olarak üye aleyhine dava açılabilmeyle birlikte; mahkeme tarafından verilecek ilamın icrasının ancak üye aleyhine tazyik hapis cezası ile sağlanması ve bu nedenle icra bakımından yaşanacak sıkıntılar göz önüne alındığında, kanımızca uygulamada ortaklık yönünden pek de faydalı gözükmemektedir.

22. ..Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını öngören TTK m. 396 hükmünün dördüncü fıkrasında, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümlerin saklı olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu bu düzenleme ETK zamanında mevcut olmayan, TTK sistemi ile öngörülmüş bir hükümdür. Maalesef ki hükmün gerekçesinde söz konusu bu yeniliğe ilişkin hiçbir izahat yer almamaktadır. Bizce, TTK m. 396 f. 4 hükmündeki düzenlemeyi TTK m. 396 f. 3 kapsamında öngörülen zamanaşımı süreleri bağlamında ele almak gerekmektedir. Şöyle ki TTK m. 396 f. 3'te yer alan zamanaşımı süresi, seçimlik haklardan birinin seçilmesine ilişkindir. Ortaklık söz konusu süre içinde seçimlik hakkını kullanırsa; talep haklarına ilişkin zamanaşımı süresi TTK m. 560 hükmü uyarınca tayin edilecektir. Ortaklık söz konusu süre içinde seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde ise, diğer bir ifadeyle TTK m. 396 f. 3'teki sürelerin dolması halinde, TTK m. 396 f. 4 hükmü gereğince ortaklık sadece tazminat talep edebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akbıyık Arkan, Azra: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, 1. Baskı, İstanbul, Alfa Basım Yayın, 1999
- Akdağ Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016
- Akdağ Güney, Necla: “6552 sayılı Torba Kanun ile TTK md. 371’e Eklenen Yedinci Fıkra ile İlişkin Değerlendirmeler”, Halil Arslanlı Bilim Arşivi, 2014, www.arslanlibilimarsivi.com, s. 1 – 25 [Akdağ Güney, TTK md. 371]
- Akın, Murat Yusuf : Şirketler Hukukunda ve Özellikle A. Ş. lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul, Mart Matbaacılık, 2002
- Akıpek, Seda: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı”, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı (Rona Aybay’a Armağan), 2014, s. 283-317
- Alışkan, Murat: “İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 18, S: 2, 2012, s. 207 – 220
- Alpagut, Gülsevil: “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, C: 8, S: 31, 2011, s. 913 - 959
- Altay, Sabah: “Türk Borçlar Kanununun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 14, S: 3, 2008, s. 171 - 207 [Altay Sabah, İşçi ile İşveren]
- Altay, Sıtkı Anlam: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin İş Mahsullerinden Yararlanma Suretiyle Haksız Rekabete İlişkin İçtihadının

Değerlendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C: 1 Özel Hukuk, S: 1, İstanbul, 2004, s. 723 - 741

Altay, Sıtkı Anlam:

Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011 [Altay, Yetki Devri]

Altay, Sıtkı Anlam:

“Yönetim Kurulunun Seçiminin Finansal Tabloların Müzakeresiyle İlişkisi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, 2019, s. 477 – 506 [Altay, Finansal Tablolar]

Altay, Sıtkı Anlam:

Paysahibi Olmayan Kamu Tüzel Kişisini Temsil Eden Yönetim Kurulu Üyesinin Azlinde Yetki Sorunu, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 1 – 27 [Altay, Kamu Tüzel Kişisinin Temsili]

Altay, Sıtkı Anlam:

“Anonim Ortaklıklarda Gözetim Yükümlülüğünün Sınırlarının ve Ölçütlerinin Belirlenmesine Yönelik Düşünceler”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 3 – 20. [Altay, Gözetim Yükümlülüğü]

Altay, Sıtkı Anlam:

Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009 [Altay, Anonim Ortaklıklar]

Altay, Sıtkı Anlam:

“Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Doğrudan Sorumluluk Dolayısıyla Sorumluluk Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 71 - 99 [Altay, Sorumluluk]

Ansay, Tuğrul :

Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982

- Apaydın, Eylem: “Common Law’da Trust Kavramı ve Civil Law’da Trust Alanında Güncel Gelişmeler”, Legal Hukuk Dergisi, C: 14, S: 160, 2016, s. 1791 – 1838
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015
- Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş Yirmi Altıncı Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2020
- Arkan, Sabih: “Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2005, s. 3 - 12 [Arkan, Haksız Rekabet]
- Arkan, Sabih: “Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları”, Batider, C: 21, S: 2, 2001, s. 15 – 24 [Arkan, Adi Şirket]
- Arslan Ertürk, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010
- Arslanlı, Halil: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960
- Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler, II - III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960 [Arslanlı, Anonim Şirketler]
- Arslanlı, Halil: Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960 [Arslanlı, Kollektif - Komandit]
- Arslan, İbrahim: Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya, Mimoza Yayınları, 1994

- Aslan, Yılmaz: Rekabet Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2017
- Aşçıoğlu Öz, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000
- Aşık, Pınar: “Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK m. 396)”, Ankara Barosu Dergisi, S: 4, 2017, s. 164 - 202
- Ayan, Özge: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013
- Aydın, Sema / Kaplan, Hasan Ali: “Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 18, S: 3 - 4, 2014, s. 165 - 203
- Aydoğan, Fatih: Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005
- Aydoğan, Fatih: Tek Kişi Ortaklığı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012 [Aydoğan, Tek Kişi]
- Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019
- Ayoğlu, Tolga: “Bağlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları”, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 46 - 52
- Ayoğlu, Tolga: Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018 [Ayoğlu, Tahkim]
- Aytaç, Zühtü: Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982

- Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2017
- Baker & McKenzie: Stämpfli Handkommentar, GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772 - 827 OR), Bern, Stämpfli Verlag AG, 2008 [SHK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]
- Barlas, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016
- Baş Süzel, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme - Menfaat Devri Yaptırımı - , İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015
- Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J.: Beck'sche Kurz Kommentare, Handelsgesetzbuch, 40., neuarbeitete Aufl., München: C. H. Beck, 2021 [Baumbach / Hopt Komm. - Bölüm Yazarı, § (..) HGB, N. (..)]
- Becker Hermann: Berner Kommentar, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1962 [BK – Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]
- Begg, David / Fischer, Stanley / Dornbusch, Rudiger: İktisat, Çev: Vildan Serin, 8. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2010
- Bilge, Necip: Hukuk Başlangıcı, Güncellenmiş Gözden Geçirilmiş 36. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019
- Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, Dora Basım Yayın, 2013

- Birsel, Mahmut T.: “Anonim Şirketlerde Tali Yüküm”, Batider, C: 8, S: 3, 1976, s. 41 - 50
- Blanc, Olivier: “Das statutarische Konkurrenzverbot der GmbH-Gesellschafter - statuten-, quorums- und handelsregisterspezifische Aspekte”, Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht, 1 / 2013, s. 12 – 30
- Bozer, Ali / Göle, Celal: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018
- Böckli, Peter: “Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und Statutarische Vorkaufsrechte Unter Neuem Aktienrecht”, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 129 / 1993, Bern, Stämpfli Verlag AG, s. 475 - 506
- Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, Vierte, vollständig neu überarbeitete Aufl., Zürich - Basel – Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2009 [Böckli, Aktienrecht]
- Bürki, F. Wolfhart: “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunu Etkileyen Düşüncelerin Gelecekteki Önemi”, Çev: Ömer Teoman, Batider, C: 6, S: 3, 1972, s. 577-585
- Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005
- Buz, Vedat: “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK. m. 60 Üzerine Düşünceler”, Batider, C: 29, S: 2, 2013, s. 19 – 57 [Buz, Farklı Hukuki Sebepler]
- Can, Ozan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı

- Anlaşması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011
- Can, Ozan: “Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi”, Rekabet Dergisi, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, S: 32, 2007, s. 3 - 42 [Can, Rekabet Yasağı]
- Cotti, Lukas: Das vertragliche Konkurrenzverbot Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken, Universitätsverlag Freiburg, 2001
- Çamoğlu, Ersin: “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı”, İktisat ve Maliye Dergisi, C: 16, S: 9, 1969, s. 357 - 360
- Çamoğlu, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 [Çamoğlu, Sorumluluk]
- Çamoğlu, Ersin: “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 36, S: 1 – 4, s. 323 – 348 [Çamoğlu, İbra]
- Çamoğlu, Ersin: “Azınlığın Bilanço Ertelemesi Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt I, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s. 287 – 295 [Çamoğlu, Erteleme]
- Çamoğlu, Ersin: Kollektif Ortaklığın Haklı Sebepler Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008 [Çamoğlu, Haklı Sebep]
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2017

Çevik, Nuri Orhan:

Anonim Şirketler, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1988

Çoştan, Hülya:

“Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği”, Batider, C: 29 , S: 1, 2013, s.117 - 137

Deliduman, Seyithan / Oruç, Yakup:

“Ticari Davalar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 18, S: 2, 2012, s. 99 - 109

Develi, Emine:

Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016

Develioğlu, H. Murat:

“Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tabi Olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt: 2, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 787 - 821

Dinler, Zeynel:

İktisada Giriş, Gözden Geçirilmiş 11. Basım, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2005

Dobler, Simone:

Der lauterkeitsrechtliche Schutz von Produktausstattungen, Bern, Stämpfli Verlag, 2015

Doğan, Beşir Fatih:

Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011

Doğan, Beşir Fatih:

“Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 18, S: 2, 2012, s. 609 - 640 [Doğan, Devredilemez Yetkiler]

Doğan, Sevil:

İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırrının Korunması, Genişletilmiş 2. Baskı,

- Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019
[Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı]
- Domaniç, Hayri: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları, 1988
- Domaniç, Hayri: Adi - Kollektif ve Komandit Şirketler, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları, 1988 [Domaniç, Adi – Kollektif]
- Domaniç, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, Temel Yayınları, 1988 [Domaniç, Anonim Şirketler]
- Drescher, Ingo / Fleischer, Holger / Schmidt, Karsten Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., München, C. H. Beck, 2021 [Müko - Bölüm Yazarı, § (..) HGB, N. (..)]
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C: II, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2013
- Eminoğlu Cafer: Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014
- Erdem, Ercüment: "Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar", Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s. 69 - 110
- Erdem, Ercüment: "Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt: 1, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, s. 377 - 398 [Erdem, Rekabet Hukuku]
- Erdem, Ercüment: "Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar", Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s. 1 - 36

- Erdem Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010 [Erdem Mehmet, Zamanaşımı]
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020 [Eren, Özel Hükümler]
- Eren, Fikret: “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 1-2, 2008, s. 103 - 126
- Eriş, Gönen: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1995
- Ertan, Emre: İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012.
- Ertaş, Elif Melis: Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018
- Ertaş, Kudret: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1982 [Ertaş Kudret, Sadakat Borcu]
- Even, Sevin: “Anonim Şirketlerde Hissedarlara Müteallik Rekabet Yasağı ve Sır Saklama Mükellefiyeti”, Batider, C: 2, S: 2, 1963, s. 253-263
- Feuz, Christoph: Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH, Zürich, Dike Verlag AG, 2017
- Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi: “Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller”, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, s. 407 - 443
- Fischer, A. Damian: Interessenskonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht, Ein Beitrag zur dogmatischen Erfassung eines

- omnipräsenten Governance-Problems, Zürich, Dike Verlag AG, 2019
- Fischer, A. Damgan: “Rechtsfragen rund um die Freigabe von Geschäftschancen”, Aktuelle Juristische Praxis, 2016, s. 933 - 945 [Fischer, Aktuelle Juristische Praxis]
- Fleischer, Holger: “Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre”, NZG, 2003 s. 985 – 992 [Fleischer, NZG, 2003]
- Fleischer, Holger: “Die Geschäftschancenlehre im Recht der BGB-Gesellschaft Von der corporate opportunities zur partnership opportunities doctrine”, NZG, 2013, s. 361 – 367 [Fleischer, NZG, 2013]
- Fleischer, Holger: “Legal Transplants in European Company Law”, European Company and Financial Law Review, C: 2, S: 3, 2005, s. 378 – 397
- Fleischer, Holger: Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Aufl., München, C. H. Beck, 2006 [Vorstandsrechts – Bölüm Yazarı]
- Fleischer, Holger / Goette, Wulf: Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, 3. Aufl., München, C. H. Beck, 2018 [Müko - Bölüm Yazarı, § (..) GmbH, N. (..)]
- Forstmoser, Peter / Küchler, Marcel: Aktionärbindungsverträge Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2015
- Forstmoser, Peter / Meier-Hayoz, Arthur /
- Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1996
- Franko, Nisim: “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, Batider, C: 13, S: 1, 1985, s. 21 - 65
- Furrer Andreas / Schnyder Anton K.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht -

Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183
OR, 3. Aufl., Zürich - Basel – Genf,
Schulthess Juristische Medien AG,
2016 [CHK - Bölüm Yazarı, Art. (..)
OR, N. (..)]

Gauch, Peter:

Zürcher Kommentar, Die
Geschäftsführung ohne Auftrag, Art.
419-424 OR Kommentar zum
Schweizerischen Zivilgesetzbuch,
Obligationenrecht, Kommentar zur 1.
und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR),
Dritte, völlig neu bearbeitete Aufl.,
Zürich, Schulthess Polygraphischer
Verlag AG, 1993 [ZK - Bölüm Yazarı,
Art. (..) OR, N. (..)]

Gauch, Peter / Aepli, Viktor / Stöckli, Hubert:

Präjudizienbuch OR Die
Rechtsprechung des Bundesgerichts
(1875-2015), Neunte, nachgeführte
und erweiterte Auflage, Zürich - Basel
– Genf, Schulthess Juristische Medien
AG, 2016 [Präjudizienbuch - Bölüm
yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]

Ganz, Eliane E.:

“Der Gründervertrag”,
Schweizerische Zeitschrift für
Wirtschafts- und Finanzmarktrecht,
2017, s. 436 - 441

Goette, Wulf / Habersack, Mathias

/ Kalss, Susanne :

Münchener Kommentar zum
Aktiengesetz, 5. Aufl., München, C.
H. Beck, 2019 [Müko - Bölüm Yazarı,
§ (..) AktG, N. (..)]

Göksoy, Yaşar Can:

“Ortaklıklar Hukukunda Rekabet
Yasaklarının Kapsamı”, Dokuz Eylül
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
C: 9, Özel Sayı, 2007, s. 633 - 681

Göksoy, Yaşar Can:

“6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret
Kanunu’na Göre Acentenin Sözleşme
Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması”,
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi, C: 12, Özel Sayı,
2010, s. 895 – 943 [Göksoy, Acente]

- Gözler, Kemal: “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 15 - 119
- Gözübüyük, Şeref A.: Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 40. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020
- Grigoleit Christoph Hans: Aktiengesetz Kommentar, 2. Aufl., München: C. H. Beck, 2020 [Grigoleit Komm. - Bölüm Yazarı, § (..) AktG, N. (..)]
- Gümüş, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- Gümüş, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012 [Gümüş, Cilt II]
- Gümüş, Alper: Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2001 [Gümüş, Özen Borcu]
- Günaydın Burcu: Anonim Şirkette Zorunlu Organ Eksikliğine Dayanan Fesih Davası, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012
- Gürkaynak, Gönenç: Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk” ve “İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003
- Güven, Şirin: Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012
- Güven, Şirin: 6102 Sayılı TTK’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 18, Özel Sayı, 2012, s. 175 – 188 [Güven, Haksız Rekabet]

- Güven, Pelin: Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008 [Güven Pelin, Rekabet Hukuku]
- Hacımahmutoğlu, Sibel: The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı mı?, Batider, C: 30, S: 4, 2014
- Hamilton, Stephen W. : “Corporate Opportunity -Tennessee Dressed Beef Co. v. Hall - The Strict-Trust Rationale” Journal of Corporation Law, C: 2, S: 3, 1977, s. 558 - 568
- Handschin, Lukas: Zürcher Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530 - 551 OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Vierte, völlig neu bearbeitete Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2009 [ZK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]
- Handschin, Lukas: Zürcher Kommentar, Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Art. 552 - 619 OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Vierte, völlig neu bearbeitete Aufl., Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2009 [ZK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]
- Handschin, Lukas: Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3., neu bearbeitete Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2018 [ZK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]
- Handschin, Lukas / Truniger, Christof: Die GmbH, 3., vollständig neu bearbeitete Aufl., Zürich - Basel – Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2019
- Hauschka Christoph E. / Moosmayer Klaus

/ Lösler Thomas:

Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München, C. H. Beck, 2016

Hausheer, Heinz:

Berner Kommentar, Der einfache Auftrag, Art. 394 - 406 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 1992 [BK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]

Hausheer, Heinz:

Berner Kommentar, Kommentar zu Art. 27 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die natürlichen Personen, Dritte, völlig neu bearbeitete Aufl. des von Prof Dr. Ernst Hafter begründeten Kommentars zum Personenrecht, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1993 [BK - Bölüm Yazarı, N. (..)]

Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter:

Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530 - 544 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2006 [BK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]

Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter:

Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2014, [BK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]

Hausheer, Heinz / Jaun, Manuel:

Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2003 [SHK – Hausheer / Jaun, Art. (..) ZGB, N. (..)]

Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter:

Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Bern, Stämpfli Verlag

- AG, 2012 [BK – Bölüm Yazarı, Art. (..) ZGB, N. (..)]
- Heeb, David: Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340-340c OR, 1. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2016
- Heermann, Peter W. / Schlingloff, Jochen: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl., München, C. H. Beck, 2020 [MükoUWG - Bölüm Yazarı, ilgili bölüm başlığı veya § (..) UWG, N. (..)]
- Heizmann, Reto / Loacker, Leander D.: UWG Kommentar - Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich, Dike Verlag, 2018 [Heizmann / Loacker Komm. - Bölüm Yazarı, Art. (..) UWG, N. (..)]
- Helvacı, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2001
- Helvacı, Mehmet / Çamurcu, Emin / Türkyılmaz, İsmail: "Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan , On İki Levha Yayınları, 2017, s. 309-330
- Helvacı, Mehmet / Cankat Rifat: "Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı", Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 521 - 552
- Henssler, Martin / Strohn, Lutz : Beck'sche Kurz Kommentare Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München, C. H. Beck, 2019 [Henssler / Strohn Komm. - Bölüm Yazarı, § (..) AktG, N. (..)]
- Hirte Heribert / Mülbert Peter O. / Roth Markus: Aktiengesetz Großkommentar, 5., neu bearbeitete Aufl., Berlin -München – Boston, De Gruyter, 2015 [Großkomm – Bölüm Yazarı, § (..) AktG, N. (..)]
- Homburger, Eric: Zürcher Kommentar, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5.

Teil: Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1997 [Homburger, Art. (..) OR, N. (..)]

Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter

/ Watter, Rolf:

Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art.530-1186 OR, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008 [BSK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]

Honsell, Heinrich / Mayer-Maly, Theo:

Rechtswissenschaft, Die Grundlagen des Rechts, 7. überarbeitete und ergänzte Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2017

Hölters, Wolfgang:

Aktiengesetz Kommentar, 3. Aufl., München, C. H. Beck, 2017 [Hölters Komm. – Bölüm Yazarı, § (..) AktG, N. (..)]

Huguenin, Claire / Müller-Chen, Markus

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, 3. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien, 2016 [CHK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]

Hüffer, Uwe / Koch, Jens:

Beck'sche Kurz Kommentare, Aktiengesetz, 14. Aufl., München: C. H. Beck, 2020 [Hüffer / Koch Komm. - Bölüm Yazarı, § (..) AktG, N. (..)]

Işıқтаç, Yasemin:

Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş 3. Baskıdan Tıpkı 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020

Işıқтаç, Yasemin:

“Hukukun Hukuka Aykırılığa Yol Açması Olgusu”, Hukuk Yazıları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 37 – 49 [Işıқтаç, Hukukun]

- Işıқтаç, Yasemin / Metin, Sevtap: Hukuk Metodolojisi, 4. Baskı'dan 7. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020
- İnan, Nurkut: "Rekabet Hukukunun diğer Disiplinlerle İlişkisi", Perşembe Konferansları, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 1999, s. 3 - 30
- İmregün, Oğuz: Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, Ankara, Yasa Yayıncılık, 1989 [İmregün, Kollektif]
- İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, İstanbul, Yasa Yayınları, 1989 [İmregün, Anonim Ortaklıklar]
- İmregün, Oğuz: "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatının Kazanılması ve Ortaklık Sözleşmesi ile Bu Konuda Getirilebilecek Düzenlemeler", Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt:1, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 171 - 185
- İzmirli, Yadigar: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, 2001
- Joost, Detlev / Strohn, Lutz: Handelsgesetzbuch: HGB, Boujong Karlheinz / Ebenroth Carsten Thomas (Begründer), 4. Aufl., München, C. H. Beck, 2020 [Joost / Strohn Komm. – Bölüm Yazarı, § (..) HGB, N. (..)]
- Jung, Peter / Spitz, Philippe: Stämpfli Handkommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2016, [SHK - Bölüm Yazarı, Art. (..) UWG, N. (..)]
- Kale, Serdar: Haksız Rekabet Hukuku'nda Eski Hale Getirme Davası (Tecavüzün Ref'i Davası, TTK m. 58 / I - c), 1.

- Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004
- Kalpsüz, Turgut: “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları”, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 347 - 385
- Kaplan, Ahmet Emre: Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017
- Karakılıç, Hasan: Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019
- Karakılıç, Hasan: Piyasa Ekonomisi Açısından Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, Batider, C: 32, S: 3, 2016, s. 107 – 154 [Karakılıç, Haksız Rekabet]
- Karakılıç, Hasan: Sermaye Şirketlerinde Rekabet Yasağından Muafiyet ve Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu, Legal Hukuk Dergisi, C: 18, S: 216, 2020, s. 5483 - 5502 [Karakılıç, Örtülü Kazanç]
- Karasu, Rauf: “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, Rekabet Dergisi, S: 20, 2004, s. 21 - 36
- Karasu, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015 [Karasu, Emredici Hükümler]
- Karasu, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, Batider, C: 23, S: 2, 2005, s. 74-114 [Karasu, Bilgi Alma Hakkı]
- Karasu, Rauf: “Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, Batider, C: 22, S: 3, 2004, s. 142 - 174 [Karasu, Limited Şirketler]

- Karasu, Rauf: Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme İle Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı, Batider, C: 22, S: 4, 2004, s. 79 – 98 [Karasu, Ayrılan Ortak]
- Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1968
- Karayalçın, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1975 [Karayalçın, Özel Hukuk]
- Karayalçın, Yaşar: “İngiliz Hukukunda “Trust” Kavramı ve Avrupa Hukuku”, Ali Bozer’e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1998, s. 651 – 687 [Karayalçın, Trust]
- Kayar, İsmail / Çeliktaş, İlyas: “Limited Şirkette Müdür-Ortakların Rekabet Yasağı”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s. 309 - 319
- Kayıhan, Şaban: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim, Birinci Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2011
- Kendigelen, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016
- Kenneth, B. Davis Jr.: "Corporate Opportunity and Comparative Advantage," Iowa Law Review, C: 84, S: 2, 1999, s. 211 - 274
- Kervankıran, Emrullah: “Ön Şirket ve Hukuki Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 18, S: 2, 2012, s. 175 - 188
- Keskin, Ali Cenk: Uluslararası Rekabet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016

- Kırca, İsmail: Ticari Mümessil, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1996
- Kırca, İsmail: “Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, Batider C: 28 S: 2 , 2012, s. 51-59 [Kırca, Tüzel Kişiler]
- Kırca, İsmail: “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Takdir Yetkisi-Özen Borcu”, Batider, C: 22 S: 3, 2004, s. 85 - 96 [Kırca, Özen Borcu]
- Kırca, İsmail: “TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme: AB'ye Üyelik Yolunda Geri Adım”, Batider, C: 30, S: 3, 2014, s. 21 - 37 [Kırca, TTK m. 371.7]
- Kırca, İsmail: “İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı” Batider, C: 23, S: 3, 2006, s. 33 – 54 [Kırca, İbra]
- Kırca, İsmail / Şehirali Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013
- Kissling, Mischa: Der Mehrfachverwaltungsrat, Die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer- und Sozialversicherungsrechts, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2006
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası'dan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017
- Korkut, Ömer: “Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması”,

- Çukurova Üniversitesi İİBF Dergisi,
C: 11, S: 2, 2007, s. 1 – 9
- Kovacic, William E.,
“Intellectual Property and Competition Policy”, New York University Annual Survey of American Law, C: 66, S: 1, 2010, s. 421 - 434
- Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim /
Feddersen, Jörn / Alexander, Christian:
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 39. neu bearbeitete Aufl., München, C. H. Beck, 2021 [KBF Komm. - Bölüm Yazarı, § (..) UWG, N. (..)]
- Krämer, Hans-Jörg:
Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft im Rahmen der Organhaftung in Abgrenzung zum Gesellschaftsinteresse und unter Berücksichtigung US-amerikanischer Rechtsprechung und Literatur, Tenea, 2002
- Kren Kostkiewicz, Jolanta / Wolf, Stephan /
Amstutz, Marc / Fankhauser, Roland:
Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. überarbeitete Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016 [OFK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]
- Krneta, Georg:
“Der Rechtsanwalt als Verwaltungsrat”, Schweizerische Juristen-Zeitung, 97/2001, s. 289 - 296
- Kunz, Peter V.:
Wirtschaftsrecht, 1. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2019
- Kurtulan Güner, Gökçe:
Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020
- Küçükgüngör, Erkan:
“Anglo-Amerikan Hukukunda Trust Kavramı, Trust’ın Tarihi Gelişimi ve Roma Hukuku’na Dayanan Kıta Avrupası Hukuku Bakımından

- Değerlendirilmesi”, Batider, C: 23, S: 2, 2005, s. 5 – 28
- Küçükgüngör, M. Aslı: Kurumsal Yönetim İlkeleri Bakımından Halka Açık Anonim Şirketlerde İcrada Görevli Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018 [Küçükgüngör Aslı, Kurumsal Yönetim]
- Leuering, Dieter / Rubner, Daniel: “Das Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers”, NJW - Spezial, S: 23, 2020, s. 719 - 720
- Lieder, Jan: “The Duty of Loyalty of Management Board Members” Journal of Commercial and Intellectual Property Law, S: 1, 2016, s. 41 -50.
- Lutter, Marcus: “Theorie der Mitgliedschaft”, Archiv für die civilistische Praxis, C: 180, S: 1/2, 1980, s. 84 – 159
- Lutter, Marcus: “Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme” , Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, C: 162, S: 2, 1998, s. 164 - 185
- Manav, Eda: “İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 2, S: 4, 2011, s. 101 - 134
- Meier-Hayoz, Arthur: Berner Kommentar, Kreditbrief und Kreditauftrag, Maklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1964 [BK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]
- Memiş, Tekin / Şimşek, Bahar: “Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerine Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 787 - 822
- Memiş, Tekin / Turan, Gökçen: Sermaye Piyasası Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2020

- Mimaroğlu, Sait Kemal: Ticaret Hukuku Birinci Cilt İşletme Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978
- Mimaroğlu, Sait Kemal: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967 [Mimaroğlu, Anonim Şirketler]
- Moroğlu, Erdoğan: Oy Sözleşmeleri, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015
- Moroğlu, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pysahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pysahiplerine Karşı Korunması”, Batider, C: 17, S: 3, 1994, s. 47 - 55
- Moroğlu, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması”, Batider, C: 21, S: 2, 2001, s. 5 – 14 [Moroğlu, İbra]
- Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020 [Moroğlu, Hükümsüzlük]
- Mustaki, Guy: “Obligations Et Responsabilité Des Organes Dirigeants Découlant Des Normes De Corporate Governance”, La Semaine judiciaire – doctrine, 2006/5, s. 189 – 235
- Mustaki, Guy / Urban, Luca: “Prévention Et Gestion Des Conflits D'intérêts Des Administrateurs”, La Semaine judiciaire - doctrine, 2014/5, s. 109 - 172
- Müller, Roland: Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2005
- Müller, Roland / Lipp, Lorenz / Plüss, Adrian: Der Verwaltungsrat Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2014

- Müller, Roland / Zünd, David: “Die Durchsetzung von Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht”, Aktuelle Juristische Praxis, 2012, s. 1781 - 1792
- Neeracher, Christoph: Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern, Stämpfli Verlag, 2001
- Nervig, James E. : “Corporate Opportunity -Miller v. Miller-Proper Application of the Fairness Doctrine in the Corporate Opportunity Area”, Journal of Corporation Law, C: 2, S: 2, 1977, s. 405 - 420
- Nomer, N. Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2020 [Nomer Haluk, Borçlar Hukuku]
- Nomer, N. Füsün: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1999 [Nomer, Sadakat Yükümlülüğü]
- Nomer Ertan, N. Füsün: Haksız Rekabet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016 [Nomer Ertan, Haksız Rekabet]
- Nussbaumer, Annemarie /
- Von der Crone, Hans Caspar: “Verhältnis zwischen gesellschafts- und schuldrechtlicher Verpflichtung. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003 i.S. Anstalt X. (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen Streitgenossenschaft Y. AG in Konkurs (Klägerin und Berufungsbeklagte)”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich, Schulthess Juristisch Verlag, 2004, s. 138-146
- Odman Boztosun, N. Ayşe: Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013

- Oetker, Hartmut: Handelsgesetzbuch Kommentar, 7. Aufl., München, C. H. Beck, 2021 [Oetker Komm. - Bölüm Yazarı, § (..) HGB, N. (..)]
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020 [Oğuzman / Öz, Cilt-1]
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021 [Oğuzman / Öz, Cilt-2]
- Ohly, Ansgar / Sosnitza, Olaf: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Kommentar, 7. Aufl., München, C. H. Beck, 2016 [Ohly / Sosnitza, ilgili bölüm başlığı veya § (..) UWG, N. (..)]
- Okutan Nillson, Gül: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Sözleşmeleri, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004
- Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat: Hazırlayan: Ferit Devellioğlu, 16. Baskı, Ankara, Aydın Kitabevi, 1999
- Öçal, Akar: “Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C: 17, S: 2, 1981, s. 431 - 438
- Öçal, Akar: “Rekabet Yasağına İlişkin Bazı Yeni Fransız Mahkeme Kararları”, Batider, C: 11, S: 4, 1982 s. 77 – 86 (Öçal, Fransız Mahkeme Kararları)
- Özdemir, Erdem: “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 54, S: 3, 2005, s. 95 - 120
- Özel, Çağlar / Özdemir, Semih Sırrı: “Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler”, Dokuz Eylül

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, Özel Sayı, 2017, s. 189 - 206
- Özkorkut, Korkut: Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2007
- Öztan, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 45. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020
- Öztan, Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970 [Öztan, Organ Kavramı]
- Paslı, Ali: Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004
- Pellanda, Katja Roth: "Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten", Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2012, s. 72 - 82
- Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine / Taş Korkmaz, Hülya: Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017
- Popofsky, Jodi L.: "Corporate Opportunity and Corporate Competition: A Double-Barreled Theory of Fiduciary Liability", Hofstra Law Review, C: 10, S: 4, 1982, s. 1193-1228
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021 [Bölüm Yazarı (Diğer Yazar / Diğer Yazarlar), Ortaklıklar I]
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, İstanbul,

Vedat Kitapçılık, 2019 [Bölüm Yazarı
(Diğer Yazar / Diğer Yazarlar),
Ortaklıklar II]

Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal /

Çamoğlu, Ersin:

Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku,
Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul,
Vedat Kitapçılık, 2010 [Bölüm Yazarı
(Diğer Yazar / Diğer Yazarlar), 2010]

Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi:

Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş
ve Güncelleştirilmiş 18. Baskı,
İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019

Pulaşlı, Hasan:

Şirketler Hukuku Genel Esaslar,
Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4.
Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016

Pulaşlı, Hasan:

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının
Değerlendirilmesi ve Eleştirilen
Hükümler, Yeditepe Hukuk Fakültesi
Dergisi, C: 2, S: 1, 2005, s. 429 – 448
[Pulaşlı, Tasarı]

Plüss, Adrian:

Die Rechtsstellung des
Verwaltungsratsmitgliedes, Diss.
Zürich, 1990

Räber, Joe:

Das nachvertragliche
Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag -
de lege lata und de lege ferenda,
Zürich, Schulthess Juristische Medien
AG, 2020

Rebell, Christian:

Lauterkeitsrechtliche
Verantwortlichkeit im Konzern,
Zürich / St. Gallen, Dike Verlag, 2015

Rusch, Konrad:

Gewinnhaftung bei Verletzung von
Treuepflichten, Tübingen, Mohr
Siebeck, 2003

Ruggli, Monika / Vischer, Markus:

Konkurrenzverbote in
Unternehmenskaufverträgen,
Schweizerische Juristen Zeitung,
102/2006, s. 294 - 302

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland /

- Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München, C. H. Beck, 2020 [Müko - Bölüm Yazarı, § (..) BGB, N. (..)]
- Schmid, Jörg: Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361 - 362 OR, 4. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien Yayınevi, 2014 [ZK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]
- Schmidt, Karsten / Ebke, Werner F.: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., München, C. H. Beck, 2016 [Müko - Bölüm Yazarı, § (..) HGB, N. (..)]
- Schraner, Marius: Zürcher Kommentar, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 3. Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2000
- Schütz, Jürg G.: Stämpfli Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530 - 619 OR), 1. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2015 [SHK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]
- Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017
- Sevig, Vasfi Reşit: “Hukuk Mukayesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1, 1947, s. 168 - 261
- Seyidoğlu, Halil: Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, 2. Baskı, İstanbul, Güzem Can Yayınları: 16, 1999
- Sezgin, Ayşegül: “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, Doç. Dr.

Mehmet Somer'in Anısına Armağan,
İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s. 365 -
381

Slaughter, James C.:

"The Corporate Opportunity
Doctrine" Southwestern Law Journal,
C: 18, S: 1, 1964, s. 96 - 116

Sommer, Christa:

Die Treuepflicht des Verwaltungsrats
gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Zürich /
St. Gallen, Dike Verlag, 2010

Heermann, W. Peter / Schlingloff, Jochen:

Münchener Kommentar zum
Lauterkeitsrecht, 3. Aufl., München,
C. H. Beck, 2020 [MükoUWG - ilgili
bölüm başlığı veya § (..) UWG, N. (..)]

Soyer, Polat:

Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md.
348-352), Ankara, Dokuz Eylül
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner
Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994

Spindler, Gerald / Stilz, Eberhard:

Kommentar zum Aktiengesetz: AktG,
4. Aufl., München, C. H. Beck, 2019
[Spindler / Stilz Komm. - Bölüm
Yazarı, § (..) AktG, N. (..)]

Streiff, Ullin / von Kaenel, Adrian

/Rudolph, Roger:

Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu
Art. 319-362 OR, 7., vollständig
überarbeitete und stark erweiterte
Aufl., Zürich, Schulthess Juristische
Medien AG, 2012

Stucki, Marius Jan:

Vorteilsherausgabe nach vorsätzlichen
Vertragsverletzungen im nationalen
und internationalen Recht, Diss., Bern,
2018

Süzek, Sarper:

İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı,
İstanbul, Beta Yayınları, 2015

Süzek, Sarper:

"Yeni Türk Borçlar Kanunu
Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme
Borcu", İstanbul Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Mecmuası, C: 72, S: 2, 2014,
457 - 467 [Süzek, Rekabet]

- Şener, Oruç Hami: Adi Ortaklık, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008
- Şener, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2017 [Şener, Limited Ortaklık]
- Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019 [Şener, Ortaklıklar]
- Şener, Oruç Hami: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015 [Şener, Ticari Temsilci]
- Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 1989 yılı 4. Tıpkı Basım'dan 5. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010
- Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1961 [Tandoğan, Mesuliyet]
- Tandoğan, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957 [Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme]
- Tandoğan, Haluk: Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk – İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1963 [Tandoğan, Üçüncü Şahıs]
- Tarhanlı, Ceren: Türk ve Alman Hukukunda Ön-Anonim Şirket, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013
- Tekil, Fahiman: Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Tekil Yayıncılık, 1996
- Tekil, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Tekil Yayıncılık, 1993 [Tekil, Anonim Şirketler]
- Tekinalp, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının

Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012

Tekinalp, Ünal:

Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020 [Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları]

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet /

Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993

Teoman, Ömer:

“Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi 25.01.1972 Gün, E. 1971/4843 K. 1972/ 356)”, Batider, C: 7, S: 4, 1974, s. 940 - 974

Teoman, Ömer:

Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1983 [Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk]

Teoman, Ömer:

“Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı”, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt: 1, Hukuki Mütalâalar, Kitap: 7 1995 – 1996, İstanbul, Beta Yayınları, 1997 [Teoman, Rekabet Yasağı]

Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal /

Develioğlu, H. Murat:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020

Thüsing Gregor:

“Nachorganschaftliche Wettbewerbsverbote bei Vorständen und Geschäftsführern Ein Rundgang durch die neuere Rechtsprechung und Literatur”, NZG, 2004, s. 9 - 15

- Tuna Uysal, Büşra: İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019
- Tuncay, A. Can: “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı II. Cilt, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 1043 - 1085
- Türkkan, Erdal: Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?, İlk Baskı, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2009
- Uşan, M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003
- Üçışık, H. Güzin / Çelik, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt:1, 1. Baskı, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2013
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019
- Ünal, Akın: Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017
- Watter, Rolf / Dubs, Dieter: “Der Déchargebeschluss”, Aktuelle Juristische Praxis, 2001, s. 908 - 923
- Weber, Rolf H. / Volz, Stephanie: Wettbewerbsrecht - Fachhandbuch, Expertenwissen für die Praxis, Schulthess Juristische Medien, Zürich - Basel - Genf, 2013
- Weitnauer, Wolfgang / Grob, Verena: “Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote”, GWR, S: 9, 2014, s. 185 – 192
- Wibmer, Jeannette K.: Orell Füssli Kommentar, Aktienrecht Kommentar, 1. Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016 [OFK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]

- Wohlmann, Herbert: Die Treupflicht des Aktionärs, Diss. Zürich, 1968
- Würsch, Daniel: Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft, Seine rechtliche Stellung sowie Massnahmen zur Verhinderung einer Schädigung von Gesellschaft und Mitaktionären, Diss. Zürich 1989
- Veziroğlu, Cem: Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021
- Vischer, Markus M.: “«Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR”, Aktuelle Juristische Praxis, 2016, s. 1485-1495
- Vito, Roberto / Hans, Rudolf Trüeb: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG, 3. Aufl., Zürich - Basel – Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, [CHK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]
- Vito, Roberto / Hans, Rudolf Trüeb: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR - VegüV, 3. Aufl., Zürich - Basel – Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2016 [CHK - Bölüm Yazarı, Art. (..) OR, N. (..)]
- Von der Crone, Hans Caspar: “Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2006/1, s. 2 - 19
- Von Planta, Flurin: Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Diss. Zürich, 1988

Yağcıoğlu, Muharrem Kaan:

Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018

Yanlı, Veliye:

“İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda "İşbölümü İlkesi" Ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 55, S: 3, s. 261 – 278

Yanlı, Veliye / Nilsson Okutan, Gül:

“Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini”, Batider, C. 30, S. 4, 2014, s. 5 - 42

Yasaman, Hamdi:

“Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı”, Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 13 - 76

Yasaman, Hamdi:

“6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Haksız Rekabet İle İlgili Getirdiği Yenilikler”, Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 77 – 91 (Yasaman, Yenilikler)

Yasan, Mustafa:

“Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı (TTK m. 335)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, Özel Sayı, 2005

Yavuz, Cevdet:

Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014

Yıldırım, Ali Haydar:

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu, İzmir, Güncel Yayınevi, 2008

Yıldız, Şükrü:

Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Arıkan Basım Yayın, 2007

Yılmaz, Ulusoy:

Mukayeseli Şahıs Şirketleri, Ankara, 1977

Yongalık, Aynur:

“İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 60, S: 1, 2011

Yusufoğlu, Fülürya:

“Haksız Rekabetin Oluşmasının Şartlarından Biri Olarak Haksız Rekabet Oluşturan Fiilin Türkiye’de Sonuç Doğurması”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 83 - 113

Yusufoğlu, Fülürya:

“Eleştiri Hakkı Işığında Rakip Olmayanların Beyanlarının Haksız Rekabet Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 832 – 862 [Yusufoğlu, Eleştiri Hakkı]

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre:

Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Burcu Günaydın Gültekin
Tez Başlığı : Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Rekabet Yasağı
Savunma Tarihi : 10 / 02 / 2022
Danışman : Prof. Dr. S. Anlam Altay

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

1-Prof. Dr. S. Anlam Altay

2-Prof. Dr. İ. Hamdi Yasaman

3-Prof. Dr. N. Füsün Nomer Ertan

4-Prof. Dr. H. Murat Develioğlu

5-Doç. Dr. Fülürya Yusufoglu Bilgin

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

Enstitü Müdürü