DİLARA AKINCI

ŞİRKETLER HUKUKU DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE
YAPISAL DEĞİŞİKLİKLERDE REKABET YASAĞI

BİLKENT ÜNİVERSİTESİ 2022

ŞİRKETLER HUKUKU DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE YAPISAL DEĞİŞİKLİKLERDE REKABET YASAĞI

Yüksek Lisans Tezi

DİLARA AKINCI

Hukuk Bölümü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ankara
Aralık 2022

Dedem Nazif Ceylandağ'a

ŞİRKETLER HUKUKU DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE YAPISAL DEĞİŞİKLİKLERDE REKABET YASAĞI

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

DİLARA AKINCI

Özel Hukuk Disiplininde Yüksek Lisans Derecesi
Kazanma Yükümlülüklerinin Bir Parçasıdır.

HUKUK BÖLÜMÜ
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ
ANKARA

Aralık 2022

ABSTRACT

PROHIBITION OF COMPETITION IN STRUCTURAL CHANGES WITHIN THE FRAMEWORK OF COMPANY LAW REGULATIONS

Akıncı, Dilara

LL.M., Department of Law

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Aslı Elif Gürbüz Usluel

December, 2022

The non-competition concept, based on article 167 of the Constitution, has also been subject to the provisions of the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102 and thus has taken its place in company law. With the non-competition regulations, which protect the interests of the company and, therefore, other stakeholders who have a legal relationship with the company, the legislator aimed that managers or partners avoid works and transactions that will harm the company. In this context, in our study, firstly, the purpose of the prohibition of competition (*ratio legis*) and its differences with other concepts were revealed. The regulations in the TCC were examined separately in terms of company types. Although there are differences for each type of company in terms of the implementation of the prohibition, it is seen that the regulations regarding the prohibition of competition are based on certain principles. Accordingly, since the prohibition of competition is not mandatory, it is possible to remove it or change its scope. Again, it is possible to regulate the prohibition with a contract to be concluded between the parties.

Since the narrow interpretation of the prohibition is essential, excessive restriction of the freedom of work and contracting regulated in article 48 of the Constitution will not

be legally valid. Likewise, prohibitions regulated by contract are subject to the limits of freedom of contract. Although the prohibition primarily ensures that companies can carry out their day-to-day operations, it also exists in structural change transactions. In this context, in our study, how the scope of the prohibition will change during the structural change processes is revealed within various possibilities. Finally, since it is essential to protect the interests of the companies in the structural change processes, the effect of the prohibition of competition on the company's interest in this process has been examined in the context of merger and acquisition, division, and conversion transactions.

Keywords: Statutory Competition Prohibition, Contractual Competition Prohibition, Mergers and Acquisitions, Division,Conversion of Corporate Form

ÖZET

ŞİRKETLER HUKUKU DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE YAPISAL DEĞİŞİKLİKLERDE REKABET YASAĞI

Akıncı, Dilara

Yüksek Lisans, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Aslı Elif Gürbüz Usluel

Aralık, 2022

Temelini Anayasa'nın 167.maddesinden alan rekabet yasağı kurumu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümlerine de konu olmuş ve böylelikle şirketler hukukunda yerini almıştır. Şirket menfaatinin ve dolayısıyla şirket ile hukuki ilişki içerisinde bulunan diğer menfaat sahiplerinin korunmasına hizmet eden rekabet yasağı düzenlemeleri ile kanun koyucu, yönetici veya ortakların şirketi zarara uğratacak iş ve işlemlerden kaçınmasını amaçlamaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda ilk olarak rekabet yasağının getiriliş amacı (*ratio legis*) ve diğer kavramlar ile olan farkları ortaya konmuş daha sonra TTK'daki düzenlemeler şirket türleri bakımından ayrı şekilde incelenmiştir. Her ne kadar yasağın uygulanışı bakımından her şirket türüne ilişkin farklılıklar bulunsa da rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin belirli ilkeler üzerine temellendirildiği görülmektedir. Buna göre rekabet yasağı, emredici nitelikte olmadığından, yasağın kaldırılmasına veya kapsamının değiştirilmesine imkân tanınmıştır. Yine yasağın taraflar arasında akdedilecek bir sözleşme ile düzenlenmesi mümkündür. Ancak yasağın dar yorumlanması esas olduğundan, anayasa madde 48'de düzenlenen çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünün gereğinden fazla sınırlandırılmasını hukuk düzeni himaye etmemektedir. Aynı şekilde sözleşme yoluyla

düzenlenen yasaklar sözleşme özgürlüğü sınırlarına tâbidir. Her ne kadar yasak asıl olarak şirketlerin gündelik işlemlerini yürütmesini güvence altına alıyorsa da yapısal değişiklik işlemlerinde de varlığını sürdürmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda yapısal değişiklik süreçlerinde yasağın kapsamının ne şekilde değişeceği çeşitli ihtimaller dahilinde ortaya konmaktadır. Nihayetinde yapısal değişiklik süreçlerinde de şirketlerin menfaatinin korunması önem arz ettiğinden, rekabet yasağının bu süreçte şirket menfaatine olan etkisi, birleşme devralma, bölünme ve tür değiştirme işlemleri bağlamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kanundan Doğan Rekabet Yasağı, Sözleşmesel Rekabet Yasağı, Birleşme Devralmalar, Bölünme, Tür Değiştirme

TEŞEKKÜR

Tez yazım sürecimde zorlandığım, endişe duyduğum dönemlerde yanımda olan desteğini esirgemeyen, bana zaman ayıran pek çok kişi oldu. Öncelikle lisans eğitimim sırasında bana Ticaret Hukuku'nu sevdiren ve bende bu alanda çalışma isteği uyandıran, yüksek lisansta ise tez danışmanım olmayı kabul eden, bu süreçte her soruma sabırla cevap veren, yol gösteren Bilkent Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'nın kıymetli üyesi sayın Doç. Dr. Aslı Elif Gürbüz USLUEL'e sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Tez savunma jürisinde yer almayı kabul ederek yorumlarıyla tezimi geliştirmeme yardımcı olan sayın Doç. Dr. Hamdi PINAR ile yine kısa sürede tezimi titizlikle incelemiş ve önerilerde bulunmuş sayın Dr. Semih Sırrı ÖZDEMİR'e teşekkürlerimi sunarım.

Son olarak her kararımda yanımda olan başta annem Ebru CEYLANDAĞ ve babam Arif AKINCI olmak üzere aileme, tez sürecimde her endişelendiğimde bana güç veren Burak Utku ŞAHİN'e ve bana gerçek arkadaşlığın ne demek olduğunu öğreten, hayatımda oldukları için kendimi şanslı hissettiğim arkadaşlarıma yalnızca zor zamanlarda yanımda oldukları için değil, başarılarımı benimle paylaşabildikleri için de çok teşekkür ederim.

İÇINDEKILER

ABSTRACT ..... **I**

ÖZET ..... **III**

KISALTMALAR ..... **XII**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK REKABET YASAĞI **4**

I. REKABET KAVRAMI **4**

II. REKABET YASAĞI: TANIMI VE BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ **6**

A. Tanımı **6**

B. Rekabet Yasağı-Haksız Rekabet İlişkisi **7**

C. Rekabet Yasağı- Rekabet Hukuku İlişkisi **12**

III. REKABET YASAĞI TÜRLERİ **13**

A. Kanundan Doğan Rekabet Yasağı **13**

B. Sözleşmesel Rekabet Yasağı **14**
1. Rekabet Yasağının Ortaklık Sözleşmesinde Düzenlenmesi 14
2. Rekabet Yasağının Genel Bir Sözleşmede Düzenlenmesi 15

IV. ŞİRKETLER HUKUKUNDA REKABET YASAĞININ DÜZENLENME AMACI (RATIO LEGIS) VE KAYNAĞI **17**

A. Genel Olarak **17**

B. Sadakat Yükümlülüğü, Menfaatlerin Çatışması ve Ortaklık Fırsatı Doktrini **19**
1. Sadakat Yükümlülüğü 19
2. Menfaatlerin Çatışması 23
3. Ortaklık Fırsatı Doktrini 24

C. Affectio Societatis Unsuru 32

D. Çalışmayı Şirkete Tahsis Etme Borcu 34

İKİNCİ BÖLÜM: ŞİRKETLER HUKUKUNDA REKABET YASAĞI 38

I. GENEL OLARAK 38

II. ADİ ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI 39

A. Adi Şirketlerde Rekabet Yasağının Düzenlenişi 39
1. Genel Olarak 39
2. Yasağın Kişi Bakımından Kapsamı 41
3. Yasağın Zaman Bakımından Kapsamı 41
4. Yasağın İhlali Niteliğindeki Faaliyetler 42
5. Yasağın İhlali Halinde Uygulanacak Yaptırımlar 45
6. Yaptırımların Uygulanmasında Zamanaşımı 48

III. KOLLEKTİF ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI 49

A. Kollektif Şirketlerde Rekabet Yasağının Kaynağı 49

B. Yasağın Kişi Bakımından Kapsamı 50

C. Rekabet Yasağı Kapsamındaki Davranışlar 51
1. Şirketin Yaptığı Ticari İşler Türünden Bir İşin Yapılması 51
   a. İşin Fiilen Yapılan Bir İş Olması 51
      aa. Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Yasağın Kapsamına Olan Etkisine Dair Değerlendirmemiz 52
      bb. Tasfiye Aşamasında Rekabet Yasağının Kapsamı 55
   b. İşin Ticari Bir İş Olması 55
   c. Yapılan İşin Ortak Tarafından Kendisi veya Başkası Hesabına Yapılmış Olması 56
   d. Ortağın Rekabet Yasağına Aykırı İş Yapma Hazırlığı İçinde Olması 57
2. Aynı Tür Ticari İşlerle Uğraşan Bir Şirkete Sınırsız Sorumlu Ortak Olma 59
3. Rekabet Teşkil Eden Davranışlara Onay Verilmesi 60

D. Yasağın Yer ve Zaman Bakımından Kapsamı 63
1. Yasağın Yer Bakımından Kapsamı 63
2. Yasağın Zaman Bakımından Kapsamı 64

E. Yasağın İhlali Halinde Uygulanacak Yaptırımlar 67
1. Genel Olarak 67
2. Tazminat Talebi 69
3. Yapılan İşlerin Şirket Adına Yapılmış Sayılması 70
4. Üçüncü Kişilerin Hesabına Yapılan İşlerden Doğan Menfaatlerin Şirkete Bırakılması 71
5. Yaptırımların Uygulanmasında Usul 71

F. Zamanaşımı 73

IV. ADİ KOMANDİT ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI 74

A. Komandite Ortaklar Bakımından Rekabet Yasağı 74

B. Komanditer Ortaklar Bakımından TTK m. 311 Hükmünün Değerlendirilmesi 75

V. ANONİM ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI..... 80

A. Genel Olarak..... 80

B. Yasağın Kişi Bakımından Kapsamı..... 80
1. Yönetim Kurulu ve Müdürler..... 80
2. Pay Sahiplerine Yönelik Tartışmalar ve Değerlendirmemiz 87
   a. Pay Sahiplerinin Sadakat Yükümlülüğü ve İleri Sürülen Görüşler 87
   b. Değerlendirmemiz..... 91
   c. Rekabet Yasağı Açısından Varılan Sonuç 93
3. Rekabet Yasağının Pay Sahipleri Sözleşmesi ile Düzenlenmesi 95
   a. Genel Olarak Pay Sahipleri Sözleşmesi 95
   b. Rekabet Yasağının Pay Sahipleri Sözleşmesiyle Düzenlenmesi 99

C. Yasak Kapsamındaki Fiil ve Davranışlar 106
1. Şirketin İşletme Konusuna Giren Ticari İş Türünden Bir İşlemin Yapılması 106
   a. Şirketin Fiilen Uğraştığı Bir İşin Yapılması 106
   b. İşin Ticari Bir İş Olması..... 107
   c. Yönetim Kurulu Üyesinin İşi Kendisinin veya Başkasının Hesabına Yapması..... 108
2. Aynı Tür Ticari İşlerle Uğraşan Bir Şirkete Sorumluluğu Sınırsız Ortak Olma 108

D. Yasağın Kapsamında Olup Olmadığı Tartışmalı Olan Durumlar..... 109
1. Aynı Tür Ticari İşlerle Uğraşan Bir Şirkette Yönetici Olunması 109
2. Yeni Kurulmakta Olan Bir Anonim Şirketin Esas Sözleşmesinde YK üyeleri Arasında Sayılmak 113
3. Yönetim Kurulu Üyesinin Başka Bir Ortaklık Kurması 114

E. Rekabet Yasağına Aykırı Davranışa Genel Kurul Tarafından Onay Verilmesi 119

F. Rekabet Yasağına Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırımlar..... 123
1. Genel Olarak 124
2. Tazminat Talebi 125
3. Yapılan İşlemin Şirket Adına Yapılmış Sayılması 126
4. Menfaatlerin Şirkete Ait Olduğunun Dava Edilmesi 126

G. Yaptırımların Uygulanmasında Usul 127

H. Zamanaşımı 130

I. Sorumlulukla İlgili Hükümlerin Saklı Tutulması 132

VI. LİMİTED ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI 135

A. Genel Olarak 135

B. Yasağın Kişi Bakımından Kapsamı 135
1. Müdürler 135
2. Müdür Olmayan Ortaklar 137

C. Yasağın Zaman Bakımından Kapsamı 142
1. Genel Olarak Yasağın Süresi 142
2. Kuruluşta Rekabet Yasağı 144

D. Yasağın İçeriğinin Sınırlandırılmamış Olması 145

E. Rekabet Yasağını İhlal Eden Davranışlar 148
1. Genel Olarak 149
2. Şirketin Fiilen Uğraştığı Ticari İş Türünden Bir İşin Yapılması 149
3. Başka Ortaklıklara Sınırsız Sorumlu Ortak Olarak Girilmesi 150

F. Rekabete Onay Verilmesi 151
1. Müdürler Bakımından Rekabete Onay Verilmesi 151
   a. Onayın Şirket Sözleşmesinde Verilmesi 151
   b. Tüm Ortakların Yazılı Olarak Onay Vermesi 152
   c. Onayın Genel Kurul Kararıyla Verilmesi 155
   d. Onayın Zımnen Verilmesi 158
2. Ortaklar Bakımından Rekabete Onay Verilmesi 158

G. Yasağın İhlali Halinde Uygulanacak Yaptırımlar 159

H. Zamanaşımı 162

VII. PAYLI KOMANDİT ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI 163

VIII. KOOPERATİFLERDE REKABET YASAĞI 165

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: YAPISAL DEĞİŞİKLİKLERDE REKABET YASAĞI 167

I. ŞİRKET BİRLEŞMERİNDE REKABET YASAĞI 167

A. Genel Olarak Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi 167
1. Birleşme Kavramı 167
2. Geçerli Birleşmeler 168
3. Şirket Birleşmelerinin Özellikleri 168

B. Halka Açık Anonim Şirketlerin Birleşmesi 170

C. Rekabet Hukukunda Birleşme Devralma Sayılan Haller 173
1. Birleşme, Devralma ve Ortak Girişimler 173
a. İzne Tâbi Birleşme ve Devralmalar 178
b. Yan Sınırlama olarak "Rekabet Etmeme Yükümlülüğü" 179

D. TTK Uyarınca Birleşme ve Devralmalarda Rekabet Yasağının İncelenmesi 181
1. Kollektif Şirketin Taraf Olduğu Birleşmelerde Rekabet Yasağı 181
a. Kollektif Şirketin Anonim Şirket Tarafından Devralınması Halinde Rekabet Yasağı 181
aa. Sadakat Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağının Devamlılığı 182
bb. Birleşme Nedeniyle Pay Sahipleri Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Düzenlenmesi 183
cc. Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşmasının Akıbeti 187
dd. Devrolunan Kollektif Şirket Ortaklarının Devralan Anonim Şirkette YK Üyesi Seçilmeleri Halinde Rekabet Yasağı 187
b. Kollektif Şirketin Başka Bir Kollektif Şirketle Birleşmesi Halinde Rekabet Yasağı 192
c. Kollektif Şirketin Limited Şirket Tarafından Devralınması Halinde Rekabet Yasağı 198
d. Kollektif Şirketin Adi Komandit Şirketle Birleşmesi Halinde Rekabet Yasağı 202
2. Adi Komandit Şirketin Devrolunan Olduğu Birleşmelerde Rekabet Yasağı 206
a. Adi Komandit Şirketin Anonim Şirket Tarafından Devralınması Halinde Rekabet Yasağı 207
b. Adi Komandit Şirketin Limited Şirket Tarafından Devralınması Halinde Rekabet Yasağı 208
c. Adi Komandit Şirketin Başka Bir Adi Komandit Şirket İle Birleşmesinde Rekabet Yasağı 211
3. Anonim Şirketin, Devralınması veya Başka Bir Anonim Şirket İle Birleşmesi Halinde Rekabet Yasağı 211
a. Anonim Şirketin Devralınması 211
b. Anonim Şirket Bileşmelerinde Rekabet Yasağı 214
4. Anonim Şirketin Limited Şirket ile Birleşmesinde Rekabet Yasağı 221
a. Devrolunan Tarafın Anonim Şirket Olması Halinde Rekabet Yasağı 221
b. Devrolunan Şirketin Limited Şirket Olması Halinde Rekabet Yasağı 225
5. Limited Şirketin Başka Bir Limited Şirketle Birleşmesi Halinde Rekabet Yasağı 228

II. ŞİRKET BÖLÜNMELERİNDE REKABET YASAĞI 231

A. Genel Olarak Şirketlerin Bölünmesi 231
1. Bölünmenin Tanımı 231
2. Geçerli Bölünmeler 232
3. Bölünme Türleri 233
a. Tam Bölünme/Kısmi Bölünme 233
aa. Tam Bölünme 233
bb. Kısmi Bölünme 233

b. Oranların Korunduğu (Simetrik)/ Korunmadığı (Asimetrik) Bölünme ... 234
c. Devralma/Yeni Kuruluş Suretiyle Bölünme ... 235

B. Şirket Bölünmelerinde Rekabet Yasağının İncelenmesi ... 236

III. TÜR DEĞİŞTİRMELERDE REKABET YASAĞI ... 243

A. Tür Değiştirme Kavramı ve Geçerli Tür Değiştirmeler ... 243

B. Tür Değiştirme Çeşitleri ... 246
1. Şekil Değiştirici Tür Değiştirme ... 246
2. Devredici Tür Değiştirme ... 246
3. Kollektif ve Komandit Şirketlerin Tür Değiştirmelerine İlişkin Özel Düzenleme ... 247
4. Tür Değiştirmede Rekabet Yasağının Durumu ... 248
a. Sermaye Ortaklığının Başka Bir Sermaye Ortaklığına Dönüşmesi Halinde Rekabet Yasağı ... 248
b. Tür Değiştirme Neticesinde Bir Kooperatifin Ortaya Çıkması ve Rekabet Yasağı ... 252
c. Bir Şahıs Şirketinin Sermaye Şirketine Dönüşmesi Halinde Rekabet Yasağı ... 253
d. Bir Şahıs Şirketinin Başka Bir Şahıs Şirketine Dönüşmesi Halinde Rekabet Yasağı ... 257

SONUÇ ... 257

KAYNAKÇA ... 265

KISALTMALAR

AB	**:** Avrupa Birliği
AktG	**:** Aktiengesetz
Alm. POK.	**:** Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Art.	**:** Article
ATM	**:** Asliye Ticaret Mahkemesi
AÜHFD	**:** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	**:** Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
b.	**:** Bent
BBT	**:** II-23.2 Sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği
Bkz./bkz.	**:** Bakınız
C.	**:** Cilt
c.	**:** cümle
dn.	**:** Dipnot
E.	**:** Esas
EBK	**:** 818 sayılı Borçlar Kanunu
EİTİAD	**:** Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
ETK	**:** 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
f.	**:** Fıkra
Gerekçe	**:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu genel Gerekçesi ile madde gerekçeleri
GK	**:** Genel Kurul
HD.	**:** Hukuk Dairesi
HGB	**:** Handelgesetzbuch
HGK	**:** Hukuk Genel Kurulu

İsv. BK : İsviçre Borçlar Kanunu

K. : Karar

KoopK :1163 Sayılı Kooperatif Kanunu

NEÜHFD : Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Nr. : Nummer

para. :Paragraf

RG : Resmi Gazete

RKHK : 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

S. : Sayı

s. : Sayfa

SerPK : 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

SPK : Sermaye Piyasası Kurulu

T. : Tarih

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

TSY : Ticaret Sicil Yönetmeliği

UWG : Unlauteren Wettbewerb

Yarg. :Yargıtay

YK : Yönetim Kurulu

v. : Versus

vb. : Ve benzeri

GİRİŞ

İnsanın olduğu her alanda kendini gösteren "rekabet" ekonomik hayatın da bir parçası haline gelmiştir. Ekonomik düzenin işlerliği ancak hukuk kuralları ile mümkün olmaktadır. İşte bu nedenle rekabet kavramı, yalnızca ekonominin değil hukukun da konusuna girmektedir. Öyle ki serbest piyasa ekonomisinde mal, hizmet ve fiyat çeşitliliğinin sağlanması amacıyla rekabetin teşvik edilmesi gerekmektedir. Bu da ancak hukuk kuralları ile mümkün olabilmektedir. Rekabet hukuku, bu amaçla mal ve hizmet piyasalarında rekabetin korunması amacına yönelik düzenlemeler içermektedir. Etkin bir piyasa için rekabetin teşvik edilmesi ne kadar gerekliyse haksız rekabetin önlenmesi de bir o kadar önemlidir. İşte bu nedenle hukuk düzeni, bir yandan rekabeti teşvik ederken bir yandan da haksız rekabeti dışlamaktadır (TTK m. 54-55). Böylelikle piyasanın önemli aktörleri olan şirketler, bir yandan piyasadaki etkin rekabete katılırken bir yandan piyasadan gelebilecek tehditlere karşı piyasanın kendisi ile korunmaktadır. Ancak hukuk düzeni, şirketleri yalnızca dışarıdan gelecek risklere karşı değil; içeriden gelebilecek risklere karşı da koruma altına almıştır. İşte rekabet yasağı hükümleri de şirketlerin; şirket ortakları veya yöneticileri tarafından zarara uğratılmasını önlemek amacıyla öngörülmüş olup menfaatler dengesinin korunmasına hizmet etmektedir. Nihayetinde ortaklar ve/veya yöneticiler şirketlerin iş stratejileri, müşteri çevreleri, üretim bilgileri, reklam, tanıtım pazarlama bilgileri, ticaret sırları gibi konulara hâkim olduklarından bu bilgileri kendileri veya başkalarının menfaatine kullanmak suretiyle ortağı veya yönetici oldukları şirketleri zarara uğratabilmektedir. TTK'da her şirket türü için ayrı şekilde düzenlenmiş olan rekabet yasağı hükümleri ile işte bu tehlike bertaraf edilmeye ve şirketin malvarlığı güvence altına alınmaya

çalışılmıştır. Bu nedenle rekabet yasağı hükümlerinin şirket menfaatinin korunmasına hizmet ettiği ifade edilebilir.

Piyasada çokça rastlanan ve ekonomi ile hukukun iç içe geçtiği bir diğer alan da yapısal değişikliklerdir. Öyle ki gerek birleşme ve bölünmede gerekse tür değiştirmede şirketleri söz konusu değişikliklere iten etkenler büyük çoğunlukla ekonomiktir. Söz konusu değişikliklerin gerçekleştirilebilmesi için hukuk düzeninin çeşitli kurallar öngörmesi kaçınılmazdır. Bu doğrultuda Türk kanun koyucusu, TTK m. 134 ilâ m. 194 arasında yapısal değişikliklere ilişkin genel hükümleri düzenlemiştir. İlgili hükümlerde şirket ile ortaklar, yöneticiler ve diğer menfaat sahipleri arasındaki menfaat dengesi korunmaya çalışılmıştır. Ancak bu süreçte şirketlerin ortaklık yapıları ve malvarlıkları önemli değişikliklere uğramaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar yapısal değişiklikler ayrıca düzenlenmişse de TTK'da düzenlenen her kurum, yapısal değişiklikten etkilenmektedir. İşte çalışmamızda menfaat dengelerinin, ortaklık yapılarının değiştiği yapısal değişikliklerde rekabet yasağının ne şekilde uygulanacağı ortaya konmaya çalışılmıştır. Öyle ki yapısal değişiklik süreçlerinde şirket ortaklarının, alacaklılarının, çalışanlarının korunması bir gereklilik ise bu süreçte şirket menfaatinin korunması da bir o kadar önemlidir. Bu nedenle, değişiklik öncesinde uygulanan rekabet yasağı hükümleri yapısal değişiklik işlemleri süresince de uygulama alanı bulacaktır.

Öte yandan yapısal değişiklik süreçleri, yalnızca şirketin ortaklık yapısını değil; ortakların hak ve yükümlülüklerini de kökünden değiştirmektedir. Söz konusu yükümlülüklerden birisi de rekabet etmeme yükümlülüğüdür. Çalışmamızda, şirket ortak ve/veya yöneticilerinin rekabet etmeme yükümlülüğünün yapısal değişiklik sürecinden ne şekilde etkileneceği ve kapsamında meydana gelebilecek değişiklikler

üzerinde durulmuş ve gerek kanundaki düzenlemeler gerekse uygulamada rastlanılabilecek sözleşmesel rekabet yasağı maddeleri bu açıdan değişik ihtimaller doğrultusunda incelenmiştir.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel olarak rekabet kavramı açıklanmış olup rekabet yasağının başta haksız rekabet olmak üzere benzer kurumlardan farkları ortaya konmaya çalışılmış daha sonra rekabet yasağının türleri açıklanmış ve rekabet yasağının kaynağı öğretideki görüşler doğrultusunda araştırma konusu yapılmıştır.

İkinci bölümde ise adi şirketler de dahil olmak üzere tüm şirket türleri bakımından rekabet yasağı düzenlemeleri incelenmiş, öğretideki görüşler ve yabancı hukuk sistemleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle uygulamaya yönelik çıkarımlarda bulunulmuştur. Yine her şirket türü bakımından rekabet yasağının ihlaline bağlanan sonuçlar ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise ikinci bölümde açıklanan rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler ve öğretideki görüşler temel alınarak yapısal değişiklik süreçlerinde söz konusu yükümlülüğün doğuracağı hukuki sonuçlar, farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendirilmiş ve uygulamada yaşanabilecek sorunlar üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK REKABET YASAĞI

I. REKABET KAVRAMI

Genel anlamıyla rekabet, aynı amaca ulaşmak için çabalayan en az iki kişinin arasındaki çekişme, yarış, yarışma olarak tanımlanmaktadır[1]. Rekabet ve dolayısıyla bu yarışma güdüsü, doğanın kanunu olarak görülmektedir[2]. İnsanı ilgilendiren her alanda rekabetin de olması kaçınılmazdır. Gerçekten de insan, hangi alanda olursa olsun daha iyiyi elde etmek, daha başarılı olmak, herkes tarafından tanınmak gibi amaçlarla diğer insanlarla rekabet eder. Bu bakımdan herkesin rekabet etme hakkı vardır ve bu hakkın kötüye kullanılmadığı sürece toplumun yararına sonuçlar doğurduğu kabul edilmektedir[3].

Konumuz açısından önemi göz önünde bulundurulduğunda rekabetin ekonomik anlamının açıklanması gerekmektedir. Ekonomik anlamıyla rekabet, *"bilgi akışının tam, malın homojen ve hiçbir alıcı ve satıcının kendi başına fiyatı ve toplam arz miktarını etkilemek gücüne sahip olmadığı ve giriş ve çıkışın serbest olduğu bir piyasa şekli"* olarak tanımlanabilir[4]. Öte yandan karma ekonominin yerini alan liberal ekonomi anlayışında *"serbest rekabet"* ifadesinin (*free competition*) kullanıldığı

[1] Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Adresi: https://sozluk.gov.tr/, Erişim Tarihi: 2 Aralık 2021; Oxford English Dictionary, Erişim Adresi: https://www.oed.com/view/Entry/37578, (Son Erişim Tarihi: 02.12.2021); *"Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik karar verilebilmesini sağlayan yarış"* Yılmaz, E.: (Öğrenciler için) Hukuk Sözlüğü, Ankara 2014, s. 624; 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3.maddesinde rekabet "*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış."* olarak tanımlanmıştır.

[2] Bernhard, R.: "Competition in Law and Economics" Antitrust Bulletin 1967, C. 12, S. 4, s. 1099.

[3] Mimaroğlu, K.S.: Ticaret Hukuku Birinci Cilt İşletme Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1970, s. 280.

[4] Devlet Planlama Teşkilatı, Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Erişim Adresi: https://www.sbb.gov.tr/wp, (Son Erişim Tarihi: 02.12.2021), s. 11.

görülmektedir[5]. Serbest rekabet, piyasaya girme serbestisi, bir diğer ifadeyle girişim özgürlüğü *(entrepreneurial freedom)* olarak tanımlanmaktadır[6].

Ekonomik ilişkiler, ancak hukuk kuralları aracılığıyla meşrulaşmakta, kurumsallaşmakta ve yürütülmektedir[7]. Bu nedenle ekonomik anlamıyla rekabetin veya serbest rekabetin hukuk tarafından tanınması ve düzenlenmesi zaruridir. Ancak serbest rekabetin hukuken tanınması yeterli değildir. Hukuk, serbest rekabet ortamını koruyucu düzenlemeler de içermek zorundadır. Aksi takdirde, hukuk tarafından kontrol edilmeyen veya korunmayan bir piyasada kargaşanın olması kaçınılmazdır[8]. Kargaşanın hâkim olduğu bir piyasa, sadece ekonomi için değil; siyasi ve toplumsal yaşam bakımından da olumsuz sonuçlar doğuracaktır.

Her ne kadar doğrudan serbest rekabet ilkesinden söz edilmese de 1982 Anayasası'nın 48. maddesinde insanların diledikleri alanda çalışma, sözleşme yapma ve özel teşebbüsler kurma hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir[9]. Özel teşebbüsler kurma hakkı, çalışma ve sözleşme özgürlüğü beraberinde rekabet etme özgürlüğünü de getirmektedir[10]. Girişim özgürlüğünün ve rekabet özgürlüğünün bulunduğu bir ortamda, yasal olarak ekonomik faaliyette bulunan girişimcilerin, başkalarına ekonomik açıdan zarar verme hakkı *(damnum absque injuria)* da bulunmaktadır[11]. Bir diğer ifadeyle; rekabet etme özgürlüğü, başkalarına finansal açıdan zarar verme hakkını da içermektedir. Öyle ki serbest piyasa ekonomisinde benzer nitelikte mal

---

[5] Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 23.Baskı, Ankara 2017, s. 335.
[6] Salin, P.: Competition and Free Trade, 1.Baskı, Newyork 2018, s. 48.
[7] Tan, T.: Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2.Baskı, Ankara 2015, s. 11.
[8] Mimaroğlu, (Ticaret Hukuku), s. 284.
[9] Anayasa m. 48/ f. 1: *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir."*
[10] Arkan, (Ticari İşletme), s. 335, dn. 1; Sayhan, İ.: "Rekabet Kavramı ve Haksız Rekabet, Rekabet Yasağı ve Rekabetin Korunması Müesseselerinin Hukuki Temeli" Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 1, S. 2, s. 103.
[11] Bernhard, s. 1130.

üreten veya hizmet sağlayan girişimciler, daha ucuz ve kaliteli mal ve hizmet tedariki konusunda birbirleriyle serbestçe rekabet etme hakkına sahiptir. Bu süreçte daha ucuz mal üretmeyi veya hizmet sağlamayı ve dolayısıyla daha fazla kâr elde etmeyi başaran girişimci, rekabet içerisinde olduğu diğer girişimcileri finansal açıdan zarara uğratmış olacaktır[12]. Ortaya çıkan bu zarar, hukuk tarafından himaye edilen serbest piyasa ekonomisinin ve dolayısıyla serbest rekabet anlayışının bir sonucudur.

Rekabet özgürlüğünün sağlanması, daha ucuz ve kaliteli mal ve hizmet tedarikini teşvik ettiğinden, tüketicinin ve dolayısıyla kamunun da yararınadır[13]. Ancak Anayasa'nın 48.maddesinin bir sonucu olan rekabet özgürlüğü, sınırsız bir özgürlük değildir. Nitekim serbest piyasa ekonomisinin korunması amacıyla devletin gerekli tedbirleri alacağına ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceğine ilişkin Anayasa'nın 167. maddesi, rekabet özgürlüğünü sınırlandırmaktadır[14]. Anayasa m. 167 ile devlete verilen bu görev, rekabetin sınırlandırılmasına, haksız rekabete ve rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin anayasal dayanağını oluşturmaktadır[15].

II. REKABET YASAĞI: TANIMI VE BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

A. Tanımı

[12] Bernhard, s. 1130.
[13] Sayhan, s. 103; Karakılıç, H.: Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı, İstanbul 2019, s. 14.
[14] Anayasa m. 167/ f. 1: *"Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler."*
[15] Can, O.: "Rekabetin Korunmasına İlişkin Anayasal Düzenlemeler: Yeni Anayasa'da Nasıl Bir Rekabet?", BATİDER 2013, C. 29, S. 2, s. 107-108.

Mevzuatımızda genel anlamıyla rekabet yasağına ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Ancak söz konusu yasak; bir işletmede ya da şirketteki konumları nedeniyle birtakım bilgilere erişim imkânı olan kişilerin (yönetici, ortak, işçi vb.) bu bilgileri, kendi menfaatlerine kullanarak şirketi veya işletmeyi zarara uğratmalarını önlemek amacını taşımaktadır[16]. Bu kapsamda rekabet yasağına tâbi kişiler, özel hükümlerde belirtilen iş ve işlemleri yapmama yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük, aynı zamanda rekabet etme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlamadır[17]. Örneğin, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 444. maddesi uyarınca bir işçinin işverenle olan iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra kendi hesabına işverene rakip nitelikte bir işletme açması, rekabet yasağının ihlalidir. Görüldüğü üzere, işçinin anayasal hakkı olan çalışma ve sözleşme hürriyeti, TBK m. 444 ile kısıtlanmış olmaktadır. Bu bakımdan rekabet yasağı öngören hükümler, Anayasa m. 48'in de sınırını oluşturur ve dar yorumlanmaları esastır[18].

B. Rekabet Yasağı-Haksız Rekabet İlişkisi

Daha önce ifade edildiği üzere en basit anlamıyla rekabet "yarış" "yarışma" anlamına gelmektedir[19]. Her yarışın adil şartlarda yapılması, kazananların haklı bir kazanç elde etmesi beklenir. Bu nedenle ekonomik bir yarış olan serbest rekabet anlayışının kuralları, kanun koyucu tarafından hukuk düzeni içerisinde belirlenmiştir. Haksız rekabet ve rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler yarışın, adil ve hakkaniyete

[16] Aydoğan, F.: Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005, s.3; Ülgen, H./Helvacı, M./ Kendigelen, A./Kaya, A./ Nomer Ertan F.: Ticari İşletme Hukuku, 5.Baskı, İstanbul 2015, s. 520.
[17] Kalpsüz, T.: "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları" Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan 1972, s.348; Aydoğan, s. 4; Karakılıç, s. 16.
[18] Franko, N.: "Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti", BATİDER 1985, C. 13, S. 1, s. 27; Kırca, İ./Şehirali Çelik, H. F./ Manavgat, Ç.: Anonim Şirketler Hukuku C. 1, Ankara 2013, s. 689; Aşık, P.: "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK m. 396)" Ankara Barosu Dergisi 2017, C. 75, S. 4, s. 169.
[19] Bkz. Birinci Bölüm, I.

uygun gerçekleştirilmesi için öngörülmüştür. Öyle ki haksız rekabet hükümleri ile piyasadaki yarışa ilişkin birtakım kurallar ortaya konmuş, rekabet yasağı düzenlemeleri ile de bazı katılımcılar yarış dışında bırakılmıştır. Her iki kurum ile de amaçlanan Anayasa'nın 167. maddesi doğrultusunda serbest piyasa ekonomisini ve dolayısıyla serbest rekabet ortamının yani ekonomik yarışın korunmasıdır.

Uygulamada rekabet yasağı ile haksız rekabet kavramlarının birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir[20]. Bu nedenle her iki kavramın düzenlenme amacının, benzerliklerinin ve farklılıklarının üzerinde durulmasında yarar vardır.

Rekabet etme hakkı, her hak gibi kötüye kullanılabilir. Gerçekten de her ne kadar ekonomik anlamıyla rekabetin düşük fiyatlı yüksek kaliteli mal ve hizmet tedarikini teşvik etmek, teknik ve teknolojik gelişimi sağlamak gibi yararları olsa da daha fazla kâr elde etmek, daha fazla kazanma hırsı rekabet hakkının kötüye kullanılmasına neden olabilir[21]. Bu aşamada hukuk düzeni, rakiplerini piyasadan silmek düşüncesiyle dürüstlük kuralına aykırı, ticari teamüller ve kanun gereğince kabul edilmesi mümkün olmayan davranışları, haksız rekabet adı altında yasaklamaktadır[22]. Haksız rekabet teşkil eden davranışlar, haksız fiil olarak nitelendirilmektedir[23].

Aslında rekabet hakkı, doğal olarak rakiplerinin müşteri çevresini ele geçirmek ve onlardan daha fazla kâr elde etmek yoluyla rakiplerine zarar vermek hakkını da

[20] Rekabet yasağının ihlalinin haksız rekabet teşkil ettiğine dair Yarg. 11. HD, T. 02.11.2015, E. 2015/4311, K. 2015/11343 (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 27.12.2022); Kararın eleştirisi hakkında bkz. Arıcı, F.: "Haksız Rekabet ve Yargıtay Kararları Yürürlüğünün 5.Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu", İstanbul 2018, s. 18-19.
[21] Karayalçın, Y.: Ticaret hukuku Dersleri, Ankara 1960, s. 342-343.
[22] Mimaroğlu, s. 285, TTK m. 54/ f. 2: *"Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."* Kanunda verilen tanımın eleştirisi için bkz. Sayhan, s. 105.
[23] Arkan, S.: "Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar" BATİDER 2004, C. 22, S. 4, s. 5.

içermektedir[24]. Haksız rekabet ile yasaklanan, dürüstlük kuralına, ahlaka aykırı eylem ve davranışlarla rakiplerin menfaatlerinin ihlal edilmesidir[25]. Öyle ki, ticari örf ve adete göre hoş karşılanmayan, kanuna ve dürüstlük kuralına aykırı davranışların hukuk düzeni tarafından himaye edilmesi söz konusu olamaz[26]. Dolayısıyla 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 54/ f. 1'de de ifade edildiği üzere, haksız rekabet düzenlemeleri ile *"bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması"* amaçlanmaktadır.

Rekabet yasağı ile haksız rekabet düzenlemelerinin ortak noktası, her iki kurumun da rekabeti sınırlandırma amacı taşımasıdır[27]. Her ne kadar ekonomik anlamıyla rekabet, serbest rekabet olarak ifade edilse de hukuk düzeni ekonomik anlamıyla rekabeti haklı ve haksız olarak ikiye ayırmakta ve yalnızca haklı rekabeti himaye etmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, haksız rekabet düzenlemesiyle rekabet hakkının kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla aslında rekabet hakkını sınırlandırmaktadır[28]. Öte yandan rekabet yasağı hükümleri ise birtakım kişilerin haklı dahi olsa rekabet etme hakkını sınırlandırmaktadır.

Her ne kadar ortak özellikleri olsa da rekabet yasağı düzenlemeleri ile korunmak istenen, şirketin veya işletmenin menfaatiyken haksız rekabet, sadece rakip ya da şirket menfaati değil, yanıltıcı reklamlara, gerçek dışı fiyat uygulamalarına güvenerek mal veya hizmet tercihlerini şekillendirme tehlikesiyle karşı karşıya kalan

---

[24] *"Aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma potansiyeline sahip olan teşebbüsler"* rakip olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Rekabet Kurumu: Terimler Sözlüğü, Erişim Adresi: https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/. (Son Erişim Tarihi: 07.12. 2021).

[25] Bkz. Rekabet Kurumu: Terimler Sözlüğü, Erişim Adresi: https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa. (Son Erişim Tarihi: 07.12.2021); Domaniç, H./ Ulusoy, E.: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007, s. 272; Nomer Ertan, F.: Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016, s. 7.

[26] TTK m. 55 ile dürüstlük kuralına aykırı reklamlar, gerçeğe aykırı yapılan açıklamalar, rakiplerin kötülenmesi niteliğinde olan davranışlar haksız rekabet teşkil eden fiillere örnek olarak sayılmıştır.

[27] Aydoğan, s. 5; Karakılıç, s. 20.

[28] Nurkut, İ.: "Rekabet Hukukunun Diğer disiplinlerle İlişkisi", Perşembe Konferansları 1999, s. 10.

tüketicilerin menfaatini de korumaktadır. Ayrıca, haksız rekabet teşkil eden davranışlar, aynı meslekte faaliyet gösteren diğer kişilere karşı söz konusu mesleği itibarsızlaştırma sonucunu doğurabilir. Meslekte faaliyet gösteren diğer kişilerin de haksız rekabet teşkil eden davranışlardan zarar görmesi mümkündür. Bu nedenle haksız rekabet düzenlemeleri, mesleki menfaatleri de korumaktadır[29]. Daha geniş perspektiften bakıldığında; haksız rekabet teşkil eden davranışlar, serbest piyasa ekonomisinin temellerinden biri olan serbest rekabet ortamına da zarar vereceğinden, söz konusu davranışların yasaklanmasında ülke ekonomisinin ve dolayısıyla kamunun da menfaati bulunmaktadır. Sonuç olarak, rekabet yasağının aksine haksız rekabet, daha geniş menfaat kitlesine hitap etmektedir.

Rekabet yasağı hükümleri, konumu veya sıfatı nedeniyle birtakım bilgilere erişim imkânı olan yönetici, ortak gibi kişiler için öngörülmüştür. Oysa haksız rekabete ilişkin düzenlemeler, TTK m. 54'te ifade edildiği gibi *"bütün katılanları"* kapsamaktadır[30]. Sıfatı itibariyle rekabet yasağına tâbi olan kişiler bakımından yasak olan davranış, yasağa tâbi olmayan diğer herkes için rekabet hakkının kullanımı niteliğindedir. Bu bakımdan haksız rekabet teşkil eden davranışlardan herkesin imtina etmesi gerekirken, rekabet yasağı düzenlemelerine yalnızca özel hükümlerde belirtilen kimseler uymakla yükümlüdür. Kaldı ki yasağa tâbi kişilerce, söz konusu özel

[29] Karayalçın, s. 346-347; Kanun koyucu bu doğrultuda, ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlara da dava hakkı tanımıştır (TTK m. 56).

[30] Karakılıç, s. 21; Doktrinde bütün katılanlar ifadesinden haksız rekabet teşkil eden fiil ile menfaati ihlal edilecek olan rakipler, müşteriler, diğer piyasa katılımcıları ve kamunun anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Yine müşteri ifadesinin tüketici kavramını da içine alan daha geniş bir kavram olarak kullanıldığı hakkında bkz. Ertan (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 528; Arkan, (Haksız Rekabet), s.7-8; Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun ikinci maddesinde piyasa katılımcısı, rakipler ve tüketiciler dışında kalan, mal veya hizmet tedarik eden ya da talep eden herkes olarak tanımlanmıştır. Bkz. (§ 2 I Nr.1 UWG)

hükümlerde belirtilen işler dışındaki işlerin yapılmasında bir sakınca bulunmamaktadır[31].

Haksız rekabet teşkil etmeyen fiillerin rekabet yasağını ihlal edici mahiyette olması mümkündür. Bir diğer ifadeyle; normal şartlarda rekabet hakkının dürüstlük kuralı sınırları içerisinde kullanımı niteliğinde olan bir davranışın, bazı kişiler için yasaklanması söz konusu olabilir[32]. Örneğin, şirketin işletme konusuna giren bir işi kendisinin veya bir üçüncü kişinin hesabına yapan bir ortak; rekabet hakkını kötüye kullanmamıştır ancak rekabet yasağına aykırı hareket etmiştir. Dolayısıyla rekabet yasağı düzenlemeleri, haksız rekabetin aksine rekabet hakkının kötüye kullanılmasını değil, sıfatları itibariyle belli bir menfaat sahibinin çıkarlarını gözetmekle yükümlü olan kişilerin bu yükümlülüğe ve dolayısıyla menfaat sahibinin aleyhine hareket etmelerini konu alır.

Sonuç olarak her iki kavram da rekabet hakkına getirilmiş bir sınırlama olmasına rağmen, getiriliş amaçları birbirinden farklıdır. Rekabet yasağı, haklı olsun veya olmasın rekabetin bazı kişiler için yasaklanmasıyken; haksız rekabet kavramı, haklı rekabete tehdit oluşturan dürüstlük kuralına aykırı fiil ve davranışları herkes bakımından yasaklamaktadır[33]. Yine rekabet yasağı, şirketin veya işletmenin menfaatinin korunmasına hizmet ederken, haksız rekabet hükümleriyle piyasa katılımcıları ve hatta kamu menfaati olmak üzere çok geniş bir menfaat kitlesinin korunması söz konusudur[34].

[31] Öçal, A.: "Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı", EİTİAD, 1981 C. 18, S. 2, s. 432.
[32] Karakılıç, s. 21; Aydoğan, s. 5.
[33] Yasan, M.: "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı (TTK. m. 335)" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, C. 7, s. 443.
[34] Karakılıç, s. 20.

C. Rekabet Yasağı- Rekabet Hukuku İlişkisi

Rekabet hukukunun amacı, rekabetin teşvik edilerek rekabeti bozucu ve engelleyici davranışların önüne geçilmesidir[35]. Oysa daha önce ifade edildiği üzere, rekabet yasağı, bazı kimseleri kanunen haklı rekabet teşkil etse dahi rekabet hakkından mahrum bıraktığından rekabet hakkına getirilmiş bir sınırlamadır[36]. Dolayısıyla rekabet yasağı düzenlemeleri ile rekabet hukuku arasında kaçınılmaz bir çelişki mevcuttur[37]. Ancak unutulmamalıdır ki rekabet hukukunun amaçladığı serbest rekabet ortamının sağlanması için ekonomik açıdan güçlü şirketlerin varlığı şarttır. Şirketlerin ekonomik açıdan güçlü kalabilmeleri ve her şeyden önce varlıklarını sürdürebilmeleri için menfaatlerinin belirli bir düzeyde korunması gerektiği muhakkaktır[38]. Şirketlerin zayıf olduğu, menfaatlerinin yeterince korunmadığı bir piyasada rekabetin sağlanması mümkün olmayacaktır. Şirket ortakları veya yöneticileri için öngörülen rekabet yasağı, şirket menfaatini koruduğundan bir bakıma şirketin piyasa katılımcısı olarak varlığını ve ekonomik gücünü sürdürmesini amaçlamaktadır. Bu yönüyle rekabet yasağı hükümleri, önemli piyasa katılımcıları olan şirketleri koruyarak rekabetin sağlanmasına da hizmet etmektedir. Sonuç olarak, her ne kadar rekabet yasağı ile rekabet hukuku arasında bir zıtlık söz konusu olsa da rekabet yasağı düzenlemeleri, rekabet hukukunun amaçladığı rekabet ortamı için bir basamak olarak düşünülmelidir.

---

[35] 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 1. maddesinde kanunun amacı *"rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak"* olarak ifade edilmiştir.

[36] Bu konuda bkz. Birinci Bölüm, II, B.

[37] Karakılıç, s. 18; Aydoğan, s. 6; Aynı şekilde haksız rekabet ile rekabet hukuku arasında her ne kadar rekabet hakkının korunması bakımından bir amaç birliği bulunsa da haksız rekabet kurumu, rekabet hukukunun korumaya ve teşvik etmeye çalıştığı rekabet ortamını daraltmaktadır. Haksız rekabet düzenlemeleri, rekabet hakkının sınırını oluşturmaktadır. Bu bakımdan haksız rekabet ile rekabet hukuku da birbirinden ayrılmaktadır. Bkz. Ertan (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 520; İnan, s. 10.

[38] Karasu, R.: "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı" Rekabet Dergisi 2004, C. 5, S. 4, s. 28.

III. REKABET YASAĞI TÜRLERİ

A. Kanundan Doğan Rekabet Yasağı

Kanun koyucunun tarafı oldukları hukuki ilişkinin mahiyeti itibariyle bazı kişiler için rekabet etme hakkını sınırlandırdığı durumlarda kanundan doğan (kanuni) rekabet yasağı söz konusudur[39]. Böylelikle taraflar arasındaki hukuki ilişkinin zarar görmesi önlenmektedir[40]. Kanuni rekabet yasağı, kanunda açıkça düzenlenmiş olabileceği gibi dürüstlük kuralından (TMK m. 2) da kaynaklanabilir[41]. Örneğin, ticari işletmenin devrinde işletmeyle birlikte müşteri çevresi de işletmenin devredilmesinin doğal bir sonucu olarak devralana geçer. Bu nedenle her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da TMK m. 2 gereği devredenin devrettiği işletmeyle rekabet etmeme yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir[42]. Buna karşın, şirketler hukukunda TBK m. 626, TTK m. 230, 311, 396, 613 ile rekabet yasağının kapsamı açıkça düzenlenmiştir. Anılan hükümlere göre yönetici veya ortak sıfatını kazanan kişi, başkaca bir işleme gerek olmaksızın şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü altındadır[43]. Yönetici veya ortak sıfatının kaybedilmesiyle kanundan doğan rekabet yasağı da sona erer[44]. Bu nedenle uygulamada şirketten ayrılan yönetici veya ortaklar

---

[39] Aydın, S./ Kaplan, A. H.: "Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. XVIII, S. 3-4, s. 166.

[40] Karakılıç, s. 23.

[41] Kanuni rekabet yasağı ayrıca hukuki ilişkinin devamı süresince geçerli olacak şekilde düzenlenebileceği gibi hukuki ilişkinin bitiminden sonraki dönem için de hüküm altına alınabilir. Ancak hukuki ilişkinin sona ermesinden sonraki dönemi kapsayan rekabet yasakları, kişilerin sözleşme özgürlüğünü ciddi anlamda sınırladığı için kanun koyucu tarafından pek fazla tercih edilmemiştir. Can, O.: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması" Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2011, s. 22-23, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorgu (Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi).

[42] Arkan, (Ticari İşletme), s.44; Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan), s. 223.

[43] Kayar, İ./Çeliktaş, İ.: "Limited Şirkette Müdür-Ortakların Rekabet Yasağı" Prof Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan İstanbul 2003, s. 313.

[44] Franko, s. 26; Kalpsüz, s. 367; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), s. 689.

için sözleşmesel rekabet yasağı getirildiği görülmektedir[45].

B. Sözleşmesel Rekabet Yasağı

1. Rekabet Yasağının Ortaklık Sözleşmesinde Düzenlenmesi

Rekabet yasağı düzenlemeleri, şirketin bireysel çıkarlarıyla ilgili olup kamu düzeninden değildir[46]. Bu nedenle rekabet yasağı hükümlerinin emredici nitelikte olmadığı ve ortaklık sözleşmesi ile kapsamının değiştirilebileceği kabul edilmekedir[47]. Örneğin, TTK m. 396'da anonim şirketlerde yönetim kurulu (YK) üyelerini kapsayan rekabet yasağının genel kurul (GK) kararıyla kaldırılabileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm göstermektedir ki YK üyeleri için rekabet yasağı, TTK m. 340 anlamında emredici nitelikte değildir ve yasağın kapsamı, esas sözleşmeyle genişletilebileceği gibi daraltılabilir ya da kaldırılabilir [48].

Kanunda rekabet yasağının kapsamına ilişkin düzenleme bulunmayan durumlarda ortaklık sözleşmesiyle rekabet yasağı getirilebilmesi için kanunun buna cevaz vermesi gerekir[49]. Örneğin anonim şirketlerde kanuni rekabet yasağı, yalnızca yönetim kurulu üyeleri için hüküm altına alınmış olup (TTK m. 396) pay sahipleri için rekabet yasağı öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Esas sözleşmede pay sahipleri için rekabet yasağı öngörülmesine ise emredici hükümler ilkesi (TTK m. 340) ve tek

[45] Franko, s. 26; Kayar/Çeliktaş, s. 313; Domaniç, H.: Adi Kollektif ve Komandit Şirketler, 3.Baskı, 1970, s. 107; Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku C. 1, 14.Baskı, İstanbul 2019, s. 72; Sözleşmesel rekabet yasağı için bkz. Birinci Bölüm, III, B.
[46] Teoman, Ö.: Yaşayan Ticaret Hukuku Hukuki Mütalaalar Kitap 7 1995-1996, İstanbul 1997, s. 43.
[47] Franko, s. 27.
[48] Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), s. 694; Teoman, s. 43; Üçışık, G./ Çelik, A.: Anonim Ortaklıklar Hukuku C. 1, Ankara 2013, s. 506.
[49] Karakılıç, s. 25.

borç ilkesi (TTK m. 480) hukuken engel teşkil etmektedir[50]. Öte yandan limited şirketlerde kanun, şirket sözleşmesiyle ortaklar için rekabet yasağı öngörülmesine izin vermiştir. (TTK m. 613/ f. 2) Sonuç olarak kapsamı kanunda düzenlenmemişse rekabet yasağının ortaklık sözleşmesine konu olup olamayacağı noktasında her şirket türünü kendi içinde değerlendirmek gerekir.

2. Rekabet Yasağının Genel Bir Sözleşmede Düzenlenmesi

Rekabet yasağına ilişkin hükümler, emredici nitelikte olmadığından rekabet yasağının borçlar hukuku anlamında bir sözleşme ile düzenlenmesi mümkündür. Sözleşmesel rekabet yasağı ile kanunda rekabet yasağı sonucu bağlanmamış hukuki ilişkiler için rekabet yasağı öngörülebileceği gibi kanuni rekabet yasağının kapsamı genişletilebilir, daraltılabilir veya yasak tamamen ortadan kaldırılabilir[51]. Bunun dışında sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması[52] da yapılabilir[53].

Kanuni rekabet yasağı, yönetici veya ortak sıfatına bağlı olduğu için sıfatın kaybedilmesiyle sona erer[54]. Ancak ortağın veya yöneticinin şirketten ayrıldıktan sonra şirket içi bilgileri kullanarak şirkete karşı rekabet teşkil edecek davranışlarda

---

[50] Aşık, s. 173.
[51] Franko, s. 27; Çamoğlu (Tekinalp/Poroy), C. I, s. 237.
[52] Hukuki ilişkinin bitiminden itibaren rekabet yasağının belirli bir süre daha devam edeceğini öngören sözleşmeler için *"anlaşma"* ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin TTK m. 123'te "*acentelikte rekabet yasağı anlaşması"* düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, sözleşmenin sona ermesinden sonraki rekabet yasağını kapsamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu, sözleşme sonrası rekabet yasağının devamına yönelik akdedilen sözleşmeleri "anlaşma" olarak nitelendirmektedir. Alman hukukunda da ortaklıktan ayrılan yöneticiler veya ortaklar bakımından rekabet yasağı öngören ortaklık sözleşmesinin Alman Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde ifade edildiği üzere *"anlaşma"* olduğu kabul edilmektedir. Türk Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde de Alman Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da olduğu gibi "anlaşma" ifadesi tercih edilmiştir. Karasu, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri, s. 26; Çalışmamızda karışıklığın önlenmesi bakımından hukuki ilişkinin bitiminden sonraki dönemi kapsayan sözleşmesel rekabet yasağı için *"rekabet yasağı anlaşması"* ifadesi kullanılmıştır.
[53] Can, (Acentelikte Rekabet Yasağı), s. 24.
[54] Kalpsüz, s. 367.

bulunması söz konusu olabilir[55]. Nitekim şirketin üretim, pazarlama, yatırım stratejisine hâkim olan yönetim kurulu üyesinin, şirketten ayrıldıktan sonra şirketin konusuna giren bir faaliyeti yapmaya devam etmesi, bu vesileyle ayrıldığı şirkete karşı ve hatta diğer rakiplere karşı da avantaj sağlaması anlamına gelmektedir[56]. Mevzuatımızda şirketten ayrılan ortaklar veya yöneticiler için şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Bu nedenle uygulamada şirketlerle ortaklar veya yöneticiler arasında rekabet yasağı anlaşmalarının yapıldığı görülmektedir[57]. Sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması, ayrı bir sözleşme olarak akdedilebileceği gibi ortaklar bakımından şirket sözleşmesinde[58], yöneticiler bakımından hizmet sözleşmesinde de yer alabilir[59]. İşçinin, iş akdinin bitiminden itibaren işverenle rekabet etmesini yasaklayan TBK m. 444 hükmü uygun düştüğü ölçüde şirketten ayrılan ortak veya yöneticilerle akdedilecek rekabet yasağı anlaşmalarına da uygulanır[60].

Daha önce de ifade edildiği üzere[61]; Anayasa m. 48 ile kişilerin çalışma, sözleşme yapma ve teşebbüs kurma özgürlüğü, anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. Çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğü, beraberinde serbest piyasa ekonomisinin bir gereği olarak rekabet etme özgürlüğünü de getirmektedir. Rekabet yasağı düzenlemeleri ise rekabet etme özgürlüğünün yani Anayasa m.48'in sınırını oluşturmaktadır. Dolayısıyla sözleşmesel rekabet yasağının düzenlendiği hallerde de bu sınıra uyulmalı ve kişilerin çalışma ve sözleşme yapma özgürlükleri aşırı derecede

[55] Franko, s. 26.
[56] Karasu, (Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri), s. 24.
[57] Franko, s. 26.
[58] Karasu, R.: "Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı" BATİDER 2004, C. 22, S. 3, s. 164; Anonim şirket ortakları için esas sözleşmede şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü öngörülmesi TTK m. 340 ve TTK m. 480 uyarınca mümkün değildir.
[59] Kalpsüz, s. 368.
[60] Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 689; Kalpsüz, s. 368.
[61] Bkz. Birinci Bölüm, I.

sınırlandırılmamalıdır[62]. Aynı şekilde rekabet yasağının şirketin amacına aykırı olacak şekilde daraltılmasının da geçerli olmayacağı, öğretide ifade edilmiştir[63].

Her sözleşme gibi sözleşmesel rekabet yasağı düzenlemeleri de genel hükümler uyarınca sözleşme özgürlüğünün sınırlarına tâbidir (TBK m. 27, TMK m. 2). Bunlara ek olarak sözleşmesel rekabet yasağının RKHK kapsamında denetlenmesi de söz konusu olabilir[64].

IV. ŞİRKETLER HUKUKUNDA REKABET YASAĞININ DÜZENLENME AMACI (RATIO LEGIS) VE KAYNAĞI

A. Genel Olarak

Rekabet yasağı hükümleri, en genel şekliyle ticari düzenin korunmasını amaçlamaktadır[65]. Ticari düzenin korunması, beraberinde rekabetin korunmasını da getirmektedi[66]. Ticari hayatın baş aktörleri olan şirketlere ilişkin hukuki düzenlemeler, ticari düzenin sağlanmasında şüphesiz büyük önem arz etmektedir. Özellikle şirket menfaatinin korunmasına hizmet eden hükümler, şirketlerin ticari düzen içerisinde var

[62] Kaplan, E. A.: Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı, İstanbul 2017, s. 13.
[63] Franko, s. 27; *Arslanlı'ya* göre, kollektif şirketlerde rekabet yasağının kapsamı, şirket sözleşmesinin esaslı unsurlarına aykırı olacak şekilde daraltılamaz. Şirket sözleşmesinde rekabet yasağı tümden kaldırılmış olsa dahi ortaklar, şirket amacına aykırı davranışlardan imtina etmekle yükümlüdür. Bu yüzden şirket sözleşmesinde rekabet yasağının tümden kaldırılmasına ilişkin hükümler geçersizdir ancak borçlar hukuku anlamında ayrı bir sözleşme ile rekabet yasağı tümden kaldırılabilir. Arslanlı, H.: Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Baskı, İstanbul 1960, s. 233.
[64] Göksoy, C. Y.: "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, C. 9, Özel Sayı, s. 633; RKHK m. 4'ün sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmaları bakımından yasal sınır teşkil ettiğine dair bkz. Karakılıç, s. 29; Karasu, (Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri), s. 30-31.
[65] Can, (Anayasal Düzenlemeler), s. 108; Kanun koyucu, ticari düzenin tesisini o kadar önemsemiştir ki TTK m. 54 uyarınca haksız rekabet teşkil etmeyecek davranışların dahi şirket ortakları veya yöneticileri tarafından gerçekleştirilmesini yasaklamıştır. Bkz. Ayan, Ö.: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, 1.Baskı, Ankara 2013, s. 149.
[66] Can, (Anayasal Düzenlemeler), s. 107-108.

olabilmeleri için bir gerekliliktir[67]. Şirket menfaatinin korunması, şirketle ilişki içerisinde olan ortaklar, alacaklılar, çalışanlar, tedarikçiler gibi pek çok menfaat grubunun da korunması anlamına gelmektedir[68].

Şirketler hukuku açısından rekabet yasağı, şirket sırları hakkında bilgi sahibi olan ortaklar veya yöneticiler için getirilmiştir. Şirket menfaati ile yakından ilgili bulunan şirket sırrı kavramı, ticari işletmenin veya bir şirketin tüm sırlarını ifade etmek amacıyla kullanılan ticari sır kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Buna göre şirket sırrı kavramının her ne kadar maddi zararlar yanında ticari itibar gibi manevi zararları da kapsadığı ileri sürülmüşse de manevi zararların da uzun vadede ekonomik sonuçlara yol açacağından bahisle ticari sır içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[69]. Bu bakımdan şirket sırrı müşteri çevresi, potansiyeli, yatırıma ilişkin bilgiler, reklam fikirleri gibi iş sırları ile üretim aşamasına ilişkin fabrika sırlarını kapsamaktadır. Ayrıca bir şirketin başka bir şirketle ticari bir anlaşma yapmadan önce yaptığı görüşmeler de şirket sırrı olarak nitelendirilmektedir[70]. İşte bu gibi şirket sırrı kapsamında kalan, şirketin geleceği için hayati öneme sahip bilgilere erişim imkânı olan ortaklar veya yöneticiler, edindikleri bilgileri şirket dışında başkaca ticari faaliyetlerde kullanmak suretiyle şirket menfaatine aykırı olacak şekilde hareket edebilirler. Yine ortaklar veya yöneticiler, kendi menfaatleri ile çatışan durumlarda yönetim hak ve yetkilerini şirket menfaati yerine kendi menfaatleri doğrultusunda

[67] Şirket menfaatine ilişkin teoriler ve tartışmalar için bkz. Sulu, M.: Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul 2019; Stafford, A./Ritchie, S.: Fiduciary Duties Directors and Employees, Chippenham 2008, s. 18; Langford, R.: Company Directors' Duties and Conflicts of Interest, Newyork 2019, s. 18; Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), s. 271-274; Ayan, s. 49.
[68] Sulu, s. 30.
[69] Usluel Gürbüz, A.: Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul, 2009, s. 54.
[70] Karasu, (Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortaklar), s. 154; İşletme planları, mali projeler, müşteri listeleri, bilgisayar programları, makine çizimleri, satış verileri, personel kayıtları, şirketin konusuna göre kozmetik ve ilaç bilgileri, besin içerikleri, haritalar mühendislik raporları gibi pek çok konu ticari sır kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Bkz. Usluel Gürbüz, (Ticari Sır), s. 27.

kullanabilirler[71]. Bu gibi riskleri bertaraf etmek ve hem şirketi hem de diğer menfaat sahiplerini korumak amacıyla şirketler hukukunda rekabet yasağı düzenlemelerine yer verilmiştir[72].

Öğretide şirketler hukukunda rekabet yasağının kaynağı olarak sadakat yükümlülüğünden, çalışmayı şirkete tahsis etme yükümlülüğünden, *affectio societatis* unsurundan, menfaatlerin çatışmasından, ortaklığa ait bilgilere sahip olunmasından, şirket imkanlarının kötüye kullanılmasından söz edilmektedir[73]. Çalışmamızda ortaklığa ait bilgilere sahip olma ve şirket imkanlarının kötüye kullanılması ayrı başlıklar olarak değil; sadakat yükümlülüğü içerisinde değerlendirilmiştir.

B. Sadakat Yükümlülüğü, Menfaatlerin Çatışması ve Ortaklık Fırsatı Doktrini

1. Sadakat Yükümlülüğü

Literatürde rekabet yasağının kaynağı olarak en çok sadakat yükümlülüğünden söz edilmektedir. Öğretide sadakat yükümlülüğü yerine bağlılık yükümü[74] bağlılık borcu[75], bağlılık yükümlülüğü[76], sadakat borcu[77] gibi başka ifadelerin de kullanıldığı görülmektedir. Çalışmamızda *"sadakat yükümlülüğü"* ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

---

[71] Nomer, Ertan, F.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 57.
[72] Aydoğan, s. 7.
[73] Nomer Ertan, (Sadakat Yükümlülüğü), s. 132; Ayan, s. 148; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 688; Franko, s. 23 Kayar/Çeliktaş, s. 312; Karakılıç, s. 31-37; Kalpsüz, s. 351; Şener, O. H.: Teorik ve Uygulamaları Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 54.
[74] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 414; Karakılıç, s. 33.
[75] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 424.
[76] Karakılıç, s. 33; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 688.
[77] Ansay, T.: Anonim Şirketler Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1975, s. 129.

Sadakat yükümlülüğü gerektiren hukuki ilişkilerde ortak bir amaç söz konusudur ve bu amacın gerçekleştirilebilmesi için taraflar birlikte çalışmalı, birbirlerinin menfaatlerini gözetmeli, ortak amaca aykırı davranışlardan kaçınmalı ve en önemlisi şartlar gerektirdiğinde kendi menfaatlerini karşı tarafın menfaatleri uğruna feda edebilmelidir[78]. Bu doğrultuda şirketler hukukunda sadakat yükümlülüğü, yöneticiler veya ortaklar ile şirket arasında yaşanabilecek menfaat çatışmalarının şirket menfaati lehine çözümlenmesini amaçlayan geniş bir yükümlülüktür[79]. Sadakat yükümlülüğü, teknik anlamda kural değil, yöneticilerin şirketler hukuku uyarınca uymakla yükümlü olduğu ve ihlal edildiği takdirde birtakım yaptırımların gündeme geldiği davranış ölçüsü *(standard of behavior)* olarak da tanımlanmaktadır. Sadakat yükümlülüğü ile şirket ve ortakların menfaatinin yanı sıra rekabet ortamının ve piyasanın da korunması amaçlanmaktadır[80].

Sadakat yükümlülüğünün rekabet yasağı hükümlerinin kaynağı olarak kabulü, asıl olarak şahıs şirketleri için söz konusudur. Ortakların sınırsız sorumlu olduğu şahıs şirketlerinde şirketin varlığı, her şeyden önce ortaklar arasındaki güven ilişkisine dayanmaktadır[81]. Bu güven ilişkisi, sadakat yükümlülüğünün dayanağıdır[82]. Öte yandan şahıs şirketlerinde ortaklık amacının elde edilmesi konusunda ortaklar arasında özel bir taahhüt söz konusu olduğundan ortaklar, şirketin amacına ulaşmasını engelleyici davranışlardan kaçınmak zorundadır[83]. Ayrıca belirtmek gerekir ki şahıs

[78] Nomer Ertan, (Sadakat Yükümlülüğü), s. 16.
[79] Çamoğlu, E.: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3.Baskı, İstanbul 2010, s.74; Gerner Beuerle, C./ Schuster, P.E: "The Evolving Structure of Directors Duties in Europe" European Business Organization Law Review, C. 15, S. 2, s. 206; Aydoğan, s. 8; Kayar/Çeliktaş, s. 312; Şirket amacının gerçekleştirilmesi de şirket menfaati kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Nomer Ertan, (Sadakat Yükümlülüğü), s. 19; Stafford/Ritchie, s. 18; Langford, s. 27.
[80] Klaus, J. H.: "Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors, A Comparative Analysis", European Company and Financial Law Review, C. 10, S. 2 s. 175.
[81] Bilgili, F./Demirkapı, E.: Şirketler Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Bursa 2020, s. 17.
[82] Aydoğan, s. 8.
[83] Franko, s. 23.

şirketlerinde ortaklar, şirketin iş ve işlemlerini yakından takip edebilir, denetleyebilir, hesap isteyebilir ve böylelikle müşteri çevresi ile şirket sırrı niteliğindeki bilgileri rahatlıkla elde edebilir[84]. Bir diğer ifadeyle; ortakların şahsiyetlerinin ön planda olduğu şahıs şirketlerinde, sermaye şirketlerine nazaran ortakların, şirketin iş ve işlemlerine ilişkin bilgilere erişimi çok daha kolaydır. Bu bilgilerin ortaklar tarafından suistimal edilmesi; ortaklar arası güven ilişkisine, şirketin amacına ve dolayısıyla sadakat yükümlülüğüne ters düşmektedir. İşte bu risk, ortaklar için getirilen rekabet yasağı düzenlemeleri ile bertaraf edilmeye çalışılmaktadır.

TTK'daki rekabet yasağı hükümlerine göre genel hüküm niteliğinde olan, adi şirketlerde rekabet yasağının düzenlendiği TBK m. 626'da "*ortaklık amacını engelleyici veya zarar verici işler"* rekabet yasağını ihlal eden davranışlar olarak nitelendirilmiştir[85].Anılan hüküm, rekabet yasağının kaynağının sadakat yükümlülüğü olduğu görüşünü destekler niteliktedir[86].

Sermaye şirketlerinde yöneticiler için öngörülen rekabet yasağının kaynağının yine sadakat yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir[87]. Şahıs şirketlerinde ortaklar arasında bulunan güven ilişkisi, sermaye şirketlerinde yöneticiler ile şirket arasında söz konusudur[88]. Öğretideki baskın görüş uyarınca, yöneticiler ile şirket arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu kabul edilmektedir[89]. Dolayısıyla TBK m. 506/ f. 2'de

---

[84] Franko, s. 23; Kollektif şirketlerde denetimi düzenleyen TTK m. 225: *"Bir ortak yönetim hakkını ve görevini haiz olmasa da şirket işlerinin gidişi hakkında bizzat bilgi edinmek, şirketin belgelerini ve defterlerini incelemek, bunlara göre kendisi için şirketin finansal durumunu gösterecek bir hesap tablosu düzenlemek hakkını haizdir. Buna aykırı sözleşme geçersizdir."*

[85] Öğretide, TBK m. 626'da adi şirketler bakımından getirilen ve genel hüküm niteliğinde olan rekabet yasağının aslında ticaret yasağı olduğu ve rekabet yasağına göre kapsamının daha geniş olduğu ifade edilmektedir. Buna göre rekabet yasağına ilişkin hükümlerle ticaret yasağı kapsamına giren her iş ve işlem değil bazı iş ve işlemler yasaklanmaktadır. Bkz. Öçal, s. 5-6.

[86] Mülga Türk Borçlar Kanunu m. 526; Domaniç (Adi Kollektif), s. 25; Franko, s. 23; Aydoğan, s. 9.

[87] Ansay, s. 129; Franko, s. 25; Ayan, s. 149; Çamoğlu (Hukuki Sorumluluk), s. 76; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 688; Karakılıç, s. 33; Gerner Beuerle/ Schuster, s. 207; Karşı görüş için bkz. Kalpsüz, s. 352.

[88] Pulaşlı, H.: Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 656; Ansay, s. 129.

[89] Ayan, s. 11; Franko, s. 25.

yer alan vekilin üstlendiği iş veya hizmeti sadakatle yerine getirmesine ilişkin hüküm, şirket yöneticilerini de kapsamaktadır.

Öğretide rekabet yasağı hükümlerinin getiriliş amacı açıklanırken sermaye şirketlerinde yöneticilerin, şahıs şirketlerinde ortakların sıfatları gereği şirketin iç ve dış işlemleri ve dolayısıyla şirket sırları hakkında yakinen bilgi sahibi oldukları ve bu bilgileri kötüye kullanabilecekleri, rekabet yasağı düzenlemeleri ile edinilen bilgilerin şirkete karşı kullanılmasının engellendiği ifade edilmektedir[90]. Ancak şirketin iş ve işlemleri hakkında bilgilere sahip olma, rekabet yasağı düzenlemelerinin değil, doğrudan sadakat yükümlülüğünün temelidir[91]. Bu nedenle çalışmamızda rekabet yasağının kaynağı araştırılırken şirket içi bilgilere sahip olunması ayrı bir başlık altında incelenmemiştir.

Rekabet yasağı düzenlemelerinin bir diğer amacının ortaklık imkanlarının kötüye kullanılmasını önlemek olduğu ifade edilmektedir[92]. Yöneticiler veya ortaklar şirket malvarlığını kendilerinin veya üçüncü kişilerin çıkarları doğrultusunda kullanarak şirket menfaatine aykırı hareket edebilir[93]. Doktrinde ifade edildiği üzere, rekabet yasağı düzenlemelerinin ortaklık imkanlarının kötüye kullanılmasını önleme amacı da sadakat yükümlülüğü kapsamında ele alınmalıdır[94]. Nitekim yöneticinin veya ortağın şirket imkanlarını kötüye kullanmaması, sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak kendisinden beklenmektedir. Kaldı ki ortaklık imkanlarının kötüye kullanılması, her zaman şirketle rekabet edilmesi şeklinde ortaya çıkmayabilir[95].

[90] Şener, (Ortaklıklar Hukuku), s.308; Öçal, s. 433; Teoman, s. 42; Çamoğlu, (Hukuki Sorumluluk), s. 100.
[91] Kayar/Çeliktaş, s. 312.
[92] Kalpsüz, s. 351.
[93] Teoman, s. 42.
[94] Aydoğan, s. 14; Aşık, s. 174.
[95] Aydoğan, s. 15.

2. Menfaatlerin Çatışması

Şirkete karşı sadakat yükümlülüğü bulunan ve dolayısıyla şirketin çıkarlarını gözetmekle görevli yöneticilerin şirketle rekabet etmelerinin doğal sonucu; menfaatlerin çatışmasıdır[96]. Bu nedenle rekabet yasağı düzenlemeleri, menfaat çatışmalarının giderilmesi ve şirket menfaatinin korunması bakımından gerekli görülmektedir[97]. Nitekim Alman Kurumsal Yönetim Kanunu'nun 19. maddesinde; yönetim kurulu üyelerinin rekabet etmeme yükümlülükleri, menfaat çatışmaları başlığı altında düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre hem yönetim kurulu hem de denetim kurulu üyeleri şirket menfaatini gözetmekle yükümlü kılınmış, alınan kararlarda, şirket için ticari fırsat niteliğinde olan konularda kendi menfaatlerine göre hareket edemeyecekleri düzenlenmiş, yönetim kurulu üyeleri görev süreleri boyunca kapsamlı bir rekabet yasağına tâbi kılınmıştır.

Yukarıda ifade edildiği gibi sadakat yükümlülüğünün temeli, ortak amaç uğruna kişisel menfaatlerin feda edilmesi ve olası bir menfaat çatışmasının şirket menfaati lehine çözümlenmesidir[98]. Dolayısıyla sadakat yükümlülüğü, menfaat çatışmalarının çözümlenmesini de içine alan geniş bir kavramdır. Öyle ki yöneticilerin şirket menfaatine hareket etme yükümlülüğünün müspet tarafı sadakat yükümlülüğü iken adeta bir madalyonun iki yüzü gibi menfi tarafı çatışan menfaatlerden kaçınma yükümlülüğüdür[99]. Bu nedenle öğretide de haklı olarak ileri sürüldüğü üzere; rekabet yasağı düzenlemelerinin kaynağı araştırılırken ayrıca menfaat çatışmasından

[96] Stafford/Ritchie, s. 177.
[97] Kalpsüz, s. 351; Aydoğan, s. 13.
[98] Bkz. Birinci Bölüm, III, B, 1.
[99] Helvacı, M./Cankat, R.: "Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı" Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul 2019, s. 544.

bahsedilmesine gerek olmadığı kanaatindeyiz[100].

3. Ortaklık Fırsatı Doktrini

Amerikan ve İngiliz şirketler hukukunda yöneticilerin, şirketle rekabet etmesini yasaklayan açık bir hüküm bulunmamaktadır. İngiliz hukukunda sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak yöneticilerin şahsi çıkar elde etmeme *(no profit rule)*[101] ve menfaat çatışmalarını önleme *(Duty to Avoid Conflicts)* yükümlülükleri bulunduğu kabul edilmektedir[102]. Buna ek olarak Amerikan hukukunda, yöneticilerin iyi niyetle hareket edip etmediği de araştırılmaktadır[103].

"Ortaklık Fırsatı Doktrini (OFD) *(Corporate Opportunity Doctrine)* [104] yöneticiler ile şirket arasında yaşanması muhtemel menfaat çatışmalarının özel bir görünümüdür [105]. Buna göre yöneticiler, şirket için ticari değeri olan fırsatları, ortakların onayı olmaksızın kendi yararlarına kullanamazlar[106].

---

[100] Aydoğan, s. 13; Aşık, s. 174.

[101] Stafford/Ritchie, s. 30; Companies Act 2006 Section 176 *"(1) A director of a company must not accept a benefit from a third party conferred by reason of (a) his being a director, or (b) his doing (or not doing) anything as director."* Erişim Adresi: https://www.legislation.gov.uk. (Son Erişim Tarihi: 28.12.2022).

[102]Companies Act 2006 Section 175 "*(1) A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company."* Erişim Adresi: https://www.legislation.gov.uk. (Son Erişim Tarihi: 28.12.2022).

[103] Stafford/Ritchie, s. 178; *Stone v. Ritter* davasında ortaklar, gözetim yükümlülüğüne aykırı davranarak şirketi 50 milyon dolar zarara uğrattıkları iddiasıyla yöneticilere sorumluluk davası açmış ancak mahkeme, yöneticilerin gözünden kaçan bir bilgi nedeniyle şirketi zarara uğratmaktan sorumlu tutulabilmeleri için kötü niyetle hareket ettiklerinin ispat edilmesi gerektiğine ,yöneticilerin şirket ile ilgili iş ve işlemlerinde iyi niyetle hareket etmelerinin sadakat yükümlülüğünün kapsamı içinde yer aldığına karar vermiş ve davayı reddetmiştir. Bkz. Stone v. Ritter, 911 A. 2d 362, 2006, Erişim Adresi: https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=84060. (Son Erişim Tarihi: 23.12.2021); Ortaklık Fırsatı Doktrini açısından Amerikan ve İngiliz hukukunun karşılaştırması için bkz. Kershaw, D.: "Lost in Translation: Corporate Opportunities in Comparative Perspective" Oxford Journal of Legal Studies, 2005, C.25, S.4, s. 603-627.

[104] Ortaklık Fırsatı Doktrini, yöneticilerin perspektifinden olacak şekilde "ortaklık fırsatlarını haksız olarak kullanmama yükümlülüğü" olarak da ifade edilebilir.

[105] Gerner Beurle, C. / Schillig M.: Comparative Company Law, 1. Baskı, Newyork 2019, s. 576.

[106] Prentice, D.D.: "The Corporate Opportunity Doctrine." The Modern Law Review 1974, C. 37, S. 4, s. 464; Hopt, s. 178; Gerner Beurle/Schuster, s. 210; Karakılıç, s. 61.

Bir ticari fırsatın ne zaman şirkete ait olduğunun belirlenmesi, OFD ile ilgili temel sorunlardan birisidir[107]. Bu belirlemenin yapılabilmesi için "*beklenti ya da çıkar testi" (Interest or Expectancy Test)*, "*faaliyet alanının tespiti" (The Business Line Test)* gibi birtakım ölçütlerden yararlanılmaktadır[108]. Ancak İngiliz hukukunda OFD geniş yorumlanmaktadır. Öyle ki halihazırda şirketin işletme konusuna girmeyen işlemlerin şirketin gelecekte yapacağı bir değişiklikle işletme konusu kapsamına alınması ihtimalinin dahi, yöneticiler için sorumluluk doğurabilir[109]. Bunun dışında OFD'nin tespiti bakımından her somut olay;

Yararlanılan ticari fırsat, şirket için veya şirketin büyümesi için gerekli mi?

Yönetici, ticari fırsattan yönetici sıfatı nedeniyle mi haberdar oldu[110]?

Şirket, yöneticinin yararlandığı ticari fırsatı elde edebilmek için çaba sarf ediyor mu? Örneğin birtakım görüşmeler yapıyor mu?

Yönetici, ticari fırsatı değerlendirirken şirketin kaynaklarını kullandı mı?

Fırsatın değerlendirilmesi, yöneticiyi şirkete karşı olumsuz bir konuma düşürdü mü? (Örneğin yöneticinin elde ettiği fırsatı yeniden şirkete satmayı düşünmesi, onun düşmanca hareket ettiğinin göstergesi olarak kabul edilmektedir.).

---

[107] Gerner Beurle/Schillig, s. 577.

[108] Bkz. Talley E./Harshmall M.: "The Corporate Oportunity Doctrine" Erişim Adresi: https://weblaw.usc.edu/why/academics/, (Son Erişim Tarihi: 13.01.2022), s. 4-9.

[109] Gerner-Beurle/Schuster, s. 210.

[110] *Regal(Hashtings) Ltd v. Gulliver* kararında mahkeme, yönetim kurulu üyelerinin sıfatları dolayısıyla ve görevleri sırasında elde ettikleri kazancın şirkete ödenmesine karar vermiştir. [110] *Regal(Hashtings) Ltd v. Gulliver* [1942] 1 All ER 378, [1942] UKHL 1, [1967] 2 AC 134; karar metni için bkz. http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1942/1.html. (Son Erişim Tarihi: 27.12.2022); *Bhullar v. Bhullar* ve *Industrial Development Consultants Ltd v. Cooley* kararlarında ise, yöneticilerin fırsattan yöneticilik sıfatları dolayısıyla haberdar olup olmadıklarına bakılmaksızın fırsatın şirket ile ne kadar ilgili veya şirket için ne kadar değerli olduğunun değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. *Bhullar v. Bhullar* [2003] WTLR 1397, [2003] 2 BCLC 241, [2003] BCC 711, [2003] EWCA Civ 424/[1972] 1 WLR 443,Karar metni için bkz. https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2003/424.html. (Son Erişim Tarihi: 27.12.2022); *Industrial Development Consultants Ltd v. Cooley* [1972] 1 WLR 443.

Şirket, yönetici tarafından kullanılan fırsatı, yasal ya da finansal olarak değerlendirebilecek durumda mı? gibi sorulara verilecek yanıtlara göre değerlendirilir[111].

İngiliz içtihat hukukunda şirketin yasal nedenlerle (örneğin şirket sözleşmesinde yer alan bir sınırlama nedeniyle) veya finansal yetersizlik sonucu ticari fırsattan yararlanamadığı durumlarda da yöneticilerin fırsatı kendi menfaatlerine kullanamayacakları kabul edilmektedir[112]. Örneğin, *Bhullar v. Bhullar* kararında şirket, fırsat hakkında bilgilendirilseydi dahi fırsatı değerlendirip değerlendirmeyeceğinin konuyla alakasız olduğu, her durumda şirketin fırsatın varlığından haberdar edilmesi gerektiği, bu nedenle davalı yöneticilerin karşılaştıkları yatırım fırsatı ile ilgili şirketi bilgilendirme yükümlülüklerinin bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Yine *Regal (Hashtings) v. Gulliver* kararında da şirketin finansal yetersizliği nedeniyle yatırım yapamayacak durumda olmasının yöneticilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı, yöneticilerin önceden konuyu genel kurula taşıyarak genel kurulda alınacak bir kararla kendilerini koruma altına almaları gerektiği ifade edilmiştir[113]. Bu bakımdan içtihat hukukunun yöneticilerin sorumluluğuna yaklaşımı katı olduğu söylenebilir[114]. İngiliz Şirketler Kanunu'nun 175. maddesinin 2. fıkrasında şirketin fırsatları değerlendirip değerlendirmeyeceğinin, OFD'nin uygulanması bakımından önemsiz olduğuna ilişkin düzenleme de bu katı yaklaşımı onaylar niteliktedir[115].

---

[111] D'Agostini A./Gilbert W.R.: "Corporations: The Doctrine of Corporate Opportunities" California Law Review, 1943, C. 31, S. 2, s. 189.
[112] Gerner Beurle/Schuster, s. 210.
[113] *Regal (Hashtings) v. Gulliver* [1942] 1 All ER 378, [1942] UKHL 1, [1967] 2 AC 134; Karar metni için bkz. http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1942/1.html. (Son Erişim Tarihi: 27.12.2022).
[114] Gerner Beurle/Schillig, s. 578-.579.
[115] Companies Act 2006 Section 175 (*2) This applies in particular to the exploitation of any property, information or opportunity (and it is immaterial whether the company could take advantage of the*

OFD'nin uygulanması bakımından Amerikan hukukundaki yaklaşımın İngiliz hukukuna kıyasla daha esnek olduğu görülmektedir. Amerikan hukukunda, şirketin finansal durumu, OFD'nin tespit edilebilmesi için araştırılması gereken hususlardan biri olarak kabul edilmiştir[116]. Ancak hukuki kesinliğin sağlanması açısından İngiliz hukukundaki yaklaşımın daha sağlıklı olduğu ifade edilmektedir[117].

Kara Avrupası hukuk sisteminde ise OFD yerine rekabet etmeme yükümlülüğünün düzenlendiği görülmektedir[118]. Farklı hukuk sistemlerinde farklı yasa yapma tekniğinin bir sonucu olan OFD ile rekabet etmeme yükümlülüğünün arasında nasıl bir ilişki olduğu incelenmeye değer bir konudur. Özellikle kanunda rekabet etmeme yükümlülüğü düzenlemesine rağmen öğreti ve mahkeme kararlarında OFD'nin varlığını kabul eden Alman hukukunda bu sorun kendini göstermektedir. Alman hukukunda OFD, Amerikan hukukunun da etkisiyle 1960'lardan beri kabul edilmekte ve yargı kararlarına konu olmaktadır[119]. İngiliz ve Amerikan hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da her ne kadar kanunda düzenlenmemiş olsa da, yöneticilerin sadakat yükümlülüğü altında oldukları ve OFD'nin kaynağının sadakat yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir[120].

---

property, information or opportunity). Erişim Adresi: https://www.legislation.gov.uk. (Son Erişim Tarihi: 28.12.2022).

[116] Gerner Beurle/Schillig, s. 591; Bkz. *Broz v. Cellular Info. Systems, Inc.* 673 A. 2d 148 (Del. 1996), Erişim Adresi: https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court (Son Erişim Tarihi: 13.01.2022).

[117] Gerner Beurle/Schillig, s. 591.

[118] İtalyan ve İspanyol hukukunda hem OFD hem de rekabet yasağı hüküm altına alınmıştır. İtalyan Medeni Kanunu'nunn 2391. maddesinin 5. fıkrasında yöneticinin görevi sırasında öğrendiği ticari fırsatları kendi veya üçüncü şahıslar yararına kullanması durumunda şirkete verilen zararlardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Rekabet etmeme yükümlülüğü ise aynı kanunun 2390.maddesinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde İspanyol Sermaye Şirketleri Kanunu'nun 229. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde ticari fırsatları değerlendirmeme, f bendinde ise rekabet etmememe yükümlülüğü düzenlenmiştir.

[119] Gelter, M./ Helleringer, G.: "Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law" Berkeley Business Law Journal, 2018, s. 32

[120] Michalski, L.: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschrankter Haftung, München, 2010, s. 537; Alman Federal Mahkemesi, bir kararında OFD'nin rekabet etmeme yükümlülüğünden değil sadakat yükümlülüğünden kaynaklandığını kabul etmiştir. Bkz. BGH

Aslında yöneticiler için rekabet etmeme yükümlülüğünün düzenlendiği Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Alm. POK), m. 88, İngiliz Şirketler Kanunu'nun 175. maddesine benzemesine rağmen ondan farklı olarak, rekabet etmeme yükümlülüğünün hangi durumlarda söz konusu olduğunu açıkça belirtmesine karşın İngiliz Şirketler Kanunu m. 175, şirket içinde meydana gelebilecek menfaat çatışmalarını önlemeye yönelik genel bir hükümdür[121]. Bir diğer ifadeyle OFD, hükümde kastedilen menfaat çatışmalarından yalnız biri olarak kabul edilmiştir. Oysa Alm. POK m.88, spesifik olarak yöneticilerin rekabet etmeme veya çalışmalarını başka şirketlere tahsis etmeme yükümlülüklerini düzenlemektedir. Bu bakımdan Alm. POK m. 88'in kapsamı, İngiliz Şirketler Kanunu m. 175'e göre daha dardır[122].

Türk hukukunda da Alm. POK'ta olduğu gibi rekabet etmeme yükümlülüğü, şirketin faaliyet konusuna giren işlerle sınırlı olarak düzenlenmiştir. Kapsamının bu şekilde sınırlandırılmış olması, acaba rekabet yasağının OFD'nin bir alt başlığı olduğu anlamına mı gelmektedir[123]?

Rekabet etmeme yükümlülüğünün ve OFD'nin bir arada uygulandığı Alman hukukunda rekabet etmeme yükümlülüğünün OFD'nin özel bir görünümü yahut tam tersi şekilde OFD'nin rekabet yasağının özel bir uygulama alanı veya her iki kavramın

4.12.2012, II ZR 159/10, Erişim Adresi: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung (Son Erişim Tarihi:23.03.2022).

[121] Alm. POK m. 88/ f. 1'in ingilizce metni: "*The members of the management board may not carry on a trade without the consent of the supervisory board, nor may they pursue any business in the company's line of business, regardless of whether this is for their own account or that of others. Unless they have obtained such consent, they also may not be members of the management board of some other trading company, or managing directors or general partners thereof. The consent of the supervisory board may be granted only for specific trading activities or trading companies or for specific types of transactions*."Erişim Adresi: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aktg. (Son Erişim Tarihi: 27.12.2022).

[122] Gerner Beurle/ Schillig, s. 594-595; örneğin şirketin uğraşmadığı alanda bir iş yapan YK üyesi, Alm. POK uyarınca rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal etmemiştir ancak söz konusu ticari işin yapılmasında şirketin ticari menfaatinin olduğu ve şirketin ileride söz konusu konuda faaliyet gösterme ihtimalinin bulunması karşısında YK üyesinin yaptığı işin OFD'nin kapsamında kaldığı kabul edilmektedir.

[123] Gerner Beurle/Schuster, s. 211

birbiri ile örtüşen ama tamamen farklı iki kavram olup olmadığı konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır[124]. Aslında OFD, büyük ölçüde rekabet yasağı ile örtüşmektedir[125]. Her iki kurumun kaynağı da sadakat yükümlülüğüdür ve her iki kurum da şirket ile yöneticiler arasında yaşanabilecek menfaat çatışmalarının şirket lehine çözümlenmesine hizmet etmektedir. Öyle ki şirketin işletme konusuna giren türden bir işi yapmak suretiyle şirketle rekabet eden bir yöneticinin menfaati ile şirket menfaatinin çatışması kaçınılmazdır[126]. Örneğin, *Berryland Books Ltd v BK Books Ltd* kararında[127] *Indiren* isimli bir kişi, *Berryland* isimli yayım şirketinde yöneticiyken *"BK Books Ltd"* isimli başka bir şirket kurmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirmede şirketin *Berryland* ile rekabet etmek amacıyla kurulduğuna kanaat getirmiştir. Kararda yöneticilerin sadakat yükümlülüğünün bulunduğu ve bunun bir sonucu olarak iyi niyetle şirket menfaatine hareket etmeleri, yöneticisi oldukları şirketle rekabet ederek, şirketi baltamamaları gerektiği ifade edilmiştir. Mahkemeye göre *Indiren, Berryland'e* ait ticari fırsatları *BK Books Ltd* için kullanmıştır[128].

Rekabet yasağının geçerliliği, yöneticilik sıfatının devamına bağlıdır. Buna göre yönetici sıfatının sona ermesiyle rekabet yasağı da ortadan kalkmaktadır. Ancak ortaklık fırsatlarını haksız olarak kullanmama yükümlülüğü, yönetici sıfatı sona erse bile devam etmektedir[129]. Buradan hareketle öğretide; rekabet yasağını ihlal edici

---

[124] Gelter/Helleringer, s. 33.
[125] Bkz. *Castleman ex rel. Thorpe v. CERBCO, Inc.*, 676 A. 2d 436, 443 (Del. 1996), Erişim Adresi: https://www.courtlistener.com/opinion/ (Son Erişim Tarihi: 02.01.2022).
[126] Gerner-Beurle/Schuster, s. 212.
[127] *Berryland Books Ltd v BK Books Ltd* [2009] 2 BCLC 709, [2009] EWHC 1877 (Ch), Karar metni için bkz. http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC. (Son Erişim Tarihi: 27.12.2022).
[128] Langford, s. 431.
[129] *CMS Dolphin v. Simonet* kararında Simonet yöneticilik görevinden istifa ederek yeni bir şirket kurmuş ve bağlantılarını da kullanarak CMS Dolphin'in çalışanlarından bazılarıyla, önemli müşterilerini de yeni kurduğu şirkete getirmiştir. Mahkeme yöneticinin dilediği zamanda istifa etme hakkının olduğunu ve bunun sadakat yükümlülüğü kapsamında olmadığı ancak somut olayda davalının şirketin ticari fırsatını kendi menfaati için değerlendirmek amacıyla hareket ettiği sonucuna

nitelikteki davranışların OFD'nin bir *"alt uygulaması"* niteliğinde olduğu ve yöneticilik sıfatı devam ettiği sürece rekabet yasağına aykırı davranışların aynı zamanda OFD niteliğinde olduğu kabul edilmektedir[130]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. İçtihat hukukuna göre şekillenen OFD, geniş ve esnek bir uygulama alanına sahip olduğundan farklı şekillerde yorumlanabilmektedir. Nitekim Amerikan hukukunda verilmiş *Foley v. D'Agostino* kararında mahkeme, ortaklık fırsatının şirket tarafından reddedilmiş olması nedeniyle yöneticilerin sorumluluğunun OFD'ye dayandırılamayacağı ancak şirketin çıkarlarını korumakla yükümlü yöneticilerin şirkete karşı rekabet teşkil eden davranışlarda bulunmalarının sadakat yükümlülüğüne aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır[131]. Görüldüğü üzere yapılacak yoruma göre somut olayda OFD'nin uygulanıp uygulanamayacağı değişiklik göstermektedir. Bu da göstermektedir ki rekabet yasağının OFD'nin bir alt uygulaması olduğu söylenemeyecektir.

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki OFD, her zaman rekabet yasağının ihlal edilmesi suretiyle ortaya çıkmayabilir. İngiliz hukukunda olduğu gibi OFD'nin geniş yorumlanması halinde, şirketin işletme konusuna girmeyen işlerin yapılması bile yöneticilerin sorumluluğunu gerektirebilir. Böyle bir durumda her ne kadar rekabet yasağının ihlal edildiğinden söz edilemezse de ortaklık fırsatlarını haksız olarak kullanmama yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılabilir[132]. Konuya bu açıdan

varmıştır.Her ne kadar sadakat yükümlülüğü yöneticilik sıfatına bağlı olsa da, şirketin müşteri çevresi hakkındaki bilgisini kullanarak şirketle rekabet eden davalının istifa etmeden önce menfaat çatışmasının farkında olduğu ve bundan yararlandığı ifade edilmiştir; *CMS Dolphin v. Simonet* Anr [2001] EWHC Ch 415 (23 May, 2001), Karar metni için bkz. https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC. (Son Erişim Tarihi: 27.12.2022).

[130] Göksoy, s. 678; *Hopt* ise rekabet yasağının kapsamının OFD'den daha geniş olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre rekabet yasağını ihlal eden davranışlar her zaman ticari fırsatların değerlendirilmesi suretiyle ortaya çıkmamaktadır. Bkz. Hopt, s. 178.

[131] Karar için bkz. Popofsky L.J.: "Corporate Opportunity and Corporate Competition: A Double-Barreled Theory of Fiduciary Liability" Hofstra Law Review, 1982, C. 10, S. 4, s. 1212-1213.

[132] Gerner Beurle/Schuster, s. 212.

yaklaşıldığında, yöneticilik sıfatı devam ederken ortaklık fırsatlarının haksız şekilde kullanılması sonucunu doğuracak her davranışın aynı zamanda rekabet yasağının ihlali anlamına gelmeyeceği açıktır. Kaldı ki yöneticilik sıfatı sona erdikten sonra kanunen rekabet yasağı uygulanamayacağından OFD gündeme getirilebilir. Özellikle bu durum, yöneticinin henüz yöneticilik sıfatı devam ederken ortaklığın dahil olduğu bir işin yahut yöneticinin bilgisine ulaşan bir iş fırsatının değerlendirilmesi amacıyla yöneticinin ortaklıktan ayrılmasında söz konusu olur. Yöneticinin yöneticilik sıfatı devam ederken şirketin akdettiği bir sözleşmeden doğan yükümlülükleri şirketten ayrılarak kendi hesabına yerine getirmesi bu duruma örnektir[133].

Sonuç olarak rekabet etmememe yükümlülüğü ile OFD farklı hukuk sistemlerinde gelişim göstermiş olmasına karşın ortak paydaları olan sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak bir arada uygulanabilmişlerdir. Her iki kurumun bir arada uygulanması, aralarındaki ilişkiye dair soru işaretleri yaratmıştır. Kanımızca her iki kurumun da kaynağı farklı hukuk sistemleri olduğundan birinin diğerinden doğduğu veya birinin diğerinin uygulaması olduğu söylenemez. Öte yandan OFD farklı ülke mahkemelerinde farklı şekillerde yorumlanmakta ve uygulanmaktadır. Bu nedenle en baştan rekabet yasağını ihlal eden her durumun aynı zamanda OFD teşkil edeceğine (veya tam tersi) yönelik varsayımlar uygulamada karşılığını bulmayabilir.

Türk hukuku bakımından ise; her ne kadar yöneticiler tarafından ortaklık fırsatlarının kötüye kullanılmasına ilişkin Türk hukukunda doğrudan bir düzenleme mevcut değilse de OFD'nin kaynağının, rekabet yasağında olduğu gibi sadakat yükümlülüğü olduğu düşünülürse, sadakat yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak hükümler bu halde de uygulama alanı bulacaktır. Örneğin anonim

[133] Gerner Beurle/Schillig, s. 597.

şirketlerde bir yönetim kurulu üyesinin ortaklık fırsatını kendi menfaatine kullanarak şirketi zarara uğratması halinde TTK m. 553 uyarınca sorumluluk davası açılabilir. Öğretide vekaletsiz iş görme hükümlerinin (TBK m. 530); haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK m. 49'un ve eğer yöneticinin ortaklık fırsatını kötüye kullanması aynı zamanda şirkete karşı rekabet teşkil eden bir davranış[134] ise kanunda rekabet yasağının ihlaline bağlanan yaptırımların uygulanabileceği ifade edilmektedir. Şirket bakımından bu haklar yarışan hak niteliğindedir[135].

C. Affectio Societatis Unsuru

Daha önce ifade edildiği üzere sadakat yükümlülüğünü gerektiren hukuki ilişkilerde ortak bir amaç söz konusudur[136]. Şirketler hukukunda ortak amaç unsurundan TBK m. 620'de söz edilmiştir ancak ortak amacın ne olduğu anılan maddede açıklanmamıştır[137]. TBK m. 622'de ise ortakların niteliği gereği şirkete ait kazancı paylaşmakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden hareketle ortak amacın *"kazanç paylaşmak"* olduğu ifade edilmektedir[138].

Doktrinde şirketin varlığından söz edilebilmesi için ortakların ortak amaç doğrultusunda emek ve mallarını bir sözleşme etrafında birleştirmeleri yeterli görülmemiş; ayrıca amacın gerçekleştirilebilmesi için çaba sarf etmekle yükümlü oldukları kabul edilmiştir[139]. İşte bu ortaksal çaba "*ortaklığın başarıya ulaştırılması*

[134]Kanunda rekabet yasağının ihlali sonucuna bağlanmış yaptırımların uygulanabilmesi için davranışın kanuni rekabet yasağının kapsamına uyuyor olması gerekir.
[135] Göksoy, s. 678.
[136] Bkz. Birinci Bölüm, III, B, 1.
[137] TBK m. 620: *"Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir."*
[138] Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), C.I, s. 28.
[139] Kayar, İ.: Şirketler Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2008, s. 14; Kayıhan, Ş.: Şirketler Hukuku, Ankara 2015, s. 38.

niyeti" anlamına gelen *"affectio societatis"* olarak anılmaktadır[140].

Bazı yazarlar tarafından *affectio societatis'in* rekabet yasağı düzenlemelerinin kaynağı olduğu ifade edilmektedir[141]. Gerçekten de şirket amacının gerçekleştirilmesi için çaba sarf etmekle yükümlü olan ortakların, şirketle rekabet etmek gibi ortak amacın gerçekleşmesini engelleyici davranışlardan kaçınması beklenir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, sadakat yükümlülüğü zaten ortak amacın gerçekleştirilmesi için çaba sarf etmeyi ve amacın gerçekleşmesini engelleyici davranışlardan kaçınmayı gerektirmektedir. Bir diğer ifadeyle; *affectio societatis* ile sadakat yükümlülüğü birbirini tamamlamaktadır[142].

Ortak sayısının az olduğu şahıs şirketlerinde şirketin varlığı, ortaklar arasındaki güven ilişkisine bağlıdır. Bu nedenle ortak amaca ulaşmak için beraber çalışma ve çaba sarf etme yükümlülüğü esas itibariyle şahıs şirketlerinde söz konusu olmaktadır[143]. Öte yandan sermaye unsurunun ön planda olduğu sermaye şirketlerinde ortak sayısı genellikle daha fazladır ve ortaklar arasında ilişki yok denecek azdır. Bu nedenle ortaklığın yönetimi ayrı bir organa bırakılmış ve bağımsız denetim sistemi getirilmiştir. Açıklanan nedenlerle sermaye şirketlerinde *affectio societatis* unsuru zayıflamıştır[144].

---

[140] Göktürk, K: "Şirketler Hukukunda Affectio Societatisin Anlamları" Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, C. 7, S. 2, s. 220-223; Poroy/Tekinalp (Çamoğlu*)*, C. I, s. 29.

[141] Poroy/Tekinalp (Çamoğlu*)*, C.I, s. 30; Kayar, s. 14; Karakılıç, s. 36; Öçal, s. 432.

[142] Aydoğan, s. 10; Nitekim *Franko,* rekabet yasağının kaynağını açıklarken *affectio societatis* unsurundan sadakat yükümlülüğü başlığı altında söz etmiş ve sadakat yükümlülüğünün asıl olarak şahıs şirketlerinde mevzubahis olmasının nedeni olarak ortakların ortak bir amaca ulaşmak konusunda özel olarak taahhütte bulunmuş olmalarını göstermiştir. Bkz. Franko*,* s. 23.

[143] Kayıhan*,* s. 39.

[144] Yazar ayrıca sermaye şirketlerinde zayıflasa da *affectio societatis* unsurunun varlığını kabul etmekte ortakların şirket amacının gerçekleşmesini önleyici davranışlardan kaçınmakla yükümlü olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Bahtiyar, M.: Ortaklıklar Hukuku, 12. baskı, İstanbul 2017, s. 22; Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), C. I, s. 30; Kayar, s. 14; *Affectio societatis* kavramının "olmazsa olmaz" olarak değerlendirilemeyeceği ve dolayısıyla bir "unsur" olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. Göktürk, s. 231.

Bize göre, *affectio societatis* unsurunun tüm ortaklık türleri bakımından rekabet yasağı hükümlerine kaynaklık etmesi mümkün değildir. Şöyle ki kanuni rekabet yasağı, şahıs şirketlerinde ortaklar, sermaye şirketlerinde ise yöneticiler için düzenlenmiştir. Şahıs şirketlerinde ortaklar için getirilen rekabet yasağı düzenlemeleri *affectio societatis* unsuruyla açıklanabilirse de aynı şey anonim şirketler bakımından geçerli değildir. Öyle ki anonim şirketlerde rekabet yasağı, yalnızca YK üyeleri için düzenlenmiştir (TTK m. 396). Görüldüğü üzere pay sahibi sıfatı bulunmayan YK üyeleri için rekabet yasağının kaynağı, *affectio societatis* unsuru ile açıklanamamaktadır. Dolayısıyla rekabet yasağı hükümlerinin kaynağı araştırılırken *affectio societatis* sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı veya onu tamamlayan bir unsur olarak kabul edilmelidir[145].

D. Çalışmayı Şirkete Tahsis Etme Borcu

Öğretide kimi yazarlar tarafından yöneticilerin konumları gereği emek ve zamanlarını şirkete tahsis etmekle yükümlü oldukları ve bu yükümlülüğün rekabet yasağının kaynaklarından biri olduğu kabul edilmektedir[146]. Ancak *Kalpsüz*, genel kurul kararı ile yasağın kapsamının daraltılabilmesi veya tamamen ortadan kaldırılabilmesinin mümkün olmasından hareketle rekabet yasağı düzenlemelerinin asıl ve tek kaynağının çalışmayı şirkete tahsis etme yükümlülüğü olduğu görüşündedir[147].

---

[145] Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin mahiyetinden ötürü yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle affectio societatis unsurunu da kapsayacak şekilde sadakat yükümlülüğünün rekabet yasağının kaynağı olarak ifade edilmesinin daha isabetli olduğu görüşündeyiz.

[146] Franko, s. 25; Kayar/Çeliktaş, s. 312; Öçal, s. 433, Ulusoy, E.: Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Ankara 2005, s. 235; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 687.

[147] Kalpsüz, s. 352.

Bu yükümlülüğün rekabet yasağının kaynağı olarak ifadesi esasen Alman hukukunda söz konusu olmuştur. Alm. POK'un rekabet yasağı *(Wettbewerbsverbot)* başlıklı 88. maddesi uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin denetleme kurulunun izni olmaksızın (1) ticaret yapmaları[148] (2) kendileri veya üçüncü kişiler hesabına şirket konusuna giren türden işlemler yapmaları; (3) başka bir ticaret şirketine yönetim kurulu üyesi, yönetici veya sınırsız sorumlu ortak olarak girmeleri yasaklanmıştır.

Doktrinde bu üç yasaktan ilki olan ticaret yapma yasağının nedeni olarak, yöneticilerin tüm dikkat ve çalışmalarını şirkete yoğunlaştırmak zorunda olmaları gösterilmektedir[149]. Öyle ki YK üyesinin yaptığı ticari faaliyet, şirketin konusuna girmese ve hatta şirket ile yönetici arasında menfaat çatışması yaratmasa dahi yasaklanmıştır[150]. Böylelikle YK üyelerinin şirket dışında hiçbir ticari faaliyetlerinin olması istenmemiş ve tüm çalışmalarının şirkete tahsis etmeleri arzu edilmiştir. Türk hukukunda YK üyelerinin rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 396 açısından aynı sonuca varmak mümkün değildir. Her şeyden önce TTK m. 396 "ticaret yasağı" getirmemektedir. Gerçekten de anılan hükümde yasağın kapsamı şirketin konusuna giren ticari işler ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla kanun koyucunun amacı, yönetim kurulu üyelerini ticaretten menetmek değildir[151]. Bu nedenle YK üyelerinin şirketin

---

[148] Alman POK m. 88'de yer alan *"Handelsgewerbe betreiben"* ifadesi, türkçeye *"ticaret yapmak"* ya da *"ticari faaliyette bulunmak"* olarak çevrilebilir. Nitekim maddenin İngilizce çevirilerinde de *"Carry on a trade"* Bkz. Bundesministerium der justiz für verbrauchershutz bundesamt für justiz, Translations, Erişim Adresi: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aktg/englisch_aktg.pdf, (Son Erişim Tarihi: 28.12.2021); *"engage in any trade"* ifadeleri kullanılmıştır. Bkz. Gerner Beurle /Schillig, s. 592; buna karşın Türk öğretisinde anılan kavram "ticari işletme işletmek" olarak türkçeleştirilmiştir. Bkz. Kalpsüz, s. 350, dn. 1; Kanaatimizce, Alman hukukunda YK üyelerinin çalışmalarını şirkete tahsis etmekle yükümlü oldukları kabul edildiğinden, hükümde kastedilen ticari işletme işletmekten daha geniş kapsamda olan ticaret yapma yasağıdır. Bu nedenle çalışmamızda anılan ifade, "ticaret yapma yasağı" olarak çevrilmiştir.

[149] Alman hukukunda gerek uygulamada gerekse öğretide Alm POK, m. 88'in çifte işlevi bulunduğu kabul edilmektedir. Buna göre ilgili hüküm, YK üyelerini hem rekabet etmeme hem de tüm iş ve güçlerini şirkete hasretme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bkz. Karakılıç, s. 121.

[150] Gerner Beurle/ Schillig, s. 592.

[151] Mimaroğlu, K. S.: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuku Mesuliyeti, Ankara 1967, s. 94.

konusu dışında kalan alanlarda ticari olsun olmasın her türlü işi yapabileceklerinin kabulü gerekir[152]. Sonuç olarak, Alman ve Türk hukuku arasındaki bu farklı yaklaşım, göstermektedir ki TTK m. 396 bakımından rekabet yasağının kaynağının çalışmayı şirkete tahsis borcu olduğu söylenemez.

Limited şirketlerde ise müdürler için rekabet etmeme yükümlülüğü öngören TTK m. 626'da, ETK m. 547'den farklı olarak, hangi davranışların rekabet yasağı kapsamında kaldığı, açıkça belirtilmemiştir. Kanun koyucunun TTK m. 626'da rekabet yasağı teşkil eden davranışları saymaması bilinçli bir tercihtir. Nitekim maddenin gerekçesinde de bu durum "*Hüküm mevcut hukuktan farklı olarak, rekabet yasağına aykırılığı kazuistik yöntemle belirlememiştir. Bu fıkra, eski metinde öngörülen hâlleri ve gereğinde bu haller dışında kalan diğer rekabet faaliyetlerini (meselâ, dolaylı ve gereğinde etkisi duyulan komşu alan rekabeti) de kapsar"*[153]. denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Bu nedenle her ne kadar limited şirket müdürleri bakımından Alm. POK m. 88'de olduğu gibi yasağın kapsamının daha geniş olduğu ve şirket konusuna girsin girmesin her türlü ticari işi kapsadığı savunulabilirse de anonim şirket YK üyelerine yüklenmeyen bir mesuliyetin limited şirket müdürleri için öngörülmesinin doğru olmadığı kanısındayız[154]. Nitekim Alman hukukunda da limited

---

[152] Aydoğan, s. 12.

[153] Bkz. TTK m. 626 Gerekçesi; ETK m. 547:*"Müdür olan bir ortak, diğer ortakların muvafakati olmadan şirketin uğraştığı ticaret dalında ne kendi ve ne de başkası hesabına iş göremiyeceği gibi başka bir işletmeye mesuliyeti tahdid edilmemiş ortak, komanditer ortak veya limitet şirketin azası sıfatiyle iştirak dahi edemez. Bu yasak, mukaveleye konacak hükümle bütün ortaklara teşmil edilebilir."*

[154] Kanun koyucu, yalnızca anonim şirketlerde değil şahıs şirketlerinde de ortakların, şirket konusuna girmeyen alanlarda ticari faaliyette bulunmalarını yasak kapsamına almamıştır. Kanımızca limited şirketlerdeki bu farklılığın nedeni hükmün İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmış olmasındandır. Öyle ki İsviçre hukukunda limited şirketler dışındaki şirketler hakkında rekabet yasağı düzenlenmemiştir. Oysa bizim kanunumuzda anonim şirketler başta olmak üzere tüm şirket türleri bakımından rekabet yasağı kanunda düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemeleri yok sayarak limited şirketlerde rekabet yasağı düzenlemesi için İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki (İsv. BK) düzenlemeyi esas alması, limited şirketler ve diğer şirketler bakımından uyumsuzluk yaratmaktadır. Bu konuda bkz. Yıldırım, H. A.: Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu, İzmir 2008, s. 89. Ayrıca konu hakkında bkz. İkinci Bölüm, VI, D.

şirket müdürü ile anonim şirket YK üyesinin hukuki statülerinin, haklarının ve yükümlülüklerinin farklı olmasından hareketle limited şirket müdürlerinin tüm emek ve zamanlarını şirkete tahsis etme yükümlülüğü altında olmadıkları kabul edilmektedir[155].

Ayrıca belirtmek gerekir ki yasağın kapsamının belirsiz olması ve bu nedenle geniş yorumlanması, anayasal bir hak olan çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünün de (Anayasa m. 48) gereğinden fazla sınırlandırılması anlamına geldiğinden kabul edilemez. Kaldı ki rekabet yasağına ilişkin hükümlerin dar yorumlanması kuralından hareketle, limited şirketlerde de müdürlerin şirketin işletme konusu dışında kalan alanlarda ticari faaliyette bulunabileceklerinin kabulü gerekir.

Sonuç olarak sermaye şirketlerinde yöneticiler için rekabet yasağı getiren hükümler, yöneticilerin tüm emek ve zamanlarını şirkete tahsis etmelerini zorunlu kılmamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce çalışmayı şirkete tahsis borcu tek başına rekabet yasağının kaynağı olarak değerlendirilemez.

Son olarak şahıs ortaklıkları açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, kollektif ve adi komandit şirketlerde çalışmayı şirkete tahsis borcu, ancak yönetici ortaklar için söz konusu olabilir. Yönetici olmayan ortakların böyle bir borcu bulunmamaktadır. Buna rağmen yönetici olmayan ortakların şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü devam etmektedir[156]. O halde şahıs şirketleri bakımından da rekabet yasağının kaynağının çalışmayı şirkete tahsis borcu olduğu söylenemeyecektir.

[155] Karakılıç, s. 122; Ertaş, M. E.: Alman ve Türk Şirketler Hukukuna Göre İsviçre Hukukundan karşılaştırmalı Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, Ankara, 2018, s. 39.
[156] Franko, s. 26; Aydoğan, s. 12; Kayar/Çeliktaş, s. 312.

İKİNCİ BÖLÜM: ŞİRKETLER HUKUKUNDA REKABET YASAĞI

I. GENEL OLARAK

Şirketler hukukunda kanundan doğan rekabet yasağının öznesi, şahıs şirketlerinde ortaklar, sermaye şirketlerinde ise kural olarak yöneticilerdir. Limited şirketler dışında diğer şirket türleri bakımından rekabet yasağını konu edinen hukuki düzenlemeler arasında bir paralellik mevcuttur. Öyle ki sermaye şirketi olan anonim şirketlerde YK üyeleri için rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 396, kollektif şirketlerde ortakların rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 230 ile çok benzerdir. Özellikle yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar her iki hükümde de aynı şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle çalışmamızda kollektif şirketler detaylı şekilde incelenmiş olup yapılan pek çok açıklama başta anonim şirketler olmak üzere diğer şirket türlerini de kapsamaktadır.

Limited şirketlerde kanun koyucu, yasağın kapsamını çok geniş tutmuş ve uygulanacak yaptırımlar bakımından bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle limited şirketlerde kanundan doğan rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 626/ f. 2'nin kanunun sistematiğine uygun olmadığı kanısındayız. Nihayetinde limited şirketlerde rekabet yasağını diğer sermaye veya şahıs şirketlerinden farklı şekilde düzenlenmesini gerektirecek bir neden söz konusu değildir.

Yasağın önemi şahıs şirketlerinde sermaye şirketlerine nazaran daha fazladır. Bunun sebebi şahıs şirketlerinde ortaklar arası güven ilişkisinin, şirketin temelini oluşturması olarak ifade edilebilir. Şüphesiz rekabet yasağının ihlali, bu güven

ilişkisini sarsıcı mahiyettedir. Kaldı ki yasağın ihlali şahıs şirketlerinde şirketin haklı nedenle feshine dahi neden olabilir.

Her ne kadar TTK'daki hükümler arasında benzerlik bulunsa da yasağın uygulanma biçimi ve şirket türlerine göre öğretide farklı görüşler ileri sürülmesine neden olmuştur. Çalışmamızda doktrinde tartışılmış, üzerinde durulmuş konular etrafında her şirket türü için birbirinden bağımsız şekilde rekabet yasağı konusu incelenmiş, gerekli görüldüğü yerde farklı şirket türleri arasında bağlantı kurulmuştur.

II. ADİ ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI

A. Adi Şirketlerde Rekabet Yasağının Düzenlenişi

1. Genel Olarak

TBK'nın 620 ilâ 645.maddeleri arasında düzenlenen adi şirket ; "*iki veya daha fazla kişinin ortak bir amaca erişmek için emek veya mallarını birleştirmeyi üstlendikleri tüzel kişiliği bulunmayan, ortakların ortaklık borçlarından kendi malvarlıklarıyla sınırsız ve müteselsil olarak sorumlu oldukları kişi topluluğu"* olarak tanımlanabilir[157]. Adi şirketlerde, ortakların kişisel özellikleri ön planda olduğundan, ortakların birbirlerine güvenen kimseler olmaları, ortaklığın devamı açısından büyük

[157] Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Baskı, Ankara 2021, s. 843; TBK m.620/f. 1'deki tanım yeterli görülmemiş ve öğretide adi ortaklığa ilişkin pek çok tanıma yer verilmiştir. Bu konu hakkında bkz. Barlas, N.: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4.Baskı, İstanbul 2016, s. 12-18; Adi ortaklık sözleşmesinin nitelendirilmesine ilişkin yargıya konu olmuş somut olay hakkında bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.10.2018, E. 2018/2115, K. 2018/10683, Karşı Oy, (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarih: 27.12.2022), yine adi ortaklığın unsurlarına yönelik yargı kararı için bkz. Yarg.3.HD, T. 16.05.2017, E.2016/13975, K. 2017/7258, (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 27.12.2022).

önem taşımaktadır[158]. Söz konusu güvene dayalı ilişkinin devam etmesi ve böylece ortak amaca erişilebilmesi için ortaklar, hem şirkete (tüzel kişiliğe haiz olmasa bile) hem de diğer ortaklara karşı sadakat yükümlülüğü altındadırlar[159].

Sadakat yükümlülüğünün doğal bir sonucu olarak, ortakların şirket amacının gerçekleştirilmesi için birlikte çalışması ve bu amacın gerçekleştirilmesine engel teşkil edebilecek her türlü faaliyetten uzak durması gerekir[160]. Görüldüğü üzere, adi şirketlerde sadakat yükümlülüğü, şirket amacının korunmasına hizmet ettiği gibi *affectio societatis* unsuru ile de yakından ilgilidir[161]. Bundan hareketle adi şirketlerde rekabet yasağının kaynağının, *affectio societatis* unsuru ve dolayısıyla sadakat yükümlülüğü olduğu söylenebilir[162]. Nitekim adi şirketlerde rekabet yasağı, TBK m.626'da düzenlemiş ve ortakların gerek kendi menfaatlerine gerekse üçüncü kişilerin menfaatine olacak şekilde şirket amacını engelleyici veya zarar verici işler yapamayacakları kabul edilmiştir. Böylelikle ortaklara yalnızca rekabet yasağı değil; sadakat yükümlülüğü de getirilmiştir[163]. Hükümde geçen "*ortaklığın amacını engelleyici"* ifadesi ile ortaklar için şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü, *"zarar verici"* ifadesi ile de sadakat yükümlülüğüne aykırı fiillerden kaçınma yükümlülüğü getirildiği kabul edilmektedir[164]. Hükmün amacı ise şirket amacının korunmasıdır[165].

---

[158] Eren, s. 871.
[159] Şener, H. O.: Adi Ortaklık, Ankara 2008, s. 150; ortakların yalnızca ortaklığa karşı değil, birbirlerine karşı da sadakat yükümlülüğü altında bulunmalarına, sadakat yükümlülüğünün çifte niteliği denilmektedir.
[160] Nomer, s. 10; Şener, (Adi Ortaklık), s. 149.
[161] Şener, (Adi Ortaklık), s. 150; yazar ayrıca sadakat yükümlülüğünün *affectio societatis* unsurundan kaynaklandığı görüşündedir.
[162] Ayhan, R./ Çağlar, H./ Özdamar M.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3.Baskı, Ankara 2019, s. 111; Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), C.I, s. 72; Aydoğan, s. 27; Karakılıç, s. 80; Girgin, A. Ö.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, İstanbul 2017, s. 21.
[163] Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), C.I, s. 72.
[164] Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), C.I, s.72.
[165] Şener, (Ortaklıklar Hukuku), s. 54; Karakılıç, s. 81.

2. Yasağın Kişi Bakımından Kapsamı

Adi şirketlerde rekabet yasağı, ortakların sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olduğu için yönetici olsun veya olmasın tüm ortakları kapsamaktadır[166]. Ayrıca belirtmek gerekir ki kanun koyucu, her ortağa şirket iş ve işlemleri ile ilgili olarak bilgi alma ve inceleme hakkı tanımıştır (TBK m. 631). Dolayısıyla yönetici olmayan ortaklar ile yöneticiler arasında şirket sırlarına erişim konusunda bir fark bulunmamaktadır[167]. Edinilen bu bilgilerin, şirket menfaatine aykırı şekilde kötüye kullanılmasının önüne geçmek için yalnızca yöneticileri kapsayan bir rekabet yasağı düzenlemesi yeterli olmayacağından; adi şirketlerde rekabet yasağı, tüm ortakları kapsayan geniş bir yasak olarak düzenlenmiştir[168].

Hükümde, yasağın muhatabı olarak ortaklar kabul edildiğinden ve ayrıca yöneticilere ilişkin bir düzenleme bulunmadığından adi şirketlerde kanuni rekabet yasağı, ortak sıfatı bulunmayan yöneticiler için geçerli değildir. Ticari temsilci, ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları hakkında TBK m. 553 uygulama alanı bulacaktır[169].

3. Yasağın Zaman Bakımından Kapsamı

Adi şirketlerde rekabet yasağı, kanun gereği doğar. Bunun bir sonucu olarak şirket sözleşmesinde bir hüküm bulunmasa dahi bir kişi, ortak sıfatını kazandığı andan itibaren rekabet yasağına tâbidir[170]. Aynı şekilde ortaklık sıfatının kaybedilmesiyle

[166] Göksoy, s. 634.
[167] Öçal, s. 434.
[168] Şener, (Ortaklıklar Hukuku), s. 54.
[169] Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), C. I, s. 72.
[170] Öçal, s. 433.

rekabet yasağı da son bulur. Buna karşılık taraflar arasında dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırı olmamak kaydıyla rekabet yasağının devamına yönelik anlaşma yapılması mümkündür[171].

Şirketin son bulmasıyla rekabet yasağı da sona erer. Ancak tasfiye aşamasında şirket, tasfiyenin gerçekleştirilmesi amacıyla sınırlı olarak varlığını sürdürür. Bir diğer ifadeyle, bu aşamada şirketin ehliyeti, tasfiye amacıyla sınırlandırılır[172]. Rekabet yasağı düzenlemesinin amacının şirket amacını korumak olduğu düşünüldüğünde; yasağın kapsamı da tasfiyenin gerçekleştirilmesi amacıyla daralmış olur. Buna göre, ortakların tasfiyenin gerçekleştirilmesini engelleyici davranışlarının önüne geçmek amacıyla sınırlı da olsa rekabet yasağı, tasfiye aşamasında da uygulama alanı bulur[173].

4. Yasağın İhlali Niteliğindeki Faaliyetler

Adi şirketlerde rekabet yasağının ihlali niteliğinde olan faaliyetler, oldukça geniş tutulmuştur[174]. Öyle ki ticaret şirketlerinin aksine, adi şirketlerde rekabet yasağının kapsamı şirket konusuna giren işlerle sınırlandırılmamış; TBK m. 626'da *"ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işler"* gibi genel bir ifadeye yer verilmiştir. Dolayısıyla adi şirketlerde ortak tarafından gerçekleştirilen işlemler, şirketin konusu dışında olsa bile şirket amacına aykırı veya şirkete zarar veriyor ise

[171] Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), C. I, s. 72; Öçal, s. 434.
[172] Göksoy, s. 657.
[173] Şener, (Ortaklıklar Hukuku), s. 55; aksi yönde bkz. Poroy/ Tekinalp (Çamoğlu), C. I, s. 72.
[174] Göksoy, s. 661; Çevik, N.O: Kollektif Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Ankara, 1978, s. 385; her ne kadar kapsamın geniş tutulduğundan söz edilebilirse de bir bakıma kapsamın daraldığı da bir gerçektir. Gerçekten de şirketin iştigal ettiği alanda yapılan işlemin rekabet yasağına aykırı olarak nitelendirilebilmesi için şirketin amacına aykırı yahut onu engelleyici nitelikte olması gerekmektedir. Dolayısıyla ticaret şirketleri bakımından rekabet yasağı sınırları içinde kalan bir fiil, şirket amacını engelleyici mahiyette olmadığı takdirde adi şirketlerde rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz.

yasak kapsamındadır. Oysa ticaret şirketlerinde kanundan doğan rekabet yasağı, şirket konusuna giren işlerle sınırlandırılmıştır. Aradaki bu farklılığın bir sonucu da şirket konusuna giren bir işlemin, ticaret şirketler bakımından peşinen rekabet yasağı kapsamında kaldığı kabul edilmesine karşın; adi şirketlerde ayrıca şirket amacına aykırılığın veya şirkete zarar verildiğinin ispat edilmesinin gerekmesidir [175] Dolayısıyla, adi şirketlerde şirketin konusuna giren bir işlem aynı zamanda şirketin amacına aykırı veya şirkete zarar verecek nitelikte olmadığı sürece rekabet yasağına aykırı değildir. Sonuç olarak, adi şirketlerde, ticaret şirketlerinden farklı olarak, rekabet yasağının kapsamının belirlenmesinde şirketin faaliyet gösterdiği alan veya işletme konusu bir kıstas değildir. Önemli olan yapılan işlemin, şirket amacının gerçekleştirilmesine olan etkisidir. Dolayısıyla adi şirket ortağının, başka bir şirkete katılması, adi şirketin amacına aykırıysa veya şirkete zarar veriyorsa rekabet yasağının ihlalini gündeme getirilebilir [176].

Rekabet yasağı, ortaklar arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirdiğinden emredici nitelikte değildir. Nitekim diğer ortakların rekabet teşkil eden davranışa icazet vermeleri veya sessiz kalmaları ile yasak son bulmaktadır[177].

Hüküm, emredici nitelikte olmadığından şirket sözleşmesinde veya daha sonra alınacak bir ortaklık kararıyla yasağın kapsamı genişletilebilir, daraltılabilir veya yasak tamamen ortadan kaldırılabilir[178]. Ancak yasağın kapsamı, kişilerin çalışma ve sözleşme yapma özgürlüklerini gereğinden fazla sınırlandıracak şekilde

[175] Göksoy, s. 662; Domaniç'e göre yasağın kapsamının şirketin iştigal konusuyla sınırlandırılmadığı TBK m. 626 rekabet yasağına olan ihtiyaç bakımından daha elverişli ve daha rasyoneldir. Bkz. Domaniç, (Adi Kollektif), s. 107.
[176] Göksoy, s. 671.
[177] Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 111; Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), C. I, s. 72.
[178] Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), C. I, s. 73; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 111; Şener, (Ortaklıklar Hukuku), s. 54; Karakılıç, s. 80.

genişletilmemelidir. Aksi takdirde yapılan sınırlandırmalar, TMK m. 23/ f. 2'de yer alan *"Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz."* hükmüne ve dolayısıyla hukuka aykırıdır[179]. Aynı şekilde yasağın kapsamının şirketin amacına aykırı şekilde daraltılması da geçerli olmayacaktır[180].

Öğretide, adi şirketlerde kanuni rekabet yasağının diğer şirket türlerinde olduğu gibi detaylı düzenlenmemiş olması nedeniyle kollektif şirketlerde rekabet yasağını düzenleyen TTK'nın 230. maddesinin[181], adi şirketlere kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır[182]. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, adi şirketlerde rekabet yasağının kapsamı, şirketin yaptığı ticari işler türünden işlerle sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla adi şirket ortakları, şirketin fiilen yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendileri veya üçüncü kişilerin hesabına yapamayacak veya aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak giremeyeceklerdir. Yine TTK m. 230/ f. 2 uyarınca, adi şirkete sonradan giren ortak, daha önceden başka bir şirkette sınırsız sorumlu ortak ise ve diğer ortaklar bunu bildikleri halde sonradan adi şirkete katılan ortakla önceki şirketle ilişkisini kesmesi konusunda anlaşmamışlarsa bu durumu kabul etmiş sayılacaklardır.

Bize göre her ne kadar ticaret şirketlerindeki kadar detaylı olmasa da kanun koyucu, adi şirketlerde yasağın kapsamını, *"ortaklığın amacını engelleyici işler"*

---

[179] Şener, (Ortaklıklar Hukuku), s. 54; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 112.
[180] Franko, s. 27; Şener, (Ortaklıklar Hukuku), s. 54.
[181] TTK m. 230: "*Bir ortak, ortağı olduğu şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremez.*
Yeni kurulan bir şirkete giren ortağın, daha önce kurulmuş diğer bir şirketin de sorumluluğu sınırlandırılmamış ortaklarından olduğunu diğer ortaklar bildikleri hâlde önceki şirketten ilişiğinin kesilmesini aralarında açıkça kararlaştırmamışlarsa, bu durumu kabul ettikleri varsayılır."
[182] Şener, (Ortaklıklar Hukuku), s. 55; Bozkurt, T.: Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2013, s. 50.

olarak düzenlemiştir. Kollektif şirketlere ilişkin TTK m. 230'un adi şirketlere kıyasen uygulanması, TBK m.626'nın tamamen bertaraf edilmesi anlamına gelmektedir. Gerçekten de adi şirketlerde yasağın kapsamına TTK m. 230'un uygulanması halinde, ortaklığın faaliyet göstermediği alanda yapılan ticari iş veya işlemler ortaklığın amacına aykırı olsa dahi rekabet yasağının ihlali olarak nitelendirilemeyecektir.

Kollektif şirketler ile adi şirketler her ne kadar şahıs şirketleri olmaları sebebiyle benzer olsalar da tüzel kişiliğe sahip olmak bakımından birbirlerinden ayrılmaktadır. Bu fark göz ardı edilmemeli ve salt şahıs şirketi olmaları ve benzer oldukları gerekçeleriyle halihazırda yasağın kapsamı kanunda düzenlenmiş olmasına rağmen, detaylıca düzenlenmediğinden bahisle kollektif şirkete ilişkin hükümler, adi şirketlere kıyasen uygulanmamalıdır. Kaldı ki kanun koyucu, kanunda hüküm bulunmayan konularda ticaret şirketlerine TBK'nın adi şirkete ilişkin hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür (TTK m. 126). Adi şirkete ilişkin hükümler TTK'ya göre genel nitelikte olduğundan TTK hükümlerinin TBK'ya kıyasen uygulanması da mümkün olmamalıdır. Anılan sebeplerle yasağın kapsamının belirlenmesi amacıyla kollektif şirketlerde rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 230'un kıyasen adi şirketlere uygulanması yönündeki bu görüşe katılmıyoruz.

5. Yasağın İhlali Halinde Uygulanacak Yaptırımlar

TBK m. 626, rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımları içermemektedir. Her ne kadar kanunda herhangi bir yaptırıma yer verilmemişse de yasağın ihlali nedeniyle şirketin uğradığı zararın tazmin edilmesi gerekir. Bu

doğrultuda ortaklar, tespit, önleme (men), maddi durumun ortadan kaldırılmasını talep edebilir[183].

Öğretide, yasağın ihlaline uygulanacak yaptırımlarla ilgili olarak farklı hükümlere işaret edilmiştir. Bir görüşe göre, yasağa aykırı hareket eden ortağa karşı TBK m. 628/ f. 2 uyarınca tazminat davası açılabilecektir[184]. Ancak rekabet yasağının ihlali nedeniyle açılacak tazminat davasında TBK m. 628'de düzenlenen sorumluluk davasının aksine, ortağın kusurunun aranmayacağı da yine öğretide ifade edilmektedir[185]. Diğer bir görüşe göre yasağa aykırılık halinde ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları hakkında uygulanan TTK m. 553/ f. 2 adi şirket ortakları hakkında da uygulanmalıdır[186]. Buna göre diğer ortaklar, uğradıkları zararın giderilmesini istemek yerine işlerin şirket hesabına yapılmış sayılmasını talep edebileceklerdir[187]. Benzer şekilde şahıs şirketlerinin yapısına uygun düşen TTK m. 230 ve m. 231'in şahıs şirketlerinin prototipi olan adi şirketlere de kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır[188]. Bizim de kabul ettiğimiz bu görüş

[183] Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), C. I, s. 72.
[184] Bahtiyar, s.34; Yargıtay kararlarında da rekabet yasağını ihlal etmek suretiyle kusurlu davranan ve diğer ortakları zarara uğratan ortağın TBK m. 628/ f. 2 (EBK m. 528) uyarınca bu zararı gidermekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Yarg. 3. HD., T. 24.01.2017, E. 2016/310, K. 2017/504 (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 27.12.2022); Yarg. 3. HD. T. 14.03.2017, E. 2016/4981, K. 2017/2988 (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 27.12.2022).
[185] Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), C. I, s. 72; Özenli, S.: Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Ankara 1988, s. 186; bu yönüyle rekabet yasağına aykırı hareket eden ortağa karşı açılacak tazminat davası olağan tazminat davalarından ayrılmaktadır. Olağan tazminat davalarında fiil, zarar, fiil ile zarar arasında nedensellik bağı ve fiili gerçekleştiren kişinin kusurlu olması aranırken rekabet yasağının ihlali halinde açılacak tazminat davalarında rekabetin haklı ya da haksız olması yahut ortağın kusurlu olup olmaması önemli değildir. Fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunması tazminat davasının açılabilmesi bakımından yeterlidir.
[186] Özenli, s. 186; İsviçre hukukunda da ticari vekil, ticari temsilci ve diğer tacir yardımcılarının rekabet yasağını düzenleyen İsv. BK'nın m. 464/ f.2'nin (TBK m. 553/ f. 2) adi ortaklıklarda kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Poroy/ Tekinalp (Çamoğlu), C. I, s. 73.
[187] Özenli, s. 187.
[188] Şener, (Adi Ortaklık), s. 351; Bilgili/Demirkapı, s. 36; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 112; Alman İstinaf Mahkemesi ve Yüksek Mahkemesi bir kararında, kollektif şirketlerde rekabet yasağının ihlaline uygulanacak yaptırımların düzenlendiği Alman Ticaret Kanunu'nun 113. maddesinin adi şirketlere kıyasen uygulanamayacağını içtihat etmiştir. Bkz. Tandoğan, H.: Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957, s. 326.

uyarınca, diğer ortaklar rekabet yasağına aykırı hareket eden ortaktan tazminat talep edebileceği gibi, ortağın kendi hesabına yaptığı işlerin şirket adına yapılmış sayılmasına veya üçüncü kişiler hesabına yapılan işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasına karar verilmesini talep edebilecektir (TTK m. 231/ f. 1 kıyasen). Her ne kadar kollektif şirket hükümlerinin adi şirketlere kıyasen uygulanması bir çözüm yolu olarak kabul edilebilirse de adi şirketlerde rekabet yasağının düzenlenmiş olması karşısında yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlara yer verilmemesi, bilinçli bir tercih olmayıp bir eksikliktir. Bu eksikliğin giderilmesi gerektiği kanısındayız.

Tazminat davasının açılabilmesi için ilk koşul, şirkete karşı rekabet teşkil eden bir işin yapılmasıdır. Ortağın yasağa aykırı işi yapmakta haklı olup olmaması ise davanın açılması için bir koşul değildir[189]. Ancak yasağa aykırı iş veya işlemin şirketin amacını engelleyici veya şirkete zarar verici mahiyette olması gerekir.

Tazminat davası açılması halinde davacı ortaklar, zararın niteliği ve miktarını ispat etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde davanın reddi gerekir. Zararın ispat edilmesine gerek olmamasından ötürü tazminat davası yerine, yapılan işin şirket adına yapılmış sayılmasının talep edilmesinin davacı ortaklar için daha yararlı olacağı ifade edilmektedir [190].

Bunun dışında, rekabet yasağını ihlal eden ortakla ortaklık ilişkisine devam etmek mümkün değilse, şirketin haklı sebeple feshi gündeme gelebilir[191] (TBK m. 639/ f. 1/ b. 7). Böyle bir durumda şirket sözleşmesinde hüküm bulunması kaydıyla rekabet yasağını ihlal eden ortağın şirketten çıkması veya diğer ortaklar tarafından çıkarılması yoluyla şirketin devamlılığı sağlanabilir (TBK m. 633). Yine rekabet

[189] Özenli, s. 183-184.
[190] Özenli, s. 187.
[191] Öçal, s. 438.

yasağının ihlal edilmesi; yönetim yetkisinin geri alınması için haklı sebep olarak nitelendirilebilir[192] (TBK m. 629/ f. 1).

6. Yaptırımların Uygulanmasında Zamanaşımı

Kanunda, rekabet yasağını ihlal eden ortağa karşı açılacak davalara yönelik herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bir görüşe göre ticaret şirketlerinde rekabet yasağına ilişkin özel zamanaşımı süreleri düzenlenmesine rağmen; adi şirketlerde düzenlenmemesi nedeniyle, rekabet yasağına karşı açılacak davalarda TBK m. 147/ f. 4 (EBK m. 126/ f. 4) uyarınca zamanaşımı süresi, beş yıldır[193]. Bir diğer görüşe göre ise kanun koyucu, rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıkların bir an önce çözümlenmesini amaçladığından yasağın ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için genel zamanaşımı yerine daha kısa zamanaşımı süreleri öngörmüştür[194]. Bu nedenle adi şirketlerde de kollektif şirketlerde olduğu gibi rekabet yasağına aykırı işlemin öğrenilmesinden itibaren üç ay ve herhalde işlemin yapıldığı tarihten itibaren 1 yıl sonra rekabet yasağının ihlalinden kaynaklanan hakların zamanaşımına uğradığının kabulü gerekir (TTK m. 231/ f. 2)[195]. Buna ek olarak, rekabet yasağının ihlal edildiğini bilmesine rağmen sessiz kalan ortakların daha uzun zamanaşımından yararlandırılmasının TMK m. 2 ile bağdaşmayacağı da ifade edilmektedir[196]. Kanımızca, zamanaşımı süresinin 5 yıl olduğu kabul edilse dahi diğer ortakların, yasağın ihlal edildiğini bilmelerine rağmen sessiz kalarak bir bakıma icazet verdikleri

[192] Şener, (Ortaklıklar Hukuku), s. 56; Öçal, s. 438; Domaniç, (Adi Kollektif), s. 23.
[193] Bozkurt, s. 51; Karayalçın, s. 153.
[194] Şener, (Adi Ortaklık), s. 353.
[195] Şener, (Ortaklıklar Hukuku), s. 58.
[196] Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 112.

bir işleme karşı uzun zamanaşımı süresinden yararlanarak dava açmaları, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.

III. KOLLEKTİF ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI

A. Kollektif Şirketlerde Rekabet Yasağının Kaynağı

Kollektif şirketlerde rekabet yasağının kaynağı, adi şirketlerde olduğu gibi sadakat yükümlülüğüdür [197] . Her ne kadar kanunda açıkça ortakların sadakat yükümlülüğü bulunduğuna dair bir düzenleme mevcut değilse de kollektif şirket sözleşmesi ile ortak bir amaç etrafında birleşen ortakların bu amacın gerçekleştirilmesi için birlikte çaba sarf etmesi, amaca aykırı davranışlardan imtina etmesi beklenir[198]. Bu nedenle kollektif şirketlerde rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 230 (ETK m.172); TBK m. 626'nın bir uygulanma şeklidir[199]. Kaldı ki TTK'nın 245. maddesinin (a), (b), (c) bentlerinde düzenlenen sebepler, dolaylı da olsa kollektif şirket ortaklarının sadakat yükümlülülüğü altında olduğunu gösterir mahiyettedir[200].

Öte yandan, kollektif şirketlerde, ortakların denetim hakkı oldukça geniştir. Bir ortak, yönetici olsun ya da olmasın şirketin iş ve işlemleriyle ilgili bilgi alabilir, şirket

---

[197] Bilgili/Demirkapı, s. 135; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 236.
[198] Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 222.
[199] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 232. TTK m. 230/ f. 1: "*Bir ortak, ortağı olduğu şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremez.*"
[200] TTK m. 245: *"(1) Haklı sebep, şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olmasıdır; özellikle;*
a) Bir ortağın, şirketin yönetim işlerinde veya hesaplarının çıkarılmasında şirkete ihanet etmiş olması,
b) Bir ortağın kendisine düşen asli görevleri ve borçları yerine getirmemesi,
c) Bir ortağın kişisel menfaatleri uğruna şirketin ticaret unvanını veya mallarını kötüye kullanması,
d) Bir ortağın, uğradığı sürekli bir hastalık veya diğer bir sebepten dolayı, üstüne aldığı şirketin işlerini yapmak için gerekli olan yeteneği ve ehliyetini kaybetmesi, gibi hâller haklı sebeplerdendir."

belge ve defterlerini inceleyebilir. Ortakların denetleme hakkının sözleşmeyle bertaraf edilebilmesi ise mümkün değildir (TTK m. 225). Yine olağanüstü işlerin gerçekleştirilmesinde ortakların oybirliği arandığından tüm ortaklar, olağanüstü işlerden haberdar olmak zorundadır (TTK m. 223). Görüldüğü üzere; kollektif şirketlerde ortakların, şirket sırlarına kolayca erişebildiklerinden, bu bilgileri kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olacak şekilde kullanmaları olasılığı her zaman vardır. Ortaklar arası iş birliğinin ve kişisel ilişkilerin şirketin varlığı için önemli bir role sahip olduğu kollektif şirketlerde bu risk, ileride görüleceği üzere sermaye şirketlerine kıyasen daha fazladır[201]. Bu sebeple kanun koyucu, TBK m. 626'dan bağımsız olarak kollektif şirketlerde rekabet yasağını özel olarak düzenlemiştir (TTK m. 230)[202]. Buna rağmen anonim şirketlerde YK üyelerinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396 ile TTK m. 230 arasındaki benzerlik yadsınamaz.

B. Yasağın Kişi Bakımından Kapsamı

Tüm ortakların denetim yetkisine sahip olması ve olağanüstü işlerde oybirliğinin gerekmesinin bir sonucu olarak yönetici olsun veya olmasın tüm ortaklar rekabet yasağına tâbidir[203]. Nitekim TTK m. 230'da yönetici olan/olmayan ortak ayrımı yapılmamıştır.

[201] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit) s. 232; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 236.
[202] Çevik, s. 384; Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 232; Kendigelen A./ Kırca İ: Şirketler Hukuku Cilt, I, İstanbul 2021, s. 250.
[203] Aydoğan, s. 39; Göksoy, s. 636.

C. Rekabet Yasağı Kapsamındaki Davranışlar

Kanunda, rekabet yasağının ihlali olarak nitelendirilebilecek iki temel durumdan söz edilmektedir. İlk durum; bir ortağın kendisi veya başkası hesabına kollektif şirketin yaptığı ticari işler türünden bir iş yapması; diğeri ise bir ortağın yine aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesidir. Her iki durumda da diğer ortakların onay vermesi halinde yasak bertaraf edilebilmektedir. (TTK m. 230/ 1). Çalışmamızda ilk olarak şirketin yaptığı ticari işler türünden iş yapılması, daha sonra başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girilmesi durumu incelenmiştir. Sonrasında ise diğer ortakların onay vermesi suretiyle yasağın bertaraf edilmesi ve yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar üzerinde durulmuştur.

1. Şirketin Yaptığı Ticari İşler Türünden Bir İşin Yapılması

a. İşin Fiilen Yapılan Bir İş Olması

Kollektif şirketlerde rekabet yasağı çerçevesinde ortağın şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi, kendisinin veya üçüncü kişinin hesabına yapması yasaklanmıştır. *"Şirketin yaptığı türden ticari iş"* ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, yasağın sınırlarının ortaya konması bakımından önem arz etmektedir.

Alman öğretisinde rekabet yasağının kapsamının, şirket sözleşmesinde yer alan amaç veya konu maddesine göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir [204]. Türk

[204] Habersack, M./ Schafer, C.: Das Recht der OHG: Kommentierung der §§105 bis 160 HGB, Berlin 2010, s. 381; kollektif şirketlerde rekabet yasağının düzenlendiği HGB m. 112'de diğer ortakların onayı olmaksızın şirketin ticaret dalında bir iş yapılması yasaklanmıştır.

öğretisinde hâkim olan görüşe göre ise yasağın kapsamı, şirket sözleşmesinde belirlenen işletme konusuna göre değil; şirketin fiilen uğraştığı işlere göre belirlenmelidir[205]. Çünkü ortağın şirketin işletme konusuna giren ancak şirket tarafından fiilen uğraşılmayan bir işi, kendisinin veya üçüncü kişinin hesabına yapması halinde şirketin menfaati ihlal edilmiş olmaz[206]. Bu nedenle yasağın kapsamı belirlenirken şirketin fiilen uğraştığı işlere göre bir sonuca varmak gerekir. Hükümde yer alan *"şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işin"* ifadesi de Türk öğretisinde hâkim olan bu görüşü desteklemektedir. Dolayısıyla şirket, işletme konusuna giren tüm alanlarda faaliyet gösteriyorsa rekabet yasağının kapsamı, şirket sözleşmesinde yazılı işlerdir. Ancak şirket, şirket sözleşmesinde yazan her alanda faaliyet göstermek zorunda değildir[207]. Bu takdirde rekabet yasağının kapsamı, fiilen yapılan işe göre belirlenir. Örneğin, işletme konusu her türlü motor, ziraat aletleri ve makinalarının tamiri ile yedek parça satışı ve imalat işleri olan bir kollektif şirket, yalnızca yedek parça satım işini yapıyorsa; ortaklar imalat işi veya makine tamiri alanında faaliyet gösterebilirler. Yine öğretide, ortaklığın fiilen uğraşmadığı bir işin ortak tarafından yapılması halinde rekabet yasağının ihlal edildiğinin öne sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu ifade edilmektedir[208].

aa. Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Yasağın Kapsamına Olan Etkisine Dair Değerlendirmemiz

[205] Aydoğan, s. 40; Kendigelen (Kırca), C. I, s. 251; Bozkurt, s. 103; Franko, s. 30; Domaniç, (Adi Kollektif) s. 109; Çevik, s. 387; Türk ve Alman doktrini arasındaki bu farklılığın nedeni; ülkemizde ortaklık sözleşmelerinde işletme konusunun çok geniş kapsamlı düzenleniyor olmasıdır. Göksoy, s. 663; Uygulamada şirketler daha sonradan ortaklık sözleşmesini değiştirmekle uğraşmamak için gelecekte yapılması muhtemel işleri de işletme konusu kapsamına almaktadır. Aydoğan, s. 43.
[206] Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku Dersleri II Şirketler Hukuku, s. 180.
[207] Ulusoy, s. 381.
[208] Franko, s. 31; Aydoğan, s. 43.

Ortağın işletme konusunda yer almayan bir alanda faaliyet göstermesi, rekabet yasağının ihlaline yol açmaz [209]. Önemle belirtmek gerekir ki ticaret şirketlerinin hak ehliyetlerini işletme konusu ile sınırlandıran ETK'nın 137. maddesi, yeni kanuna alınmamış, *ultra vires* ilkesi kaldırılmıştır. Yeni kanun uyarınca ticaret şirketlerinin hak ehliyetine TMK'nın 48. maddesi uygulanacaktır (TTK m. 125). Dolayısıyla kanun gereği kollektif şirketlerde işletme konusu dışında işlerin yapılması mümkündür. Ancak dikkat edilmesi gereken husus; her ne kadar *ultra vires* ilkesi kaldırılmış olsa da kollektif şirketlerde temsil yetkisi, halen daha işletme konusu ile sınırlıdır (TK m. 233) ve anonim şirketlerde olduğu gibi işletme konusu dışında yapılan işin şirketi bağlayacağına dair bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle kollektif şirketlerde, işletme konusu dışında bir iş yapılması halinde, yapılan iş, genel hükümler uyarınca askıda hükümsüzdür. Bu doğrultuda eğer TBK m. 46 uyarınca kollektif şirket, temsilcinin işletme konusu dışında yaptığı işe sonradan onay verirse, yapılan iş şirketi bağlayacaktır [210]. Söz konusu onayın şahıs şirketlerinde kişi unsuru ön planda olduğundan, ortaklar tarafından oybirliği ile alınacak bir kararla verilmesi gerektiği kabul edilmektedir[211]. Yapılan açıklamalar neticesinde, "Kollektif şirket temsilcisinin şirketin işletme konusu dışında bir iş yapması ve şirket tarafından o işe onay verilmesi halinde, işletme konusu dışında yapılan iş, rekabet yasağının kapsamı içerisinde değerlendirilebilir mi?" sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Alman öğretisinde işletme konusu dışında iş yapılmasına ilişkin ortaklık kararı;

---

[209] Franko, s. 29.
[210] Yıldız, B.: "Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukukî Niteliği." BATİDER 2011, C. 27, S. 3, s. 119-123; Alper, G.: Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi, İstanbul 2013, s. 152.
[211] Alper, s. 153; bkz. TTK m. 223.

ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi için gereken karar yeter sayısı ile alınmışsa, işletme konusunun dolaylı şekilde değiştirildiği ve söz konusu işin rekabet yasağının kapsamına girdiği kabul edilmektedir[212]. Bu görüşten hareketle kollektif şirketlerde, işletme konusu dışında işlem yapan temsilcinin işlemine ortaklar tarafından oybirliği ile alınacak bir karar ile onay verilmişse, şirketin işletme konusu, örtülü olarak değiştirilmiş kabul edilmeli ve ortakların daha sonra o konuda kendilerinin veya üçüncü kişilerin hesabına yaptıkları işler, rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmelidir[213].

[212] Habersack/Schafer, s. 381.

[213] Göksoy, s. 666; Yazar her ticaret şirketi türü bakımından işletme konusunu değiştirmeye yetkili organ tarafından gerekli nisaplara uymak şartıyla alınacak bir kararın bulunması durumunda işletme konusunun üstü kapalı olarak değiştirildiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu takdirde, işletme konusu dışında gerçekleştirilen faaliyet, rekabet yasağı kapsamında değerlendirilebilecektir. Buna karşılık anonim şirketler için konunun ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Öyle ki anonim şirketler bakımından TTK m. 371/ f. 2'de temsile yetkili olanlarca üçüncü kişilerle işlem yapılması halinde söz konusu işlemin şirketi bağlayacağı düzenlenmiştir. Ancak üçüncü kişinin işlemin işletme konusu dışında yapıldığını biliyor veya bilebilecek durumda olduğu ispat edilirse şirket işlemle bağlı olmaktan kurtulacaktır. Öğretide, anılan hükümden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre ortaklığın üçüncü kişinin iyiniyetli olduğuna yönelik karineyi çürütmesi halinde askıda hükümsüzlük söz konusu olur ve anonim ortaklık, işlemi onaylamazsa kesin hükümsüzlükten bahsedilir. (Bkz. Alper, s. 164-167); bu görüş kabul edildiği takdirde ortaklığın makul bir süre içerisinde üçüncü kişinin iyi niyetli olduğuna yönelik karineyi çürütememesi yahut bu konuda harekete geçmemesi halinde şirketin işlemle bağlı, işletme konusu dışında yapılan işlemin rekabet yasağının kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle karinenin çürütülememesi durumunda işlemin rekabet yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için GK'nın ayrıca karar almasına gerek yoktur. Öte yandan iyiniyet karinesinin çürütülmesi durumunda askıda hükümsüz işlemin hangi organ tarafından onaylanacağı da tartışma konusudur. GK yapısı gereği hantal bir organ olduğundan bize göre kararın GK tarafından alınması uygulamada sorun yaratabilir. Aynı görüşte olan Alper ise YK'nın kendi temsil yetkisini onamasının hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı düşüncesiyle her ne kadar hantal bir organ olarak nitelendirilse de onay kararının GK tarafından alınması gerektiğini ancak GK tarafından önceden alınacak bir kararla YK'ya bu konuda bir yetki verilebileceğini, olması gereken hukuk bakımından ise esas sözleşmede bu yetkinin verilebilmesi için TTK m. 340'ın esnetilmesi gerektiğini ifade etmiştir. (Bkz, Alper, s. 167-170). Dolayısıyla iyiniyet karinesinin çürütülmesi halinde eğer GK tarafından yapılan işleme onay verilmez ise işlem kesin hükümsüz olacağından rekabet yasağının ihlal edilmesi de söz konusu olmayacaktır. Buna karşın GK, (veya GK kararıyla bu yetki devredilmişse YK) kararı onarsa şirket işlemle bağlı olacağından işletme konusu dışında yapılan iş artık rekabet yasağının kapsamındadır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde TTK m. 421/ f. 3/ b. a uyarınca GK kararı ancak sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınabilecektir. Ancak kanımızca bu görüş, YK'nın yetkisiz olarak yaptığı işleme sonradan yine YK tarafından onay verilmesi sonucunu doğuracağından kabul edilemez. Kaldı ki esas sözleşmenin değiştirilmesi GK'nın devredilemez görev ve yetkileri arasında düzenlenmiştir. İşletme konusunun değiştirilmesi ise esas sözleşme değişikliği niteliğinde olduğundan GK'nın devredilemez görev ve yetkileri arasındadır. YK'nın yetkisiz olarak

bb. Tasfiye Aşamasında Rekabet Yasağının Kapsamı

Kollektif şirketin sona ermesi halinde tasfiye gerçekleşinceye kadar rekabet yasağı tasfiye amacıyla sınırlı olarak devam eder. Bu süreçte ortaklık işlemleri, yalnızca tasfiyenin gerçekleştirilmesine yönelik olacağından rekabet yasağının kapsamı da şirketin aktif olduğu dönemdekine kıyasla daralmıştır[214]. Ancak TTK m. 293'te düzenlenen istisna uyarınca tasfiye memurları, şirketin işletme konusu kapsamındaki işlemlere geçici olarak devam ediyor ise rekabet yasağı aynen devam eder[215].

b. İşin Ticari Bir İş Olması

Rekabet yasağının ihlal edildiğinden söz edilebilmesi için yapılan işin şirketin fiilen uğraştığı bir iş olması yeterli değildir. Ayrıca bu işin ticari nitelikte olması ticari amaçla yapılması da gereklidir[216]. Öğretide, hükümde geçen *"ticari iş"* ifadesinin

---

gerçekleştirdiği işleme sonradan onay verilmesi bir bakıma şirketin işletme konusunun değiştirilmesine benzer bir sonuca yol açtığından, bu kararın YK tarafından alınması da kanunen mümkün olmamalıdır.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise TTK m. 371/ f. 2 *"askıda geçerlilik halini"* düzenlemektedir. Buna göre işletme konusu dışındaki işlem kural olarak şirketi bağlamaktadır. Bkz. Yıldız, s. 124; bu görüşün kabul edilmesi halinde işlem yapıldığı andan itibaren şirketi bağlamaktadır. Ancak şirket üçüncü kişinin kötüniyetini ispat etmek şartıyla askıda geçerli işlemi geçersiz kılabilir. Görüldüğü üzere bu görüş doğrultusunda yapılan işlemin şirketi bağlaması için GK tarafından ayrıca bir karar alınmasına gerek yoktur. Böylelikle uygulamada GK'nın toplanmasının zor olmasına ilişkin yaşanabilecek sorunlar da bertaraf edilmektedir. Şirketin üçüncü kişinin kötüniyetini ispat edememesi veya etmemesi durumunda yapılan işlem şirketi bağlayacağından rekabet yasağının kapsamındadır. Buna karşın, şirketin üçüncü kişinin kötüniyetini ispat etmesi halinde işlem geçersiz hale geleceğinden artık rekabet yasağının kapsamında değerlendirilemeyecektir.

[214] Çamoğlu (Tekinalp/Poroy), C. I, s. 238; Kendigelen (Kırca), C. I, s. 252, yazara göre tasfiye aşamasında yeni işler yapılmaması halinde yasak ortadan kalkmaktadır.

[215] TTK m. 292 uyarınca tasfiye memurları, tasfiyenin gerektirmediği hiçbir işleme devam edemez. Ancak TTK m. 293 ile anılan hükme bir istisna getirilmiştir. Buna göre tasfiye memurları, ortaklığın işletme konusundaki işlemlere, ortakların oybirliğiyle; feshe mahkemece karar verilmişse, ortaklar oybirliğini sağlayamazlarsa, mahkemenin onay kararıyla geçici bir süreliğine devam edebileceklerdir.

[216] Kendigelen (Kırca), C. I, s. 251.

TTK m. 3'te tanımlandığı şekilde değil; kâr elde etmek amacıyla yapılan her türlü iş olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir[217]. Bu nedenle ortağın şirketin fiilen uğraştığı bir işi kâr elde etmek amacıyla değil; kendi kişisel ihtiyaçları için yapması halinde, rekabet yasağının ihlal edildiği sonucuna varılamaz. Örneğin faaliyet konusu mobilya alım satımı olan bir kollektif şirkette ortağın ikamet ettiği evi için başka bir işletmeden koltuk satın alması, rekabet yasağının ihlali olarak nitelendirilemez.

c. Yapılan İşin Ortak Tarafından Kendisi veya Başkası Hesabına Yapılmış Olması

TTK m. 230 uyarınca ortağın rekabet yasağına aykırı davranışı, kendi hesabına veya başkası hesabına gerçekleştirmesi arasında yasağın ihlali bakımından fark yoktur[218]. Buna göre ortak, yasak kapsamında olan bir işi, kendi hesabına yapamayacağı gibi ticari vekil, acente, komisyoncu veya şirketin organı gibi sıfatlarla da yapamayacaktır[219].

Öğretide yasak kapsamındaki işin başkası hesabına yapılamamasının geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir[220]. Buna göre ortak, kollektif şirketle aynı konuda faaliyet gösteren bir başka şirkette yönetim ve temsil görevi üstlenirse *"ortağı olduğu şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi"* başkası hesabına yapmış olacaktır.

---

[217] Franko, s. 31; Aydoğan, s. 44.

[218] Her ne kadar hükümde ifade edilmemiş olsa da yasak kapsamındaki işin başkası hesabına yapılamayacak olması, ortağın kendi namına da bu tür işleri yapamayacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla aslında yasaklanan ortağın kendi nam ve hesabına yasak kapsamına giren türden bir işi yapmasıdır. Karayalçın, s. 180; Franko, s. 32.

[219] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 236; Franko, s. 33; Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 235; Ulusoy, s: 382.

[220] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 237; Kendigelen (Kırca), C. I, s. 252; Bozkurt, s. 103.

Hükmün geniş yorumlanması halinde örneğin, bir kollektif şirket ortağı aynı konuda faaliyet gösteren bir anonim şirkette yönetim kurulu üyesi olamayacaktır.

Ortak, yasak kapsamındaki işi kendi hesabına yapamayacağı gibi başkaları aracılığıyla da yapamaz. Örneğin, şirketin fiilen uğraştığı bir işin ticari vekil, ticari temsilci, acente, komisyoncu aracılığıyla yapılması da yasak kapsamındadır[221].

d. Ortağın Rekabet Yasağına Aykırı İş Yapma Hazırlığı İçinde Olması

Daha önce ifade edildiği üzere rekabet yasağı, ortaklık sıfatının devamına bağlıdır. Ortaklık sıfatı kaybedildiği takdirde kanuni rekabet yasağı da sona erer. Buna karşılık şirketten ayrılmadan önce ortağın, şirketle rekabet etme hazırlığı içine girmesi halinde rekabet yasağının ihlal edilip edilmediği incelenmesi gereken bir konudur. Örneğin, ortağın şirketin çalışanlarını veya müşteri çevresini ileride kuracağı şirkete çekmeye çalışması, şirketin iş ve işlemlerinden edindiği bilgiyi yeni kuracağı iş için kullanması gibi durumlar rekabet yasağının ihlali olarak nitelendirilmektedir[222].

Anglo Sakson hukuk sisteminde bu gibi davranışların yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında menfaat çatışması yaratan durumlar olarak nitelendirildiği ve sadakat yükümlülüğüne aykırı görülerek şirket lehine karar verildiği görülmektedir. Örneğin, *Berryland Books Ltd v BK Books Ltd* davasında her an şirketten ayrılmaya hazır olacak şekilde şirketle rekabet edebilecek yeni bir şirket için hazırlıklar yapmak, gelecekte şirketle rekabet etmeye yönelik meşru görülmeyen davranışlar olarak

[221] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 235; Kendigelen (Kırca), C. I, s. 251; Franko, s. 32; Ulusoy, s. 382.
[222] Aydoğan, s. 45.

nitelendirilmiştir[223].

Alman öğretisinde ise ortağın şirketten ayrılmadan önce ileride bulunacağı ticari faaliyet için işyeri kiralaması, çalışan işe alması gibi hazırlıklar yapması, rekabet yasağına aykırılık olarak değerlendirilmemektedir[224]. Ancak ortağın şirketten ayrılmadan önce, şirketin müşteri ve personellerini yeni kuracağı ortaklığa çekmek için çaba göstermesi, rekabet yasağının ihlali olarak nitelendirilmektedir[225].

Türk öğretisinde bu gibi durumların rekabet yasağından ziyade haksız rekabet hükümlerine aykırılık oluşturduğu ifade edilmiştir. Ancak kimi durumlarda haksız rekabet ve rekabet yasağı düzenlemeleri bir arada uygulanabilir[226]. Kanaatimizce rekabet yasağının ihlalinden söz edilebilmesi için hükümde belirtilen davranışların gerçekleştirilmiş olması gerekir. Bir diğer ifadeyle ortak, şirketin fiilen uğraştığı ticari iş türünden bir işi kendisi veya başkasının hesabına görmemişse veya başka bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak girmemişse rekabet yasağının ihlal edildiğinden bahsedilemez. Hazırlık aşamasında olan ancak henüz gerçekleştirilmeyen işler de bu anlamda rekabet yasağının ihlali anlamına gelmemektedir[227]. Mevcut düzenleme karşısında "hazırlık" olarak nitelendirilebilecek davranışlar, rekabet yasağı kapsamında değildir. Şirket tarafından ortağın şirketten ayrılmadan önce gelecekte şirketle rekabet etmeye yönelik davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi halinde, sadakat yükümlülüğüne aykırılık gündeme getirilebilir veya TTK m. 54 vd. uyarınca haksız rekabet hükümlerine başvurulabilir.

---

[223] *Berryland Books Ltd v BK Books Ltd [2009] EWHC 1877 (Ch), [2009] 2 BCLC* 709, Karar metni için bkz. Erişim Adresi: http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2009/1877.html. (Son Erişim Tarihi 07.01.2022).
[224] Habersack/Schafer, s. 341; Göksoy, s. 658.
[225] Göksoy, s. 658.
[226] Aydoğan, s. 45.
[227] Belirtmek gerekir ki hazırlık aşamasında ortağın sınırsız sorumlu ortak olacağı bir şirket kurması halinde rekabet yasağının ihlalinden söz edilebilecektir. Çünkü TTK m. 230'da yasak kapsamında olduğu kabul edilen fiil ortak tarafından gerçekleştirilmiş durumdadır.

2. Aynı Tür Ticari İşlerle Uğraşan Bir Şirkete Sınırsız Sorumlu Ortak Olma

TTK m. 230 uyarınca ortağın kollektif şirketle aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi yasaklanmıştır. Bu halde yasağın asıl amacının, ortağın şirket üzerindeki etkisini veya edindiği şirket içi bilgileri kötüye kullanmasını engellemek olduğu ifade edilmektedir[228].

"Aynı tür ticari işler" ifadesinden anlaşılması gereken, daha önce de ifade edildiği üzere, şirket sözleşmesinde yazılı işler değil, şirketin fiilen uğraştığı işlerdir[229]. Örneğin bir kollektif şirket sözleşmesinde işletme konusu "*fotoğrafçılık, fotoğrafçılık stüdyoları kurmak, bu iş ile ilgili film, fotoğraf makinası ve diğer tüm malzeme ticaretini yapmak*[230]" olarak belirtilmesine rağmen, şirket gerçekte yalnızca özel günlerde fotoğrafçılık hizmeti veriyorsa, fotoğrafçılıkla ilgili malzemelerin ticareti ile uğraşan başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olunması, rekabet yasağı kapsamında değildir.

Hüküm, sınırsız sorumlu ortak olmayı yasakladığından kollektif şirket ortağı, aynı türden ticari işlerle uğraşan başka bir kollektif şirkette ortak olamayacağı gibi adi ve paylı komandit şirkette komandite ortak da olamaz[231]. Yine hükümde *"ticaret şirketi"* şeklinde bir belirleme yapılmadığından, kollektif şirket ortağının aynı türden ticari işlerle uğraşan adi şirkette ortak olması rekabet yasağının ihlali niteliğindedir[232].

---

[228] Habersack/Schafer, s. 386.
[229] Aydoğan, s. 47; Bkz. İkinci Bölüm, III, 1, a.
[230] Söz konusu işletme konusu örneği Antalya Ticaret ve Sanayi Odası'nın internet sitesinden alınmıştır. Erişim Adresi: https://bilgi.atso.org.tr/books/is-konusu-ornekleri/page/fotografcilik. (Son Erişim Tarihi: 10.12.2022).
[231] Franko, s. 36; Kollektif şirket ortağı aynı tür ticari işlerle uğraşan komandit şirkette komanditer ortak olabilir. Ancak TTK m. 230'dan farklı olarak İsv. BK'nın 561. maddesinde ortağın aynı türden ticari işlerle uğraşan komandit şirkette komanditer ortak ve hatta limited şirket ortağı olması yasaklanmıştır.
[232] Aydoğan, s. 47.

Öğretide kollektif şirket ortağının aynı tür ticari işlerle uğraşan bir anonim şirkette YK üyesi olmasının kanunen mümkün olduğu; ancak ortağın anonim şirketin iç ilişkisindeki konumu, etki derecesi ortağı olduğu kollektif şirkete karşı rekabet teşkil eden davranışlarda bulunmasına olanak verecek derecede ise rekabet yasağına ilişkin TTK m. 230'un (ETK m. 172) bu halde de uygulanması gerektiği ifade edilmiştir[233]. Kanaatimizce burada kollektif şirket ortağının anonim şirketin iç ilişkisindeki etki derecesinin ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Daha önce ifade edildiği üzere *"başkası hesabına iş yapılması"* ifadesi geniş anlamıyla başka bir şirkette yönetim ve temsil görevinin üstlenilmesini de içermektedir[234]. Öte yandan kollektif şirket ortağının aynı tür ticari işlerle uğraşan bir anonim şirkette YK üyesi olması, rekabet yasağının amacına da aykırıdır. Şöyle ki, kollektif şirket ortağı, şirket üzerindeki etkisini veya edindiği bilgileri kötüye kullanarak şirketin üretim sırlarını anonim şirkete aktarabilir[235]. Böyle bir davranışın rekabet yasağı kapsamı dışında kalması hükmün amacına ters düşmektedir.

3. Rekabet Teşkil Eden Davranışlara Onay Verilmesi

TTK m. 230 uyarınca ortağın, şirketin fiilen uğraştığı işleri kendisi veya başkasının hesabına yapmasına veya şirketin fiilen uğraştığı işlerle uğraşan başka bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak girmesine diğer ortakların onay vermesi halinde

[233] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 236; yazara göre "*sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak*" ifadesi, geniş anlamıyla idaredeki etki derecesi göz önünde bulundurularak uygulanmalıdır.
[234] Bkz. İkinci Bölüm, III, D, c.
[235] Bozkurt, s. 103.

rekabet yasağı ortadan kalkmaktadır[236]. Bu doğrultuda şirketin uğraştığı işler türünden bir işi, diğer ortakların onayıyla yapan ortağın artık rekabet yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle takip edilebilmesi mümkün değildir[237]. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, onay verilmesine rağmen yapılan iş, şirkete zarar vermişse diğer ortaklar, zarara katlanmak zorunda değildir. Bu durumda, genel hüküm niteliğinde olan TBK m. 626 (EBK m. 526) uyarınca şirketle rekabet etmek suretiyle şirkete zarar veren ortaktan tazminat talep edilebilecektir[238].

Hükümde onayın ne şekilde verileceğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Öğretide, onayın mutlaka karar şeklinde verilmesi gerekmediği kabul edilmektedir[239]. Buna göre, diğer ortakların onayına ihtiyaç duyan ortak tarafından tek tek diğer ortaklara başvurulması suretiyle de yapılan işleme onay verilmesi mümkündür. İspat kolaylığı bakımından ortaklara yapılacak başvurunun ve ortaklarca verilecek onayın yazılı olmasında yarar vardır[240]. Öte yandan onay ne şekilde verilecek olursa olsun, tüm ortaklar tarafından verilmelidir[241]. Bir diğer ifadeyle, rekabet yasağını ihlal eden davranışlar, ancak oybirliği ile bertaraf edilebilir.

---

[236] TTK m. 230 uyarınca ortaklar tarafından yapılan işe önceden veya sonradan izin verilebilir. Ulusoy, s. 383; Rekabet yasağı kapsamında kalan davranışa onay davranışın gerçekleştirilmesinden önce "izin" olarak verilebileceği gibi davranışın gerçekleştirilmesinden sonra "icazet" şeklinde de verilebilir. Franko, s. 44; Bu nedenle Aydoğan, hükümde ifade edilen "izin" kelimesi yerine "onay" kelimesinin kullanılması gerektiğini ifade etmiştir. Çünkü onay kelimesi hem önceden verilen rıza anlamına gelen "izin" kelimesini hem de sonradan verilen rıza için kullanılan "icazet" kelimesini kapsamaktadır. Bkz. Aydoğan, s. 48-49; Bize göre de TTK m. 230 emredici nitelikte bir düzenleme olmadığından ortaklar tarafından rekabet yasağı kapsamına giren işe önceden ya da sonradan rıza gösterilmesi arasında bir fark yoktur. Bu nedenle çalışmamızda "izin" yerine "onay" ifadesine yer verilmiştir.

[237] Ulusoy, s. 383.

[238] Aydoğan, s. 49.

[239] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C.I, s. 237; Franko, s. 40.

[240] Ulusoy, s. 383.

[241] Franko, s. 40; Ulusoy, s. 383; Çevik, s. 386; Ancak sözleşme ile yasağın oy çokluğu ile kaldırılabileceği kararlaştırılabilir. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 237; Madde metninde "diğer ortakların izni olmaksızın" denildiği için onaya ilişkin alınacak kararın işi yapan ortak dışında kalan ortakların oybirliği ile alınması gerekir. Karayalçın, s. 180; Arslanlı'ya göre şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadığı takdirde onay kararı, TK m. 168 (TTK m. 230) uyarınca ortakların çoğunluğu ile alınabilir. Bkz. Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 236.

Onay açık şekilde verilebileceği gibi zımnen de verilebilir[242]. Onayın zımnen verilmesi halinde gerçekten şirkete karşı rekabet teşkil eden davranışlara onay verildiği ve rekabet yasağının bertaraf edildiği konusunda tereddüt bulunmamalıdır[243]. TTK m. 230/ f. 2'de zımnen verilecek onaya ilişkin özel bir hüküm düzenlenmiştir. Buna göre *"yeni kurulan bir şirkete giren ortağın, daha önce kurulmuş diğer bir şirketin de sorumluluğu sınırlandırılmamış ortaklarından olduğunu diğer ortaklar bildikleri hâlde önceki şirketten ilişiğinin kesilmesini aralarında açıkça kararlaştırmamışlarsa, bu durumu kabul ettikleri varsayılır"*[244]. Böylelikle kanun koyucu, kesin bir karine getirmiştir[245]. Her ne kadar hükümde yeni kurulan kollektif şirkete ortak olunmasından söz ediliyorsa da mevcut kollektif şirkete daha sonradan dahil olunması halinde de diğer ortakların TTK m. 230/ f. 2 uyarınca onayı gerekmektedir[246]. Öğretide *"açıkça kararlaştırmak"* ifadesi ile kastedilenin ortaklar kurulu tarafından alınacak yazılı bir karar olduğu ve bu kararın oy çokluğu ile alınacağı ifade edilmiştir[247]. Dolayısıyla eğer ortağın, diğer şirketle olan ilişiğinin kesilmesi isteniyorsa, bu konuda ortaklar kurulu tarafından bir karar alınması gerekmektedir.

TTK m. 230/ f. 2 uyarınca zımnen onayın söz konusu olabilmesi için ortağın daha önce başka bir şirkette sınırsız sorumlu ortak olduğu, diğer ortakların bilgisi dahilinde olmalıdır. Dolayısıyla diğer ortakların durumu bilmeleri gerektiğinden veya durumun bilinebilecek olmasından bahisle yasağın ihlali niteliğindeki fiile zımnen

[242] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 237.
[243] Franko, s. 43.
[244] Kanun koyucu, TTK m. 230/ f. 1'de bir kollektif şirket ortağının daha sonra başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesini yasak kapsamında düzenlemiştir. TTK m. 230/ f. 2 ise bu hükümden farklı olarak daha önce başka bir şirkette sınırsız sorumlu ortak olan bir kişinin yeni kurulan kollektif şirkete ortak olarak girmesini konu almaktadır. İlk durumda kollektif şirket ortağının başka bir şirkete ortak olarak girmesine onay verilirken, ikinci durumda başka bir şirkette sınırsız sorumlu ortak olan kişinin yeni kurulan kollektif şirketteki ortaklığına onay verilmektedir. Ulusoy, s. 384.
[245] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 237; Aydoğan, s. 51.
[246] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 237; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 237.
[247] Ulusoy, s. 384.

onay verildiği söylenemez [248]. Ayrıca belirtmek gerekir ki hükümden ortakların durumu hangi zamanda bilmeleri gerektiği çıkarılamamaktadır. Buna göre eğer ortak, şirkete girerken diğer ortaklar durumu biliyor ise ortaklığa giriş esnasında alınacak kararla birlikte ortağın diğer şirketle olan ilişiğinin kesilmesine de karar vermeleri gerekmektedir. Ancak ortaklar durumu daha sonra öğrenmişlerse o zaman öğrenmelerinden sonra bu konuda bir karar vermeleri gerekir, aksi takdirde zımnen onay vermiş sayılırlar[249]. Kanaatimizce ortaklar, TTK m. 230/ f. 2'de düzenlendiği şekilde zımnen onay vermek istemiyorlarsa; TTK m. 231/ f. 2'de düzenlenen zamanaşımı süresi içerisinde bu konuda bir karar vermeleri gerekmektedir.

D. Yasağın Yer ve Zaman Bakımından Kapsamı

1. Yasağın Yer Bakımından Kapsamı

Rekabet yasağının kapsamı, şirketin faaliyetlerini yürüttüğü ve müşteri çevresinin bulunduğu yer ile sınırlıdır. Çünkü şirketin menfaati ancak faaliyet gösterdiği yerde ihlal edilebilir[250]. Şirketin faaliyet göstermediği bir yerde ortağın şirketin fiilen uğraştığı işle uğraşması, şirketin menfaatini ihlal etmemektedir. Aksinin iddia edilmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder[251].

Yasağın yer bakımından sınırının tespit edilebilmesi için şirketin fiilen uğraştığı işleri nerede veya nerelerde yaptığının tespiti gerekmektedir[252]. Örneğin,

[248] Aydoğan, s. 51; Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 237, dn. 22.
[249] Ulusoy, s. 384.
[250] Domaniç, (Adi Kollektif) s. 108; Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 235; Ulusoy, s. 382.
[251] Domaniç, (Adi Kollektif), s. 108.
[252] Ulusoy, s. 382.

Antalya'da üretimini yaptığı kültür mantarları çevre illerde satan kollektif şirketin ortağının Bolu'da ürettiği kültür mantarı İstanbul'da satması yasak kapsamında değildir. Çünkü Bolu'da ürettiği mantarları İstanbul'da satan ortağın kollektif şirketin müşterilerini çekmesi ve dolayısıyla şirketin menfaatini ihlal etmesi mümkün değildir. Ancak eğer kollektif şirket; tüm Türkiye çapında faaliyet gösteriyorsa şirketin izni olmadıkça ortağın Türkiye'nin hiçbir yerinde kültür mantarı üretimi veya satışı yapamaması gerekir[253].

2. Yasağın Zaman Bakımından Kapsamı

Kanundan doğan rekabet yasağı, ortaklık sıfatına bağlı olduğu için bu sıfatın kaybedilmesiyle sona ermektedir[254]. Buna karşılık öğretide kimi hallerde yasağın ortaklık sıfatı sona ermesine rağmen bir süre daha devam etmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşteki yazarlardan biri olan *Çamoğlu'na* göre; ortağın, şirketten ayrılmadan önce başladığı ve ayrıldıktan kısa bir süre sonra daha sürdürdüğü rekabeti ihlal edici davranışlarının da rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir[255]. Bizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, kanunda ortağın şirketten çıkması doğrudan düzenlenmemişse[256] de kanun koyucu, bazı hükümlerde şirketten çıkan ortak ile şirket arasındaki ilişkiyi düzenlemiştir[257]. Bundan

[253] Domaniç, (Adi Kollektif), s. 108.
[254] Ulusoy, s. 382; Domaniç, (Adi Kollektif), s. 108.
[255] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 238.
[256] Kanun koyucu, her ne kadar ortakların şirketten ayrılmasının sonuçlarını düzenlemişse de (TTK m. 253, m. 254, m. 255, m. 256, m. 257, m. 258, m. 259) kanunumuzda kollektif şirket ortaklarının şirketten çıkmalarını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak öğretide, ortakların ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunmak suretiyle veya bütün ortakların muvafakatiyle şirketten çıkabilecekleri kabul edilmektedir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Selekler, F.: "Kollektif Şirketlerde Ortağın Şirketten Çıkması" İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1976, C. 42, S. 1-4, s. 437-472.
[257] Benzer şekilde bkz. TTK m. 259/ f. 4, TTK m. 262; Selekler, s. 451.

hareketle öğretide, ortak şirketten çıktıktan sonra ortak ile şirket arasındaki şirket sözleşmesinden ve kanundan doğan *"bağlılık"* ilişkisinin bir süre daha devam ettiği savunulmuştur[258]. Örneğin, *"Tamamlanmamış İşler"* başlıklı TTK m. 263'te çıkan veya çıkarılan ortağın ayrılmadan önce başlamış olduğu işlerin doğrudan doğruya sonuçları olan hak ve borçlara katılacağı düzenlenmiştir[259]. Bu hükümden hareketle, ortağın şirketten ayrıldıktan sonra bir süre daha şirket ile arasındaki bağın/bağlılığın devam ettiği ve bu bağ nedeniyle ortağın ortaklık sıfatı sona ermesine rağmen belli bir süre daha kanuni rekabet yasağına tâbi olacağı savunulabilirse de kanaatimizce kanundan doğan ve kanunda açıkça ortaklık sıfatına bağlanan bir yasağın, ortaklık sıfatının kaybından sonra kendiliğinden devam etmesi kanuna aykırı olacağından hukuken mümkün değildir[260]. Şirket tarafından yasağın belli bir süre daha devam etmesi arzu ediliyorsa, ortak ile rekabet yasağı anlaşması yapılmalıdır. Ayrıca ortağın, şirketten ayrılmadan önce rekabet yasağını ihlal edici davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi halinde; diğer ortaklar, yasağı ihlal eden ortağın şirketten çıkmasına onay vermek zorunda değildir[261]. Eğer şirket sözleşmesinde ortağın koşulsuz şartsız şirketten ayrılabileceği düzenlenmişse ve şirket ile ortak arasında rekabet yasağı anlaşması bulunmuyorsa, şirket; şartları oluştuğu takdirde haksız rekabet hükümlerine (TTK m. 54 vd.) dayanarak bir talepte bulunabilecektir.

Karayalçın'a göre, eğer ortaklık sıfatı rekabet yasağının ihlali nedeniyle sona ermişse, bir diğer ifadeyle; ortak, rekabet yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle şirketten

---

[258] Selekler, s. 451.

[259] Aynı hükmün ikinci fıkrasında da çıkan ortağın çıkmadan önce başlamış olduğu işlerin kalan ortaklar tarafından tamamlanmasına engel olamayacağı ancak söz konusu işlerin bir an önce tasfiyesinin mümkün olmaması durumunda bitirilen işlerin hesaplarını ve devam etmekte olan işlemlerin o tarihteki durumu hakkında bilgi verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Bkz. TTK m. 263/ f. 2.

[260] Nitekim ortak ile şirket arasındaki "bağlılık" ilişkisinin ortak şirketten çıktıktan sonra belli bir süre daha devam edeceği görüşünde olan Selekler, rekabet yasağı konusunda çıkma ile yasağın son bulduğunu ifade etmiştir. Bkz. Selekler, s. 467.

[261] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 253.

çıkarılmış ve işletme diğer ortak tarafından devralınmış ise şirketin zarar görmesini engellemek amacıyla yasak belli bir süre daha devam edebilir[262]. Bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Şöyle ki; ortak, kanuni rekabet yasağına aykırı hareket ettiği için bir yaptırım olarak şirketten çıkarılmıştır. Dolayısıyla artık kanuni rekabet yasağı sona ermiştir. Şirketin böyle bir durumda zarar görmesi engellenmek isteniyorsa ortak ile şirket arasında ortak ayrılmadan önce rekabet yasağı anlaşması yapılmalıdır. Böyle bir anlaşmanın yapılmaması halinde yaptırım olarak yasağı ihlal eden ortağın ortaklıktan çıkarılmasına karar veren ortaklık, zarar rizikosunu üstlenmiş sayılır. Ancak ortaklığın şartları oluştuğu takdirde haksız rekabet hükümlerine dayalı olarak talep hakkı saklıdır.

Alman hukukunda ise *Stuhlfelner* ortaklıktan ayrılan ortak için rekabet yasağının dürüstlük kuralı gereği devam ettiğini ifade etmiştir[263]. Ancak yine öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, bu görüşün kabul edilmesi halinde, ortağın ekonomik özgürlüğü gereğinden fazla sınırlandırılmış olacaktır[264]. Ayrıca belirtmek gerekir ki kanundan doğan ve kanun gereği ortaklık sıfatına bağlanmış bir yasağın dürüstlük kuralına dayanılarak devam ettirilmeye çalışılması, hükmün amacını aşmaktadır.

Ayrılan ortağın şirkete karşı rekabet teşkil eden davranışlarına karşı her ne kadar rekabet yasağı hükümleri işletilemeyecekse de TTK'nın 54 vd. maddelerinde düzenlenen haksız rekabet kurumuna başvurulması mümkündür[265]. Bunun dışında uygulamada, şirket ile ortaklar arasında ortaklık sıfatının sona ermesinden sonra rekabet yasağının belli bir süre daha devam edeceğine yönelik anlaşma yapıldığı görülmektedir. Bu şekilde kanundan doğan rekabet yasağının zaman bakımından

[262] Karayalçın, s. 181; Aynı yönde bkz. Çevik, s. 387.
[263] Göksoy, s. 659
[264] Göksoy, s. 659.
[265] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 238.

kapsamı genişletilmekte ve söz konusu yasak, bir nevi sözleşmesel rekabet yasağına dönüşmektedir. İşte bu sözleşmesel rekabet yasağının kapsamı ve şartları yapılan anlaşma hükümlerine göre belirlenmektedir[266].

E. Yasağın İhlali Halinde Uygulanacak Yaptırımlar

1. Genel Olarak

Yasağa aykırı hareket eden ortağa karşı uygulanacak yaptırımlar, TTK m. 231'de düzenlenmiştir. Buna göre şirket, tazminat talep edebileceği gibi ortağın kendi adına yaptığı işlerin şirket adına yapılmış sayılmasını veya üçüncü kişilerin hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasını talep edebilecektir. Hangi yaptırımın uygulanacağı, diğer ortaklar tarafından çoğunlukla alınacak bir kararla belirlenecektir (TTK m. 231/ f. 2).

Hükümde bahsedilen yaptırımların birlikte uygulanıp uygulanamayacağı konusunda öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yapılan işin şirket adına yapılmış sayılması veya üçüncü kişi hesabına yapılan işten doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasının talep edilmesi halinde ayrıca zarar söz konusuysa tazminat hakkı da kullanılabilecektir[267]. Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca; hükümde geçen *"tazminat yerine"* ifadesi açıkça diğer iki haktan birinin seçildiği durumlarda tazminat hakkının kullanılamayacağını öngörmektedir[268]. Bu nedenle örneğin; şirket,

[266] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 238; Bu konuda bkz. Birinci Bölüm, III, B, 2.
[267] Ulusoy, s. 386.
[268] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 237; Aydoğan, s. 63.

yapılan işin kendi adına yapılmış sayılmasını talep etmişse artık uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edemeyecektir.

Ayrıca daha önce de ifade edildiği üzere; kollektif şirketin varlığı, ortakların birbirlerine güvenen kimseler olmasına bağlıdır. Şirket, ortaklar arasındaki güven ilişkisi nedeniyle kurulmakta ve faaliyet göstermektedir. Ancak ortaklardan birinin şirkete karşı rekabet yasağını ihlal edici mahiyette davranışlarda bulunması, bu güven ilişkisini zedeleyebilir. Bu nedenle öğretide, TTK m. 231'deki yaptırımlara ek olarak şirketin feshinin talep edilebileceği (TTK m. 245) veya haklı sebeple ortağın şirketten çıkarılmasına karar verilebileceği (TTK m. 255) kabul edilmektedir[269]. Nitekim TTK m. 231'de sayılan hakların varlığı, ortakların, şirketin feshini isteme hakkını engellememektedir. (TTK m. 231/ f. 3) Ayrıca şirket, rekabete aykırı davranışa son verilmesini ve ileride rekabet yasağına uyulmasını da talep edebilir [270]. Fikrimize göre, yalnızca şirketin haklı nedenle feshinde değil, ortağın ortaklıktan çıkarılması gibi TTK m. 231/ f. 1'de sayılan yaptırımların dışında yasağı ihlal eden ortağa karşı uygulanabilecek şirketler hukukundan doğan alternatif yaptırımlar; TTK m. 231/ f. 1'deki yaptırımlara ek olarak uygulanabilecektir [271] . Bir diğer ifadeyle; ortağın şirketten ayrılmasına karar verilmişse aynı zamanda şirketin uğradığı zararın giderilmesi talep edebilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki rekabet yasağının ihlali halinde uygulanmak üzere şirket sözleşmesinde ceza koşulu (TBK m. 179-180 ve m. 182) düzenlenmiş

[269] Karayalçın, s. 181; Domaniç, (Adi Kollektif), s. 110; Rekabet yasağının ihlal edilmesi ortaklık ilişkisini çekilmez hale getiren haklı bir sebeptir. Bozkurt, s.104; Yasağı ihlal eden ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılabilmesi için diğer ortakların oybirliği gerekmektedir. Ancak hüküm emredici değildir ortaklık sözleşmesinde bu kararın çoğunlukla alınabileceği düzenlenebilir. (TTK m. 255)
[270] Çevik, s. 389.
[271] Kendigelen (Kırca), C. I, s. 253.

olabilir[272]. Bu takdirde şirket sözleşmesindeki hüküm de uygulama alanı bulacaktır.

2. Tazminat Talebi

Eğer tazminat hakkının kullanılmasına karar verilmiş ise zararın ve yasağı ihlal eden davranış ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının şirket tarafından ispat edilmesi gerekir[273]. Ayrıca belirtmek gerekir ki öğretide şirket, yasağı ihlal eden ortağın yaptığı işi zaten yapmayacaksa veya yapamayacak durumdaysa yahut yapsa bile menfaat elde edemeyecekse tazminat hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir[274].

Kusurun ispat edilmesine gerek olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır[275]. Ancak öğretide hâkim görüşe göre yasağın ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarında kusurun ispatına gerek yoktur[276]. Çünkü temyiz kudretine sahip bir ortağın TTK m. 230 uyarınca rekabet yasağını ihlal eden davranışında esasen kusur mevcuttur[277]. Bu nedenle tazminat yükümlülüğünden kurtulmak için yasağı ihlal eden ortağın kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki tazminat talebi, yasak kapsamındaki iş, şirket tarafından yapılsaydı şirketin elde edeceği ancak ortağın yasağa aykırı hareketi

---

[272] Kendigelen (Kırca), C. I, s. 253.
[273] Karayalçın, s. 181; Ulusoy, s. 385; Yazara göre zararın karşılanması bakımından en iyi yol tazminat talebinde bulunulmasıdır. Çünkü diğer seçeneklerin seçilmesi halinde zararın tamamen karşılanamaması tehlikesi söz konusudur. Örneğin yasağı ihlal eden ortağın yaptığı işin şirket adına yapılmış sayılması halinde eğer işin sonucunda zarar meydana gelirse artık şirket bu zarara katlanacaktır. Şirketin ayrıca tazminat istemesi mümkün değildir. Domaniç, (Adi Kollektif), s. 109-110; Yasağın ihlal edilmesi sonucu herhangi bir zarar oluşmamışsa tazminat talep edilmesi mümkün değildir ancak şirket sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla cezai şart talep edilebilir. Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 238, dn. 29; Franko, s. 54.
[274] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 238; Franko, s. 54; Çevik, s. 388.
[275] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 238, dn. 28.
[276] Aydoğan, s. 55; Çevik, s. 388.
[277] Ulusoy, s. 385; Karayalçın, s. 181.

nedeniyle mahrum kaldığı kârı da kapsamaktadır[278].

3. Yapılan İşlerin Şirket Adına Yapılmış Sayılması

Eğer kollektif şirket ortağı, kendi adına rekabet yasağını ihlal edecek nitelikte bir iş gerçekleştirmişse şirket bu işin kendi adına yapılmış sayılmasını isteyebilir. Görüldüğü üzere, bu hakkın kullanılabilmesi için ortağın işi kendi adına yapmış olması şarttır. Ortağın başka bir şirkete ortak olarak girmesi suretiyle yaptığı işler hakkında bu hakkın kullanılabilmesi mümkün değildir[279]. Bu durumda ancak tazminat talep edilebileceği gibi haklı nedenle fesih veya ortağın ortaklıktan çıkarılması imkanlarına başvurulabilir[280].

Bu hakkın kullanılması halinde, tazminat hakkında olduğu gibi zararın ve fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının ispat edilmesine gerek yoktur. Çünkü bu halde yasağı ihlal eden ortak nezdinde hiçbir menfaat kalmamaktadır. Bir diğer ifadeyle; şirket, yapılan fiil nedeniyle zarara uğramamaktadır[281].

Bu hakkın kullanılması, ortağın iş yaptığı üçüncü kişiye karşı sahip olduğu hakların şirkete temlik edilmesi anlamına gelmemektedir[282]. Hükmün amacı, eğer iş ortak tarafından değil de şirket tarafından yapılmış olsaydı; şirketin elde edeceği menfaatlerin şirkete devredilmesini sağlamaktır. Bu nedenle, şirket yapılan işin kendi adına yapılmış sayılmasını talep etmemiş gibi dış ilişkide ortak ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme geçerliliğini korur ve icra edilir. İç ilişkide ise yapılan işten dolayı

[278] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 238; Çevik, s. 388.
[279] Franko, s. 57.
[280] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 240; Aydoğan, s. 57.
[281] Ulusoy, s. 385; Franko, s. 55.
[282] Çevik, s. 388.

bir borç ya da masraf söz konusu olursa, bundan şirket sorumlu olacaktır[283]. Bu hakkın kullanılmasıyla yapılan iş, şirket adına yapılmış sayılacağından şirket işten doğan yarara da zarara da katlanmak zorundadır[284]. Bir diğer ifadeyle şirket, bir kere bu hakkı kullandıktan sonra yalnızca yapılan işin olumlu sonuçlarını değil; olumsuz sonuçlarını da kabul etmiş sayılır. Yasak kapsamındaki işin gerektirdiği masrafları şirket üstlenir. Ortak ise gösterdiği yasağa aykırı iş karşılığında şirketten herhangi bir ücret talep edemez[285].

4. Üçüncü Kişilerin Hesabına Yapılan İşlerden Doğan Menfaatlerin Şirkete Bırakılması

Bu hakkın kullanılması halinde ortağın ticari vekil, acente veya bir tüzel kişinin organı gibi sıfatlarla başkası hesabına gerçekleştirdiği işlerden elde ettiği menfaatin şirkete bırakılması söz konusu olur. Öğretide her ne kadar hükümde *"bırakılması"* denilmişse de şirketin menfaatin temlikini isteme hakkına da haiz olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla *"bırakılmak"* ifadesi, ortağın üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği hakları da kapsamaktadır[286].

5. Yaptırımların Uygulanmasında Usul

ETK döneminde hangi yaptırımın uygulanacağına ilişkin diğer ortaklarca

[283] Çevik, s. 388; Şirket bu masrafları karşılayana kadar ortağın elde ettiği menfaatler üzerinde hapis hakkı vardır. Ancak ortak, işin gerçekleşmesi için gösterdiği çabaya karşılık şirketten bir ücret talep edemez. Çünkü yapılan işin şirket adına yapılmış sayılmasıyla ortak, bu çabayı şirketin ortağı sıfatıyla göstermiş sayılır. Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 239.
[284] Franko, s. 56.
[285] Çevik, s. 389.
[286] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 240; Çevik, s. 389.

alınacak kararın oybirliğiyle mi yoksa oy çokluğuyla mı alınacağı konusunda görüş ayrılığı bulunmaktaydı. Ancak hâkim görüş, kararın oy çokluğu ile alınacağı yönündeydi. Çünkü ETK m. 173 uyarınca alınacak karar, ETK m. 168'de ortakların oybirliğini gerektiren haller arasında düzenlenmemişti. Her ne kadar TTK m. 231'in gerekçesinde *"Madde, 6762 sayılı Kanunun 173 üncü maddesinden aynen alınmıştır."* denilmişse de öğretideki hakim görüş doğrultusunda yapılan değişiklik neticesinde ETK'dan farklı olarak kararın oy çokluğu ile alınacağı düzenlenmiştir (TTK m. 231/ f. 2). Buna göre, rekabet yasağını ihlal eden ortak dışındaki ortaklar, oy çokluğu ile alacakları bir karar ile uygulanacak yaptırıma karar vereceklerdir.

Alınan kararın uygulanabilmesi için, yasağı ihlal eden ortağa bildirilmesi gerekmektedir[287]. Bu bildirimin yapılmasıyla karar kesinleşir. Tercih hakkının kullanılması, değiştirici yenilik doğuran bir haktır[288]. Tercih hakkı kullanılmış ancak henüz yasağı ihlal eden ortağa bildirilmemiş ise ortak yaptığı işten rücu edebilir[289].

Uygulanacak yaptırıma ilişkin karar, yasağı ihlal eden ortağa bildirilmiş ancak ortak karara uymamışsa o takdirde dava açılması gerekmektedir. Öğretide, yasağı ihlal eden ortak dışındaki ortakların oybirliği ile davanın açılmasına yönelik bir karar almaları gerektiği ifade edilmiştir[290]. Dava, şirket tüzel kişiliği adına şirketi temsil

[287] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 238; Franko, s. 64.
[288] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 238.
[289] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 238.
[290] Aydoğan, s. 62; Aksi yönde bkz. Ulusoy, s. 386; eğer şirkette iki ortak var ise ve ortaklardan biri rekabet yasağına aykırı hareket etmişse diğer ortağın dava hakkı olduğu Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları uyarınca kabul edilmektedir. Bkz. Yarg. 11. HD., T. 04.03.2002, E. 2001/9414, K. 2002/1733 (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 29.12.2022); Anılan kararda rekabet yasağı ile haksız rekabet kavramları hatalı olarak birbirleri yerine kullanılmıştır. Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 09.12.1976 tarihli 1976/4810 E., 1976/5298 K. Sayılı kararı ile iki ortaklı kollektif şirkette ortaklardan birinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde diğer ortağın TTK m.173 uyarınca dava açmaya yetkili olduğu kabul edilmiştir. İlk derece mahkemesinin anılan karara direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu'nun 04.05.1979 tarihli ve 1977/913 E., 1979/431 K. sayılı kararı ile direnme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Bkz. Yarg. HGK, E. 1977/913, K. 1979/431(Lexpera Veritbanı, Son Erişim Tarihi: 29.12.2022).

eden ortak veya ortaklarca açılacaktır[291].

F. Zamanaşımı

Tercih hakkının kullanılabilmesi için TTK m. 231/ f. 2 ile özel zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Buna göre diğer ortakların tercih hakkı, işlemin yapıldığı veya ortağın şirkete girdiğinin öğrenildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde işlemin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl sonra zamanaşımına uğrar[292]. Ortağın rekabet yasağını fiili iştigal konusu aynı olan başka bir şirkete katılmak suretiyle ihlal etmesi halinde rekabet yasağı sürekli bir şekilde ihlal edildiğinden, bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmayacağı, yalnızca üç aylık süreye uyulmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir[293]. Her ne kadar öğretide[294] fesih talebi için de anılan zamanaşımı süresinin uygulanacağı ifade edilmişse de kanaatimizce TTK m. 231/ f. 2'deki

[291] Ulusoy, s. 386; yazara göre eğer dava şirket tüzel kişiliği adına açılamıyorsa ortaklardan her birinin dava açma hakkı vardır. Yine rekabet yasağını (Yazar haksız rekabet fiili olarak ifade etmişse de bize göre kastedilen rekabet yasağının ihlalidir.) ihlal eden ortak, aynı zamanda yönetici-temsilci ise diğer ortakların yönetici ortağı azlederek dava açmaları mümkündür; Franko, s. 61.

[292] Hükümde bir ortağın başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girdiğinin öğrenildiği tarih üç aylık sürenin başlangıcı olarak düzenlenmişse de bir yıllık zamanaşımının başlangıcı yalnızca "işlemin yapıldığı tarih" olarak belirlenmiştir. Bir diğer ifadeyle hükümde başka bir şirkete ortak olarak girilmesi halinde bir yıllık zamanaşımının ne zaman başlayacağı konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Bir görüşe göre bir yıllık zamanaşımı yalnızca rekabet yasağını ihlal eden işlemler için getirilmiştir. Bir ortağın başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi rekabet yasağının sürekli olarak ihlal eden bir durum olduğu için bir yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır. Bu nedenle ortağın başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi halinde ortakların bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç ay içerisinde seçim hakkını kullanmaları gerekmektedir. Aydoğan, s. 64; Yine öğretide zamanaşımı süresinin başlaması için tek bir ortağın veya bazı ortakların yasağın ihlal edildiğini öğrenmesinin yeterli olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre zamanaşımı süresinin başlaması için rekabet yasağının ihlal edildiğinin yönetici olsun olmasın tüm ortaklar tarafından öğrenilmesi gerekmektedir. Çünkü TTK m. 231/ f. 2 uyarınca seçim hakkı ortakların alacakları bir karar ile kullanılacaktır. Bu da tüm ortakların yasağı ihlal eden davranıştan haberdar olmalarını gerektirir. Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 241; Aynı yönde bkz. Çevik, s. 390; Diğer bir görüşe göre ise yönetim hakkına sahip ortaklardan birinin yasağın ihlal edildiğini öğrenmesi zamanaşımı süresinin başlangıcı için yeterlidir. Nitekim madde metninde yalnızca "öğrenildiği" denilmiş diğer ortakların ihlalden haberdar olmaları şartı aranmamıştır. Aydoğan, s. 64; Bize göre de sürenin başlaması için tüm ortakların ihlalden haberdar olmaları gerekmez. Aksi takdirde rekabet yasağının ihlalinin genel zamanaşımı süresine kıyasen daha kısa olmasının bir anlamı kalmayacaktır.

[293] Kendigelen (Kırca), C. I, s. 254.

[294] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 241; Çevik, s. 390.

zamanaşımı süresi yalnızca ortaklığın tercih hakkı için geçerlidir. Tercih hakkının kullanılmasının şirketin feshini talep etme hakkını etkilemeyeceğine ilişkin düzenleme de bu sonucu desteklemektedir. (TTK m. 231/ f. 3) Buna göre, şirketin TTK m. 231/ f. 1'den doğan tercih hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile ortakların, şirketin feshini talep edebileceklerinin kabulü gerekir[295].

IV. ADİ KOMANDİT ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI

A. Komandite Ortaklar Bakımından Rekabet Yasağı

TTK m. 311'de kollektif şirketlerde rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 230 hükmünün komanditer ortaklar hakkında uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Böylelikle kanun koyucu, dolaylı da olsa komandite ortakların rekabet yasağına tâbi olduğunu düzenlemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki hükümde yer alan atıf pek çok açıdan eleştiriye açıktır. Şöyle ki, TTK m. 230 uyarınca kollektif şirket ortağı, şirketin fiilen uğraştığı işleri kendisinin veya başkasının hesabına yapamayacağı gibi başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak da giremeyecektir. Ancak TTK m. 311'de yer alan atıfta *"işlemlerin aynını yapamayacaklarına ilişkin 230 uncu madde"* denilerek başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girilmesinden söz edilmemiştir. Her ne kadar hükmün lafzından o şekilde anlaşılmasa da yapılan atfın başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girme halini de kapsadığı açıktır. Ancak bu tereddüdün giderilmesi adına Alman hukukunda olduğu gibi doğrudan madde numarası verilmesi

[295] Aynı yönde bkz. Ulusoy, s. 387.

suretiyle yasağın kapsamının belirtilmesinin daha doğru olacağı görüşündeyiz[296].

Eleştiriye açık bir diğer husus ise TTK m. 230'da *"şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işin"* yapılması yasaklanmıştır. Oysa TTK m. 311'de "*şirket konusunu oluşturan işlemlerin aynının"* yapılamayacağından söz edilmektedir[297]. Kanımızca kanun koyucunun amacı, TTK m. 311 ile m. 230 arasında fark yaratmak değildir. Şüphesiz yasağın kapsamı açısından anlaşılması gereken yine şirketin fiilen yaptığı işler türünden işlerdir[298]. Aksi takdirde şirketin fiilen uğraşmadığı ancak işletme konusunda yer alan işlerin de yasak kapsamında olduğu sonucuna ulaşılır ki bu çıkarım, yasağın kapsamının gereğinden fazla genişlemesi anlamına gelmektedir.

Sonuç olarak komandite ortaklar hakkında da kollektif şirket ortakları için geçerli rekabet yasağı hükümleri uygulama alanı bulacağından; ayrıca yasağın kapsamı, yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konulara burada yer verilmeyecektir. Kollektif şirket ortakları bakımından yaptığımız açıklamalar, komandite ortaklar bakımından aynen geçerlidir[299].

B. Komanditer Ortaklar Bakımından TTK m. 311 Hükmünün Değerlendirilmesi

---

[296] Aynı yönde bkz. Kalpsüz, s. 355; hükmün şu şekilde oluşturulmasının daha doğru olduğu kanısındayız: *"Kollektif ortaklıklarda rekabet yasağını düzenleyen 230 uncu madde, komanditerler hakkında uygulanmaz."*

[297] Bkz. Kalpsüz, s. 355.

[298] ETK m. 250 bakımından aynı yönde bkz. Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 610; Aydoğan, s. 69.

[299] Ulusoy, s. 398; Franko, s. 33; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 291; Bkz. İkinci Bölüm, III; Hükümde yalnızca kollektif şirketlerde rekabet yasağı teşkil eden davranışların düzenlendiği TTK m. 230'a atıf yapılmış; yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin TTK m. 231'e atıf yapılmamıştır. Ancak "Bu bölümdeki özel hükümler saklı kalmak şartıyla, kollektif şirkete dair 212 ilâ 216'ncı maddeler komandit şirketler hakkında da uygulanır." (TTK m. 305) düzenlemesi gereği komandite ortakların rekabet yasağını ihlal etmesi halinde TTK m. 231 uygulama alanı bulacaktır. Alman hukukunda ise HGB m. 165'te yalnızca rekabet yasağı teşkil eden davranışların düzenlendiği m. 112' de değil, yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımların belirtildiği 113. maddeye de atıf yapılmıştır.

TTK m. 311 hükmü gereğince TTK m. 230, komanditer ortaklar bakımından uygulanmayacaktır. Ancak kanun koyucu, şirketin işletme konusunun kapsamına giren işlerle uğraşacak bir ticari işletme açan veya bu nitelikte bir şirkete giren komanditer ortakların şirketin belgelerini ve defterlerini incelemek hakkını kaybedeceklerini düzenlemiştir (TTK m. 311, TK m. 250)[300]. Bu düzenleme, öğretide görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Bir görüşe göre, komanditer ortağın şirketle ilişkisi getirdiği sermayenin işletilmesinden ibarettir. Komanditer ortak, yönetime ve temsile katılmadığından, şirketin iş ve işlemlerine ilişkin komandite ortaklar kadar bilgi sahibi değildir. Bu nedenle komanditer ortak, rekabet yasağına uymakla yükümlü değildir[301]. *Kalpsüz*'e göre ise anılan hükümde komanditer ortaklar için rekabet yasağı öngörmektedir, ancak yasağın kapsamı ve sonuçları komandite ortaklardan farklı düzenlenmiştir. Bir diğer ifadeyle hükümde, TTK m. 230'un komanditer ortaklar hakkında uygulanmayacağına ilişkin düzenleme, komanditer ortakların rekabet yasağına tâbi olmadığı anlamına gelmemektedir. TTK m. 311/ f. 1/ c. 2, komanditer ortaklar için rekabet yasağını düzenlemektedir. Buna göre komanditer ortaklar bakımından rekabet yasağı teşkil eden davranışlar, şirketin işletme konusuna [302] giren

[300] Denetleme hakkının kaybı konusunda öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre TTK m. 311'e aykırı hareket eden komanditer ortak, yalnızca olağan denetim hakkını kaybedecek ancak olağanüstü denetim hakkı devam edecektir. Bkz. Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 610; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 291; Şener, (Ortaklıklar Hukuku), s. 281. Bazı yazarlara göre ise TTK m. 311'de ifade edilen"*şirketin belgelerini ve defterlerini incelemek hakkı"* olağan ve olağanüstü denetim hakkını kapsamaktadır. Aksinin kabulü, kanunun yasakladığı bir işe yorumla imkân sağlanmasıdır. Bkz. Ulusoy, s. 400; Bize göre hükmün lafzı çok açıktır. Hükümde yalnızca şirketin belgeleri ve defterlerlerinin incelenmesinden bahsedilmekte, haklı sebeplerin bulunması halinde şirketin işlerinin incelenmesine mahkeme tarafından izin verilmesi durumundan söz edilmemektedir. Bu nedenle TTK m. 311 uyarınca komanditer ortağın şirketle rekabet etmesi halinde kaybedeceği hak, olağan denetim hakkı olup olağanüstü denetim hakkının devam edeceğinin kabulü gerekir. Aynı yönde bkz. Aydoğan, s. 290.

[301] Franko, s. 33-34; Domaniç, (Adi Kollektif) s. 224.

[302] Burada işletme konusundan anlaşılması gereken, kollektif şirketlerde yaptığımız açıklamalarda olduğu gibi şirketin fiilen yaptığı işlerdir. Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 610; bkz. İkinci Bölüm, 3, D, 1, a.

bir alanda ticari işletme açmak veya bu nitelikte bir şirkete girmek olarak[303]; yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırım ise denetim hakkının yitirilmesi şeklinde düzenlenmiştir[304]. Bu görüşe katılan *Aydoğan*'a göre ise komanditer ortaklar bakımından rekabet yasağına aykırılığın yaptırımı komandite ortaklara göre farklı düzenlenmiştir. Yaptırım olan yerde yasak da vardır. Ayrıca TTK m. 310'da düzenlenen denetleme hakkı sayesinde komanditer ortaklar şirketin iş ve işlemleri ile ilgili bilgi sahibi olmaktadır. Bu bilgileri, şirket aleyhine kullanmalarını engellemek amacıyla kanun koyucu, TTK m. 311'de komanditer ortaklar için rekabet yasağı öngörmüştür[305].

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, komanditer ortakların TTK m. 311'e aykırı hareketlerine uygulanan yaptırım, diğer şirket türlerinde rekabet yasağının ihlaline bağlanan yaptırımlardan farklı olarak, hukuki sorumluluk doğurmamakta ancak hak kaybına neden olmaktadır. Şirket tarafından hükme aykırı hareket eden komanditer ortağa karşı tazminat talebinde bunulamayacağı gibi dava açılması da mümkün değildir. Bu da anılan hüküm ile komanditer ortağa yükümlülük ya da borç değil; ancak bir külfet getirildiği anlamına gelmektedir[306]. Bu nedenle komanditer

[303] Hükümde yer verilen *"bu nitelikte bir şirket"* ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Öğretide komanditer ortağın sınırlı sorumlu ortak olarak adi komandit şirket ile aynı alanda faaliyet gösteren bir anonim şirkete veya limited şirkete ortak olması halinde denetim hakkını sınırlandırmaya ihtiyaç olmadığı bu bakımdan hükmün eksik olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Kendigelen, A.:Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2016, s. 211.

[304] Kalpsüz, s. 355; Aynı yönde bkz. Ulusoy, s. 399; *Arslanlı* da "Şirketle rekabetin müeyyidesi alelade murakabe hakkının tahdide uğramasıdır. "Demek suretiyle bir bakıma komanditer ortaklar bakımından rekabet yasağının söz konusu olduğunu kabul etmiştir. Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 610.

[305] Aydoğan, s. 68.

[306] Göksoy, s. 639; Külfet kavramı ile kastedilen kanun tarafından bir kişiye yüklenen belirli bir davranışta bulunma, belirli bir davranışı yapma ya da yapmama ödevlerine uyulmaması halinde o kişinin sahip olduğu bir hakkı yitirmesi, yararına olan hukuki durumu elde edememesi ya da ondan yoksun kalmasıdır. Külfetin söz konusu olduğu hukuki ilişkilerde ilişkinin karşı tarafı alacaklı sıfatını kazanmamaktadır. Bu nedenle külfetin aynen ifası veya tazminat talep edilememektedir. Külfetin yaptırımı yalnızca hakkın yitirilmesidir. Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 6. Baskı, İstanbul 2014, s. 32.

ortağın şirkete karşı rekabet etmeme borcu altında olduğu söylenemez[307].

Komanditer ortaklar bakımından TTK m. 230 uygulanmayacağından komanditer ortak, şirketin fiilen uğraştığı işler türünden bir işi kendisi veya başkası hesabına yapabileceği gibi başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak da girebilir. Öğretide komanditer ortağın ortaklık sıfatından kaynaklı olarak şirketin amacına aykırı fiil ve davranışlardan uzak durması gerektiği, bu nedenle şirketle rekabet etmek suretiyle bu amaca aykırı hareket edilmesi halinde sadakat yükümlülüğünün ihlalinden söz edilebileceği ifade edilmektedir[308].

Kanaatimizce kanun koyucu, komanditer ortağın rekabet hakkını sınırlandırmak istememiş ve bu nedenle onu rekabet yasağı düzenlemesinin dışında bırakmıştır. Buna karşın şirketi korumak amacıyla bir tür önlem olarak, şirketle rekabet eden komanditer ortağı, olağan denetim hakkından mahrum bırakmıştır. Böylelikle şirketle rekabet eden ortağın denetim hakkını kullanmak suretiyle şirketin iş ve işlemlerine ilişkin daha fazla bilgi edinmesinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Dolayısıyla yalnızca yatırım amacıyla sermayesini şirkete getiren bir komanditer ortağın sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle dolaylı da olsa rekabet yasağına tâbi tutulmasının doğru olmadığı görüşündeyiz[309]. Nitekim komanditer

[307] Vardığımız bu sonuç karşısında hükmün başlığının "rekabet yasağı" olmasının yanıltıcı olduğu inancındayız. Komanditer ortakların şirketin fiilen uğraştığı alanda ticari işletme açmaları veya sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak aynı alanda faaliyet gösteren bir şirkete girmeleri halinde olağan denetim haklarını kaybedeceklerine ilişkin düzenlemenin ayrı bir hükümde yer alması kanunun sistematiği açısından daha doğru olacaktır.

[308] Arslanlı, (Kolektif ve Komandit), s. 611; Özellikle şirkete getirdiği sermaye payının büyüklüğü, finansal gücü veya hâkim ortak olması gibi sebeplerle şirketin yönetimi üzerinde dolaylı da olsa etkili olan komanditer ortağın şirkete karşı rekabet teşkil eden davranışlarının sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Karakılıç, s. 87-88; Göksoy, s. 639; Alman hukukunda HGB m. 165; Türk hukukundakinin aksine yalnızca 112 ve 113.maddelerin komanditer ortaklar bakımından uygulanmayacağını düzenlemiş, denetim hakkının yitirilmesinden bahsetmemiştir. Bu nedenle Alman doktrininde ortağın komanditer ortak sıfatı dolayısıyla elde ettiği bilgileri kendi menfaatine kullanmak suretiyle şirkete karşı rekabet teşkil eden davranışlarda bulunması sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak nitelendirilmektedir.

[309] Aynı yönde bkz. Göksoy, s. 639.

ortakların sadakat yükümlülüğünün sınırsız sorumlu komandite ortaklara göre (sahip oldukları yönetim hakkına paralel olarak) daha dar olduğu kabul edilmektedir[310]. Buna rağmen komanditer ortağın rekabet teşkil eden davranışlarını sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirip şirketin feshi, ortağın ortaklıktan çıkarılması veya zarar meydana gelmişse bunun tazmini gibi yaptırımların uygulanması, kanunun amacına aykırıdır.

Öte yandan kanımızca komanditer ortaklar ile limited şirket ortaklarının durumu benzemektedir. Limited şirket ortakları için bağlılık yükümlülüğünün[311] ve rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 613'ün gerekçesinde şirket sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmemişse ortakların salt bağlılık yükümlülüğü altında oldukları gerekçesiyle kanunen rekabet yasağına tâbi olduklarının ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir[312]. Bize göre aynı husus, komanditer ortaklar bakımından da geçerli olmalı ve ortaklık sıfatı nedeniyle sadakat yükümlülüğü altında olmaları, komanditer ortakların rekabet hakkına getirilmiş bir sınırlama olarak değerlendirilmemelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki komanditer ortağın TTK m. 318/ f. 2 uyarınca ticari vekil, ticari mümessil olması durumunda komanditer ortak TTK m. 311 uyarınca değil ancak TBK m. 553'te düzenlenen ticari vekil ve ticari mümessillere ilişkin rekabet yasağına tâbi olacaktır[313].

[310] Nomer Ertan, (Sadakat Yükümlülüğü), s. 11.
[311] Her ne kadar çalışmamızda genel olarak "sadakat yükümlülüğü" ifadesinin kullanılması tercih edilmişse de limited şirketlerde kanun koyucu açıkça "bağlılık yükümlülüğü" ifadesini tercih ettiğinden limited şirketler açısından sadakat yükümlülüğü değil; bağlılık yükümlülüğü ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir.
[312] Bkz. TTK m. 613 Gerekçesi.
[313] Göksoy, s. 640.

V. ANONİM ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI

A. Genel Olarak

Anonim şirketlerde kanundan doğan rekabet yasağı, YK üyelerini kapsamaktadır. Pay sahiplerinin kanun gereği şirkete karşı rekabet etmeme yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bunun temel nedeni pay sahiplerinin şirkete karşı sermaye borcu dışında bir borçlarının dolayısıyla sadakat yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Ancak öğretide pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında bulunduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Öte yandan her ne kadar kanunen rekabet yasağına tâbi olmasalar da borçlar hukuku anlamında akdedecekleri bir sözleşme ile pay sahipleri için rekabet yasağı getirilmesi mümkündür. Esas sözleşme ile bu yönde bir düzenleme yapılmasına ise TTK m. 340 ve m. 480 engel oluşturmaktadır.

YK üyeleri için kanundan doğan rekabet yasağı, kollektif şirket ortakları için rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 230 hükmüne benzer şekilde düzenlenmiştir. Emredici nitelikte olmadığından GK tarafından verilecek onay ile yasağın kaldırılması mümkün olduğu gibi kapsamının genişletilmesi yahut daraltılması söz konusu olabilir. Yasağın kapsamının genişletilmesi halinde YK üyelerinin ticaret serbestisinin TMK m. 2'ye aykırı şekilde kısıtlanmaması gerekir.

B. Yasağın Kişi Bakımından Kapsamı

1. Yönetim Kurulu ve Müdürler

Anonim şirketlerde rekabet yasağı, YK üyeleri için düzenlenmiştir. Bunun sebebi iş potansiyeli, müşteri çevresi, yatırım stratejisi gibi şirketle ilgili pek çok alanda bilgi sahibi olan YK üyelerinin bu bilgileri, kendi menfaatleri doğrultusunda kullanmalarının önüne geçmek olarak açıklanabilir[314]. Öyle ki YK üyeleri kendilerine ait olmayan bir malvarlığını yönetmekte olduğundan şirket ile ilgili her türlü bilgiye erişim hakkına sahiptir ve bu YK üyelerine "üstün bir güç" vermektedir. Bu gücün YK üyeleri tarafından şirket menfaati yerine kendilerinin veya başkalarının menfaatine olacak şekilde kullanılması riski her zaman bulunmaktadır[315]. Buna ek olarak YK üyelerinin şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetmek yükümlülüğü altında olduklarını düzenleyen TTK m. 369/ f. 1 hükmünden söz etmek gerekir. Hükmün gerekçesinde şirket menfaatinin dürüstlük kuralına göre gözetilmesinden anlaşılması gerekenin *"yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hâkim paysahibinin veya pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi"* olduğu ve anılan düzenlemenin YK üyelerini rekabet yasağına uymak dışında kapsamlı bir sadakat yükümlülüğü altına soktuğu ifade edilmiştir[316].

Yönetim ve temsil, YK'nın görevi olmasına rağmen şirketin yönetimiyle ilgili her türlü güncel bilgiye sahip olunması, yönetim işlerinin sürdürülmesi, yönetimin kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak yürütüldüğünün denetlenmesi işlerinin kurul olarak YK tarafından yapılması, özellikle büyük çaplı anonim şirketlerde sorun

[314] Ayan, s. 149; Gültekin Günaydın, B: "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Rekabet Yasağı" Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2022, s. 136, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp (Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi).
[315] Gültekin Günaydın, s. 136.
[316] Menfaat çatışmalarının bulunduğu hallerde YK üyelerinin gerekli önlemleri almasının yanı sıra hâkim ortağın veya yakınlarının kayırılmaması ve şirket menfaati için çalışılması gerekliliği vurgulanmıştır. Bkz. TTK m. 369 Gerekçesi.

olabilmektedir[317]. Bu nedenle YK üyelerinin aynı zamanda pay sahibi olduğu küçük ölçekli anonim şirketlerin aksine çok ortaklı, iş hacminin geniş olduğu, şubelerden oluşan veya yönetimi teknik bilgi ve tecrübe gerektiren anonim şirketlerde, yönetimin delege edilerek meslekten yetişen, teknik veya ticari bilgi ve deneyime sahip uzman kişilere bırakılması işletme ekonomisinin bir gereğidir[318]. Bu şekilde yapılacak bir iş bölümü, şirket içi karar mekanizmalarının daha hızlı çalışması ve şirketin işleyişinin kolaylaştırılmasına hizmet etmektedir[319]. Bu ihtiyaç doğrultusunda kanun koyucu, esas sözleşmede hüküm bulması şartıyla yönetim yetkisinin kısmen veya tamamen üyelerden biri veya birkaçına [320]

---

[317] Ünal, M.: "Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması" BATIDER 1982, C. 11, S. 3, s. 67.

[318] Ünal, s. 68; Çamoğlu (Hukuki Sorumluluk), s. 191; Ansay, s. 104; Aydoğan, s. 79.

[319] Akdağ, Güney N.:Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2.Baskı, İstanbul 2016, s. 83.

[320] ETK m. 319'da *"Esas mukavelede idare ve temsil işlerinin idare meclisi azaları arasında taksim edilip edilmeyeceği ve taksim edilecekse bunun nasıl yapılacağı tesbit olunur.*" denilmek suretiyle temsil ve yönetim yetkisinin devri aynı hükümde düzenlenmişti. Hükmün ikinci fıkrasında ise "*Esas mukavele ile temsil salahiyetinin 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 salahiyet verilebilir."* ifadesi yer almaktaydı. Ancak 6102 sayılı TTK'da yönetim yetkisinin devri m. 367'de, temsil yetkisinin devri ise m. 370'te olmak üzere farklı hükümlerde düzenlenmiştir. Temsil yetkisinin devrinin düzenlendiği 370. maddenin 2. fıkrasında YK üyesi için "murahhas üye" üçüncü kişi için ise "müdür" ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Buna karşın yönetim yetkisinin devrini düzenleyen TTK m. 367'de bu sıfatlardan hiç söz edilmemiştir. Bu nedenle temsil yetkisi devredilmemiş, yalnızca yönetim yetkisi devredilmişse murahhas üyelik veya müdürlükten bahsedilmesi mümkün değildir. Bkz. Usluel Gürbüz, E. A: İcra Kurulu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019, S. 142, s. 369. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 595; ayrıca yazara göre önemli olan yöneticinin hangi sıfatı taşıdığından çok TTK uyarınca hangi yetkilere sahip olduğudur.

Tekinalp'e göre murahhas üyelik veya müdürlük ancak yönetim ve temsil yetkisinin devredilmesiyle söz konusu olmalıdır. *Tekinalp* bu görüşünü TTK m. 370/ f. 2'de yer alan "*Yönetim Kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir."* ifadesine dayandırmaktadır. Anılan düzenleme ile kanun koyucu, murahhas üye veya müdür sıfatını temsil yetkisine sahip yöneticiler için kullanmıştır. Kaldı ki murahhas üyenin amacına uygun şekilde çalışabilmesi için hem yönetim hem de imza yetkisine sahip olması gerekmektedir. Tekinalp, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020, s. 261; nitekim hükmün gerekçesinde "*İkinci fıkra, 6762 sayılı Kanun 319 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmünü tekrarlayarak, 370 inci madde dolayısıyla devredilebilen yönetim hakkını temsil yetkisi ile tamamlamak amacıyla öngörülmüştür."* denilmek suretiyle yönetim ve temsil yetkisinin birbirini tamamladığı ifade edilmiştir. *Kırca* ise murahhas üyelik veya müdürlük için yönetim ve temsil yetkisinin birlikte devredilmesi gerekliliğinin TTK m. 370/ f. 2'den çıkarılamayacağını, ETK m. 319/ f. 2'den ancak böyle bir sonuca ulaşılabileceği gerekçesiyle *Tekinalp*'in ileri sürdüğü gerekçeye katılmamıştır. Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), s. 595, dn. 553.

Koç'a göre yönetim yetkisinin devredilmesi, anılan sıfatların kazanılması için yeterlidir. Gerekçede de ifade edildiği üzere her iki yetki birbirini tamamladığından yönetim yetkisinin

yahut üçüncü kişilere[321]devrine imkân tanımıştır (TTK m. 367).

Anonim şirketlerde rekabet yasağı, YK üyeleri için düzenlendiğinden; murahhas üyelerin yasak kapsamında olduğu şüphesizdir. Ancak yönetim ve/veya temsil yetkisinin devredildiği üçüncü kişilerin TTK m. 396 uyarınca rekabet yasağına tâbi olup olmadıkları konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Kalpsüz'e göre TTK m. 396 (ETK m. 335) yalnızca YK üyeleri için düzenlenmiş olup şirketi idare ve temsile yetkili olduğu halde YK üyesi olmayan üçüncü kişileri (murahhas müdür) kapsamamaktadır. Bunlar hakkında ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için rekabet yasağını düzenleyen TBK m. 553 (EBK m. 455) uygulanır[322]. Karşı görüşteki yazarlar ise TTK m. 396'nın

---

devredildiği kişilerin de "murahhas" veya "müdür" sıfatını kazandığının kabulü gerekir. Koç, H.: Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 76; yine öğretide tam tersi şekilde anılan sıfatların yalnızca temsil yetkisinin devredildiği kişileri kapsadığı da ifade edilmiştir. Bkz. Akdağ Güney, s. 82.

Bize göre kanunun sistematiği açısından "murahhas üye" ve "müdür" ifadelerinin kullanılabilmesi için yönetim ve temsil yetkisinin birlikte devredilmiş olması gerekmektedir. Ancak konumuz açısından belirtmek gerekir ki yönetim ve/veya temsil yetkisi devredilen YK üyesi ne şekilde adlandırılırsa adlandırılsın TTK m. 396 uyarınca yasağın kapsamındadır. Hatta YK üyesine herhangi bir yetki devri yapılmamış olsa bile rekabet yasağı ilgili YK üyesi hakkında da söz konusu olacaktır. Bize göre yetki devri yapılan üçüncü kişiler bakımından da benzer bir sonuca ulaşmak gerekir. Bu durumda da üçüncü kişinin müdür olarak isimlendirip isimlendirilmemesi rekabet yasağına tâbiyet bakımından bir fark yaratmaz. Yönetim ve/veya temsil yetkisinin devredildiği üçüncü kişiler de YK üyeleri gibi rekabet yasağına uymakla yükümlüdür. Görüldüğü üzere anılan tartışma, terminolojik bir tartışma olup rekabet yasağının kişi bakımından kapsamını etkilememektedir. Bu nedenle, ETK döneminde ileri sürülen görüşler bakımından çalışmamızda "(murahhas) müdür" ; TTK döneminde ileri sürülen görüşler için "yönetim ve/veya temsil yetkisinin devredildiği üçüncü kişi" ifadelerinin kullanılması uygun görülmüştür.

[321] ETK döneminde "müdür" ifadesi kanunda iki farklı hükümde kullanılmıştır. Buna göre ETK m. 319/ f. 2 uyarınca yönetim ve temsil yetkisinin devredildiği üçüncü kişiler "müdür" olarak düzenlenmişti. Öte yandan ETK m. 342'de şirket muamelelerinin icrası safhasıyla ilgili kısmın YK üyesi yahut ortak olmayan müdürlere tevdi edilebileceği hükmüne yer verilmişti. Her iki hükümde de "müdür" ifadesi geçtiğinden, karışıklık olmaması adına öğretide yönetim ve temsil yetkisinin devredildiği müdürler için "murahhas müdür" ifadesi kullanılmaktaydı. Bkz. *Eriş,* Gönen: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1995, s. 328; ancak TTK'da ETK m. 342'deki hükme yer verilmediğinden böyle bir ayrım yapılmasına gerek kalmamıştır. Bu nedenle çalışmamızda "murahhas müdür" yerine yalnızca "müdür" ifadesi kullanılmıştır.

[322] Kalpsüz, s. 366; Üçışık, G./Çelik, A.: Anonim Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2013, s. 503; Aynı görüşü savunan Göksoy ise murahhas müdürlerin TBK M. 547 (EBK m. 449) uyarınca ticari mümessil, yalnızca yönetim yetkisinin devredildiği müdürlerin ise TBK m. 551 (EBK m. 453) uyarınca ticari vekil sıfatlarını taşıdıklarından haklarında TTK m. 396'nın TBK m. 553'ün uygulanması gerektiğini savunmuştur. Göksoy, çalışmasında TTK m. 367 uyarınca yönetim yetkisinin devredildiği ancak

(murahhas) müdürler hakkında da uygulanması gerektiğini ifade etmişlerdir[323]. Mülga kanun döneminde *Franko,* (murahhas) müdürlerin, ETK m. 335 uyarınca rekabet yasağına tâbi olduklarının kabulünün, rekabet yasağının dar yorumlanması kuralına aykırılık oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Yazara göre; yasağın dar yorumlanması kuralı, kanunda yasak kapsamında sayılan davranışlarla sınırlıdır. Yoksa dar yorumlanma ilkesi gereği yönetim yetkisini kısmen veya tamamen devralan ve kanunda yer alan davranışları gerçekleştirmek suretiyle şirket menfaatini ihlal edebilecek bir konumda bulunan (murahhas) müdürlerin, salt YK üyesi olmadıkları gerekçesiyle kanuni rekabet yasağı kapsamı dışında bırakılmaları, çok şekilci bir yorum tarzı olacaktır[324]. *Kırca*'ya göre ise TTK m. 369 uyarınca üyeler gibi yönetimle görevli üçüncü kişiler de sadakat yükümlülüğü altındadır. Rekabet yasağının kaynağı da sadakat yükümlülüğü olduğuna göre TTK m. 396'nın yönetim ve/ veya temsil yetkisinin devredildiği üçüncü kişiler için de uygulanması gerekmektedir[325].

Devredilen yönetim ve/veya temsil yetkisinin kullanımında üçüncü kişiler ile murahhas üyeler arasında yetki ve sorumluluk bakımından bir fark bulunmamaktadır. Üçüncü kişilere devredilen alanda YK üyelerinin yetki ve sorumlulukları sona ermektedir. Buna karşın YK'nın yönetim yetkisinin devredildiği kişiler üzerindeki gözetim yetkisi (TTK m. 375/ f. 1/ b. e) ve TTK m. 375 uyarınca devredilemeyen görev

yönetim kurulu üyesi olmayan kişileri *"müdür"* , TTK m. 370/ f. 2 uyarınca temsil yetkisinin devredildiği üçüncü kişileri ise "murahhas müdür" olarak nitelendirmiştir. Göksoy, s. 644-645; Ayan, s. 154; *Domaniç*'e göre üye sıfatı bulunmayan ancak ticari mümessil niteliğindeki genel müdürler TBK m. 553'teki rekabet yasağına tâbidirler. Domaniç, H.: Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s. 451.

[323] Aydoğan, s. 81; Teoman, s. 45; Akdağ Güney, s. 240.

[324] Franko, s. 49.

[325] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 688; yönetim ve temsil yetkisinin birlikte devredildiği durumlarda bu ifade doğrudur ancak kanımızca yalnızca temsil yetkisi devredilmişse üçüncü kişinin TTK m. 369 uyarınca sadakat yükümlülüğü altında bulunduğunun kabulü mümkün değildir. Bize göre üçüncü kişilerin rekabet yasağına uymakla yükümlü olması için her halükârda yönetim yetkisinin devredilmiş olması gerekmektedir.

ve yetkilerden doğan sorumluluğu devam etmektedir[326]. Üçüncü kişiler de kendilerine devredilen alanda yönetim ve/veya temsil yetkisini kullanırken şirketin işleyişi ile ilgili bilgilere erişmektedir. Bu bilgilerin şirket menfaatine aykırı kullanılması tehlikesi onlar için de söz konusudur. Yine daha önce ifade edildiği üzere, TTK m. 369 uyarınca yönetimle görevli üçüncü kişiler de şirkete karşı sadakat yükümlülüğü altındadır. Tüm bu hususlar göstermektedir ki rekabet yasağı düzenlemesinin getiriliş amacı (*ratio legis*) yönetimin devredildiği üçüncü kişileri de kapsamaktadır. Bu nedenle hüküm geniş yorumlanmalı ve her ne kadar hükümde bahsedilmese de yönetimle görevli üçüncü kişilerin de TTK m. 396 kapsamında olduğu kabul edilmelidir[327]. Bu nedenle TTK m. 369'da olduğu gibi *"yönetimle görevli üçüncü kişiler"* ibaresinin TTK m. 396'ya eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Tüzel kişinin YK üyesi olduğu durumlarda, tüzel kişi tarafından belirlenen ve tüzel kişiyle birlikte tescil ve ilan edilen gerçek kişinin de (TTK m. 359/ f. 2) konumu ve sıfatı itibariyle şirketin menfaatine aykırı hareket ederek şirketi zarara uğratması olasıdır. Dolayısıyla söz konusu gerçek kişinin de rekabet etmeme yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmelidir[328].

Görev süresi içinde YK üyeliğinin herhangi bir sebepten boşalması halinde, geçici olarak YK üyeliğine seçilen kimse de (TTK m. 363) kanundan doğan rekabet yasağına tâbidir[329].

YK üyesinin çalışma şekli de yasağın kapsamına etki etmez. YK üyesi tam zamanlı da çalışsa yarı zamanlı da çalışsa yasağın kapsamında kabul edilmelidir. Öyle ki kanun koyucu rekabet yasağını üyelik sıfatına bağlamış olup YK üyeleri arasında

[326] Ünal, s. 73.
[327] Aşık, s. 177.
[328] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 688-689.
[329] Aydoğan, s. 77.

ayrım gözetmemiştir. Ancak şirket sözleşmesinde veya GK'da alınacak bir kararla yarı zamanlı çalışan YK üyesinin yasağa tâbi olmayacağı kararlaştırılabilecektir[330].

YK üyeleri için rekabet yasağı, üyelik sıfatının kazanılmasıyla başlar ve bu sıfatın kaybedilmesiyle sona erer[331]. Kanuni rekabet yasağının başlangıcında, GK kararının veya geçici üye seçiminde YK kararının tescil edildiği tarih esas alınmaz[332]. Çünkü üyeliğin kazanılması bakımından yapılacak tescil, kurucu değil bildirici niteliktedir[333].

Kanuni rekabet yasağı, üyelik sıfatına bağlı olduğundan şirketten ayrılan YK üyesine karşı ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Şirketten ayrılan üye, sadakat yükümlülüğü altında olmadığı gibi şirket menfaatini kendi menfaatine tercih etmek zorunda da değildir[334]. Buna karşın sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması ile kanuni rekabet yasağının bir süre daha devam edeceği kararlaştırılabilir[335]. Kanuni rekabet yasağı, emredici nitelikte olmadığından esas sözleşmeye konulacak bir hükümle veya alınacak bir GK kararıyla da yasağın üyelik sıfatı sona ermesine rağmen devam edeceği öngörülebilir[336].

---

[330] Gültekin Günaydın, s. 138.
[331] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 689; Akdağ Güney, s. 241; Kalpsüz, s. 366.
[332] Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 689; Kalpsüz, s. 366.
[333] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 407.
[334] Karasu, (Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu), s. 25; Yönetim kurulu ile şirket arasındaki hukuki ilişkiyi hizmet akdi olarak nitelendiren *Kalpsüz*, üyelik sıfatının kaybedilmesine rağmen şirket ile üye arasında hizmet akdinin devam ettiği durumlarda da kanuni rekabet yasağının sona ereceğini ancak hizmet sözleşmesinin mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda iyi niyet ilkesi gereğince üyenin sözleşmesel ilişkinin devamı süresince şirketle rekabet edemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Kalpsüz, s. 367.
[335] Bkz. Birinci Bölüm, 3, B, 2 başlığı altında yaptığımız açıklamalar.
[336] Karasu, (Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu), s. 25; limited şirketler bakımından yasağın zaman bakımından kapsamının ortaklık sözleşmesiyle genişletilmesinin mümkün olmadığı hakkında bkz. İkinci Bölüm, VI, C, 1.

2. Pay Sahiplerine Yönelik Tartışmalar ve Değerlendirmemiz

Kanunda pay sahiplerine yönelik rekabet yasağı düzenlemesine yer verilmemiştir. Bu nedenle pay sahiplerinin rekabet yasağına tâbi olup olmadıkları incelemeye değer bir konudur. Konunun daha iyi açıklanabilmesi için her şeyden önce pay sahiplerinin şirkete karşı sadakat yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusundaki görüşlere değinmekte yarar vardır.

a. Pay Sahiplerinin Sadakat Yükümlülüğü ve İleri Sürülen Görüşler

Tek borç ilkesinin düzenlendiği TTK m. 480 uyarınca (ETK m. 405) esas sözleşmeyle pay sahiplerine sermaye borcu dışında bir borç yükletilmesi mümkün değildir. Öğretide, emredici nitelikteki bu hükme göre pay sahiplerinin şirkete karşı sadakat yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir[337]. Buna karşın sadakat yükümlülüğünün tek borç ilkesine aykırılık oluşturmadığı da savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre tek borç ilkesi, anonim şirketlerde geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesinin bir uzantısı olup yalnızca sermaye borcunu düzenlemektedir[338]. Oysa pay sahiplerinin TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına uygun davranma

[337] Tekinalp, Ü./Poroy R./Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku C. II, 14.Baskı, İstanbul 2019, s. 76.
[338] Akın, Y. M.: Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş'lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002, s. 149.

yükümlülüğü ve bu yükümlülükten kaynaklanan sadakat yükümlülüğü devam etmektedir[339].

Akın, sadakat yükümlülüğünü dikey ve yatay eksenli bir borç olarak kabul etmiştir. Yazara göre anonim şirketlerde de her şirkette olduğu gibi TBK m. 620 (EBK m. 520) uyarınca *affectio societatis* unsuru geçerlidir[340]. Dolayısıyla pay sahipleri, ortaklık amacının gerçekleşmesi için birlikte çaba sarf etmek zorundadır. İşte *affectio societatis* unsuru, sadakat yükümlülüğünün dikey ekseni bakımından ölçü vermektedir[341]. Öte yandan pay sahipleri her ne kadar birbirlerini tanımıyor olsalar da ekonomik bir kader birliği içerisindedirler. Birbirlerine karşı alelâde üçüncü kişi durumunda değildirler. Bu nedenle ortaklıksal bir ilişki içinde bulunmayan pay sahipleri birbirlerinin ortaklıksal menfaatlerini etkileyebilirler. Bu da TMK m. 2'nin uygulanması sonucunu doğurur ki bu hüküm sadakat yükümlülüğünün yatay eksendeki dogmatik temelidir[342].

Anonim şirket, şahıs şirketlerinin aksine büyük sermayelerin bir araya getirildiği ve dolayısıyla çok ortaklı şirketler olarak tasarlanmıştır[343]. Payın tedavülünün kolay olması (TTK m. 489, m. 490), pay sahiplerinin diledikleri zamanda paylarını devrederek şirketten çıkmalarına imkân tanımaktadır. Payların kolay bir şekilde satılabilmesi borsa ticaretini sağladığı gibi pay sahipleri için *"anonimlik"* de

[339] Bkz. Nomer, (Sadakat Yükümlülüğü), s. 63-68; Yazara göre tek borç ilkesi ile kanun koyucu özellikle küçük yatırımcıya pay sahibi olması durumunda pay bedeli dışında başka bir bedel ödemeyeceği konusunda güvence vermektedir.
[340] Aksi yönde bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 103.
[341] Akın, s. 141.
[342] Akın, s. 141; Pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında bulunduğuna dair yargı kararları hakkında bkz. Yarg. 11. HD. T. 21.11.2016, E. 2015/11660, K. 2016/8995 (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 29.12.2022), İstanbul 8. ATM. T. 27.06.2019, E. 2019/169, K. 2019/519 (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 29.12.2022).
[343] Even, S.: "Anonim Şirketlerde Hissedarlara Müteallik Rekabet Yasağı ve Sır Saklama Mükellefiyeti, BATİDER 1963, C. 2, S. 2, s. 254.

sağlamaktadır[344]. Buna karşılık ülkemizdeki anonim şirketlerin, büyük sermayeli, çok ortaklı ve dolayısıyla gerçek anlamda anonimliğin söz konusu olduğu şirketler yerine; ağırlıklı olarak aile tipi denilen, genelde aile üyelerinden oluşan veya az ortaklı küçük anonim şirketler olduğu dikkat çekmektedir[345]. Öğretide *Even,* birinci gruba giren anonim şirketleri *"gerçek/hakiki anonim şirketler"*, ikinci gruba girenleri ise *"şekli anonim şirketler"* olarak isimlendirmiş ve her ne kadar gerçek anonim şirketlerdeki pay sahipleri için sadakat yükümlülüğünün bulunduğundan söz edilemezse de şekli anonim şirketlerde pay sahipleri arasındaki ilişkinin şirketin devamlılığına etki ettiği ve aynı şahıs şirketlerinde olduğu gibi pay sahiplerinin kişilik özelliklerinin ön planda olduğu, bu nedenle küçük veya aile şirketi olarak nitelendirilen anonim şirketlerde pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğünün bulunduğunun kabulü gerektiğini savunmuştur[346]. Benzer şekilde *Tekinalp*, aile tipi anonim şirketlerde somut olayın haklı göstermesi halinde pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında bulunduğunun kabul edilebileceği görüşündedir.[347]

İsviçre hukukunda da kapalı anonim şirketlerde pay sahiplerinin etki alanının genişlediği bu nedenle sadakat yükümlülüğünün varlığının kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu görüşü benimseyen yazarlar, İsv. BK'nın 680. maddesinde düzenlenen tek borç ilkesini, sadakat yükümlülüğüne aykırı görmemektedirler[348].

Moroğlu ise genel olarak pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında bulunmadığını ancak hâkim ortağın, yönetime olan etkisi de göz önünde bulundurulduğunda, şirketin menfaatlerini ihlal etme potansiyeline sahip olduğunu

[344] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. I, s. 626.
[345] Even, s. 254.
[346] Even, s. 256; Yazara göre gerçek/hakiki anonim şirketlerde ancak TMK m. 2 gereğince dürüstlük kuralına göre hareket etmek yükümlülüğünden söz edilebilir. Aksi yönde bkz. Akın, s. 148.
[347] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 104.
[348] Okutan Nilsson, G.:Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s. 35.

belirtmekte ve şirkette hâkim konumda olan pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında bulunduklarını kabul etmektedir[349]. Karşı görüşte olan *Paslı*'ya göre ise pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında bulunduğunun kabulü, kaynak temini için getirilen sınırlı sorumluluk ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi hâkim ortak, her ne kadar yönetimi yönlendirme yetkisine sahipse de sorumluluğunun YK üyelerinin sorumluluğundan farklı bir temele dayandırılması gerekmektedir. Kanun koyucunun YK üyeleri için rekabet yasağı öngörüp pay sahipleri için öngörmemesi de bu çıkarımı desteklemektedir[350].

Ansay da pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında olmadığını kabul etmektedir. Ona göre pay sahipleri, ancak TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdür[351]. İsviçre öğretisinde de hâkim görüş, tek borç ilkesinin varlığı nedeniyle pay sahipleri için TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralını aşacak mahiyette sadakat yükümlülüğünün kabul edilemeyeceği yönündedir[352]. Nitekim herkes gibi pay sahiplerinin de dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlü olmaları, şirkete karşı sadakat yükümlülüğü altında bulundukları şeklinde yorumlanamaz[353].

---

[349] Moroğlu, E.: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 9. Baskı, İstanbul 2020, s. 239.

[350] Paslı, A.: "Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. 66, S. 2, s. 350-351; yazara göre sadakat yükümlülüğü ancak aralarında güven ilişkisinin söz konusu olduğu birbirine bağlı kişiler arasında uygulama alanı bulur. Sözleşmesel ilişki içinde oldukları dahi tartışmalı olan pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında olduklarının kabulü bu nedenle mümkün değildir; konuyu örtülü kazanç aktarımı ve dolayısıyla halka açık anonim şirketler açısından inceleyen *Duran*'da yatırımcıların amacının kısa vadede kazanç elde etmek olduğu ve hisselerin kısa sürelerde birden fazla kez el değiştirdiği bir ortaklık türünde hâkim ortağın sorumluluğunun sadakat yükümlülüğüne dayandırılamayacağı görüşündedir. Bkz. Duran, A.: Örtülü Kazanç Aktarımı (SerPK m. 21), İstanbul 2021, s. 377.

[351] Ansay, s. 213.

[352] Okutan Nilsson, s. 35.

[353] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 103.

b. Değerlendirmemiz

Bütün bu görüşlerden sonra ifade etmek gerekir ki; pay sahiplerinin şirkete karşı sadakat yükümlülüğünün bulunduğunun kabulü tek borç ilkesine açıkça aykırıdır. TTK m. 480'nin gerekçesinde *"İlke yönünden 6762 sayılı Kanunun 405 inci maddesinin birinci fıkrasının ifadesinde değişiklik yapılmıştır. Mevcut metin "fazla bir şey ödemeye esas mukavele ile dahi mecbur tutulamaz" diyerek ödeme sözcüğünü vurgulamıştı. Bu da Türk öğretisinde, hükmün sermaye ve prim borcu dışındaki diğer para borçlarını kapsamadığı görüşünün ileri sürülmesine sebep olmuştu. Onun için 480 inci maddede "borç yükletilemez" ifadesi bilinerek kullanılmıştır. Hükümdeki borç sözcüğü geniş anlam taşımaktadır."* denilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun amacının, pay sahibini sermaye borcu dışında her türlü yükümlülükten muaf tutmak olduğu kanaatindeyiz.

Sadakat yükümlülüğü, anonim şirketin temel özellikleri ile bağdaşmamaktadır. Nitekim anonim şirketlerin sermayeye dayalı yapısı, pay sahipleri arasında ortaksal bir ilişki bulunmasını engellemektedir[354].Anonim şirketler, pay sahiplerinin birbirlerinden haberdar olmaksızın kâr elde edebilecekleri bir sistem üzerine kurulmuştur. Pay sahiplerinin şirkete karşı sadakat yükümlülüğünün bulunduğunun kabulü, bu sisteme ve onun amacına terstir. Mevcut sistemde, pay sahipleri, kâr elde etmek amacıyla anonim şirket payını iktisap etmektedirler. Şirketin yönetimine katılmadığı takdirde şirketin işleri hakkında bilgi sahibi olmak zorunda olmayan pay sahipleri, ortaklık

[354] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 104; *Akın*'a göre her ne kadar ortaklar birbirlerini tanımasalar bile ekonomik olarak bir "kader birliği" içerisindedirler ve birbirlerine karşı alelade üçüncü kişi konumunda değildirler. Dolayısıyla pay sahipleri arasında ortaklıksal bir ilişki söz konusu olmasa dahi birbirlerinin ortaklıksal menfaatlerini etkileyebilmektedirler.

amacının gerçekleştirilmesi için müşterek bir çaba sarf etmek mecburiyetinde değillerdir. Dolayısıyla *affectio societatis* unsurundan kaynaklı olarak pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğüne tâbi oldukları yönündeki görüşe katılmıyoruz.

Pay sahipleri, alınacak kararlarda kendi menfaatlerini düşünerek hareket etmek ve bu doğrultuda oy kullanmak hakkına sahiptir. Pay sahiplerinin kendi menfaatlerini düşünerek hareket etmeleri sonucu ortaya çıkabilecek menfaat çatışmalarının çözümü yine mevcut sistem içerisinde yani genel olarak TBK'da ve TTK'da anonim şirketlere ilişkin hükümler yoluyla düzenlenmiştir [355] . Buna rağmen ek sorumluluk mekanizmaları kabul edilerek anonim şirketlere olduğundan daha korumacı yaklaşmaya gerek olmadığı kanaatindeyiz. Bundan hareketle ifade etmek gerekir ki pay sahiplerinin uymakla yükümlü bulunduğu dürüstlük kuralının sınırını doğru çizmek gerekir. Aksi takdirde bir şirketi "anonim" olarak isimlendirmenin pratikte bir anlamı olmayacaktır. Vardığımız bu sonuç, şirketin halka açık veya kapalı olması karşısında değişmez[356]. Çünkü şirketin halka açık olup olmaması ya da aile şirketi olup olmaması, anonim şirket özelliklerini taşıdığı gerçeğini değiştirmez[357]. En küçük halka kapalı şirket dahi sermayeye dayalı olup ortaklarının kişiliklerinden bağımsızdır.

---

[355] Şirkete kasten zarar veren pay sahibinden TBK m. 49/ f. 2 uyarınca tazminat talep edilebilecektir. Yine öğretide Alman hukukunda olduğu gibi pay sahibinin şirketin veya diğer pay sahiplerinin zararına olacak şekilde kendisinin veya üçüncü kişilerin özel menfaatleri doğrultusunda oy kullanması halinde alınan GK kararının iptalinin istenebileceği ifade edilmiştir. Bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 105; ayrıca TTK'da düzenlenen azınlık hakları pay sahiplerinin kendi menfaatlerine hareket etme serbestilerini sınırlandırmaktadır. Bu nedenle Alman hukukunda kabul edilen sadakat yükümlülüğünü çoğunluk pay sahiplerinin haklarını kötüye kullanmalarında bir sınır olarak kabul eden görüşe katılmıyoruz. Bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 105 ve ilgili kısımda adı geçen yazarlar.

[356] Yargıtay'da vermiş olduğu bir kararında anonim şirketlerde pay sahiplerinin birbirine karşı sadakat yükümlülüğü altında olmadıklarını, sermaye ortaklıklarında pay sahipleri arasında ortaklıksal bir ilişkinin bulunmadığını, pay sahiplerinin birbirlerini tanımadığı, varlıklarından dahi haberdar olmadıkları çok paylı şirketlerde böyle bir yükümlülüğün varlığını düşünmenin gerçeklere aykırı olduğu, aile şirketlerinde yahut az ortaklı şirketlerde de durumun değişmeyeceği kabul edilmiştir. Yine aynı kararda, pay sahibinin şirketin menfaatlerini gözetmek ve rekabetten imtina etmek zorunluluğunun bulunmadığı ifade edilmiştir. Bkz.Yarg. 11.HD., T.12.07.2007, E. 2006/2652, K. 2007/10662 (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 29.12.2022).

[357] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 104.

Pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı incelenirken hukukun ekonomi ile olan ilişkisi de göz ardı edilmemelidir. Nitekim pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğünün kabul edilmesi halinde, anonim şirketin mevcut ekonomik düzendeki işlevi de zayıflayacaktır. Öyle ki herhangi bir sorumluluk altına girmeden kâr elde etmek isteyen yatırımcılar, şirket paylarına yatırım yapmaktan imtina edecek; alternatif yatırım seçeneklerine yönelecektir ki bu da anonim şirketlerin kaynak edinmesini ve ekonomik olarak büyümelerini engelleyecektir. Öte yandan sadakat yükümlülüğünün varlığı gerçek ve tüzel kişileri anonim şirket kurmaktan alıkoyabilir. Bu da anonim şirketlerin sayısına ve ülke ekonomisine olan katkılarına gölge düşürecektir.

c. Rekabet Yasağı Açısından Varılan Sonuç

Pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında bulunduğu görüşünü kabul eden *Nomer,* bu yükümlülüğün pay sahiplerini rekabet yasağına tâbi tutacak mahiyette olmadığını savunmaktadır. Öyle ki salt yatırım amacıyla anonim şirket paylarını edinen gerçek ve tüzel kişilerin, pay sahibi sıfatına haiz oldukları gerekçesiyle ticari faaliyetlerinin kısıtlanmaması gerekir[358].

Kalpsüz'e göre pay sahipleri, TTK m. 396 uyarınca rekabet yasağına tâbi değildir; ancak her ne kadar kanunda özel olarak düzenlenmemişse de genel hüküm niteliğinde olan TBK m. 626 (EBK m. 526) anonim şirket pay sahipleri hakkında da uygulama alanı bulur. Buna göre ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin

[358] Nomer, (Sadakat Yükümlülüğü), s. 134.

menfaatine olacak şekilde, ortaklığın amacını engelleyici işler yapamayacaklardır (TTK m.126, ETK m. 138)[359].

Buna karşın bizim de katıldığımız görüş uyarınca TBK m. 626'nın anonim şirketlerde uygulanması mümkün olmamalıdır. TTK m. 126'nın yaptığı atıf uyarınca adi şirketlere ilişkin hükümler ancak ticaret ortaklıklarının özel hükümlerinde olumlu boşluk bulunması halinde uygulama alanı bulacaktır. Oysa kanun koyucu, bilinçli olarak pay sahiplerini rekabet yasağının kapsamı dışında bırakmış ve yasağı yalnızca YK üyeleri için düzenlemiştir. Bu husus, TTK m. 480'nin gerekçesinden de anlaşılmaktadır[360]. Dolayısıyla kanunda gerçek anlamda boşluk bulunduğundan söz edilemeyeceğinden; TBK m. 626'nın uygulanması suretiyle pay sahiplerinin rekabet yasağına tâbi kılınması mümkün değildir[361]. Kaldı ki TTK m. 126 uyarınca" *Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır."* denilmektedir. Anılan hüküm gereğince kanunda olumlu boşluk olması tek başına yeterli değildir ayrıca uygulanacak hükmün ticaret şirketinin niteliğine belli bir oranda da olsa uygun olması gerekir. Fikrimize göre TBK m. 626 anonim şirketin niteliği ile bağdaşmamaktadır[362].

Kanımızca TTK m. 480'in lafzı çok açıktır. Pay sahiplerinin pay bedeli ve payın primli çıkarılması halinde söz konusu olan prim borcu dışında, şirkete karşı herhangi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bu doğrultuda pay sahipleri, kanun gereği rekabet yasağına tâbi değildir. Zaten farklı gerekçelerle de olsa pay sahiplerinin

[359] Kalpsüz, s. 365; Aynı yönde bkz. Aydoğan, s. 92.
[360] Bkz. TTK m. 480 Gerekçesi.
[361] Göksoy, s. 647-648.
[362] TBK m. 626'nın anonim şirketin temel niteliği ile bağdaşmamasının nedeni pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğüne tâbi olmamasıdır. Bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2, b.

YK üyeleri için geçerli olan rekabet yasağına tâbi olmadıkları konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır.

Halka açık anonim şirketler bakımından ise Kurumsal Yönetim Tebliği'nin [363] ekinde "Kurumsal Yönetim İlkeleri" yer almakta olup bu ilkelerden 1.3.6'da yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerine şirketin işletme konusuna giren bir iş veya işlem yapmaları yahut aynı tür ticari işlerle uğraşan bir başka şirkette sınırsız sorumlu ortak olmaları halinde GK'da bu durumu açıklama yükümlülüğü getirilmiştir[364]. Önemle belirtmek gerekir ki anılan düzenleme, pay sahiplerine rekabet etmeme yükümlülüğü getirildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Söz konusu hükümde yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerine rekabet etmeme değil, şirkete karşı rekabet teşkil edebilecek iş ve işlemleri veya durumları "açıklama yükümlülüğü" getirilmiştir[365].

3. Rekabet Yasağının Pay Sahipleri Sözleşmesi ile Düzenlenmesi

a. Genel Olarak Pay Sahipleri Sözleşmesi

Pay sahipleri sözleşmesi, en genel şekliyle; pay sahiplerinin tamamının veya

[363] RG.03.01.2014, S. 28871.
[364] Kurumsal Yönetim İlkeleri m. 1. 3. 6: "*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 ve/veya 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 alınır ve genel kurul tutanağına işlenir".*
[365] Gültekin Günaydın, s. 139-140; ayrıca belirtmek gerekir ki bize göre anılan düzenlemede yer alan "işletme konusuna giren iş ve işlemler" ifadesi şirketin fiilen faaliyet gösterdiği konular şeklinde anlaşılmalıdır. Konu hakkında bkz. İkinci Bölüm, V, C, 1, a.

bir kısmının taraf olduğu, sözleşme serbestisi çerçevesinde akdedilen, uyuşmazlıkların çözümü, şirketin yönetimi, pay sahiplerinin birbirleriyle olan ilişkileri yahut şirketle olan ilişkileri, pay sahiplerine tanınan hak ve yetkiler gibi konuları düzenleyen bir sözleşme olarak tanımlanabilir[366]. Kanun gereği esas sözleşme ile düzenlenmesi mümkün olmayan konular için hukuki bir zemin olarak nitelendirebileceğimiz pay sahipleri sözleşmesi; uygulamada, oy sözleşmeleri, pay devrinde önce diğer pay sahiplerine öneride bulunma, pay satma/alma zorunluluğu ve konumuzla ilgili olarak pay sahipleri için rekabet yasağı ve sadakat yükümlülüğü getirmek amacıyla akdedilebilmektedir[367].

Pay sahipleri sözleşmesinin, çoğu zaman adi ortaklık sözleşmesi veya birçok sözleşmenin özelliğini içeren *sui generis* bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir[368]. Herhangi bir şekle tâbi olmayan pay sahipleri sözleşmesi, yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir ancak uygulamada ispat kolaylığı nedeniyle sözleşmenin, yazılı olarak yapıldığı ve hatta daha sonra sözleşmede yapılacak değişiklikler için yazılılığın bir geçerlilik şartı olarak kabul edildiği görülmektedir[369].

Ortaklığın sözleşmeye taraf olup olamayacağı konusu ise tartışmalıdır. İsviçre hukukunda şirketin pay sahiplerinin haklarıyla ilgili yükümlülük içeren sözleşmelere taraf olamayacağı ve dolayısıyla şirketler hukuku meselelerinde ortaklığın, pay sahipleri sözleşmesiyle bağlı tutulamayacağı kabul edilmektedir[370]. Avusturya hukukunda bir görüşe göre şirket, pay sahiplerine sermaye yükümlülüğü getiren veya

[366] Reece, K./ Christopher, R.: The Law and Practice of Shareholders' Agreements, Londra 2020, s. 3; Okutan Nilsson, s, 4.
[367] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 77; Reece/ Ryan, s. 19-32.
[368] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 78; Csach, K./ Havel, B./ Mock, S.: International Handbook on Shareholders´ Agreements: Regulation, Practice and Comparative Analysis, Berlin 2018, s. 607; Roth, M.: "Shareholders' Agreements in Listed Companies: German" Erişim Adresi: https://ssrn.com/abstract, (Son Erişim Tarihi: 19.03.2022), s. 9.
[369] Csach/ Havel/ Mock, s. 608.
[370] Csach/ Havel/ Mock, s. 609-610.

şirketin finansmanı ile ilgili olan pay sahipleri sözleşmelerine taraf olabilir; buna karşın şirketin oy sözleşmeleri içeren, yönetim kuruluna yahut gözetim kuruluna aday gösterme veya üye atama gibi konuları düzenleyen pay sahipleri sözleşmesine taraf olması mümkün değildir[371]. Alman hukukunda ise pay sahiplerinin YK'nın veya ortaklığın talimatı doğrultusunda oy verme taahhüdünde bulundukları sözleşmelerin geçersiz olduğu açıkça düzenlenmiştir[372]. İngiliz hukukunda ise şirketin pay sahipleri sözleşmesine taraf olabileceği ancak sözleşmede şirketin kanundan doğan yetkilerini kullanmasını engelleyen hükümler bulunması halinde bu hükümlerin şirkete karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir[373].

Türk öğretisinde ortaklığın, GK'da karar alınmasına ilişkin hükümler içeren pay sahipleri sözleşmesine taraf olamayacağı[374]; böyle bir sözleşmeye taraf olması halinde ise ilgili hükümlerin hukuki bir etki doğurmayacağı, buna karşılık ortaklığın YK'nın yetki alanına giren konularda pay sahipleri sözleşmesine taraf olabileceği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda örneğin ortaklık, pay sahiplerinden biri ile rekabet etmeyeceğini pay sahipleri sözleşmesi ile taahhüt edebilecektir[375].

---

[371] Csach/ Havel/ Mock, s. 150

[372] Bkz. AktG m. 136, II.

[373] *Russel v. Northern Bank Development* kararında şirketin sermayesinin ancak sözleşmenin taraflarının yazılı onayıyla artırılabileceğine ilişkin pay sahipleri sözleşmesinin geçerli ve uygulanabilir olup olmadığı tartışılmıştır. İlgili karara konu olayda, sözleşmenin taraflarından biri olan *Russel,* sermayenin artırılmasına onay vermemiş ve pay sahipleri sözleşmesinin ihlal edildiğini savunmuştur. Lordlar Kamarası ise şirketin sözleşmeye bağlı olmaksızın sermayesini artırabileceğine ancak pay sahiplerinin sözleşmeyle bağlı olduğuna kanaat getirmiştir. Kararda sözleşmenin şirketin kanundan doğan yetkilerini engelleyen, söz konusu yetkilere müdahale eden hükümlerinin geçersiz olduğu ifade edilmiş ancak bölünebilirlik doktrini devreye sokularak her ne kadar hüküm geçersizse de hükmün pay sahipleri arasında geçerliliğini koruduğu sonucuna ulaşılmış ve davacının dava yetkisinin olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Ferran, E.: "The Decision of the House of Lords in Russell v. Northern Bank Development Corporation Limited." The Cambridge Law Journal, C. 53, S. 2, s. 350. Bu kararın ortaya koyduğu sonuçlar bakımından İngiliz hukukunda şirketin pay sahipleri sözleşmesine taraf olabilmesi için yükümlülüklerinin sözleşmede açıkça belirtilmesi, ayrıca şirketin kanundan doğan yetkilerini kullanmasını önleyecek hükümlere sözleşmede yer verilmemesi ve her ihtimale karşı sözleşmede bölünebilirlik şartının bulunması gerektiği öğretide ifade edilmiştir. Bkz. Reece/ Ryan, s. 78.

[374] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 78; yazar, ortaklığın, kendisi hakkında karar alınmasını içeren bir sözleşmeye taraf olamayacağını, olduğu takdirde tek borç ilkesine aykırı hükümlerin ortaklıklar hukuku bakımından geçersiz olduğunu ifade etmiştir.

[375] Okutan Nilsson, s. 314.

Borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul edilen ve genel hükümlere tâbi olan pay sahipleri sözleşmesi, yalnızca taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracağından nispilik ilkesi gereğince üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez[376]. Dolayısıyla ortaklığın, pay sahipleri sözleşmesine taraf olamayacağının kabul edilmesi halinde, sözleşmeden doğan dava ve talep haklarını ileri sürmesi mümkün olmayacaktır[377].

Ortaklık pay sahipleri sözleşmesine taraf olmasa bile pay sahipleri sözleşmesinde ortaklık lehine hükümler öngörülebilir. Nitekim pay sahiplerinin şirkete karşı rekabet etmeme yükümlülüğü altında olduklarını düzenleyen bir pay sahipleri sözleşmesi, şirket lehine bir yapmama borcu içermektedir[378]. Bu durumda genel hükümler uyarınca sözleşmenin "*üçüncü kişi yararına sözleşme"*[379] (TBK m. 129) olarak nitelendirilmesi ve ortaklığın sözleşmeye taraf olmasa dahi sözleşmeden doğan talep haklarını kullanması mümkündür[380].

Belirtmek gerekir ki şirket lehine hükümler içeren pay sahipleri sözleşmesinde ortaklığa talep hakkı tanınması her ne kadar anonim şirketler açısından tek borç ilkesine aykırı olarak değerlendirilebilirse de borçlar hukuku alanında geçerli olduğu

[376] Okutan Nilsson, s. 277; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 78.
[377] Göksoy, s. 652.
[378] Okutan Nilsson, s. 310-311.
[379] Üçüncü kişi yararına sözleşme gerçek olmayan (eksik) üçüncü kişi lehine sözleşme olabileceği gibi gerçek (tam) üçüncü kişi lehine sözleşme olarak akdedilebilir. Gerçek olmayan üçüncü kişi lehine sözleşmeler, sözleşmenin nispiliği ilkesinin istisnasını oluşturmazlar. Bu tür sözleşmelerde her ne kadar edim üçüncü kişiye ifa edilecekse de talep hakkı sözleşmenin taraflarından birine ait olmaktadır. Gerçek üçüncü kişi lehine sözleşmeler ise sözleşmenin nispiliği ilkesine istisna teşkil etmektedir. Bu halde sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi talep hakkı elde etmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 19; ortaklığın sözleşmeye taraf olmaması yahut olamayacağının kabul edilmesi halinde sözleşmenin tam üçüncü kişi lehine olarak akdedilmesi mümkündür. Bu hal, pay sahipleri sözleşmesinin nispiliğine istisna teşkil etmektedir.
[380] Okutan Nilsson, s. 307; Göksoy, s. 652; bu durumda pay sahipleri sözleşmesinde pay sahipleri için rekabet yasağını düzenleyen hükümde, yasağın ihlali halinde cezai şart veya tazminat ödenmesi kararlaştırılmışsa ve yapılan sözleşme tam üçüncü kişi lehine sözleşme ise ortaklık cezai şartın veya tazminatın ödenmesine yönelik dava hakkını kullanabilecektir.

kabul edilmelidir. Nihayetinde pay sahipleri sözleşmesi, şirket ile pay sahipleri arasında akdedilebilecek diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı değildir[381].

Ayrıca belirtmek gerekir ki sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ortaklıksal yaptırımların uygulanması mümkün değildir. Öyle ki TTK'da düzenlenen ortaklıksal yaptırımların uygulanabilmesi için kanunda buna cevaz verilmiş olması gerekir[382]. Oysa pay sahipleri sözleşmesi, TTK'da düzenlenmediğinden, şirketin üçüncü kişilerle akdettiği borç sözleşmelerinden farksızdır[383]. Şirketin sözleşmeye taraf olup olmaması da varılan bu sonucu değiştirmez. Sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ancak aynen ifa, tazminat gibi borçlar hukukundan doğan yaptırımlar uygulama alanı bulacaktır[384]. Sonuç olarak, pay sahipleri sözleşmesinde sözleşmeye taraf olan pay sahiplerine rekabet yasağı getirilmesi ve bu yasağın ihlal edilmesi halinde şirket, TTK'da düzenlenen ve şirketler hukukundan doğan yaptırım hakkını kullanamayacaktır.

Pay sahipleri sözleşmesinden doğan hak ve borçlar; paya bağlı olmadığından payın devredilmesi halinde payı iktisap eden kişiye karşı ileri sürülemez[385]. Dolayısıyla pay sahipleri sözleşmesinde rekabet yasağı düzenlenmişse söz konusu yasak, sonradan pay iktisap eden pay sahiplerini bağlamayacaktır.

b. Rekabet Yasağının Pay Sahipleri Sözleşmesiyle Düzenlenmesi

Kanunen rekabet yasağına tâbi olmayan pay sahipleri için esas sözleşmede sözleşmesel rekabet yasağı getirilmesi hukuken mümkün değildir. Her şeyden önce

[381] Okutan Nilsson, s. 311; Göksoy, s. 652; Csach/ Havel/ Mock, s. 25.
[382] Okutan Nilsson, s. 343; ayrıca pay sahipleri sözleşmesi, sözleşme özgürlüğü ilkesine dayalı olarak akdedilen ve TTK'da düzenlenmemiş bir sözleşme türü olduğundan öncelikli olarak borçlar hukukuna tâbidir.
[383] Okutan Nilsson, s. 312-313.
[384] Öğretideki tartışmalar ve detaylı bilgi için bkz. Okutan Nilsson, s. 343 vd.
[385] Bu nedenle pay sahipleri sözleşmesinde payı devreden pay sahibine payı devralacak üçüncü kişinin de sözleşmeye taraf olmasını sağlama borcu yüklendiği görülmektedir. Okutan Nilsson, s. 279 vd.

tek borç ilkesinin düzenlendiği TTK m. 480/ f. 1 buna engeldir. Pay sahipleri için esas sözleşmede rekabet yasağı öngörülmesine engel teşkil eden bir diğer hüküm ise emredici hükümler ilkesinin düzenlendiği TTK m. 340'tır. Bu nedenle pay sahipleri için rekabet yasağının, hüküm ve sonuçlarını borçlar hukuku alanında doğuran bir pay sahipleri sözleşmesi ile düzenlenip düzenlenemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Tek borç ilkesinin düzenlendiği TTK m. 480'nin gerekçesinde pay sahipleri sözleşmesi ile kanun ve esas sözleşme hükümlerini bertaraf edecek şekilde bir *"yan düzen"* yaratıldığı ve böylece kanunda korunması amaçlanan menfaatlerin bu yan düzen ile sınırlandırıldığı, adeta güçlünün kendi hukukunu yarattığı, bu sonucun ortaya çıkmasını önlemek amacıyla getirilen TTK m. 480/ f. 1 hükmünün yan düzenin esas sözleşmeyle düzenlenmesine engel teşkil ettiği ve hatta *"emredici niteliği itibariyle yan düzenin bazı hükümlerini sorgulanabilir konuma getirdiği"* ifade edilmiştir[386]. Dolayısıyla kanun koyucu pay sahipleri sözleşmesi ile azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin ihlal edilmesini önlemek amacıyla bir nevi tek borç ilkesinin yan düzenin temeli olarak gördüğü pay sahipleri sözleşmesine de sirayet etmesini amaçlamaktadır.

Öğretide pay sahipleri sözleşmesi gibi ortaklıksal sonuç doğurmayan ve esas sözleşme dışında kalan, hüküm ve sonuçlarını borçlar hukuku alanında doğuran sözleşmelerde düzenlenen borç ve yükümlülüklerin, TTK m. 480 anlamında tek borç ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği, çünkü tek borç ilkesinin ancak paya bağlı olan ve dolayısıyla payın devri ile yeni pay sahiplerine aktarılabilen borç ve yükümlülükleri kapsadığı ifade edilmektedir[387]. Nitekim TTK m. 480'in lafzı gereğince pay sahibine payın bedelini veya payın itibari değerini aşan prim dışında ifa borcu yalnızca esas

[386] Bkz. TTK m. 480/ f. 1 Madde Gerekçesi.
[387] Okutan Nilsson, s. 40.

sözleşme ile öngörülemeyecektir. Dolayısıyla kanun koyucu aslında tek borç ilkesi ile paya bağlı yükümlülüklerin artırılmasının önüne geçmek istemiştir. Kaldı ki esas sözleşmede yer alan hükümler pay sahiplerine değil paya bağlı olduğundan ve bu anlamıyla mevcut veya müstakbel tüm pay sahiplerini ilgilendirdiğinden, şahsi olarak pay sahiplerine yükümlülük getirilmesi için uygun bir hukuki araç değildir[388]. Bu nedenle kanımızca tek borç ilkesine aykırı olduğu için esas sözleşmede düzenlenmesi mümkün olmayan hususların, pay sahipleri sözleşmesi adı altında ve pay sahiplerinin iradeleri doğrultusunda yalnızca kendilerini bağlayacak şekilde düzenlenmesinin önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır[389].

Pay sahipleri sözleşmesinde pay sahipleri için rekabet yasağı düzenlenip düzenlenemeyeği konusunda incelenmesi gereken bir diğer hüküm TTK m. 340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesidir. Emredici hükümler ilkesi, hukuki güvenlik ve belirliliğin sağlanması, esas sözleşmelerin yeknesaklaştırılarak yatırımcıların korunması, azınlık pay sahiplerinin ve diğer menfaat sahiplerinin korunması gibi amaçlara hizmet eden bir bakıma anonim şirketler açısından sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldıran tartışmalı bir hükümdür[390]. *Moroğlu* tarafından anonim şirketlere giydirilmiş "*çelik korse*" [391] olarak nitelendirilen emredici hükümler ilkesi, pay sahiplerine esas sözleşme ile rekabet yasağı getirilmesine müsaade etmemektedir[392].

---

[388] Hazıroğlu, E. C.: "Emredici Hükümler (TTK m. 340) Çerçevesinde Esas Sözleşme ve Pay Sahipleri Sözleşmesi Hükümlerinde Geçerlilik Sorunu", Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu II, Ankara 2020, s. 409.

[389] Aynı yönde bkz. Okutan Nilsson, s. 41.

[390] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Veziroğlu, C.: Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul 2021, s. 358-370; Karasu, R.: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, s. 313-315.

[391] Moroğlu, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 151.

[392] Alman hukukunda TTK m. 340'ın karşılığı AktG & 23/5'te yer almaktadır. Alman hukukunda söz konusu ilke;"*Satzungsstrenge*" olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Schmidt, J.: "Reforms in German Stock Corportaion Law- The 67th German Jurists Forum" 2008, European Business Organization Law Review, C.9, S. 4, s. 639.

Gerçekten de TTK m. 340 uyarınca esas sözleşmenin kanun hükümlerinden sapabilmesi için *"kanunda açıkça cevaz verilmiş olması"* gerektiği düzenlenmiştir. Oysa kanunda pay sahipleri için esas sözleşmede rekabet yasağı getirilebileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun bu konuda bir nevi "suskun" kalmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, hükümde ifade edilen "sapma" ifadesi dar yorumlanmalı, esas sözleşmede kanunda hüküm bulunan konulara aykırı düzenlemelere yer verilememeli ancak kanunda hüküm bulunmayan, bir diğer ifadeyle kanunun sessiz kaldığı konularda esas sözleşmede ihtiyari (tamamlayıcı) düzenlemeler yapılabilmelidir[393]. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, tek borç ilkesinin varlığı ve emredici niteliği nedeniyle esas sözleşmede pay sahipleri için rekabet yasağı getirilmesi hukuken mümkün değildir. Önemle belirtmek gerekir ki TTK'da rekabet yasağı, asıl olarak YK üyeleri için düzenlendiğinden ve söz konusu hüküm, emredici nitelikte olmadığından, yönetici olan pay sahipleri hakkında esas sözleşmede düzenleme yapılabilmesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kısımda yaptığımız açıklamalar YK üyesi olmayan pay sahiplerini kapsamaktadır. Kanun koyucu asıl olarak YK üyesi olmayan pay sahipleri bakımından sessiz kalmayı tercih etmiştir.

Anonim şirketlere ilişkin kurallar, TTK'da yer alan emredici hükümler, esas sözleşme hükümleri ve GK kararları ile ortaya konmaktadır. Pay sahipleri sözleşmesi ise bu sistem içerisinde yer almamaktadır. Bundan hareketle öğretide haklı olarak pay sahipleri sözleşmesinin, kaynağının sözleşme özgürlüğü olduğu ve ortaklıklar

[393] Kaya Kondu B.: Anonim Şirket Türü Aile Şirketlerinde Esas Sözleşme ve Aile Anayasası İstanbul, 2020, s. 75; Bilge K: Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması, İstanbul 2017, s. 112-113; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s. 158-159; Veziroğlu, s. 380-381; Karasu, (Emredici Hükümler), s. 321.

hukukunun siteminin dışında yer aldığı ifade edilmektedir[394]. Pay sahipleri sözleşmesinin ortaklıklar hukuku kapsamı dışında görülmesinin nedeni yalnızca kanun sistematiği içerisinde düzenlenmemiş olması değil; aynı zamanda şirket tüzel kişiliği ile pay sahiplerinin şahsiyetlerinin birbirinden bağımsız olmasına da dayanmaktadır. Bunun bir sonucu da tüzel kişiliğin iradesi ile pay sahiplerinin iradelerinin birbirlerinden farklı olmasıdır[395]. Dolayısıyla pay sahipleri sözleşmesinde pay sahipleri tarafından, organlar dışında, ortaya konan irade, şirket tüzel kişiliğinin iradesi olarak nitelendirilemez ve pay sahipleri sözleşmesi bu özelliği gereği tüzel kişiliğin uymakla yükümlü olduğu kurallar bütünün bir parçası değildir[396]. Ancak bu görüşün kabulü pay sahipleri sözleşmesinde her türlü kuralın düzenlenebileceği sonucuna götürmemelidir. Bu noktada ortaklıklar hukukunun parçası olan emredici hükümler arasında bir ayrım yapmak gerekir. Bu kapsamda öğretide *Moroğlu* tarafından yapılan mutlak ve nispi emredici hükümler ayrımına değinmekte yarar vardır. Buna göre anonim ortaklığın temel yapısı ile ilgili olan doğrudan kamu düzeni ile ilgili belirli bir davranışı ilgililerinin iradesi hilafına emreden hükümler mutlak emredici hükümler olarak nitelendirilmektedir[397]. Görüldüğü üzere, mutlak emredici hükümlerde hiçbir şekilde ilgililerin iradesi önem taşımamaktadır. Dolayısıyla mutlak emredici hükmün söz konusu olduğu durumlarda sözleşme özgürlüğünün de sona ermesi gerekir. Öte yandan kamu düzeni ile ilgisi olmayan doğrudan şahsi çıkarları ilgilendiren emredici hükümler, nispi emredici hükümler olarak nitelendirilmekte olup bu hükümlerde

[394] Okutan Nilsson, s. 43; yazar pay sahipleri sözleşmesinin bu özelliğini "ayrılık ilkesi" olarak nitelendirmektedir; Yüksel, S.: "Paysahipleri Sözleşmeleri", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2003, s. 63; https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi (Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi).
[395] Okutan Nilsson, s. 43.
[396] Okutan Nilsson, s. 44; Kondu Kaya, s. 107.
[397] Moroğlu,(Hükümsüzlük), s.69 Hazıroğlu, s. 409; Yüksel, s. 62-63.

tanınan haklardan ilgililer feragat edebilmektedirler[398]. Öğretide pay sahipleri sözleşmesinin geçerliliğine etki eden emredici hükümlerin nispi emredici hükümleri kapsamadığı ifade edilmektedir[399]. Bizim de katıldığımız bu görüş doğrultusunda pay sahipleri sözleşmesinde anonim şirketin temel niteliklerle örtüşmeyen, dolayısıyla bir bakıma kanun koyucu tarafından anonim şirketlerde düzeni sağlamaya yönelik getirilmiş mutlak emredici olarak nitelendirilebilecek hükümlere aykırı düzenlemeler yapıldığı takdirde söz konusu düzenlemeler geçersizdir. Aksinin kabulü her anonim şirket için pay sahiplerinin kendi aralarında akdedecekleri sözleşme ile yeni bir anonim şirket düzeni tesis etmeleri anlamına gelir ki böyle bir sonucun kabulü mümkün değildir. Öte yandan belirtmek gerekir ki pay sahiplerinin organ dışında tüzel kişi adına pay sahipleri sözleşmesinde açıklayacakları iradenin ortaklıklar hukuku bakımından bir geçerliliği olmayacağı da muhakkaktır.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında pay sahipleri sözleşmesinde pay sahipleri için rekabet yasağı düzenlenmesinin hukuken geçerli olduğu kanısındayız[400]. Öyle ki her şeyden önce TTK m. 480 ile pay sahiplerine paya bağlı yükümlülük getirilmesini engelleme amacını taşımaktadır. Oysa pay sahipleri sözleşmesinde pay sahipleri tamamen kendi iradeleri ile şahsi borçlar üstlenmekte bu borçların şirket nezdinde bir karşılığı bulunmamaktadır. Bunun bir sonucu da pay sahipleri sözleşmesi ile rekabet etmeme yükümlülüğü altına giren pay sahibi, payını bir üçüncü kişiye devrettiği takdirde, payı devralan üçüncü kişi söz konusu pay sahipleri sözleşmesine

[398] Moroğlu, (Hükümsüzlük), s. 70; Hazıroğlu, s. 410; Yüksel, s. 62.
[399] Hazıroğlu, s. 410; Yüksel, s. 63.
[400] *Nilsson*'a göre pay sahipleri sözleşmesinde sadakat yükümlülüğü öngörülmesi durumunda pay sahiplerinin ortaklığın faaliyetlerine ve amacına zarar verici işlerden kaçınmaları gerekir. Bu kaçınma borcunun en önemli örneği ise rekabet etmeme yükümlülüğüdür. O halde pay sahipleri sözleşmesinde sözleşmenin tarafları için yalnızca sadakat yükümlülüğü getirilmiş, rekabet yasağından söz edilmemiş olsa bile pay sahiplerinin şirketle rekabet etmekten imtina etmeleri gerekir; bkz. Okutan Nilsson, s. 261; aynı yönde bkz. Göksoy, s. 652.

taraf olmadığı takdirde rekabet etmeme yükümlülüğüne uymak zorunda değildir. Kendi iradesi ile böyle bir yükümlülük altına girmek istemesi halinde ise pay sahipleri sözleşmesine sonradan taraf olması mümkündür. Dolayısıyla pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğü, anonim şirketin işleyişine etki etmemektedir. Kaldı ki yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı da yine sözleşme hükümlerine göre belirlenecek, ortaklıksal bir sonuç doğurmayacaktır. Ayrıca TTK m. 340'ın varlığı da pay sahipleri sözleşmesinde rekabet yasağı düzenlenmesine engel teşkil etmemektedir. Öyle ki TTK m. 340'ın getiriliş amacı sözleşme özgürlüğünü olduğu gibi bertaraf etmek olarak düşünülmemelidir. TTK m. 340 ile sadece ortaklıklar hukukunun bir parçası olan esas sözleşmelere ilişkin olarak sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmakta; borçlar hukuku anlamında sözleşme yapma özgürlüğü sınırlandırılmamaktadır. Öte yandan pay sahipleri için öngörülecek rekabet etmeme yükümlülüğü, mutlak emredici olarak da nitelendirilemez. Nitekim emredici olmak bir yana kanunda bu yönde bir düzenleme yapılmamıştır. Pay sahiplerinin tamamen kendi iradeleri ile bu şekilde bir yükümlülük üstlenmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki pay sahipleri sözleşmesinde yer alacak rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin düzenleme de TBK m. 27'de düzenlenen sözleşme özgürlüğü sınırlarına tâbidir [401] . Yine pay sahipleri sözleşmesine düzenlenecek rekabet etmeme yükümlülüğünün Anayasa m. 48 uyarınca çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünü gereğinden fazla sınırlandıracak şekilde düzenlenmemesi gerekir.

[401] Her ne kadar anılan hükümde "kanunun emredici hükümlerine aykırılık" sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak düzenlenmişse de yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda TTK'nın emredici hükümlerine aykırılık mutlak surette sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak değerlendirilmemeli, pay sahipleri sözleşmesi ile mutlak emredici hükümlerin ihlal edilip edilmediği değerlendirilmelidir.

C. Yasak Kapsamındaki Fiil ve Davranışlar

1. Şirketin İşletme Konusuna Giren Ticari İş Türünden Bir İşlemin Yapılması

TTK m. 396 uyarınca GK tarafından onay verilmediği sürece YK üyesi, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işi kendisinin veya başkasının hesabına yapamayacaktır. Anılan düzenleme gereğince ve aşağıda detaylı şekilde açıklanacağı üzere, YK üyesinin rekabet yasağına aykırı hareket ettiğinden bahsedilebilmesi için ticari nitelikte olması şartı ile şirketin fiilen uğraştığı bir işi kendisinin veya başkasının hesabına görmesi gerekmektedir.

a. Şirketin Fiilen Uğraştığı Bir İşin Yapılması

Her ne kadar hükümde şirketin işletme konusuna giren işlerden bahsedilmişse de anılan ifade, dar yorumlanmalı ve yasağın ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken; kollektif şirketlerde olduğu gibi şirket sözleşmesinde yazan konular değil; şirketin fiilen uğraştığı işler dikkate alınmalıdır[402].

[402] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 414; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 69; Üçışık/Çelik, s. 504; kollektif şirket ortakları için rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 230'da "şirketin yaptığı ticari işler türünden bir iş" denildiği halde TTK m. 396'da" işletme konusuna giren ticari iş" ifadesi kullanılmıştır. Buna rağmen öğretide genel kabul gören görüş, kollektif şirketlerde olduğu gibi anonim şirketlerde de yasağın şirketin fiilen yaptığı işlerle sınırlı olduğu yönündedir. Bkz. Eriş, s. 288; Aksi yönde bkz. Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 451; Aydoğan, s. 94; Kalpsüz, 373; Uzunallı, S.: Anonim Şirkette İşletme Konusu, Ankara, 2013, s. 85, yazar, esas sözleşmede yazmasına rağmen şirketin fiilen faaliyet göstermediği konularda YK'nın *"işletme konusunda gerçeklik prensibi"* çerçevesinde şirketin faaliyetlerini esas sözleşmede yazan konulara uyumlu hale getirmekle yükümlü olduğu, bu nedenle bu yükümlülüğüne aykırı davranan YK'nın, rekabet yasağından kurtulmak amacıyla, şirketin işletme konusunda yazan her türlü işte fiilen faaliyet göstermediğini ileri süremeyeceği görüşünü paylaşmaktadır.

Daha önce ifade edildiği üzere, 6102 sayılı TTK ile *ultra vires* ilkesi kaldırılmış, ticaret ortaklıklarında işletme konusu dışında iş yapılması mümkün hale gelmiştir. Bu doğrultuda anonim şirketler bakımından TTK m. 372/ f. 2'de temsil yetkisine haiz YK üyesinin işletme konusu dışında yaptığı işlerin şirketi bağlayacağı düzenlenmiştir[403]. Söz konusu hüküm ile işletme konusu dışındaki işlemlere "*askıda geçerlilik*" sonucu bağlanmaktadır. İşletme konusu dışında yapılan işlem, şirketi bağlamaktaysa da yöneticilerin temsil yetkisinin dışında kalmaktadır[404]. Buna karşın TTK m. 125 uyarınca işletme konusu dışında yapılan işlem, şirketin hak ehliyeti kapsamındadır[405]. Bundan hareketle rekabet yasağının kapsamı belirlenirken işletme konusuna dahil olsun ya da olmasın şirketin fiilen uğraştığı işler esas alınmalıdır[406]. Örneğin esas sözleşmede işletme konusu "Her türlü yaş, kuru, dondurulmuş sebze, meyve, bakliyat, üretim, işleme, ithalat ihracatını yapmak" olarak belirlenmiş bir şirket, süt ve süt ürünleri alım satımı ile de iştigal ediyor ise rekabet yasağı, süt ve süt ürünü alım satımını da kapsamalıdır.

b. İşin Ticari Bir İş Olması

Hükümde geçen *"ticari iş"* ile kastedilen TTK'nın 3.maddesinde düzenlendiği

[403] TTK m. 372/2: "*Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir."*
[404] Yıldız, s. 123- 124.
[405] Yıldız, s. 123, dn. 33.
[406] Gerner-Beurle/ Schillig, s. 593; Kırca (Şehirarali Çelik/Manavgat), s. 691; Ayan, s. 150, yazara göre ultra vires ilkesi kaldırıldığı için sadece şirketin fiilen uğraştığı işler değil; şirketin gelecekte uğraşmayı planladığı işler de yasak kapsamındadır. Aksi yönde bkz. Göksoy, s. 666; Ultra vires ilkesinin kaldırılmasının rekabet yasağına olan etkisi için bkz. İkinci Bölüm, III, D, 1, aa.

anlamıyla ticari iş değil; ticari amaçla yapılan işlerdir[407]. Dolayısıyla YK üyesinin şirketin fiilen uğraştığı işler türünden bir işi kendi kişisel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapması halinde rekabet yasağı ihlal edilmiş sayılmaz. Aksine yapılacak yorum, hükmün amacıyla da bağdaşmayacaktır[408].

c. Yönetim Kurulu Üyesinin İşi Kendisinin veya Başkasının Hesabına Yapması

İfade etmek gerekir ki kollektif şirket ortakları için yaptığımız açıklamalar, büyük ölçüde anonim şirket YK üyeleri için de geçerlidir[409]. Buna göre YK üyesi, şirketin fiilen uğraştığı bir işi, kendi nam ve hesabına yapamayacağı gibi temsilci, ticari vekil, ticari temsilci veya bir tüzel kişinin temsile yetkili organı sıfatıyla da başkası nam ve hesabına veya komisyoncu sıfatıyla kendi namına başkası hesabına yapamaz[410]. Yine yasak kapsamındaki işlemin başkası tarafından kendi namına ancak YK üyesi hesabına yapılması da rekabet yasağına aykırılık teşkil eder[411].

2. Aynı Tür Ticari İşlerle Uğraşan Bir Şirkete Sorumluluğu Sınırsız Ortak Olma

TTK m. 396 hükmü ile YK üyelerinin şirketin fiilen iştigal ettiği [412] alanda faaliyet gösteren bir kollektif veya adi şirkette ortak, komandit şirkette komandite

[407] Aksi yönde bkz. Mimaroğlu, (İdare Meclisi Azaları), s. 94.
[408] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 414; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 691; Aydoğan, s. 95.
[409] Bkz. İkinci Bölüm, III, D 1, c.
[410] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 693.
[411] Kalpsüz, s. 376.
[412] Kalpsüz, s. 378.

ortak ve kooperatiflerde şahsen ve sınırsız sorumlu ortak olmaları yasaklanmıştır[413]. Buna karşılık üyelerin, anonim şirketle aynı türden işlerle uğraşan komandite şirketlerde komanditer, anonim şirketlerde veya limited şirketlerde ortak olması mümkündür. *Çamoğlu'na* göre her ne kadar YK üyesi, başka bir anonim şirkete veya limited şirkete ortak olabilecekse de bu şirketlerde hâkim ortak ya da tek imza yetkilisi olmak YK üyesinin sadakat yükümlülüğüne aykırı düşmektedir[414].

Yasağın ihlal edildiğinden söz edilebilmesi için sınırsız sorumlu ortak olarak sonradan dahil olunan ortaklığın, anonim şirketin fiilen uğraştığı işleri devamlı bir şekilde yapıyor olması gerekir. Dolayısıyla dahil olunan şirketin işi tek bir defaya mahsus olmak üzere yapması, rekabet yasağının ihlalini gündeme getirmez[415].

D. Yasağın Kapsamında Olup Olmadığı Tartışmalı Olan Durumlar

1. Aynı Tür Ticari İşlerle Uğraşan Bir Şirkette Yönetici Olunması

TTK m. 396 ile YK üyelerinin başka bir şirkette sınırsız sorumlu ortak olmaları yasaklanmış; ancak başka bir şirkette yönetici olmalarına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. YK üyesinin eş zamanlı olarak faaliyet alanları aynı olan iki şirkette YK üyesi olması veya limited şirkette müdür olmasının yasak kapsamında olup olmadığı, uygulama açısından da incelenmeye değer bir konudur.

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 88.maddesinde şirketin işletme konusundan bahsedilmeksizin; YK üyelerinin herhangi bir anonim şirkette YK üyesi

[413] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 693.
[414] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 414.
[415] Kalpsüz, s. 378.

veya murahhas üye olmaları, limited şirkette müdür olmaları yasaklanmıştır[416]. Anılan düzenlemeyle amaçlanan YK üyesinin başka bir şirkete karşı aidiyetinin olmasının ve böylelikle ilk şirketteki görevlerini ihmal etmesinin önüne geçmektir[417]. Dolayısıyla Alman hukukunda işletme konusu fark etmeksizin YK üyelerinin başka şirkette yönetici olması yasak kapsamında düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise yasağın kapsamı, işletme konusu ile sınırlandırıldığından her iki şirketin faaliyet alanı birbirinden farklı ise YK üyesinin başka bir şirkette daha YK üyeliği yapması, rekabet yasağına aykırı olarak değerlendirilemez[418]. Ancak duruma göre sadakat yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı TTK m. 369'un ihlali gündeme gelebilir[419].

Öğretide bir görüşe göre; YK üyesinin aynı konuda faaliyet gösteren başka bir şirkette daha yönetici olması, TTK m. 396'nın ruhuna ters olduğu gibi rekabet yasağının kaynağını teşkil eden sadakat yükümlülüğüne de aykırıdır[420]. Bir kimsenin aynı anda aynı işlerle uğraşan iki farklı anonim şirkette YK üyesi olması halinde ilk olarak görev üstlenilen şirketin ticari sırlarının diğer şirket lehine olacak şekilde kötüye kullanılması olasılığı bulunmaktadır[421]. Bu olasılığın bertaraf edilebilmesi

[416] Bkz. AktG m. 88.
[417] Gerner-Beurle/Schillig, s. 593; Buna karşın Alman hukukunda YK üyelerinin başka şirketlerde gözetim kurulu üyesi olması yasak kapsamında görülmemektedir. Bu doğrultuda bir YK üyesi başka bir anonim şirkette kanunda düzenlenen şartları taşımak kaydıyla gözetim kurulu üyesi olabileceği gibi pay sahibi yahut başka bir ticaret şirketinde sınırlı sorumlu ortak olabilecektir.
[418] Aksi yönde bkz. Çamoğlu, (Hukuki Sorumluluk), s. 102.
[419] Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 692, dn. 807.
[420] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 415; Aydoğan, s. 104; Eriş, s. 288; Yargıtay limited şirketler bakımından vermiş olduğu bir kararında, müdürün şirketin menfaatini gözetmekle yükümlü olduğunu ifade etmiş ve bu suretle müdür iken başka bir şirket kurarak o şirkette de müdürlük yapan davalının ilk şirketin uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Yarg. 11.HD., T.17.06.2020, E.2019/3096, K. 2020/2962 (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi 29.12.2022); Yine Yargıtay tarafından verilen bir kararda anonim şirket YK üyesinin işletme konusu aynı olan bir limited şirkette müdür olması yasak kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak kararda şirketlerin işletme konusunun aynı olduğu ifade edilmesine rağmen her iki şirketin de fiilen aynı işle meşgul olmasından bahsedilmemiştir. Son olarak belirtmek gerekir ki kararda, haksız rekabet ile rekabet yasağı kavramları hatalı olarak birbiri yerine kullanılmıştır. Bkz. Yarg. 11. HD., T.21.11.1985, E. 1985/5620, K. 1985/6350 (Legalbank Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 29.12.2022).
[421] Teoman, s. 43.

amacıyla, YK üyesinin aynı konuda faaliyet gösteren başka bir anonim şirkette daha YK üyesi yahut limited şirkette müdür olması yasak kapsamında kabul edilmelidir.

Diğer bir görüş uyarınca ise hükümde başkasının hesabına iş yapılması yasaklandığından YK üyeleri başka bir şirkette daha yönetici olamazlar. Yoksa başka bir şirkette daha yöneticilik görevinin kabul edilmesi ilk şirketin menfaatine aykırı değildir[422]. Bir diğer ifadeyle bu görüşe göre, TTK m. 396 zaten YK üyelerinin başka şirkette yönetici olmalarını yasaklamaktadır.

Başka bir görüşe göre sermaye oluşumlarını desteklemek ve sermaye piyasasının gelişimini sağlamak amacıyla mesleki bilgi ve tecrübeye ve aynı zamanda sermayeye sahip olan kişilerin sermayelerini bilgileri ile birleştirebilecekleri alanlara yatırmalarının teşvik edilmesi gerekmektedir[423]. Bu nedenle YK üyelerinin aynı anda birden fazla şirkette YK üyesi olması, rekabet yasağına aykırı olmamalı; hatta teşvik edilmelidir. Ekonomik açıdan yapılan bu yorum, öğretide eleştirilmektedir. Buna göre ekonomik olarak böyle bir ihtiyacın ortaya çıkması halinde, YK üyelerinin başka şirketlerde de görev üstlenmelerine GK tarafından onay verilmesi mümkündür. Salt bu ihtiyaçtan dolayı, YK üyelerinin başka şirketlerde görev almaları, yasak kapsamı dışında tutulmamalıdır[424].

---

[422] Franko, s. 39; Göksoy, s. 674; Aşık, s. 184; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 692, dn. 807; Karşı görüşe göre YK üyesinin başka şirkette daha YK üyesi olması, başkası hesabına iş yapılması anlamına gelmemektedir. Hükmün esas özelliği hükme riayet etmeyen üyeden tazminat alınması değil şirketin rekabet yasağına uymayan YK üyesi yerine geçebilmesidir. Bu şekilde şirket rekabet yasağına aykırı hareket eden üyenin yaptığı işlemi şirket adına yapılmış sayılmasına karar verilmesini veya üçüncü kişi hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatin şirkete aidiyetini talep edebilecektir. YK üyesinin başka bir şirkette YK üyesi olarak yapacağı işlemleri ise şirket yapmış sayılmaktadır. Dolayısıyla ilk şirketin diğer şirketin yerine geçmesi ve yapılan işlemin kendi adına yapılmış sayılmasını veya işlemden doğan menfaatlerin aidiyetini talep etmesi gerekir ki bu da hükmün maksadını aşmaktadır.
Kalpsüz, s. 383.

[423] Bkz. Kalpsüz, s. 384; ETK döneminde YK üyelerinin aynı zamanda pay sahibi olmaları gerektiğinden sermaye ile şirket yönetimi birbiri ile örtüşmekteydi (ETK m. 312/ f. 2). Ancak bu zorunluluk, yeni TTK ile kaldırılmıştır. Dolayısıyla ekonomik açıdan kanun koyucunun konuya yaklaşımının ileri sürülen gerekçenin aksi yönünde olduğu ifade edilebilir.

[424] Aydoğan, s. 104.

YK üyelerinin başka bir şirkette daha YK üyesi olmalarının sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturmadığı da ifade edilmektedir. Her iki şirketin işletme konusu aynı olsa bile fiilen uğraşılan işler birbirini tamamlar mahiyette olabilir. Bir diğer ifadeyle her iki şirketin de işletme konusu aynı olsa bile gerçekte uğraşılan işler birbirinden farklı, ancak birbirini tamamlayan, destekleyen işler olabilir. YK üyesi, böyle bir durumda her iki şirketin menfaatini bir nevi uzlaştırmaktadır. Bu yasaklanması değil; teşvik edilmesi gereken bir durumdur [425]. Öte yandan YK üyesinin, sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğinden söz edilebilmesi için başkasının veya kendi menfaatini şirket menfaatine tercih etmiş olması gerekir. Henüz böyle bir sonuç ortaya çıkmadan, sırf sadakat yükümlülüğüne aykırılık tehlikesi bulunduğundan hareketle, kanunda yasaklanmamış bir fiilin yasak kapsamına alınması ve bu suretle YK üyelerinin başka şirketlerde görev alma özgürlüklerinin kısıtlanması, katı bir tutum olarak değerlendirilmektedir[426]. Bununla birlikte YK üyeleri, üye oldukları ikinci şirkette ilk şirketin işletme konusuna giren işleri bilfiil icra ederlerse başkasının hesabına iş yapmaktan dolayı rekabet yasağını ihlal etmiş sayılırlar[427].

Daha önce de belirttiğimiz üzere rekabet yasağının ihlal edildiğinden söz edilebilmesi için şirketin fiilen uğraştığı işler türünden bir işin, YK üyesi tarafından kendisi veya başkası nam ve hesabına yapılmış olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, esas sözleşmede yazan işletme konusu değil; şirketin fiilen uğraştığı işler yasağa esas alınmalıdır. Bu nedenle kanaatimize göre; YK üyesi, üyesi olduğu şirketin fiilen uğraştığı işleri, başka bir anonim şirkette yine YK üyesi olarak veya limited şirkette müdür sıfatıyla icra ettiği takdirde; başkası hesabına iş yaptığından dolayı

[425] Kalpsüz, s. 384-385.
[426] Kalpsüz, s. 385.
[427] Kalpsüz, s. 385.

rekabet yasağını ihlal etmiş sayılmalıdır. YK üyesi ikinci şirkette üyelik görevini kabul etmiş ancak, kendisine hiçbir yönetim ve temsil yetkisi devredilmemişse, kanaatimizce burada rekabet yasağının ihlalinden söz edilemez[428]. Çünkü bu halde YK üyesi, ilk şirketin fiilen uğraştığı türden bir ticari işi başkası hesabına icra etmemiştir. Ancak yine de somut olayın koşullarına göre TTK m. 369 uyarınca sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiği ileri sürülebilir[429]. Birbirini tamamlayan veya destekleyen işler bakımından ise fiilen uğraşılan işler aynı olmadığı müddetçe rekabet yasağına aykırılıktan söz edilemeyeceği kanısındayız.

2. Yeni Kurulmakta Olan Bir Anonim Şirketin Esas Sözleşmesinde YK üyeleri Arasında Sayılmak

YK üyesinin yeni kurulmakta olan bir anonim şirketin esas sözleşmesinde YK üyeleri arasında sayılmış olmasının rekabet yasağını ihlal edip etmeyeceği konusunda da öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, YK üyesi, eğer üyesi bulunduğu şirketin müşteri çevresini veya personelini yeni kurulan şirkete çekmeye çalışıyor veya mevcut şirketin imkanlarını, yeni kurulacak olan şirket için kullanıyorsa rekabet yasağına aykırı hareket edildiğinin kabulü gerekir[430].

Belirtmek gerekir ki kollektif şirketler bakımından savunduğumuz; ortaklık sıfatı devam ederken ileride şirketle rekabet etmek için gerçekleştirilen davranışların, rekabet yasağının kapsamı dışında olduğuna ilişkin görüşümüz burada da geçerlidir[431].

---

[428] Faaliyet konuları farklı olan şirketler bakımından *Çamoğlu'da* benzer bir sonuca ulaşmıştır. Bkz. Çamoğlu, (Hukuki Sorumluluk), s. 102; yazar, işletme konuları farklı olsa bile YK üyesinin ikinci bir şirkette aktif görev üstlenmesini bir diğer ifadeyle yönetim ve/veya temsil yetkisine haiz olmasını yasağa aykırı görmektedir.
[429] Aksi yönde bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 692, dn. 807.
[430] Aydoğan, s. 96.
[431] Bkz. İkinci Bölüm, III, D,1, d.

Gerçekten de TTK m. 396, hazırlık aşamasındaki davranışları yasağın kapsamına almamıştır. Dolayısıyla mevcut düzenleme gereğince şirketle rekabet etmeye yönelik davranışlara karşı, ancak haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulacaktır[432]. Ayrıca somut olayın koşullarına göre, TTK m. 369 uyarınca sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiğinden söz edilebilir. Belirtmek gerekir ki aynı husus, YK üyesinin yeni bir şirket kurma hazırlığı aşamasında üyesi olduğu şirketin müşteri çevresine, personeline ve imkanlarına yönelik benzer davranışları için de geçerlidir.

3. Yönetim Kurulu Üyesinin Başka Bir Ortaklık Kurması

Rekabet yasağının YK üyesinin üyelik sıfatı devam ederken başka bir şirkette kurucu ortak olmasını da kapsayıp kapsamadığı öğretide tartışılan konulardan biridir[433]. *Domaniç'e* göre TTK m.396 amacı gereği, üyelerin başka şirketlerde kurucu ortak olmalarını da engellemektedir[434]. Bir diğer görüşe göre ise hükümde ifade edilen *"girme"* bir şirkete iştirak etmeyi kapsadığı kadar *"kurma"*yı da kapsamaktadır. Kurucu ortak, herhangi bir ortak durumundadır[435]. Bu nedenle YK üyesi, ister sonradan faaliyet konusu aynı olan bir anonim şirkette pay sahibi olmuş olsun ister şirketin kurucu ortağı olsun rekabet yasağının ihlalinden söz edilemez[436].

Teoman'a göre başka bir anonim şirketin kurulmaya başlanmış olması, tek başına rekabet yasağının ihlaline vücut vermez. Yasağın ihlalinden söz edilebilmesi

[432] Aynı yönde bkz. Aşık, s. 185.
[433] YK üyelerinin başka şirkette sınırsız sorumlu ortak olmaları zaten yasak kapsamında olduğundan burada tartışılması gereken konu, YK üyesinin başka bir anonim şirket veya limited şirket kurması halinde rekabet yasağı hükmünün uygulanıp uygulanmayacağıdır.
[434] Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 45.
[435] Kalpsüz, s. 380.
[436] Aydoğan, s. 99.

için anonim şirketin ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazanması gerekir[437]. Karşı görüşte olan *Aydoğan* ise tescil tarihinin bu kadar önemli olmadığını, üyenin şirketin tescil edildiği gün istifa etmesinin de mümkün olduğunu ifade etmiştir[438].

Ticaret şirketleri kurulmadan önce, yani ortaklık sözleşmesi imzalanmadan önce, kurucu adayları birtakım ön görüşmeler yapmakta, şirket kurmak amacıyla bir araya gelmekte ve bu amaca ulaşmak için belirli bir çaba sarf etmeyi ve katılma payını ödemeyi, sözleşmeyle üstlenmektedirler. Böylelikle şirket kurma amacını taşıyan birden fazla kişi arasında şirketten bağımsız bir hukuki ilişki meydana gelmektedir. İleride kurulacak olan ortaklık ilişkisinden tamamen bağımsız olan bu ilişki, kurucular ortaklığı veya ön kuruluş ortaklığı olarak adlandırılmaktadır[439]. Bu tür ön kuruluş ortaklığına uygulamada çok sık rastlanmamaktadır. Yine de esas sözleşmenin imzalanmasından önce bir ön kuruluş ortaklığından söz edilebilmesi için öğretide bir ön sözleşmenin yapılmış olması gerektiği ifade edilmektedir[440].

TTK'nın 335. maddesinde, kurucuların, sermayenin tamamını ödemeyi taahhüt ettikleri kanuna uygun olarak düzenlenmiş esas sözleşmede anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla şirketin kurulacağı; 355. maddenin ise saklı tutulduğu düzenlenmiştir. TTK m. 355'te ise anonim şirketin tüzel kişiliğini tescil ile kazanacağı, hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere; TTK'da şirketin kuruluş anı ile tescil edilerek tüzel kişilik kazandığı an birbirinden ayrı düzenlenmiştir. İşte kurulacak şirketin sözleşmesinin imzalanmasından itibaren şirketin tescil edilerek tüzel kişilik

[437] Teoman, s. 44.
[438] Aydoğan, s. 97.
[439] Barlas, s. 165
[440] Kervankıran, E.: "Ön Şirket ve Hukuki Niteliği" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2012, C. 18, S. 2, s. 351; Alman öğretisinde ön sözleşmenin esas sözleşmenin içeriğini en azından ana hatlarıyla yansıtması gerektiği ve geçerliliğinin esas sözleşmenin geçerlilik şekline bağlı olduğu kabul edilmektedir.

kazanacağı döneme kadar ki süre boyunca ortaklar arasındaki hukuki ilişki, *"ön ortaklık/şirket"* olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla ön ortaklık[441] ile ön kuruluş ortaklığı birbirinden farklı kavramlardır[442].

TBK m. 620/ f. 2 uyarınca *"bir ortaklık kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşımıyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır."* Öğretide, anılan düzenleme gereğince, ön kuruluş ortaklığının söz konusu olduğu durumlarda adi şirket hükümlerinin uygulanacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır[443]. Bu nedenle, YK üyesinin, bu sıfatı devam ederken ön kuruluş ortaklığında ortak olması, aslında bir bakıma adi şirket ortağı olduğu anlamına gelmektedir[444]. Buna karşın YK üyesinin adi şirkette salt ortak olması, rekabet yasağının ihlal edildiği sonucunu doğurmaz. Öyle ki YK üyesinin, rekabet yasağını ihlal ettiğinden söz edilebilmesi için, anonim şirketin fiilen iştigal ettiği alanda faaliyet gösteren bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi gerekmektedir. Ön kuruluş ortaklığının amacı ise "*şirketin kuruluşunun gerçekleştirilmesi"* [445] olduğundan,

[441] Ön ortaklık kavramı, tescilin sicil mahkemeleri tarafından yapıldığı, şirketlerin tescilden önce faaliyet alanlarıyla ilgili mesleki kurum ve kuruluşlardan izin almaları gerektiği alman hukukunda bir ihtiyaç sonucu ortaya çıkmıştır. Türk hukukunda böyle bir ihtiyacın olmaması genellikle esas sözleşmenin imzalanmasından sonra çok kısa süre içerisinde tescilin gerçekleştirilmesi ön ortaklığın öneminin alman hukukuna kıyasla azaltmaktadır. Bkz. Kervankıran, s. 353.

[442] Anonim şirketlerde kurucuların, kanuna uygun olarak hazırlanan ve imzalarının noterce onaylandığı veya ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzaladığı esas sözleşmede sermayenin tamamını taahhüt etmeleri ve anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla ön ortaklığın kurulduğu kabul edilmektedir. Bkz. TTK m. 335/ f. 1; kimi yazarlarca "ön ortaklık" ifadesi ön kuruluş ortaklığı veya kurucular ortaklığı yerine kullanılmaktadır. Bkz. Hirş, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1946, s. 259, No: 274; Bozkurt, s. 38; Oysa TTK m. 355'teki düzenlemeden de görüleceği üzere her iki kavram birbirinden farklıdır. Şirketlerin kuruluş safhaları ile ilgili olarak bkz. Pulaşlı, H: Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi, Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.I, İstanbul, 2007, s. 469 vd.

[443] Barlas, s. 173.

[444] Kanımızca YK üyesinin adi şirket ortağı olması nedeniyle bu aşamada YK üyeliğinden bağımsız olarak TBK m. 626 uyarınca rekabet yasağına tâbi olduğunun kabulü gerekir.

[445] Barlas, s. 166; Kervankıran, s. 35; kuruluş ortaklığının amacı şirketin kuruluşunun gerçekleştirilmesidir. Bu da şirket sözleşmesinin kanuna ve hukuka uygun olarak hazırlanması ve imzalanması anlamına gelmektedir.

anonim şirketle fiilen aynı alanda faaliyet göstermesi söz konusu değildir. Bu nedenle ön kuruluş aşamasında rekabet yasağının ihlali gündeme gelmez[446].

Ön ortaklık aşamasında ise ön kuruluş ortaklığında olduğu gibi adi şirket hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, ön ortaklığın mevzubahis olduğu durumlarda adi şirket hükümleri uygulanmalıdır[447]. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise ön ortaklıkta, ortaklık sözleşmesi imzalanmış olduğundan ön kuruluş ortaklığından farklı olarak iç ilişkide adi şirket hükümleri değil; ön şirketin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kurulacak şirkete ilişkin TTK hükümleri uygulanacaktır[448]. Öyle ki artık esas sözleşme imzalanmış olduğundan ve kanun uyarınca bu aşamada şirketin kurulduğu kabul edildiğinden bu aşamayı ön kuruluş ortaklığından hukuken ayırmak gerekmektedir. Nitekim *Paslı*'ya göre TTK m. 335 uyarınca şirketin kuruluş anı ile tescil anı arasında ayrım yapılmış olup şirket esas sözleşmesinin imzalanmasıyla artık anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bir diğer ifadeyle ön ortaklığı adi şirket olarak nitelendirmek TTK m. 335 hükmü karşısında mümkün değildir[449]. Kaldı ki TTK m. 335'te kullanılan şirket ifadesi ile asıl kastedilen de anonim şirkettir. Anılan hükümde şirket kurma iradesi anonim şirket kurma iradesi olup kurucular adi şirket ilişkisinin bir parçası olmayı irade etmemişlerdir[450]. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Bu

---

[446] Kalpsüz, s. 381; Ön ortaklık aşamasında adi şirket hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki görüş kabul edildiği takdirde de aynı sonuca ulaşılır.
[447] (Anonim şirketler bakımından) Ansay, s. 76; Hirş, s. 259, No: 274; (Limited şirketler bakımından) Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. II, s. 409.
[448] Şener, (Adi Ortaklık), s. 145; Kervankıran, s. 356-357, bu aşamada ortaya çıkan hukuki soruna ilk olarak kuruluşa ilişkin hükümler (organların seçimi, şirketin tescili vb) hükümler uygulanmalı, bir sonuca ulaşılamaması halinde, şirket sözleşmesindeki hükümler uygulanmalıdır. Yine bir sonuca varılamaması halinde ise TTK uyarınca tüzel kişilik kazanmış şirkete hangi hükümler uygulanıyorsa o hükümler uygulanmalıdır.
[449] Paslı, A: Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 "Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri" BATİDER, 2012, C. 28, S. 2, s. 152.
[450] Paslı, (Kuruluş İşlemleri), s. 154.

aşamada artık kurucular anonim şirket kurma iradelerini açıkça ortaya koymuşlardır. Dolayısıyla ön ortaklık aşamasında anonim şirketin varlığını kabul etmek gerekir. Ancak şirket henüz tüzel kişilik kazanmadığı için dış ilişkide hak sujesi değildir. Bu nedenle dış ilişkide kaçınılmaz olarak adi şirket hükümleri uygulanmalıdır[451]. Buna karşın dış ilişkide de adi şirket hükümleri katı bir şekilde uygulanmamalıdır. Özellikle kurucuların sorumluluğuna ilişkin hükümler başta olmak üzere şirket türüne göre özel kanun hükümleri bulunması halinde adi şirket hükümleri değil; bu hükümler uygulanacaktır[452].

Ön ortaklık aşamasında iç ilişkide kurulacak şirkete ilişkin TTK hükümleri uygulanacağından kanımızca YK üyesinin ön ortaklık aşamasındaki bir anonim veya limited şirkette kurucu ortak olması, rekabet yasağı açısından mevcut anonim veya limited şirkete ortak olunmasından farksızdır. Anonim şirketler bakımından yasağın ihlal edilebilmesi için YK üyesinin faaliyet alanı aynı olan başka bir şirkette sınırsız sorumlu ortak olması gerektiğinden ön ortaklık aşamasında anonim veya limited şirket ortağı sayılacak olan üyenin yasağı ihlal ettiğinden söz edilemez[453].

Dış ilişkide ise anonim ve limited şirketlerde kurucu ortakların ön ortaklık aşamasında şahsen ve müteselsilen sorumlu olduklarının düzenlenmiş olması (TTK m. 355/ f. 2, m. 588/ f. 3) karşısında; rekabet yasağının durumu üzerinde durulması gereken bir diğer konudur. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere; bu aşamada kurucuların, şahsen ve müteselsilen sorumlu olmaları, diğer ortaklardan farklı şekilde

[451] Barlas, s. 175.
[452] Şener, (Adi Ortaklık), s. 145; Barlas, s. 176; Aynı yönde bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. I, s. 345.
[453] Ancak ön ortaklık aşamasındaki şirket kollektif şirket ise ve her iki şirketin de faaliyet konuları aynı ise şüphesiz yasağın ihlaline bağlanan sonuçlar işletilebilecektir. Aynı şekilde ön ortaklık aşamasındaki şirketin adi komandit şirket olması ve YK üyesinin şirket sözleşmesinde komandite ortaklar arasında sayılması halinde rekabet yasağının ihlal edilip edilmediğinin araştırılması gerekir.

rekabet yasağına tâbi tutulmaları sonucunu doğurmaz. Bunun nedeni TTK m. 396 ile yasaklanan YK üyesinin faaliyet alanı aynı olan bir şirkette *"sınırsız sorumlu ortak"* olmasıdır. Mülga kanun döneminde ileri sürülmüş bir görüşe göre ise kurucunun şahsen sorumlu tutulması onun *"ortaklık"* vasfından değil *"kuruculuk"* vasfından kaynaklanmaktadır. Yoksa kurucu ortak da diğer ortaklar gibi şirket borçlarından dolayı sınırlı sorumludur[454].

Belirtmek gerekir ki şirketin kuruluşu hangi aşamada olursa olsun (Ön kuruluş ortaklığı-ön ortaklık) veya hangi görüş kabul edilirse edilsin, YK üyesinin şirketin fiilen uğraştığı işler türünden bir işi kendisinin veya başkasının hesabına görmesi halinde rekabet yasağının ihlali gündeme gelecektir[455].

E. Rekabet Yasağına Aykırı Davranışa Genel Kurul Tarafından Onay Verilmesi

TTK'nın 396. maddesinin 1.fıkrasının 1.cümlesi uyarınca rekabet yasağı, GK'nın izniyle kaldırılabilmektedir. Öğretide kabul edildiği üzere yasak, esas sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olmayan bir GK kararı ile kaldırılabileceği gibi ilk esas sözleşmede veya esas sözleşmenin sonradan değiştirilmesi suretiyle de kaldırılabilir[456]. Yasağın kaldırılmasına ilişkin GK kararının veya esas sözleşme hükmünün ne şekilde düzenlenmesi gerektiği konusunda ise öğretide iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

Bizim de katıldığımız görüşe göre esas sözleşme hükmü veya GK kararı *"yönetim kurulu üyeleri, TTK m. 396'da hükme bağlanan rekabet yasağına tâbi*

[454] Kalpsüz, s. 380.
[455] Kalpsüz, s. 381.
[456] Kalpsüz, s. 359; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 694; Teoman, s. 43.

değildir." gibi genel ve soyut bir ifade içerebileceği gibi bazı üyeleri veya rekabet teşkil eden bazı davranışları kapsayacak şekilde verilebilir[457]. Örneğin, küçük ev aletleri ile beyaz eşya üretimi, alım, satımı, ithalatı ve ihracatı ile uğraşan şirketin A, B, C isimli YK üyeleri için yalnızca küçük ev aletleri alım satımı konusunda rekabet yasağının kaldırılması mümkün olduğu gibi tüm üyelerin TTK m. 396'ya tâbi olmayacağına karar verilebilir. Öte yandan Alm. POK'un 88. maddesinde verilecek onayın ancak belirli bir ticari faaliyet, ticaret şirketi veya ticari muamele için verilebileceği düzenlenmiştir. Kanunumuzda bu yönde bir sınırlama olmadığından, yasağın genel ve soyut bir hükümle veya kararla kaldırılabileceği kabul edilmektedir[458].

Diğer bir görüşe göre ise yasağın soyut ve genel bir ifadeyle kaldırılması hükmün amacı ile bağdaşmamaktadır. GK kararında veya esas sözleşme hükmünde iznin, hangi üyeler için, şirketin meşgul olduğu hangi işler hakkında ve ne kadar süreliğine verildiğinin belirtilmesi gerekmektedir[459]. İzin, YK üyelerinin ahlaki ve kişisel özellikleri gözetilerek verileceğinden kuruluşta YK üyesi seçilenler dışında kalan üyeler, kimliği belirli olmayan üyeler veya belirli pay gruplarını temsil etmek amacıyla seçilecek üyeler hakkında rekabet yasağına tâbi olmayacaklarına ilişkin esas sözleşme hükümleri geçersizdir[460]. Fikrimize göre, hükümde GK tarafından rekabet teşkil eden davranışlara izin verilmesi yeterli görüldüğünden ve ayrıca bir şart aranmadığından; GK tarafından verilecek iznin genel ve soyut ifadelerle verilmesi,

[457] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 694; (rekabet teşkil eden davranışlar bakımından) Franko, s. 42.
[458] Kalpsüz, s. 361-362; Doğanay, İ.: "Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. I, 4.Baskı, İstanbul, 2004, s. 986.
[459] Aydoğan, s. 105 vd.; yazara göre iznin hangi üyeleri kapsadığı veya hangi fiiller için geçerli olduğu GK kararında belirtilmemişse söz konusu kararın iptali dava edilebilecektir; Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 454.
[460] Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 455; Yasağın yalnızca bazı üyeler için kaldırılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu konusunda bkz. Akdağ Güney, s. 241.

hukuken mümkündür.

Uygulamada genel ve soyut nitelikteki izin genellikle esas sözleşmede yer alan bir hükümle verilmektedir[461]. Esas sözleşmede böyle bir hüküm bulunması halinde, mevcut YK üyeleri ve ileride seçilecek her YK üyesi bu izinden faydalanır. Esas sözleşme değiştirilmediği sürece, izin geçerliliğini korur. Buna karşılık genel ve soyut nitelikte olsa dahi eğer izin GK kararı ile verilmişse yalnızca GK kararının alındığı sırada YK üyesi olan veya aynı GK'da seçilen üyeleri kapsar. Bir diğer ifadeyle; GK kararından sonra seçilen YK üyelerinin rekabet yasağından muaf tutulması için GK'nın yeniden bir karar vermesi gerekmektedir. Zira GK kararı niteliği itibariyle daha somut ve kişisel bir özellik arz eder[462].

Yasağı tümden kaldırmaya yetkili olan GK'nın onun kapsamını daraltmaya da yetkili olduğu kabul edilmektedir[463]. Öte yandan GK kararıyla yasağın kapsamının genişletilmesi konusunda ise aleyhine yasağın kapsamı genişletilecek olan üyelerin menfaatlerinin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir[464]. Öyle ki yasağın kişi, konu, zaman bakımından kapsamının genişletilmesi, üyelerin muvafakati olmadan durumlarının ağırlaştırılması anlamına gelmektedir. Nihayetinde üye, henüz şirkete dahil olmadan önce, ticari özgürlüğünün kanunda belirtilenden daha fazla sınırlandırılacağını öngörememektedir. Bu nedenle, üyelerin muvafakati olmadan yasağın kapsamının GK kararı ile genişletilemeyeceği, alınan karara uyan veya karara uygun olarak şirket ile arasındaki sözleşmeye kanuni rekabet yasağının kapsamını genişletecek nitelikte bir hüküm konulmasına izin veren YK üyesinin yasağın

[461] Kalpsüz, s. 360.
[462] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 694; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C.I, s. 415; Franko, s. 42; Aksi yönde bkz. Kalpsüz, s. 365.
[463] Kalpsüz, s. 361; Doğanay, s. 986.
[464] Kalpsüz, s. 361.

genişletilmesine rıza gösterdiği kabul edilmelidir[465].

Bize göre de üyenin veya üyelerin muvafakat etmesi halinde, yasağın kapsamının GK kararı ile genişletilebileceği kabul edilmelidir. Buna karşılık rekabet yasağının genişletilmesi, Anayasa m. 48 uyarınca çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünü ihlal edecek derecede olmamalıdır. Bu nedenle somut olayın özelliklerine göre YK üyesinin ticaret serbestisinin gereğinden fazla kısıtlandığı sonucuna ulaşılıyorsa YK üyesi kapsamın genişletilmesine muvafakat etmiş olsa bile GK kararı geçersiz olmalıdır[466].

Hükümde her ne kadar *"izin"* ifadesi kullanılmış olsa da sonradan yapılan işleme GK tarafından icazet verilmesi de mümkündür[467].

Rekabet yasağının kaldırılmasına ilişkin GK tarafından verilecek onay, açık veya zımnen verilebilir[468]. Onayın zımnen verilmesi halinde üyelerin rekabet yasağından muaf tutulduğunun açık, şüpheye yer verilmeyecek şekilde anlaşılır olması gerekir[469]. Onayın "karar" şeklinde verilmesi gerektiğinden zımnen verilmesi çok sık rastlanılacak bir durum değildir. Çünkü GK'nın yasağı bertaraf edecek şekilde karar alabilmesi için toplantı gündeminde buna ilişkin bir maddenin bulunması gerekir[470].

---

[465] Kalpsüz, s. 361; Aksi yönde bkz. Üçışık/Çelik, s. 506.

[466] Rekabet yasağının Anayasa m.48'e aykırı derecede genişletilmesinden ne anlaşılması gerektiği ise yargı kararları ve öğreti ışığında şekillenecektir. Örneğin, YK üyesinin hiçbir ticari faaliyette bulunamayacağını öngören veya şirket konusu ile alakalı olmayan işlerin yapılmasının yasaklandığı GK kararlarının rekabet yasağını Anayasa'ya aykırı derecede genişlettiği ifade edilebilir. Buna karşın şirketin fiilen uğraştığı bir işin şirketin merkezinin bulunduğu ile komşu diğer illerde de yapılamayacağının öngörülmesi rekabet yasağının kapsamının gereğinden fazla genişletildiği sonucunu doğurmayabilir. Bu belirleme yapılırken her somut olayda şirketin söz konusu davranışın yasak kapsamına alınmasında haklı bir menfaatinin olup olmadığı tespit edilmelidir. Yasağın esas sözleşme hükmü ile genişletilmesi konusunda *Kalpsüz,* özellikle yasağın kapsamının zaman bakımından genişletilmesi halinde sözleşmeye konulacak hükmün kişinin ticaret serbestisini iyi niyet ilkesine aykırı olacak şekilde sınırlandırmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Kalpsüz, s. 360.

[467] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C.I, s. 415; Kalpsüz, s. 363; Mimaroğlu, (İdare Meclisi Azaları), s.94; Doğanay, s. 987; onayın icazet şeklinde verilmesine yönelik eleştiriler için bkz. Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 456.

[468] Mimaroğlu, (İdare Meclisi Azaları), s. 94.

[469] Kalpsüz, s. 363; Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 455.

[470] Franko, s. 41; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 695.

Öğretide GK'nın bir kişiyi konusu aynı olan bir şirkette YK üyesi ya da müdür olduğunu bilerek seçmesi, yasağın zımnen kaldırılmasına örnek olarak verilmektedir[471]. Yine YK üyesinin rekabet yasağının kapsamına giren bir işlemi ortaklıkla yapmak istemesi (TTK m. 395, ETK m. 334) halinde GK tarafından söz konusu işleme izin verilmesi halinde de GK'nın rekabet yasağına zımnen onay verdiği kabul edilmektedir[472].

YK üyesinin aynı zamanda pay sahibi olduğu durumlarda yasağın kaldırılmasına ilişkin GK kararında oy hakkı bulunmamaktadır. YK üyesi böyle bir durumda diğer bir ortağı temsilen de oy kullanamaz (TTK m. 436, ETK m. 374)[473].

Hükümde bu konuda bir açıklık bulunmadığından yasağın kaldırılmasına ilişkin GK kararı esas sözleşmede aksine daha ağır nisap öngörülmedikçe sermayenin en az dörtte birini karşılayan pay sahiplerinin hazır bulunduğu bir toplantıda hazır bulunanların oy çokluğu ile alınacaktır (TTK m. 418)[474].

GK'nın izin veya icazete ilişkin kararına karşı iptal davası açılabilir (TTK m. 445)[475].

F. Rekabet Yasağına Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırımlar

[471] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 415
[472] Arslanlı, H.:Anonim Şirketler C. II, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, s. 156 [Naklen Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat),s.695].
[473] Çamoğlu, (Hukuki Sorumluluk), s. 103; Doğanay, s. 987; Yargıtay vermiş olduğu bir kararda TTK m. 436/ f.1 gereğince YK üyesinin TTK m. 396 uyarınca yetki verilmesi konusunda kendi lehine oy kullanamayacaksa da diğer YK üyeleri için yapılan oylamada oy kullanabileceğine hükmetmiştir. Bkz. Yarg. 11.HD., T. 27.04.2017, E. 2016/3815, K. 2017/2497 (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 29.12.2022), Yarg.11. HD, T. 03.11.2016, E. 2016/3015, K. 2016/8674 (Legalbank Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 29.12.2022); Ayrıca Yarg. 11.Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir diğer kararında, rekabet yasağının kaldırılmasının pay sahibi olan YK üyesi ile şirket arasında şahsi nitelikte bir iş olduğu bu nedenle TTK m.436/ f. 1 uyarınca oy yoksunluğu halinin somut olayda uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Yarg. 11.HD., T.24.04.2017, E.2016/2632, K.2017/2360 (Legalbank Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 29.12.2022).
[474]Kalpsüz, s. 362.
[475] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 695.

1. Genel Olarak

TTK m. 396'ya aykırı hareket edilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar yine aynı hükümde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre şirket, YK üyesinden veya yönetim ve/veya temsile yetkili üçüncü kişiden tazminat veya yapılan işlemin şirket adına yapılmış sayılmasını talep edebileceği gibi üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunun tespitini isteyebilecektir. Şirket bu üç haktan yalnızca birini kullanabilir. Belirtmek gerekir ki anılan düzenleme ile şirkete tanınmış bir seçimlik borçtan söz edilemez. İlgili düzenlemenin, üç farklı talep hakkından yalnızca birinin kullanılabileceğine yönelik "seçimlik yarışma" içerdiği kabul edilmektedir[476].

Kanunda düzenlenen bu üç yaptırım dışında, üyenin aynı konuda faaliyet gösteren başka bir şirkette sınırsız sorumlu ortak olması veyahut yönetimde görev alması halinde söz konusu şirketten ayrılması talep edilebilir[477]. Ayrıca rekabet yasağına aykırılık, sadakat yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurduğundan, YK üyesinin azli için haklı sebep teşkil eder. Bu nedenle gündemde madde bulunmasa dahi yasağa aykırı hareket eden üyeler, GK kararıyla görevden alınabilir[478]. Bunun dışında GK tarafından üyenin rekabetten kaçınması ve icra ettiği işlem hakkında hesap ve bilgi vermesi talep edilebilir. Esas sözleşmede rekabet yasağına aykırılık için cezai şart öngörülmesi de mümkündür[479].

Son olarak TTK m. 396'nın 4. fıkrası ile YK üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümler saklı tutulmuştur (TTK m.549 vd.).

---

[476] Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 696; aksi yönde Eriş, s. 288.
[477] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 416; Mimaroğlu, (İdare Meclisi Azaları), s. 95.
[478] Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 698.
[479] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 416.

2. Tazminat Talebi

Tazminat talebinde bulunulması halinde şirket, fiili zararının dışında söz konusu işlem şirketin hesabına yapılmadığı için yoksun kalınan kârı da talep edebilir[480]. Şirket, uğradığı zararını ispat etmek zorundadır (TMK m. 6). Yasağı ihlal eden üyenin sorumlu tutulabilmesi için kusur şart değildir[481]. Fikrimize göre, kollektif şirketlerde rekabet yasağını incelerken yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir[482]. Görevini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek zorunda olan ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altında bulunan YK üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin rekabet yasağına aykırı hareket etmeleri halinde kusurlu oldukları açıktır.

Şirketin bu hakkı kullanırken bazı riskleri göz önünde bulundurması gerekir. Bu anlamda YK üyesinin, yapılan işlemden zarar ettiğini ileri sürmesi, bunu ispat edebilmek amacıyla muvazaalı işlemler yapması, yasak işlemi yaptığı üçüncü kişinin temerrüde düştüğünü, ödeme gücünü kaybettiğini, işlemi şirket yapmış olsa idi bile kâr elde edemeyecek olacağını ileri sürmesi mümkündür. Aynı şekilde yasağı ihlal eden YK üyesi, işlemi yapmak için şirkete başvurduğunu ancak şirket tarafından talebinin reddedildiğini bu nedenle tazminat davası açarak şirketin hakkını kötüye kullandığını iddia edebilir[483].

---

[480] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 696; Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 459; Gerner-Beurle/Schillig, s. 594.
[481] Ansay, s. 130; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 416; Doğanay, s. 987; YK üyesinin sorumluluktan kurtulabilmesi için kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiği yönünde bkz. Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 697; Aksi yönde bkz. Gerner-Beurle/Schillig, s. 594.
[482] Bkz. İkinci Bölüm, III, G, 2.
[483] Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 460.

3. Yapılan İşlemin Şirket Adına Yapılmış Sayılması

Bu yaptırımın uygulanabilmesi için işlemin YK üyesinin hesabına yapılmış olması gereklidir. Eğer üye, söz konusu işlemi, üçüncü kişi hesabına yapmış ise şirketin bu yola başvurması mümkün değildir[484]. Yapılan işlemin şirket hesabına yapılmış sayılması halinde üye ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişki devam eder. Bir diğer ifadeyle, şirket işlemin tarafı haline gelmez. Buna karşılık şirket ile üye arasındaki ilişkide, işlemden doğan hak ve borçlar şirkete ait olur[485].

4. Menfaatlerin Şirkete Ait Olduğunun Dava Edilmesi

YK üyesi, TBK m. 40 vd. hükümlerine göre atanmış temsilci, TBK m. 547 vd. düzenlenen ticari temsilci, TBK m. 551 vd. hükümlerine göre atanmış ticari vekil, TTK'nın 102 vd. hükümlerinde düzenlenen acente veya başka bir şirketin temsile yetkili organı sıfatıyla yasak kapsamına giren bir işlemi üçüncü kişi hesabına yapmışsa şirket, üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etme yoluna gidebilecektir. Hakkın kullanılabilmesi için üyenin, yapılan işten menfaat elde etmiş olması gerekmektedir. Üye tarafından menfaat elde edilmemiş ancak menfaatlerin elde edilebilmesi için kendisine talep hakkı tanınmış ise bu talep hakkı da şirkete terk edilmelidir[486].

---

[484] Aydoğan, s. 121; hükümdeki "işlemi şirket adına yapılmış saymakta" ifadesinin işlemi şirket hesabına yapılmış saymakta olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 697.

[485] Aydoğan, s. 121; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 697-698; Gerner-Beurle/Schillig, s. 594; düzenlemenin yarattığı hukuki sorunlar bakımından bkz. Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 460.

[486] Franko, s. 58.

Söz konusu yaptırımın uygulanması halinde, üyeye ait ücret, prim, komisyon, kâra katılma gibi hizmetin karşılığını oluşturan kalemler düşüldükten sonra kalan net meblağ, şirkete ait olacaktır[487].

Anılan yaptırımın aynı tür işlerle uğraşan başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak giren üyeye karşı uygulanıp uygulanamayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu halde ancak üyenin diğer şirket ortaklığından çekilmesi talep edilebilir; yoksa TTK m. 396'da (TTK m. 335) düzenlenen hakların kullanılması mümkün değildir[488]. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise üyenin sınırsız sorumlu ortak olduğu şirketten çekilmesi talep edilebileceği gibi elde etmiş olduğu menfaatlerin şirkete ait olduğunun dava edilmesine engel yoktur[489].

G. Yaptırımların Uygulanmasında Usul

Yasağı ihlal eden YK üyesine karşı hangi yaptırımın uygulanacağına karar vermeye yetkili organ YK'dır. Bu husus, hükmün ikinci fıkrasında *"Bu haklardan birinin seçilmesi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan üyenin dışındaki üyelere aittir."* denilmek suretiyle açıkça düzenlenmiştir. YK, bu hakkını çoğunlukla alacağı bir kararla kullanır[490]. Bir görüşe göre karar ve toplantı yetersayısı, TTK m. 390'a göre belirlenecektir. Ancak yasağı ihlal eden üye veya üyeler, kararın müzakeresine ve alınmasına katılamayacağından (TTK m. 393) karar ve toplantı yetersayısı, üye tam sayısına göre değil; tam sayıdan yasağı ihlal eden üye sayısı

[487] Kollektif şirketler bakımından Franko, s. 58; Aydoğan, s. 59; Öğretide, TBK m. 553/ f. 2'den hareketle, şirketin üyenin yaptığı işler dolayısıyla aldığı ücretin ve bu işlerden doğan alacağın kendisine devredilmesini talep edebileceği ifade edilmiştir. Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), s. 698.
[488] Ansay, s. 131; Mimaroğlu, (İdare Meclisi Azaları), s. 95.
[489] Çamoğlu, (Hukuki Sorumluluk), s. 104; Çelik/Üçışık, s. 507; Aydoğan, s. 123; yazar, üyenin başka bir şirkete girmesi suretiyle yasağı ihlal etmesi halinde yaptığı işlerden elde ettiği ücret, prim, komisyon gibi menfaatlerin talep edilebileceği görüşündedir.
[490] Aydoğan, s. 123; Çamoğlu, (Hukuki Sorumluluk), s. 105.

çıkarılmak suretiyle belirlenmelidir[491]. Örneğin, bu görüşün kabul edilmesi halinde, altı kişilik bir YK'da iki üyenin yasağa aykırı hareket etmesi halinde, toplantı yeter sayısı üç, ve üç üyenin hazır bulunduğu bir YK'da karar yeter sayısı iki olacaktır. Diğer bir görüşe göre ise TTK m. 396 ile kanun koyucu, seçim hakkının kullanılması konusunda özel bir nisap öngörmüştür. Buna göre TTK m. 390'a (ETK m. 330) uyulmasına gerek olmaksızın seçim hakkı, yasağı ihlal eden üye veya üyeler dışında kalan üyelere aittir. Buna göre uygulanacak yaptırıma ilişkin seçim hakkı, yasağı ihlal eden üyeler dışındaki üyelerin çoğunluğu ile (TTK m. 390- ETK m. 330'da düzenlenen toplantı ve karar yetersayısı aranmaksızın) alınacak bir kararla kullanılacaktır[492].

Özellikle yasağı ihlal eden üye dışında kalan üye sayısının karar almak için yeterli olmaması, örneğin yasağı ihlal etmeyen tek bir üyenin bulunması halinde ne şekilde hareket edileceği konusunda TTK m. 396'nın özel hüküm niteliğinde olduğunu savunan yazarlar, tek üyenin talep hakkını kullanabileceğini savunmuşlardır[493]. Öğretide hâkim olan görüşe göre bu halde karar, GK tarafından alınmalıdır[494]. Ancak bu görüş, karar alamayan YK'nın GK'yı toplantıya çağırmaya da yetkili olamayacağı ve hem GK hem de YK'nın toplanması için geçecek sürede zamanaşımı süresinin

[491] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 699.
[492] Aydoğan, s. 125; Eriş, s. 288.
[493] Aydoğan, s. 125; Aşık, s. 195.
[494] Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi C. II, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 1552; Ayan, s. 158; Mimaroğlu, (İdare Meclisi Azaları), s. 95; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 417; tüm üyelerin yasağa aykırı davrandığı durumda da yine kararın GK tarafından alınması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu halde, üyelerin GK'yı toplantıya çağırmaktan imtina edeceği haklı olarak ileri sürülmektedir. Bkz. Akdağ, Güney, s. 243; böyle bir durumda yine TTK m. 410/ f. 2 uyarınca her bir pay sahibinin mahkeme izniyle GK'yı toplantıya çağırabileceğinin kabulü gerekir. Ayrıca her bir pay sahibinin veya şirket alacaklılarının TMK m. 426/ f. 3 uyarınca şirketin TTK m. 396'dan doğan haklarından birini kullanmaya yetkili temsil kayyımı atanmasını talep edebilecekleri ifade edilmiştir. Bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 417; Yazar, YK'nın tek üyeden oluştuğu şirketler bakımından da konunun GK gündemine taşınabileceğini veya her bir pay sahibinin veya şirket alacaklısının "ilgili" sıfatıyla TTK m. 426/ f. 3 uyarınca kayyım atanmasını talep edebileceği görüşündedir. Bkz. Çamoğlu (Poroy Tekinalp), C. I, s. 498; bu halde GK'nın rekabet yasağına aykırı hareket eden üyeyi azledip yeni üye seçmesinin ve seçilen üyenin TTK m. 396 uyarınca tercih hakkını kullanabileceği de ifade edilmiştir. Bkz. Akdağ, Güney, s. 243.

dolabileceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir[495].

Kanaatimizce TTK m. 396/ f. 2 TTK m. 393'te düzenlenen müzakerelere katılma yasağının bir tekrarı niteliğindedir. YK üyelerinin büyük bir çoğunluğunun yasağı ihlal etmesi, ciddi bir durum olup bu konuda tercih hakkının tek bir üye tarafından kullanılacağının kabulü sakıncalıdır. Her ne kadar GK'nın toplanması, belirli bir sürenin kaybı anlamına gelecek olsa da bu durumda kararın GK tarafından alınması, şirketin menfaati açısından daha sağlıklı olacaktır. Ayrıca karar almaya yetkili olmayan YK'nın GK'yı toplantıya çağıramayacağı görüşüne karşılık, TTK m. 410/ f. 2 uyarınca her bir pay sahibi mahkemenin izniyle veya azlık pay sahipleri, TTK m. 411 ve m. 412 uyarınca GK'yı toplantıya çağırabilecektir, yine yasağın ihlalinden haberdar olur olmaz pay sahiplerinin çağrısız olarak toplanması da mümkündür (TTK m. 416).

Tek üyeli YK'larda ise TTK m. 396'nın uygulanması konusunda kanunda boşluk bulunmaktadır. Öyle ki YK'nın tek üyeden oluştuğu anonim şirketlerde karar alacak "diğer üyeler" bulunmamaktadır. Öğretide konunun GK gündemine taşınmasının mümkün olduğu, ayrıca TMK m. 426/ f. 3 uyarınca temsil kayyımı tayin edilebileceği ifade edilmiştir[496].

YK tarafından kullanılacak seçim hakkı, yenilik doğuran bir haktır. Bu hak yasağı ihlal eden YK üyesine veya üyelerine yapılacak bir bildirimle kullanılabileceği gibi doğrudan dava yoluyla da kullanılabilir[497]. Seçim hakkı bir kez kullanıldıktan

[495] Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 463, yazar yasağı ihlal eden üyeler dışında tek bir üye kalmışsa tek üyenin de diğer üyelerden talepte bulunması ve birlikte temsil şartının aranmaması gerektiği görüşündedir. Aksi yönde bkz. Franko, s. 63; yazar ortaklık bakımından çok önemli olan bir meselede seçim hakkının tek bir üyeye bırakılmasının sakıncalı olabileceği gerekçesiyle anılan görüşü eleştirmiştir.

[496] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 498.

[497] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 417; Aksi yönde Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 463; yazara göre hakkın kullanılması zamanaşımını kesecek nitelikte olmalıdır. Bu nedenle YK üyesine yapılacak

sonra yapılan seçimden dönerek başka bir yaptırıma başvurulması ise mümkün değildir[498].

H. Zamanaşımı

Şirketin rekabet yasağına aykırı hareket eden üyeye karşı sahip olduğu haklar, ticari işlemin yapıldığının veya YK üyesinin diğer bir şirkete girdiğinin diğer üyelerce öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde bir yıl geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır (TTK m. 396/ f. 3). Görüldüğü üzere kanun koyucu, rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklar için özel ve kısa zamanaşımı süresi öngörmüştür.

Zamanaşımı süresinin ne zaman başlamış sayılacağı konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre her ne kadar hükümde *"diğer üyeler"* denilmişse de üyelerden yalnızca birinin yasağın ihlalini öğrenmesi, zamanaşımı süresinin başlaması için yeterlidir. Öyle ki rekabet yasağının ihlal edildiğini öğrenen üyenin sadakat ve özen borcunun gereği olarak bunu YK'ya bildirmesi gereklidir[499]. Zamanaşımının başlaması için bütün üyelerin yasağın ihlalinden haberdar olmasını aramak, şirketin menfaatine olsa da yasağı ihlal eden üye bakımından ispat güçlüğünü de beraberinde getirmektedir. Ayrıca kanun koyucu, rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklar için kısa zamanaşımı süreleri öngörmüştür. Yasağın ihlali halinde diğer üyelerin hepsinin bu ihlalden haberdar olması için belli bir süre geçecektir. Bu da

bildirimle hak kullanılmış sayılmaz. Hakkın kullanılmış sayılması için dava yoluyla talep edilmesi gerekir. Ancak yasağa aykırı hareket eden üye ile şirket arasında özel bir sözleşme ile borç ikrarı sağlanırsa zamanaşımını kesecek ve zamanaşımını 10 yıla çıkaracaktır. (TBK m. 156) Aynı yönde bkz. Aydoğan, s. 132.

[498] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 417; Doğanay, s. 988; Aydoğan, s. 126.

[499] Çamoğlu, (Hukuki Sorumluluk), s. 106; bildirimin zamanında yapılmaması ilgili üyenin sorumluluğunu gündeme getirir (TTK m. 553/ f. 1, ETK m. 336/ f. 1/ b. 5).

kanun koyucunun kısa zamanaşımı süresi öngörmekteki amacı ile bağdaşmamaktadır[500]. Diğer görüşe göre ise 3 aylık zamanaşımı süresinin başlaması için diğer üyelerin tümünün yasağın ihlal edildiğinden haberdar edilmesi gerekir[501]. Zamanaşımı süresi son üyenin durumu öğrendiği tarihi takip eden gündür. Bir yıllık zamanaşımı süresi ise diğer üyeler öğrensin ya da öğrenmesin fiilin işlendiği tarihten itibaren başlar[502].

Kanımızca hükümde geçen *"diğer üyelerin öğrendikleri"* ifadesi ile kastedilen, zamanaşımı süresinin en son üyenin yasağın ihlal edildiğinden haberdar olduğu tarihten itibaren başlayacak olmasıdır. Kanun koyucu, her ne kadar kısa zamanaşımı süresi öngörerek uyuşmazlıkların bir an önce sonuçlandırılmasını amaçlamışsa da şirket menfaatinin korunması amacını da göz ardı etmemiştir. Bu nedenle zamanaşımı süresinin başlangıcını tüm üyelerin yasağa aykırılığı öğrenmesine bağlamış ve herhalde 1 yıl içinde hakkın zamanaşımına uğrayacağını düzenlemek suretiyle bu iki amaç arasında bir denge kurmaya çalışmıştır[503].

YK'nın tek üyeden oluşması halinde ise zamanaşımı süresinin konu GK'ya intikal etmişse GK'nın toplantı tarihinden, temsil kayyımı atanmış ise kayyımın görevi almasıyla başlayacağı ifade edilmiştir[504].

---

[500] Çamoğlu, (Hukuki Sorumluluk), s. 106-107; Ayan, s. 160; Aydoğan, s. 131, yazar, zamanaşımının başlangıcı için durumun bütün üyeler tarafından öğrenilmesinin aranması halinde ortaklığın bunu kötüye kullanabileceğini ifade etmektedir.

[501] Mimaroğlu, (İdare Meclisi Azaları), s. 95.

[502] Domaniç, (Anonim Şirketler), s. 463; yazar ayrıca zamanaşımı süresi dolduğu için yasağı ihlal eden ortağa karşı yaptırım uygulanamaması halinde bütün üyelerin ihmalden ötürü sorumlu tutulabileceğini ifade etmiştir. Ancak bu durumda şirket, TTK m. 396'dan doğan talep haklarını ileri süremeyecek yalnızca uğradığı zararı talep edebilecektir. Diğer YK üyeleri ise zamanaşımı süresinin dolmasında ihmallerinin olmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), s. 700; yazar TTK m.390 uyarınca toplantı yeter sayısını sağlayacak kadar YK üyesinin durumdan haberdar olmasının zamanaşımının başlangıcı açısından yeterli olabileceği hususuna da dikkat çekmiştir; Doğanay, s. 988.

[503] Aynı yönde bkz. Aşık, s. 198.

[504] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 498.

İ. Sorumlulukla İlgili Hükümlerin Saklı Tutulması

Yeni TTK ile 396. maddeye YK üyelerinin sorumluluklarını saklı tutan 4. fıkra eklenmiştir. Anılan fıkrayla ilgili gerekçede bir açıklık bulunmamaktadır.

ETK döneminde, ortakların ve alacaklıların yasağı ihlal eden üyeye karşı dava açma hakları bulunup bulunmadığı konusu tartışmalıydı. Öyle ki ETK m. 335 (TTK m. 396), dava hakkını şirkete tanımış, şirket adına hangi davanın açılacağına karar verme yetkisi ise YK'ya bırakılmıştı. O dönem savunulan bir görüşe göre ETK m. 335, YK üyelerinin genel olarak sorumluluğunu düzenleyen ve pay sahipleri ile alacaklılara dava açma hakkı tanıyan ETK m. 336'ya (TTK m. 553) göre özel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle yasağın ihlal edilmesi halinde pay sahipleri yahut şirket alacaklıları yasağı ihlal eden YK üyesine karşı sorumluluk davası açamayacaktır. Dava hakkı, ETK m. 335 ile özel olarak şirkete tanınmıştır[505].

Aksi yöndeki görüşe göre ise ETK m. 335'in varlığı, ETK m. 336'ya dayanarak alacaklıların veya pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasını engellememektedir. Pay sahipleri, rekabet yasağına aykırı fiil nedeniyle dolaylı olarak zarar görmüşlerdir. Dolaylı olarak zarar gören ortakların, tazminatın şirkete verilmesi kaydıyla, YK üyesine karşı dava açabileceğinin kabulü gerekir[506]. Bu durumda pay sahipleri davayı, ETK m. 336'ya dayanarak açtıklarından; artık ETK m. 335'teki talepleri ileri süremezler[507].

---

[505] Domaniç,H: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, İstanbul 1988, s. 646 [Aktaran: Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat, s. 700.]

[506] Eriş, s. 289; alacaklılar, ancak şirketin iflası halinde tazminatın şirkete ödenmesi amacıyla dolaylı zararlara ilişkin dava açabilecektir. (TTK m. 556). Buna karşın kanaatimizce rekabet yasağını ihlal eden YK üyesine karşı alacaklıların doğrudan zarar görmesi halinde TTK m. 553 uyarınca dava açabileceğinin kabulü gerekir.

[507] Aydoğan, s. 127-128; Ansay, s. 130; Yazar tazminat davasının bizzat pay sahipleri tarafından açılabileceğini kabul etmektedir.

Kanun koyucu, ETK döneminde öğretide yapılan bu tartışmayı sonlandırmak amacıyla TTK m. 396'ya YK üyelerinin sorumluluklarını saklı tutan 4.fıkrayı eklemiştir[508]. Böylelikle sorumluluk şartlarının oluşması halinde rekabet yasağına aykırı hareket eden üye veya üyelere karşı TTK m.553 veya m.556 uyarınca sorumluluk davası açılabileceğinin kabulü gerekir (TTK m.396/ f. 4)[509].

Gerek TTK m. 553 gerekse TTK m. 396, şirketin uğradığı zararın giderilmesini amaçlamaktadır. Ancak TTK m. 396 yasağın ihlali haline özgü olmak üzere şirkete üç farklı imkân tanımaktayken, TTK m. 553 yalnızca uğranılan zararın tazminine yöneliktir[510]. Kanımızca, TTK m. 553 uyarınca pay sahiplerinin sorumluluk davası açması halinde TTK m. 396'da şirkete tanınmış imkanlardan yararlanmaları mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle pay sahipleri, bu durumda ancak TTK m. 553 vd. hükümlerine göre tazminat talep edebileceklerdir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki TTK m. 396/ f. 1/ c. 2 uyarınca şirketin, yasağı ihlal eden YK üyesine karşı açacağı tazminat davasında YK üyesinin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olmasına gerek bulunmamaktadır[511]. Oysa TTK m. 553 uyarınca pay sahipleri veya alacaklıların açacağı davada YK üyesinin veya üyelerinin sorumlu tutulabilmeleri için kusurun varlığı şarttır[512].

Öğretide, pay sahiplerinin TTK m. 553'e göre açacakları sorumluluk davası ile TTK m. 396 uyarınca şirketin açacağı dava arasında zamanaşımı süresi bakımından bir farklılık yaratmanın haklı bir sebebi bulunmadığı ifade edilmiştir. Bir diğer ifadeyle yasağa aykırı hareket eden üye veya üyelere karşı TTK m. 553 uyarınca pay sahipleri

[508] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 700.
[509] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 417.
[510] Yasağı ihlal eden üyeye karşı TTK m. 553 ile TTK m. 396'nın aynı anda uygulanmasının yaratabileceği sorunlar hakkında bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 701.
[511] Bkz. İkinci Bölüm, V, F, 2.
[512] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 432.

veya alacaklılar tarafından sorumluluk davası açılması halinde; TTK m. 560 yerine[513] TTK m. 396/ f. 3'te düzenlenen zamanaşımı süreleri uygulanacak olup üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıcı, pay sahibinin yasağın ihlal edildiğinden haberdar olduğu andır[514].

TTK m. 396/ f. 4; zamanaşımı süresi dolduğu için şirketin TTK m. 396/ f. 1'den doğan haklarını kullanamaması durumunda, TTK m. 553 uyarınca yasağı ihlal eden üye veya üyelere karşı sorumluluk davası açılmasına imkân vermektedir[515].

GK'nın yasağı kaldıran bir karar alarak işleme izin veya icazet vermesi halinde şirketin TTK m. 396'dan doğan hakları kullanması mümkün değildir. Ancak bu halde karara olumlu oy vermeyen pay sahiplerinin TTK m. 553 uyarınca sorumluluk davası açabilecekleri kabul edilmektedir[516].

YK'nın tek üyeden oluşması halinde GK, TTK m. 553 uyarınca yasağı ihlal eden üyeye karşı sorumluluk davası açılmasına karar verebilir. Ancak bu halde şirket adına sorumluluk davası açacak YK üyesi bulunmadığı için TMK m. 426/ f. 3 uyarınca temsil kayyımı atanabileceği gibi GK'nın yasağı ihlal eden üyeyi görevden alarak yeni bir üye ataması ve bu üyenin davayı açması mümkündür[517].

---

[513] TTK m. 560: *"Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır."*

[514] Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 700.

[515] Akdağ Güney, s. 244; TTK m. 553 uyarınca yasağa aykırı hareket eden üye veya üyelere karşı açılacak sorumluluk davasında da TTK m. 396/ f. 3'te düzenlenen zamanaşımı sürelerinin geçerli olduğuna ilişkin görüşün kabul edilmesi halinde, yasağın ihlalinden son YK üyesinin de haberdar olmasına rağmen 3 ay içerisinde şirket adına dava açılmamış olsa bile pay sahibi, henüz yasağın ihlalinden haberdar olmamışsa zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacağından TTK m. 553'ten doğan dava hakkını kullanabilecektir. Sonuç olarak ileri sürülen bu görüşün kabul edilmesi halinde, somut olayda TTK m. 396 ile m. 553'teki dava hakları bakımından zamanaşımı süreleri örtüşmeyebilir.

[516] Aydoğan, s. 127-128; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 701.

[517] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 499.

VI. LİMİTED ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI

A. Genel Olarak

Limited şirketlerde kanuni rekabet yasağı *"Özen ve bağlılık yükümü, rekabet yasağı"* başlıklı TTK'nın 626. maddesinde düzenlenmiştir. Anonim şirketlerde olduğu gibi limited şirket ortakları da kanuni rekabet yasağının kapsamı dışında bırakılmıştır. Kanuni rekabet yasağı ise yalnızca müdürler için öngörülmüştür (TTK m. 626/ f. 2). Ancak kanun koyucu, anonim şirketlerden farklı olarak limited şirketlerde şirket sözleşmesine konacak bir hükümle ortakların şirketle rekabet etmelerinin önlenmesine imkân tanımıştır (TTK m. 613/ f. 2).

Limited şirketlerde kanundan doğan rekabet yasağı, diğer şirketlerden farklı düzenlenmiştir. Özellikle yasağın içeriği çok geniş tutulmuş ve şirkete karşı rekabet teşkil eden her türlü davranış yasağın kapsamına alınmıştır. Yine yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı bakımından kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle limited şirketlerde rekabet yasağı, öğretide farklı görüşlerin ileri sürüldüğü, yoruma elverişli bir konu olarak nitelendirilebilir.

B. Yasağın Kişi Bakımından Kapsamı

1. Müdürler

TTK m. 623'te şirket sözleşmesiyle şirketin yönetim ve temsilinin müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere

verilebileceği yönetim ve temsil yetkisinin üçüncü kişilere verildiği durumlarda en azından bir ortağın yönetim ve temsil yetkisine sahip olması gerektiği düzenlenmiştir.

Müdürler için rekabet yasağı kanundan doğmaktadır. TTK m. 626/ f. 2 uyarınca şirket sözleşmesinde aksi öngörülmediği veya diğer tüm ortaklar yazılı olarak izin vermediği takdirde, müdürler şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamayacaklardır. Dikkat edileceği üzere, hükümde ortak olan veya olmayan ayrımı yapılmamış, müdürlerin şirketle rekabet edemeyecekleri düzenlenmiştir. Oysa ETK döneminde kanuni rekabet yasağının düzenlendiği ETK m. 547'de yer alan "ortak müdürler" ifadesi; kanuni rekabet yasağının ortak olmayan müdürlere uygulanıp uygulanmayacağı konusunda öğretide görüş ayrılıklarına neden olmuştu[518]. TTK m. 626/ f. 2 ile bu tartışma sona ermiş, ortak olsun ya da olmasın müdürlerin rekabet etmeme yükümlülüğü altında olduğu kanunen kabul edilmiştir.

TTK m. 613/ f. 2 uyarınca ortaklar için şirket sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmüşse aynı zamanda ortak sıfatına haiz olan müdür, hem kanuni rekabet yasağına hem de şirket sözleşmesinde ortaklar için düzenlenen rekabet yasağına uymak zorundadır[519].

TTK m. 623/ f. 2 uyarınca tüzel kişiler de müdür olabilir. Tüzel kişinin müdür olması halinde görevi onun adına yerine getirecek bir gerçek kişi belirlemesi gerekir. Bu halde hem tüzel kişi hem de tüzel kişinin belirleyeceği gerçek kişi rekabet yasağına uymakla yükümlüdür. Nihayetinde şirketin işletme stratejisi, iç ve dış ilişkileri hakkında bilgi edinme imkanına sahip olan söz konusu gerçek kişinin konumu gereği

[518] ETK döneminde öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. Aydoğan, s.135 vd.; Kayar/Çeliktaş, s. 314; Göksoy, s. 642; yazar, ETK m. 547 uyarınca rekabet yasağına uymakla yükümlü oldukları söylenemeyecekse de ortak olmayan müdürlerin aynı zamanda ticari vekil veya ticari mümessil sıfatı taşıyacakları için EBK m. 455 (TBK m. 553) uyarınca rekabet yasağına tâbi olduklarını ifade etmiştir.
[519] Şener, O. H.: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017, s. 759.

edindiği bilgileri, kendi menfaatine olacak şekilde kullanması mümkündür[520].

2. Müdür Olmayan Ortaklar

ETK döneminde limited şirket, kişi ve sermaye unsurlarının eşit ağırlıkta olduğu karma nitelikteki bir şirket olarak kabul edilirken; 6102 sayılı kanun ile limited şirketin sermaye şirketi olduğu açıkça düzenlenmiştir (TTK m. 124/ f. 2)[521]. Sermaye şirketi olması nedeniyle limited şirket ortakları bakımından sınırlı sorumluluk ilkesi (TTK m. 602) geçerlidir. Fakat anonim şirket pay sahiplerinden farklı olarak kanun koyucu, limited şirket ortakları için bağlılık (sadakat) yükümlülüğü öngörmüştür (TTK m. 613/ f. 2). Hemen belirtmek gerekir ki sınırlı sorumlu ortakların salt bağlılık yükümlülüğü altında bulunmaları, rekabet yasağına tâbi oldukları anlamına gelmemektedir[522]. Nitekim hükmün gerekçesinde bağlılık yükümlülüğünün sınırının rekabet yasağı olduğu ifade edilmiştir[523].

Kanun koyucu, sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olması ve hakların sermayeye bağlı olması nedenleriyle limited şirket ortakları için kanundan doğan rekabet yasağı öngörmemiştir[524]. Öğretide ortaklar için kanuni rekabet yasağına gerek olmadığı, TTK m. 54 vd. maddelerinde düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin bu anlamda rekabet yasağına duyulan ihtiyacı karşıladığı ifade edilmiştir[525]. Her ne kadar ortaklar bakımından kanuni rekabet yasağı düzenlenmemişse de TTK'nın 613.

[520] Karakılıç, s. 124; Aydoğan, s. 133-134.
[521] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. II, s. 398.
[522] Karakılıç, s. 105; Hamamcıoğlu, E.: Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, Ankara 2022, s. 242.
[523] Bkz. TTK m. 613/ f. 2 Madde Gerekçesi.
[524] Bkz. TTK m. 613/ f. 2 Madde Gerekçesi.
[525] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. II, s. 476.

maddesinin ikinci fıkrasında limited şirket ortaklarının şirketin çıkarlarını zedeleyecek davranışlarda bulunamayacakları, kendilerine özel bir menfaat sağlayan şirketin amacına zarar veren işlemler yapamayacakları belirtildikten sonra şirket sözleşmesiyle ortaklar için rekabet yasağı öngörülebileceği kabul edilmiştir[526]. Ayrıca yine TTK m. 577/ f. 1 g bendinde, şirket sözleşmesinde kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümlere yer verilmesi halinde ilgili hükümlerin bağlayıcı olacağı düzenlenmiştir. Böylelikle şirket sözleşmesinde ortakların bir kısmına veya tamamına yönelik rekabet yasağı düzenlenmesi mümkündür[527].

Alman hukukunda bir görüşe göre şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa dahi kişisel unsurun ağır bastığı limited şirketlerde ortakların bağlılık yükümlülüğünden hareketle rekabet yasağına tâbi olduklarının kabulü gerekir[528]. Türk hukukunda da benzer şekilde şirkete karşı rekabet oluşturan davranışlarda bulunan ortağın, TTK m. 613/ f. 2 uyarınca bağlılık yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği ve bu nedenle TTK m. 613/f. 2'nin ortaklar için *de facto* kanuni rekabet yasağı öngördüğü; hükümde aranan *"kendine özel menfaatler sağlama"* ve *"şirket amacına zarar verme"* şartlarının da bu yasağın kapsamını oluşturduğu ileri sürülmüştür[529]. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Alman hukukunun aksine Türk hukukunda kanun koyucu, TTK m. 613/ f. 2'de ortaklar için rekabet yasağını açıkça düzenlemiş ve sözleşmesel temele dayandırmıştır[530]. Keza daha önce de bahsedildiği üzere hükmün gerekçesinde bağlılık yükümlülüğünün sınırının rekabet yasağı olduğu, sınırlı sorumlu ortakların kanunen

[526] TTK m. 613/f. 2: "*Ortaklar, şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunamazlar. Özellikle, kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler yapamazlar. Şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları öngörülebilir."*
[527] Hamamcıoğlu, s. 245.
[528] Şener, (Limited Ortaklıklar), s.48.
[529] Göksoy, s. 643.
[530] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 481-482.

rekabet yasağına tâbi tutulmasının haklı görülemeyeceği ifade edilmiştir[531]. Kanımızca bağlılık yükümlülüğünden hareketle ortakların kanunen rekabet yasağına tâbi olduğunun kabulü, kanun hükmünün dolanılması anlamına gelmektedir.

Müdür olmayan ortaklar için rekabet yasağının ancak şirket sözleşmesi ile öngörülmesi, mevcut ortaklar için kesinlik sağladığı gibi ileride şirket payını devralacak müstakbel ortakların ortak olup olmama konusunda karar alırken dikkat edecekleri bir göstergedir[532]. Buna rağmen kanun koyucu, rekabet yasağının şirket sözleşmesinde düzenlenmesini yeterli görmemiş ve bütün ortakları kapsayacak şekilde düzenlenmiş rekabet yasağının pay senedi veya nama yazılı senetlere yazılması gerektiğini hüküm altına almıştır (TTK m. 593/ f. 2). Yine TTK m. 595/ f. 1 uyarınca rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak şekilde genişletilmişse, pay devir sözleşmesinde bu hususun belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kanun koyucunun şirket sözleşmesinde öngörülen rekabet yasağından tüm ortakların ve hatta müstakbel ortakların haberdar olmasını bu kadar önemsemesi karşısında, salt bağlılık yükümlülüğü gereği tüm ortakların kanunen rekabet yasağına tâbi oldukları yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir.

Ortakların bilgi alma ve inceleme hakkı, TTK m. 614'te düzenlenmiştir. Buna göre her ortak, müdürlerden şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi vermesini isteyebilecek ve belirli konularda inceleme yapabilecektir. Hükmün ikinci fıkrasında ise ortağın elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi mevcutsa müdürlerin, ortakların bilgi alma ve inceleme hakkını gerekli ölçüde engelleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Ortağın şirketle rekabet etmesi halinde, edindiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanma tehlikesi bulunduğundan bu

[531] Bkz. TTK m. 613/ f. 2 Madde Gerekçesi.
[532] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 482.

halde, ortağa bilgi verilmesinden imtina edilebilir[533]. Şirketle rekabet eden ortağın bilgi alma ve inceleme hakkının sınırlandırılması için şirket sözleşmesinde rekabet yasağının düzenlenmiş olmasına gerek yoktur. Bir diğer ifadeyle ortaklar için rekabet yasağı getirilmemiş olsa bile şirketle rekabet eden ortağın bilgi alma ve inceleme hakkının sınırlandırılması söz konusu olabilecektir[534]. Bu bakımdan rekabet yasağına aykırı davranışa diğer ortaklar tarafından onay verilmiş ve dolayısıyla rekabet yasağı kaldırılmış olsa da şirketin zarar görme tehlikesi bulunması halinde şirketle rekabet eden ortağa bilgi vermekten kaçınılması mümkündür[535].

Bilgi alma ve inceleme hakkı emredici nitelikte, vazgeçilmez bireysel bir haktır. Şirketle rekabet edilmesi, her ne kadar bilgi alma ve inceleme hakkının sınırlandırılması için gerekçe olabilirse de salt bu nedenle hakkın kullanımı tamamen engellenemez. Nitekim hükümde geçen *"gerekli ölçüde"* ibaresi de hakkın tamamen bertaraf edilmesini istisna kılmaktadır[536].Anılan düzenleme uyarınca yalnızca şirketin zararına kullanılma tehlikesi bulunan bilgiler red sebebi teşkil ettiğinden, şirketle rekabet eden ortağa rekabet açısından bir etki doğurması mümkün olmayan bilgiler verilmek zorundadır[537]. Örneğin şirketin bilançosu ile ilgili bir bilginin şirketle rekabet eden ortağa verilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Özellikle ticaret siciline tescil edilen herkesin bilebileceği türden, şirket sırrı olarak nitelendirilemeyecek bilgilerin verilmesinden imtina edilemez [538] .Görüldüğü üzere kanun koyucu, şirket

[533] Can, O.: Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Ankara 2015, s. 116; Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 483.
[534] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 483.
[535] Can, (Bilgi Alma), s. 117.
[536] Can, (Bilgi Alma), s. 116.
[537] Bilge, E. M.:"Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde", AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, s. 444; Can, (Bilgi Alma), s. 116.
[538] Bilge, s. 444; yazar şirketle rekabet eden ortağın rekabetle ilgili olabilecek bütün bilgilerden mahrum bırakılmaması gerektiği görüşündedir. Buna göre şirketle rekabet eden ortak mesleği gereği sır

sözleşmesinde rekabet yasağı düzenlenmemiş olsa bile şirketle rekabet eden ortağın davranışlarını karşılıksız bırakmamış, adi komandit şirketlerde komanditer ortaklar bakımından (TTK m. 310 ve m. 311) olduğu gibi şirketle rekabet edilmesi ile bilgi alma ve inceleme hakkı arasında *"doğrudan bağlantı"* kurmuştur[539].

Bilgi alma ve inceleme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin hüküm, şirketle rekabet eden ortağın şirkete zarar vermesini belli bir ölçüde de olsa önlemektedir. Yine de ifade etmek gerekir ki hâkim ortağın bulunduğu şirketlerde TTK m. 614/ f. 2' nin işletilebilmesi çok mümkün gözükmemektedir. Öyle ki bilgi alma ve inceleme hakkını TTK m. 614/ f. 2'ye dayanarak sınırlayan müdür, genel kurulda hâkim ortak tarafından görevden alınabilecektir (TTK m. 620). Azınlık pay sahipleri de bir araya gelmek suretiyle genel kurulda müdürleri görevden alabilir. Bu nedenle öğretide bilgi ve inceleme hakkının sınırlandırılmasının rekabet yasağına olan ihtiyacı ortadan kaldırmadığı ifade edilmiştir[540]. Kanımızca uygulamada TTK m. 614/ f. 2 ile ilgili olarak yaşanabilecek bu sorunlar gerekçe gösterilerek her ne kadar şirket sırları hakkında bilgi sahibi olan ortakların bağlılık yükümlülüğü gereği rekabet yasağına tâbi oldukları sonucuna varılamayacaksa da şirket sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı getirilmesinde yarar vardır.

Şirket sözleşmesinde ortakların tâbi tutulacağı rekabet yasağının kapsamının, sınırlarının ve hukuki sonuçlarının belirlenmesi hukuki güvenliğin sağlanması ve ortaklar arasında yaşanabilecek hukuki sorunların önlenmesi bakımından gereklidir[541]. Ancak böyle bir belirleme yapılmayıp TTK m. 626/ f. 2 hükmüne atıf yapmakla da

saklamakla yükümlü bir temsilci aracılığı ile söz konusu bilgileri edinebilecektir. Ancak bu temsilci tüm bilgileri ortağa veremeyecektir. Karşı görüş için bkz. Can, (Bilgi Alma), s. 117.

[539] Şener, (Limited Ortaklıklar) s. 483.

[540] Karasu R.: "Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar için Sözleşme ile Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı, BATİDER, 2004, C. 22, S. 4, s. 81-82.

[541] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 484.

yetinilebilir[542].

Ortaklar için rekabet yasağı kuruluş aşamasında şirket sözleşmesinde öngörülebileceği gibi daha sonra şirket sözleşmesinin değiştirilmesi suretiyle de öngörülebilir[543]. Ancak söz konusu değişikliğe ilişkin kararın eğer yasak tüm ortakları kapsayacak şekilde düzenlenmişse TTK m. 607 uyarınca[544] oybirliği ile alınması gerektiği kabul edilmektedir[545]. Her ne kadar TTK m. 607 şirket sözleşmesinde ek ödeme ve yan yükümlülükler öngörülmesiyle ilgiliyse de anılan hükmün şirket sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağı için de uygulanabileceği kabul edilmektedir[546]. Nitekim şirket sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağı, şirket sözleşmesinde düzenlenmekle ortaklıksal nitelik kazanmış bir yan edim yükümlülüğüdür[547]. Anonim şirketlerde olduğu gibi limited şirketlerde de rekabet yasağının borçlar hukuku anlamında bir sözleşmeyle (ortaklar sözleşmesi) düzenlenmesi mümkündür[548].

C. Yasağın Zaman Bakımından Kapsamı

1. Genel Olarak Yasağın Süresi

Müdürün bağlılık yükümlülüğü şirket ile arasında organ bağı kurulmasıyla başlar. Organ bağının ise ortağın veya üçüncü kişinin müdür olarak atanması halinde

[542] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. II, s. 476.
[543] Göksoy, s. 641; Hamamcıoğlu, s. 245.
[544] TTK m. 607: *"Şirket sözleşmesini değiştirip, ek ya da yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararları, ancak ilgili tüm ortakların onayıyla alınabilir."*
[545] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 483; Hamamcıoğlu, s. 245.
[546] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 483;
[547] Hamamcıoğlu, s. 245.
[548] Konu hakkında anonim şirketlerde yaptığımız açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, V, B, 3.

başladığı kabul edilmektedir[549]. Dolayısıyla kanundan doğan rekabet etmeme yükümlülüğü, müdür sıfatının kazanıldığı anda başlamaktadır. Rekabet yasağı, müdürlük sıfatına bağlı olduğundan sıfatın kaybedilmesiyle de sona erer[550].

Şirket sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı öngörülmesi halinde ise ortaklık sıfatı devam ettiği sürece ortak, rekabet yasağına uymakla yükümlüdür. Ortaklık sıfatının kaybedilmesiyle (payın devredilmesi, ortağın ortaklıktan çıkarılması vb) veya ortaklığın sona erip tasfiyenin sonuçlanması halinde yasak da ortadan kalkar[551]. Buna karşın şirketten ayrılan ortağın, ortaklık sıfatı devam eden ortakların aksine şirkete karşı bağlılık yükümlülüğü altında olmaması ve dolayısıyla şirket menfaati ile kendi menfaati çatıştığı takdirde şirket menfaatini tercih etmek zorunluluğunun bulunmaması nedeniyle şirketten ayrıldıktan sonra belli bir süre daha rekabet yasağına tâbi kılınması şirket için önemli ve gerekli olabilir[552].

Rekabet yasağı, ortaklıklar hukuku karakterine haiz olduğundan sadece ilgili ortağı kapsamaktadır. Bu nedenle ortaklar bakımından şirketten ayrılmaları halinde yasağın belirli bir süre daha devam etmesi arzu ediliyorsa buna ilişkin düzenlemenin şirket sözleşmesine derç edilecek bir hüküm ile değil; hüküm ve sonuçlarını borçlar hukuku alanında doğuracak bir sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması şeklinde yapılması gerektiği ileri sürülmektedir[553]. Aynı husus müdürler bakımından da

---

[549] Ertaş, s. 41.
[550] Karakılıç, s. 212.
[551] Karakılıç, s. 204.
[552] Karasu, (Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar), s. 83.
[553] Pulaşlı, H.:Şirketler Hukuku Şerhi C. III, 3.Baskı, Ankara 2018, s. 2814; Aynı yönde bkz. Karakılıç, s. 205; Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 485; aksi yönde bkz. Karasu, (Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar), s. 83; Yargıtay vermiş olduğu bir kararında "*Ancak gerek mülga 6762 sayılı Kanun da gerekse de 6102 sayılı TTK'da, ana sözleşmeye hükmüyle, şirket ortağına ortaklıktan sonrası için de rekabet etmeme yükümlülüğü getirebilmesine cevaz veren bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun yanında davalı kurucu ortaklar arasında da yer almamaktadır. Şirket ortağının esas sözleşmeye ortak olduğu süre boyunca uymakla yükümlü olduğu da gözetildiğinde, esas sözleşmeye bu şekilde konulan rekabet etmeme yasağının ortaklıktan ayrılan kişi bakımından bağlayıcı olmayacağı açıktır. Şirket ile*

geçerlidir[554].

2. Kuruluşta Rekabet Yasağı

Kanımızca ön kuruluş[555] ortaklığının söz konusu olması halinde adi şirket hükümleri uygulama alanı bulacağından limited şirket kurucuları bu süre zarfında TBK m. 626 uyarınca rekabet yasağına tâbi olacaktır. Ancak ön sözleşmede aksinin kararlaştırılması mümkündür.

Ön ortaklık aşamasında ise iç ilişkide adi şirket hükümlerinin uygulanması mümkün değildir[556]. Bu aşamada şirketin hukuki sorunlarına şirket sözleşmesindeki hükümler ve ön ortaklığın niteliğine uygun düştüğü ölçüde tescil edilmiş limited şirketler hakkında TTK'da yer alan hükümler uygulanacaktır. Dış ilişkide ise adi şirket hükümleri tatbik edilecektir. Ancak adi şirket hükümleri bu durumda dahi olduğu gibi uygulanmayacak; TTK'da özel hüküm bulunan hallerde TTK'daki hüküm öncelikli olarak uygulanacaktır[557]. Bu bakımdan, dış ilişki açısından tescilden önce işlem

---

ortağı arasında yapılacak ayrı ve bağımsız bir rekabet yasağı sözleşmesiyle, ortaklıktan ayrıldıktan sonraki dönem bakımından da rekabet etmeme yükümlülüğü öngörülebilecekse de, somut olayda, bu yönde bir sözleşme de bulunmamaktadır. Belirtilen nedenlerle mahkemece, söz konusu ana sözleşme hükmünün davalı bakımından bağlayıcı olmadığı gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, asıl davada verilen hükmün asıl dava davalısı K1 yararına bozulması gerekmiştir." demek suretiyle sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin hükmün şirket sözleşmesinde değil taraflar arsında akdedilecek ayrı bir sözleşmede düzenlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz. Yarg. 11. HD, T. 25.11.2019, E. 2019/7, K. 2019/7441 (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi 11.12.2022).

[554] Karakılıç, s. 212; Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 763; Kendigelen A./ Kırca İ.: Şirketler Hukuku C. III, 1. Baskı, İstanbul 2022, s. 126.

[555] Bkz. İkinci Bölüm, V, D, 3.

[556] Bkz. İkinci Bölüm, V, D, 3.

[557] İsviçre öğretisinde bu süre içerisinde adi şirketin varlığı kabul edilmektedir. Bkz. Ertaş, s. 98. Türk öğretisinde Çamoğlu da ön ortaklık aşamasında kurucular ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin TBK m. 620'deki tüm özellikleri taşıdığından bahisle adi şirket ilişkisi olduğunu ifade etmiştir. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. II, s. 409; Şayet şirketin kuruluş anı ile tescil anı arasındaki sürede adi şirketin varlığı kabul edildiği takdirde şirket ortakları bu süre zarfında TBK m. 626 uyarınca rekabet yasağına tâbi olacaktır. Kanımızca TTK m. 585 her ne kadar şirketin kuruluş anını kurucuların kanuna uygun

yapanların bu işlemlerden dolayı şahsen ve müteselsilen sorumlu olacaklarına ilişkin TTK m. 588/ f. 3, ortakların rekabet yasağına tâbi kılınmaları için yeterli değildir. Zira ortaklar bu aşamada ortaklık sıfatından dolayı değil "kurucu" oldukları için sınırsız sorumludur. Buna karşın şirket sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı öngörülmesi halinde ortakların bu aşamada da rekabet yasağına uymakla yükümlü oldukları sonucuna varılmalıdır. Öyle ki ön ortaklık aşamasında iç ilişkide limited şirket hükümleri uygulanacağından, kurucu ortaklar hakkında TTK m. 613 tatbik edilecektir. Limited şirket ortakları kanunen rekabet yasağına tâbi bulunmadıklarından bu aşamada şirket sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmediği müddetçe ortaklar için rekabet yasağı söz konusu olmaz.

D. Yasağın İçeriğinin Sınırlandırılmamış Olması

Kanun koyucu, kollektif şirket ortaklarının veya anonim şirket yöneticilerinin şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi kendilerinin veya başkalarının hesabına yapmalarını veya sınırsız sorumlu ortak olarak aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete girmelerini yasak kapsamında düzenlemişken (TTK m. 230, TTK m. 396) limited şirket müdürleri için *"şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamaz"* demekle yetinmiş, yasağın konu bakımından kapsamını sınırlandırmamıştır. Madde gerekçesinde hükmün bu şekilde düzenlenmesinin bilinçli bir tercih olduğu, hükmün

düzenlenmiş ve imzalarının noterce onaylandığı şirket sözleşmesinde limited şirket kurma iradelerinin açıklanmasına bağlamış olsa da limited şirket henüz tescil edilmediğinden limited şirketin varlığından söz edilemeyecektir. Ancak bu aşamada ortaklar arasındaki ilişki ön kuruluş ortaklığından da farklıdır. Öyle ki artık kurucular limited şirket kurma iradelerini usulüne uygun olarak ortaklık sözleşmesinde açıklamıştır. Bundan hareketle iç ilişkide limited şirket hükümleri uygulanırken dış ilişkide uygun düştüğü ölçüde adi şirket hükümlerinin uygulanması gerekir. Konu hakkında yaptığımız detaylı açıklama için bkz. İkinci Bölüm, V, D, 3.

ETK m. 547'de sayılan haller ve gereğinde diğer rekabet faaliyetlerini (dolaylı ve gereğinde etkisi duyulan komşu alan rekabeti) de kapsadığı ifade edilmiştir[558]. Dolayısıyla kanun koyucu, ETK m. 547'de sayılan hallerin her hâlükarda yasağın kapsamında olduğunu kabul etmektedir.

ETK'nın 547. maddesinde müdür ortakların diğer ortakların onayı olmadıkça şirketin uğraştığı ticaret dalında kendileri veya başkalarının hesabına iş görmeleri veya başka bir işletmeye sınırsız sorumlu ortak, komanditer ortak veya limited şirket ortağı olarak girmeleri yasaklanmıştı[559]. Gerekçede ifade edildiği üzere, ETK m. 547'de sayılan hallerin TTK m. 626/ f. 2'de düzenlenen yasağın kapsamında kaldığının kabul edilmesi halinde, müdürlerin şirketin uğraştığı türden ticari işlerle uğraşan bir komandit şirkette komanditer ortak veya limited şirkette ortak olamayacağı sonucuna varılması gerekir. Ancak öğretide limited şirket müdürlerinin tâbi olduğu kanuni rekabet yasağının (TTK m. 626/ f. 2) kapsamı bakımından anonim şirket YK üyelerine rekabet etmeme yükümlülüğü getiren TTK m. 396'dan yararlanılabileceği ifade edilmiştir[560]. Buna göre müdürler, şirketin fiilen uğraştığı türden ticari işleri kendilerinin veya başkalarının hesabına yapamayacakları gibi bu tür işlerle uğraşan başka bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak giremeyeceklerdir. Dolayısıyla bu görüşün kabul edilmesi halinde limited şirket müdürünün aynı alanda faaliyet gösteren bir adi komandit şirkette komanditer ortak yahut limited şirkette ortak olması yasak

[558] Bkz. TTK m. 626/ f. 2 Gerekçesi.
[559] Görüldüğü üzere ETK m. 547 uyarınca rekabet yasağının kapsamı ETK m. 172 (TTK m. 230) ve m. 335'ten (m. 396) daha geniştir. Kollektif şirketlerde ve anonim şirketlerde ortaklar veya yöneticilerin yalnızca başka bir şirkette sınırsız sorumlu ortak olmaları yasaklanmışken limited şirket müdürlerinin komanditer ortak ve hatta aynı tür ticari işlerle uğraşan başka bir limited şirkete ortak olmaları da yasak kapsamına alınmıştır. Buna karşın limited şirket müdürlerinin anonim şirket ortağı olmaları rekabet yasağına aykırı görülmemiştir. Arslanlı, H./ Domaniç, H.: Ticaret Kanunu Şerhi C. III, İstanbul 1989, s. 681.
[560] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 761; Kendigelen (Kırca), C. III, s. 127; Yıldırım, s. 88; yazara göre 6102 Sayılı TTK uyarınca aynı alanda faaliyet gösteren bir komandit şirkette komanditer ortak olunması veya limited şirkette ortak olunması yasak kapsamında değerlendirilmemelidir.

kapsamında değildir. Yine öğretide TTK m. 626/ f. 2'de müdürlerin, "*şirketle rekabet oluşturan faaliyetlerde"* bulunmaları yasaklandığından aynı türden ticari işlerle uğraşan bir komandit ortaklığa komanditer ortak veya limited ortaklığa ortak olarak iştirak etmelerinin, yasak kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir [561] . Görüldüğü üzere, hükmün lafzı ile gerekçe arasında açıkça bir uyumsuzluk söz konusu olup bu uyumsuzluğun hükümde yapılacak bir değişiklikle giderilmesi yerinde olacaktır.

Kanaatimizce rekabet yasağına ilişkin hükümlerin dar yorumlanması gereği, müdürlerin aynı konuda faaliyet gösteren bir komandit şirkette komanditer ortak veya limited şirkette ortak olmaları, yasak kapsamında değerlendirilmemelidir. Kaldı ki müdürün salt yatırım yapmak amacıyla bir komandit şirkete komanditer ortak olması, şirketin menfaatini etkilemeyecektir. Aynı şekilde, müdür sıfatına haiz olmadan başka bir limited şirkete ortak olunması da şirketin menfaatine zarar veren bir durum yaratmaz. Bu nedenle limited şirketler ile anonim şirketler arasında yasağın kapsamı bakımından bir fark yaratılmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak öğretide müdürün söz konusu ortaklıklarda hâkim ortak olmasının bağlılık yükümlülüğüne aykırı olduğu kabul edilmektedir[562]. Yine öğretide müdürün ortak olarak dahil olduğu limited veya anonim şirkette şirketin ticari politikası üzerinde, alınan kararlarda etkisi varsa bu durumun rekabet yasağına aykırı olduğu, her somut olayın bu açıdan değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir[563]. Bu yöndeki görüşün kabul edilmesi, rekabet yasağının

[561] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. II, s. 526; limited şirketlerin ortak sayısının az olması, ortaklar arası ilişkinin anonim şirketlere göre daha güçlü olması gibi nedenlerle kollektif şirket ortakları için rekabet yasağı öngören TTK m. 230 hükmünün, limited şirket müdürlerinin tâbi olduğu yasağın kapsamının belirlenmesinde kıyasen uygulanması gerektiği hakkında bkz. Karakılıç, s. 300; Aksi yönde bkz. Tekinalp, s. 517; yazara göre, yasağın kapsamı geniş yorumlanmalı ve müdürün aynı konuda faaliyet gösteren başka bir şirkette ortak veya müdür olması yasağın kapsamında düşünülmelidir.
[562] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. II, s. 526.
[563] Karakılıç, s. 318-319.

sınırlarını gereğinden fazla genişletmektedir. Kanımızca bu hallerde müdürün rekabet yasağına aykırılığın değil; şirketin menfaatlerinin dürüstlük kurallarına göre gözetilip gözetilmediğinden bahisle bağlılık yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği tartışma konusu yapılabilir. Rekabet yasağının dar yorumlanması ilkesi de vardığımız bu sonucu destekler niteliktedir. Nitekim öğretide, limited şirket müdürlerinin şirket menfaatlerini bağlılık yükümlülüğü uyarınca korumak zorunda olmalarının, başka ortaklıklara katılma yasağını da içerdiği ifade edilmektedir[564].

Daha önce ifade edildiği üzere, kanunumuz rekabet yasağını sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak kabul etmiş, yöneticilerin çalışmayı şirkete tahsis borcu altında olduğuna yönelik bir düzenlemeye yer vermemiştir[565]. Hatta kanun koyucu, ortaklıklar hukuku bakımından kanuni rekabet yasağını yöneticilerin şirket menfaatine zarar vermedikleri sürece ticari faaliyetlerde bulunmalarına imkân verecek şekilde hüküm altına almıştır. Bu nedenle müdürlerin emek ve zamanlarını şirkete hasretmek zorunda olmalarından bahisle; aynı tür ticari işlerle iştigal eden komandit şirkette komanditer ortak, limited şirkette ortak olmalarının yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülemez. Bu gerekçenin kabul edilebilmesi için kanunda açıkça müdürlerin aynı tür işlerle uğraşsın ya da uğraşmasın herhangi bir şirkete herhangi bir sıfatla dahil olamayacağının düzenlenmesi gerekir. Bu yönde yapılacak bir düzenlemenin de Anayasa'nın 48. maddesi ile ne kadar bağdaşacağı da ayrı bir tartışma konusudur.

E. Rekabet Yasağını İhlal Eden Davranışlar

[564] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 761.
[565] Bkz. Birinci Bölüm, IV, D.

1. Genel Olarak

TTK m. 626/ f. 2'deki müdürler için getirilen rekabet yasağının içerik bakımından kollektif ve anonim şirketlerdeki rekabet yasağına kıyasen daha geniş kapsamlı olduğundan bahsetmiştik. Ancak öğretide genel kabul gören yaklaşım, kollektif veya anonim şirketlerde rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 230 veya TTK m. 396 hükümlerinin limited şirketlerde de uygulanması yönündedir[566]. Bu bakımdan limited şirket müdürlerinin de şirketin fiilen uğraştığı ticari işler türünden işleri kendileri veya başkalarının hesabına yapamayacakları veya aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak giremeyeceklerinin kabulü gerekir.

2. Şirketin Fiilen Uğraştığı Ticari İş Türünden Bir İşin Yapılması

Her ne kadar hükümde açıkça ifade edilmemişse de yasağın amacı, müdürlerin tüm emek ve zamanlarını şirkete tahsis etmelerini sağlamak değildir. Aksinin kabulü, limited şirket müdürlerini, anonim şirket YK üyeleri veya kollektif şirket ortakları için getirilmemiş bir yükümlülük altında bırakmak anlamına gelir ki bu kanunun sistematiğine de uygun değildir. Bu nedenle müdürlerin şirketin fiilen uğraşmadığı bir alanda ticari faaliyette bulunabileceklerinin kabulü gerekir[567].

Şirket, ortaklık sözleşmesinde yazılı her konuda fiilen faaliyet göstermiyorsa yasağın sınırı şirketin fiilen yaptığı işlerdir. Aksinin kabulü daha önce de ifade edildiği

[566] Bkz. İkinci Bölüm, VI, D.
[567] Aydoğan, s. 139; Kayar/Çeliktaş, s. 316; Ayhan, R.: Limited Şirketlerde ortakların Sorumluluğu, İstanbul 1992, s. 113; Nitekim ETK m. 547'de müdürlerin "şirketin uğraştığı ticaret dalında" iş görmeleri yasaklanmıştı.

üzere hakkın kötüye kullanılması teşkil eder[568].

Yasağın ihlal edildiğinden söz edilebilmesi için işin ticari bir iş olması gerekir. Ancak ticari işten maksat TTK m. 3 anlamında ticari iş değil, ticari kazanç elde etmek için yapılan her türlü iş olarak anlaşılmalıdır[569]. Yasak, şirketin uğraştığı ticari işler türünden bir işin başkası hesabına yapılması suretiyle de ihlal edilebileceğinden müdürlerin ticari temsilci, ticari vekil, acente, komisyoncu, YK üyesi veya müdür gibi sıfatlarla da yapılamaz [570].

3. Başka Ortaklıklara Sınırsız Sorumlu Ortak Olarak Girilmesi

TTK m. 396 ve m. 230 uyarınca şirketin uğraştığı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkete sınırsız ortak olarak dahil olunması, yasak kapsamındadır. Bu durumda limited şirket müdürlerinin de anonim şirket YK üyeleri veya kollektif şirket ortakları gibi şirketle aynı alanda faaliyet gösteren başka bir kollektif veya adi şirkette ortak olmaları yahut adi komandit ve paylı komandit şirketlerde komandite ortak olmaları yasak kapsamında değerlendirilmelidir[571].

ETK döneminde müdürün aynı konuda faaliyet gösteren anonim şirkette YK üyesi olması da yasağın ihlali olarak nitelendirilmekteydi[572]. Bize göre *"başkası hesabına iş yapmak"* ibaresi bir şirketin yöneticisi olmayı da kapsadığından

[568] Arslanlı/Domaniç, s. 685; Aksi yönde bkz. Hamamcıoğlu, s. 237; yazara göre müdürlerin şirketin faaliyet alanını, işletmekonusunda yazan konulara uygun hale getirme yükümlülüğü bulunmaktadır.Rekabet yasağının ihlal edilip edilmediğinin tespiti noktasında her somut olay kendi içinde değerlendirilmeli ve tereddüte düşüldüğü takdirde hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla işletme konusunda yazan işler esas alınmalıdır.
[569] Karakılıç, s. 300; Şirketin işletme konusunun elde edilmesi için yapmak zorunda olduğu işler yasak kapsamında değildir.
[570] Kayar/Çeliktaş, s. 316.
[571] Kayar/Çeliktaş, s. 316; Aydoğan, s.141.
[572] Ayhan, s. 113; Kayar/Çeliktaş, s. 316; Karakılıç, s. 317.

müdürlerin fiilen aynı işle meşgul olan bir anonim şirkette YK üyesi veya limited şirkette müdür olamaması gerekir[573]. Ancak müdüre YK üyesi olarak yönetim ya da temsil yetkisi devredilmemişse salt YK üyesi sıfatından dolayı rekabet yasağının ihlal edildiği söylenemez. Bu durumda somut olayın koşullarına göre bağlılık yükümlülüğünün ihlali söz konusu olabilir (TTK m. 626/ f. 1). Yasağın ihlalinden söz edilebilmesi için her iki şirketin işletme konusunun aynı olması yeterli değildir. YK üyesi olunan şirketin fiilen limited şirketin iştigal ettiği alanda faaliyet gösteriyor olması gerekir[574].

F. Rekabete Onay Verilmesi

1. Müdürler Bakımından Rekabete Onay Verilmesi

a. Onayın Şirket Sözleşmesinde Verilmesi

Kanun koyucu, limited şirketlerde emredici hükümler ilkesine bir istisna getirerek (TTK m. 579) şirket sözleşmesinde yer alacak bir hükümle müdürler için kanuni rekabet yasağının kaldırılabileceğini düzenlemiştir (TTK m. 626/ f. 2). Şirket sözleşmesi ile kanuni rekabet yasağı tümden kaldırılabileceği gibi bazı davranışların yasak kapsamına çıkarılması mümkündür[575]. Aynı şekilde, şirket sözleşmesiyle

[573] Ayrıca TTK m. 626/ f. 2'nin kollektif ve anonim şirketlerde rekabet yasağını düzenleyen hükümlere kıyasen daha geniş ve kapsamlı olması, limited şirket müdürlerinin aynı konuda faaliyet gösteren bir anonim şirkette YK üyesi olmalarının yasak kapsamında olduğu şeklinde yorumlanabilir. Müdürün aynı konuda faaliyet gösteren başka bir limited şirkette daha müdür olmasının yasak kapsamında olduğuna dair bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. II, s. 527.
[574] Aydoğan, s. 141; Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 762; aynı husus müdürün aynı konuda faaliyet gösteren başka bir limited şirkete müdür olarak girmesi halinde de geçerlidir.
[575] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 765.

rekabet yasağının kişi bakımından kapsamı da sözleşmeye eklenecek bir hükümle sınırlandırılabilir. Bu şekilde bazı ortaklar rekabet yasağından kurtarılabilir[576].

Rekabet yasağı, kuruluş aşamasında ilk şirket sözleşmesi ile kaldırılabileceği gibi sonradan şirket sözleşmesinde yapılacak bir değişiklikle de kaldırılabilir. TTK m. 589/ f. 1'de aksi öngörülmediği takdirde, şirket sözleşmesinin esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların alacağı bir kararla değiştirileceği, TTK m. 621 hükmünün ise saklı olduğu düzenlenmiştir. TTK m. 621'de ise GK'nın alacağı önemli kararlar ve bu kararların alınmasında uygulanacak karar yeter sayısı düzenlenmiştir. İlgili hükmün (g) bendinde, müdürlerin veya ortakların bağlılık yükümlülüğüne yahut rekabet yasağına aykırı faaliyetlerine GK tarafından verilecek onayın önemli karar niteliğinde olduğu ifade edilmiş, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi suretiyle rekabet yasağının kaldırılmasından ise söz edilmemiştir. Bu nedenle müdürler bakımından kanundan doğan rekabet yasağının sonradan şirket sözleşmesinde yapılacak bir değişiklikle kaldırılmasında TTK m. 589'da düzenlenen yetersayı uygulanmalıdır[577].

b. Tüm Ortakların Yazılı Olarak Onay Vermesi

TTK m. 626/ f. 2 hükmü, diğer ortakların yazılı olarak izin vermesi halinde müdürlerin rekabet yasağından kurtulabileceğini düzenlemektedir. Hükümde geçen "izin" ibaresinden ne anlaşılması gerektiği tartışmaya açıktır. Hükmün lafzına bağlı kalındığında, tüm ortakların rekabet yasağı kapsamında kalan işleme ancak işlem gerçekleştirilmeden önce yazılı olarak onay verebilecekleri sonucuna ulaşılmaktadır.

[576] Arslanlı/Domaniç, s. 683.
[577] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 766; Yıldız, Ş.: Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 1. Baskı, s. 2007, s. 233; Karakılıç, s. 253.

Buna göre ortakların yasağın ihlali niteliğindeki davranış gerçekleştikten sonra verecekleri yazılı onay geçerli olmayacaktır. Hükmün gerekçesinde bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. ETK döneminde m. 547'de *"diğer ortakların muvafakati olmadan"* ifadesi yer almaktaydı. Öğretide bu muvafakatın önceden (izin yoluyla) veya sonradan (icazet yoluyla) verilebileceği kabul edilmekteydi[578]. Kanımızca aksini gerektirecek bir neden söz konusu olmadığından, mülga kanun döneminde kabul edildiği gibi ortaklar tarafından rekabet teşkil eden davranışa verilecek onay, henüz söz konusu davranış gerçekleştirilmeden önce (izin yoluyla) verilebileceği gibi rekabet yasağı ihlal edildikten sonra (icazet yoluyla) da verilebilir[579]. Bu nedenle çalışmamızda karışıklığın önlenmesi adına izin yerine onay ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

Kanun koyucu, yasağa aykırı davranışa verilecek onayın yazılı şekilde verileceğini öngörmek suretiyle bir bakıma kolaylık sağlamıştır. Öyle ki yazılı onayın verilebilmesi için ortakların GK olarak toplanması gerekmez. Nitekim ETK döneminde de onay için GK toplantısına gerek olmadığı, ortakların ayrı ayrı ve farklı zamanlarda beyanda bulunmaları şeklinde yasağa aykırı işleme onay verebilecekleri kabul edilmekteydi[580]. Ancak 6102 Sayılı TTK'da bu şekilde verilecek onayın ispat kolaylığı açısından yazılı olması gerektiği bir şekil şartı olarak düzenlenmiştir[581].

Hükümde yazılı onayın *"diğer tüm ortaklar"* tarafından verileceğinin düzenlenmesi karşısında kanun koyucunun müdür ortakları kastettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ortak olmayan müdürler bakımından ise tüm ortakların (oybirliği)

[578] Aydoğan, s. 142.
[579] Aynı yönde bkz. Ertaş, s. 107; Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 767; yazar onayın (iznin) sonradan verilmesinin kanuna uygun olduğunu ancak müdür için yaptırımların uygulanması bakımından risk teşkil ettiğini belirtmiştir.
[580] Arslanlı/Domaniç, s. 683; Kayar/Çeliktaş, s. 314.
[581] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 767.

yazılı onay vermesi gerekmektedir[582].

Yazılı onay için oybirliğinin gerekmesi kanundan doğan bir veto hakkı olarak nitelendirilmekte ve böylelikle azınlığın korunduğu kabul edilmektedir[583]. Öte yandan yazılı onay için oybirliği arayan hüküm, limited şirketi şahıs şirketlerine yaklaştırdığı ve bu suretle limited şirketin yapısı ile bağdaşmadığı gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir[584]. Gerçekten de şahıs ortaklığı olan kollektif şirketlerde ortaklar için getirilen kanuni rekabet yasağının ancak diğer ortakların onayı ile kaldırılabileceği düzenlenmiştir. Oysa mülga kanun döneminde şahıs ve sermaye ortaklarının özelliklerini taşıyan karma nitelikteki bir şirket türü olarak kabul edilen limited şirket, 6102 Sayılı TTK'nın 124. maddesinin 2. fıkrasında açıkça sermaye şirketi sayılmıştır[585]. Kanun koyucunun limited şirketi bir yandan sermaye şirketi sayması diğer yandan yasağın ihlali niteliğindeki davranışlara verilecek yazılı onay için kollektif şirketlerde olduğu gibi oybirliği araması tezat bir görünüm yaratmaktadır[586].

---

[582] Ertaş, s. 107.
[583] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 767.
[584] Yıldırım, s. 91.
[585] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, s. 398; aynı şekilde TTK m. 613/ f. 2'nin gerekçesinde de limited şirketlerde sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu ve hakların sermayeye bağlı olduğu vurgusu yapılmıştır. Bkz. TTK m. 613/ f. 2 Gerekçesi; aksi kararlaştırılmadığı takdirde tüm ortakların müdür olacağına ilişkin ETK m. 540'ın yeni kanuna alınmaması ve müdürlerin seçimle atanacağının düzenlenmesi kanun koyucunun limited şirketi sermaye şirketi olarak kabulünden kaynaklanmaktadır. Nitekim TTK m. 623'ün gerekçesinde bu husus" *Özden/bünyeden yönetim ilkesi şirketi "şahıs şirketi" sınıfına sokar. İsviçre kanun koyucusu limited şirketi bir anlamda sınırlı sorumlu bir kollektif şirketmiş gibi mütalâa etmektedir. Bu yaklaşım modern öğretide pek taraftar bulmamakta, limited şirket anonim şirkete nazaran küçük ölçekli bir şirket olarak düşünülmektedir. Bu anlayış Türk limited şirketi için de geçerlidir. Limited şirketi kollektif şirkete çok yaklaştırmanın "şirketleşme" politikasına uymadığı, böylelikle özellikle yönetimde profesyonelleştirmenin gereksinimlere daha iyi cevap vereceği düşüncesi ağır basmıştır. Bu sebeple özden organ ilkesinden ayrılarak 623 üncü maddede seçilmiş yönetim organı sistemi benimsenmiştir. Yapısı sermayeye dayalı olan şirketlerde, bu şirket kişisel ögeler taşısa da, yönetim, ortaklara kanunen bir hak ve yüküm olarak bırakılmaz, seçilmiş ortak olan veya olmayan kişilere ait olmalıdır."* denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Bkz. TTK m. 623 Gerekçesi.
[586] Bu tezatlığın nedeni hükmün İsviçre Borçlar Kanunu'nun 812. maddesinden alınmasıdır. İlgili hükümde müdürlerin şirkete karşı rekabet teşkil eden faaliyetlerine ortakların yazılı olarak oybirliği ile onay verebileceği düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda limited şirket, şirket borçlarından dolayı ortaklarının sınırlı sorumlu olduğu bir şahıs şirketi olarak tanımlanmıştır. (Art. 772/1) Dolayısıyla İsviçre hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi yazılı onay için oybirliğinin aranması limited şirketin yapısına aykırı düşmemektedir. Bkz. Yıldırım, s. 91, dn. 333.

Öte yandan ortak sayısının çok olduğu örneğin elli ortaklı bir limited şirkette her bir ortağın yazılı onayını aramak uygulama açısından zorluk yaratmaktadır [587].

Son olarak ifade etmek gerekir ki şirket sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı getirilmiş bir limited şirkette müdür ortağın, şirkete karşı rekabet teşkil eden davranışlarla hem kanundan hem de şirket sözleşmesinden doğan rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, yapılan işleme TTK m. 626/ f. 2'ye göre diğer ortaklar tarafından yazılı onay verilmişse; yeniden TTK m. 613/ f.4'e göre ortakların yazılı onayının alınmasına gerek yoktur[588].

c. Onayın Genel Kurul Kararıyla Verilmesi

TTK m. 626/ f. 2'nin son cümlesine göre rekabet yasağına aykırı işlemlere şirket sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla GK kararıyla onay verilmesi mümkündür. Bir diğer ifadeyle kanun, ortakların yazılı onayı yerine GK'nın onaya ilişkin alacağı bir karar ile kanuni rekabet yasağının bertaraf edilmesine izin vermektedir. Hükmün lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, GK kararıyla yasağın kaldırılabilmesi için mutlaka şirket sözleşmesinde hüküm bulunması gerekmektedir. Söz konusu hüküm, kuruluş aşamasında ilk şirket sözleşmesinde öngörülebileceği gibi sonradan yapılacak bir sözleşme değişikliği ile de getirilebilir[589].

Rekabet yasağına aykırı davranışa karşı GK'nın alacağı onay kararı, TTK'nın 621.maddesinin 1.fıkrasının g bendi uyarınca önemli kararlar arasında sayılmıştır.

[587] Yıldırım, s. 91.
[588] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 768.
[589] Şener, (Limited Ortaklıklar), s.768; yazar bu yönde yapılacak bir ortaklık sözleşmesi değişikliğine ilişkin kararın, TTK m. 621/ f. 1'de düzenlenen yetersayılarla alınması gerektiği görüşündedir.

Buna göre söz konusu karar, *"temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde"* alınabilecektir. *Moroğlu,* hükmü karar yetersayısını toplantı yetersayısının önüne geçirmiş olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir. Yazara göre *"esas sermayenin salt çoğunluğu"* karar yeter sayısı olmayıp toplantı yeter sayısını ifade etmektedir[590]. *Kendigelen*'e göre ise TTK m. 621/ f. 1 ile kanun koyucu önemli kararlar bakımından karar yeter sayısını ağırlaştırmış ve çifte nisap öngörmüştür. Buna göre TTK m. 621'de sayılan hallerde GK kararının alınabilmesi için hem GK'da temsil edilen oyların üçte ikisinin hem de oy hakkı bulunan esas sermayenin salt çoğunluğunun karara olumlu oy vermesi gerekmektedir[591]. Bu görüşü kabul eden *Bahtiyar*'a göre, kanun koyucunun çifte nisap aramasının nedeni, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin yeterli olmayacağı düşüncesidir[592]. Öyle ki oy hakkında imtiyazın söz konusu olduğu durumlarda imtiyaz sahibi ortak veya ortaklar esas sermayenin çoğunluğunu oluşturmasalar bile önemli kararları alma gücüne sahip olacaktır ki kanun koyucu bunu engellemek istemiştir[593]. Bize göre de hükümde toplantı yetersayısı değil; karar yetersayısı bakımından çifte nisap öngörülmüştür[594]. Böylelikle kanun koyucu, oy

[590] *Moroğlu,* hükmün doğru ifadesini şu şekilde ifade etmiştir: Aşağıdaki genel kurul kararları, oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun hazır bulunduğu toplantıda temsil edilen oyların en az üçte ikisiyle alınabilir…" Bkz Moroğlu, (Değerlendirme ve Öneriler), s. 367; Aynı yönde bkz. Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 769; Çamoğlu (Poroy/Tekiannalp), C. II, s. 500.

[591] Kendigelen, s. 532; Aynı yönde bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku C. III, s. 2839; Yıldız, s. 231.

[592] TTK m. 620'de olağan kararlarda karar yetersayısı "*toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu*"olarak düzenlenmiştir. TTK m. 621'de ise "*temsil edilen oyların üçte ikisi*" denilmek suretiyle bir belirsizlik yaratılmıştır. Anılan ifade ile kastedilen toplantıda temsil edilen oyların üçte ikisi olabileceği gibi imtiyazlı olan ve olmayan bütün esas sermaye paylarının üçte ikisi de olabilir. Nihayetinde limited şirketlerde anonim şirketlerde olduğu gibi ortaklık sözleşmesinde yapılacak değişikliklerde oyda imtiyazın uygulanmayacağı düzenlenmemiştir. (TTK m. 479) Bu yönde bir düzenleme yapılmadığı sürece sözleşme değişikliğinin karara bağlandığı GK toplantılarında oydaki imtiyazlar da dikkate alınacaktır. Bkz. Yıldız, s. 230-231.

[593] Bahtiyar, s. 427, dn. 751.

[594] Limited şirketlerde toplantı yeter sayısı gündem konusuna göre belirlenmektedir. Önemli kararlar dışında kalan konularda toplantı karar yetersayısı yoktur. Buna göre TTK m.620 uyarınca karar alınabilmesi için en az bir sermaye payının toplantıda hazır bulunması ve olumlu oy vermesi yeterlidir.

hakkında imtiyaz öngörülmesi halinde tek bir ortağın önemli karar almasını engellemeyi amaçlamıştır[595].

TTK m. 621/ f. 2 uyarınca kanunda ağırlaştırılmış nisabın arandığı hallerde bu nisabın şirket sözleşmesine konulacak bir hükümle daha da ağırlaştırılması mümkündür. Nisabın ağırlaştırılmasına ilişkin şirket sözleşmesi değişikliği, sözleşmede öngörülecek nisapla gerçekleştirilebilecektir. Buna karşılık kanun koyucu, söz konusu nisapların şirket sözleşmesi ile dahi olsa hafifletilmesine izin vermemiştir[596].

Son olarak belirtmek gerekir ki onayın GK kararı ile verilmesi halinde ilgili müdür ortağın oy hakkı yoktur (TTK m. 619/ f. 3). Dolayısıyla TTK m. 621 uyarınca

---

Öte yandan ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesinde, önemli kararların alınmasında ve ortakların ödeme ve ek ödeme yükümlülüklerinin artırılmasında toplantı yeter sayısı aynı zamanda karar yetersayısıdır. Örneğin, rekabet yasağına ilişkin onayın GK kararıyla alınmasına ilişkin ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunması halinde hem imtiyazlı olsun ya da olmasın tüm esas sermaye paylarının verdiği oyların üçte ikisi ve aynı zamanda bu esas sermayenin salt çoğunluğunu temsil eden ortakların toplantıda hazır bulunması ve karara olumlu oy vermesi gerekmektedir. Bkz. Yıldız, s. 226-233

[595] Hükmün uygulanması bakımından bir örnek vermek gerekirse; 30.000 TL sermayeli bir limited şirkette ortaklardan A'nın 600, B'nin 400 ve C'nin 200 payı bulunmaktadır. Payların itibari değeri 25 TL olup her pay bir oy hakkı vermektedir. Bu durumda toplam oy sayısı 1200'dür. A'nın sermayeye katılımı 15.000 TL, B'nin sermayeye katılımı 10.000 TL, C'nin sermayeye katılımı ise 5000 TL'dir. TTK m. 621 uyarınca karar alınabilmesi için 800 oyun (1200*2/3=800) toplantıda hazır bulunması ve karara olumlu oy vermesi gerekmektedir. Ayrıca karara olumlu oy verenlerin sermayeye katılımı esas sermayenin salt çoğunluğu olan 15.0001 TL'ye (30.000/2+1=15.001) denk gelmelidir. Bu durumda A'nın tek başına karar alması mümkün değildir. Ancak A ile C birlikte hareket etmek suretiyle TTK m. 621 uyarınca karar alabilecektir. Çünkü A ile C'nin oy sayılarının toplamı 800, esas sermayeye katılımlarının toplamı ise 20.000 TL'dir. Oyda imtiyaz söz konusu olmadığından 621. maddeye göre karar alınabilmesi için sermayenin 3'te 2'sinin toplantıda hazır bulunması ve karara olumlu oy vermesi yeterlidir.

Oy hakkında imtiyazın öngörülmesi halinde ise örneğin sermayesi 45.000 TL olan bir limited şirkette itibari değeri 25 TL ve 100 TL olmak üzere iki grup esas sermaye payı bulunmaktadır. İtibari değeri 25 TL olan 600 adet pay ortaklardan A'ya, itibari değeri 100 TL olan 200 adet pay ortaklardan B'ye, ve yine itibari değeri 100 TL olan 100 adet pay ortaklardan C'ye aittir. İtibari değeri fark etmeksizin her pay sahibine bir oy hakkı vermektedir. (TTK m. 618/2) Bu durumda itibari değeri 25 TL olan paylara 100 TL olan paylara göre oy hakkında imtiyazlıdır. Şirketteki toplam oy sayısı 900'dir. TTK 621 uyarınca temsil edilen toplam 900 oyun 3'te 2'sinin yani 600 oyun olumlu oy vermesi gerekmektedir. Bu durumda A temsil edilen oyların 3'te 2'sine sahiptir. Ancak A'nın sermayeye katılımı (600*25=15.000) 15.000 TL olduğundan esas sermayenin salt çoğunluğunu (45.000/2+1=22.501) sağlamamaktadır. Böylelikle A'nın önemli kararlarda tek başına karar alması engellenmiş olmaktadır.

[596] Yıldız, s. 233.

karar yetersayısı hesaplanırken hakkında rekabet yasağı kaldırılacak ortak müdürün veya müdürlerin oyları hesaplamaya dahil edilmez.

d. Onayın Zımnen Verilmesi

Limited şirketler bakımından kanun koyucu, kollektif şirketlerde olduğu gibi zımnen onaya ilişkin bir düzenleme getirmemiştir[597]. Buna karşılık öğretide limited şirketlerde rekabet yasağına giren tüm işler bakımından onayın zımnen verilebileceği kabul edilmiştir[598]. Şirket sözleşmesinin düzenlendiği tarihte kurucuların şirketle rekabet ettiğinin diğer kurucular tarafından bilinmesi, müdür ortaklar lehine yasaktan zımnen vazgeçilmesine örnek olarak verilmektedir[599]. Bunun gibi müdürün; atanması esnasında yasağa aykırı davrandığını ortaklar biliyor ve bu tür davranışlardan kaçınması gerektiğini müdüre açıkça bildirmemişlerse, müdürün yazılı onaya gerek kalmaksızın zımnen yasaktan kurtarıldığı kabul edilmelidir. Durumu bilmesine rağmen müdürü uyarmayan ortakların daha sonra yasağın ihlaline yönelik yaptırımlara başvurması, TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil eder[600].

2. Ortaklar Bakımından Rekabete Onay Verilmesi

[597] Kollektif şirketler bakımından rekabete zımnen onay verilmesi TTK m. 230/ f. 2'de düzenlenmiştir. Anılan hükme göre *"Yeni kurulan bir şirkete giren ortağın, daha önce kurulmuş diğer bir şirketin de sorumluluğu sınırlandırılmamış ortaklarından olduğunu diğer ortaklar bildikleri hâlde önceki şirketten ilişiğinin kesilmesini aralarında açıkça kararlaştırmamışlarsa, bu durumu kabul ettikleri varsayılır."*
[598] Kayar/Çeliktaş, s. 317; Aydoğan, 142.
[599] Karayalçın, s. 374; Ayhan, s. 114.
[600] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 770.

TTK m. 613/ f. 4 uyarınca diğer ortakların tümünün yazılı onay vermeleri halinde ortaklar bağlılık yükümlülüğüne veya rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunabileceklerdir. Şirket sözleşmesinde hüküm bulunması halinde yazılı onay yerine onay kararı öngörülebilir. Onayın GK kararıyla verilmesi halinde yasağı ihlal eden ortak oy kullanamayacaktır (TTK m. 619/ f. 3) Görüldüğü üzere; müdürler bakımından rekabet yasağının kaldırılmasına ilişkin TTK m. 626/ f. 2 hükmünün bir benzeri ortaklar bakımından da getirilmiştir. Yukarıda müdürler için yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

G. Yasağın İhlali Halinde Uygulanacak Yaptırımlar

Limited şirketlerde kanundan doğan rekabet yasağının ihlali halinde, hangi yaptırımların uygulanacağı konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Mülga kanun döneminde ETK m. 556'da yer alan ortaklığın yönetiminde görev alan kimselerin sorumluluğu hakkında anonim ortaklıklar hakkındaki hükümlerin uygulanacağının düzenlenmesi karşısında ETK m. 335'in limited şirketlerde de uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi[601]. ETK m. 556'nın yerini alan TTK'nın 644. maddesinde YK üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen 553. maddeye atıf yapılmıştır. Böylelikle mülga kanundan farklı olarak rekabet yasağının ihlali halinde uygulanacak yaptırımları düzenleyen TTK m. 396'nın limited şirketler bakımından uygulanması kanun gereği mümkün değildir. Çünkü TTK m. 644 yalnızca TTK m. 553 vd. düzenlenen genel sorumluluk hükümlerine atıf yapmıştır. Söz konusu atıf gereği yasağı ihlal eden müdür veya müdürlerin TTK m.

[601] Kalpsüz, s. 353, dn. 9; Ayhan, 114.

553 vd. hükümleri uyarınca sorumlu tutulabileceği ifade edilmiştir[602]. Buna karşın öğretide TTK m. 396'nın kıyasen limited şirket müdürleri için de uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür[603]. Kanımızca limited şirketin sermaye şirketi olması dolayısıyla TTK m. 396 niteliği itibariyle limited şirket müdürleri için daha elverişlidir. Yine de TTK m. 644'te m. 553'e atıf yapılmasına karşılık m. 396'ya yapılmaması bir eksikliktir.

Müdürün rekabet yasağına aykırı davranışı, TTK m. 630/ f. 2'ye göre yöneticilerin yönetim ve temsil yetkilerinin kaldırılması veya sınırlandırılması bakımından haklı sebep teşkil eder[604]. Nitekim aynı hükmün üçüncü fıkrasında yöneticinin özen ve bağlılık yükümlülüğü ile şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ağır şekilde ihlal etmesinin haklı sebep sayılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca yasağın ihlali m. 630/ f. 2 anlamında haklı sebep olarak nitelendirilmese bile GK, yasağı ihlal eden müdürü görevden alabileceği gibi yönetim hakkını ve temsil yetkisini sınırlayabilir (TTK m. 630/ f. 1)[605].

Yasağın ihlalinin haksız fiil olarak nitelendirilip TBK m. 49 vd. hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür[606]. Böylelikle ortağın yasağa aykırı hareketi nedeniyle zarar gören şirket, haksız fiil hükümlerine göre ortaktan tazminat talep edebilecektir. Öte yandan kollektif şirketlerde yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımları düzenleyen TTK m. 231'in kıyasen limited şirketlerde de uygulanması gerektiği de öğretide savunulmuştur[607]. Buna göre tazminat yaptırımı yerine ortağın

[602] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. II, s. 527; Hamamcıoğlu, s. 245; Aksi yönde bkz. Karakılıç, s. 325.
[603] Kendigelen (Kırca), C. III, s. 127, yazar müdürlerin sorumluluğuna ilişkin olarak TTK m. 644'ün YK üyelerinin sorumluluğuna atıf yapmasından hareketle anonim şirket YK üyeleri için rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 396'nın yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar bakımından müdürlere de kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedir; Karakılıç, s. 325.
[604] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 770; Hamamcıoğlu, s. 245.
[605] Kendigelen (Kırca), C. III, s. 127-128.
[606] Arslanlı/Domaniç, s. 683
[607] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 487.

kendi adına yaptığı işlerin ortaklık adına yapılmış sayılması veya üçüncü kişilerin hesabına yapılan işlerden doğan menfaatlerin ortaklığa bırakılması da talep edilebilecektir. TTK m. 231'de aynı zamanda yasağa aykırı hareket eden ortaktan tazminat talep edilebileceği de düzenlenmektedir. Belirtmek gerekir ki şirketin haksız fiile dayanarak ortaktan tazminat talebinde bulunması ile TTK m. 231'i kıyasen uygulamak suretiyle tazminat talebinde bulunması arasında birtakım farklılıklar olacaktır. Öncelikle haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi halinde şirket, ortağın kusurunu ispat etmek zorundadır (TBK m. 49/ f. 1). Oysa daha önce de ifade edildiği üzere temyiz kudretine haiz bir kollektif şirket ortağının yasağı ihlal etmesi esasen kusurlu bir davranıştır. Bu durumda ortağın kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekmektedir[608]. Diğer bir sorun ise zamanaşımı bakımından karşımıza çıkar. Haksız fiil hükümlerinin uygulanması halinde şirketin yasağın ihlal edildiğini öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde on yıl içerisinde tazminat talebinde bulunması gerekirken; TTK m. 231 uyarınca tazminat talebi ancak ortağın yasağa aykırı davranışının öğrenildiği tarihten başlayarak üç ay ve her halde işlemin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl sonra zamanaşımına uğrayacaktır. Kanaatimizce TTK m. 396 veya TTK m. 231'in kıyasen limited şirketlerde de uygulanacağının kabulü halinde seçimlik yaptırımlar veya zamanaşımı süresi bakımından bir farklılık olmayacaktır.

Yasağı ihlal eden ortağın şirketten çıkarılması da mümkündür (TTK m. 640/ f. 1). Kaldı ki somut olayın özelliklerine göre yasağın ihlali, TTK m. 640/ f. 3 anlamında ortağın ortaklıktan çıkarılması bakımından haklı sebep sayılabilir[609]. Yine yasağın ihlali, ortağın şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açması bakımından haklı sebep olarak nitelendirilebilir (TTK m. 638/ f. 2). Çok istisnai durumlarda

[608] Bkz. İkinci Bölüm, III, G, 2.
[609] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 488; Aydoğan, s. 146; Hamamcıoğlu, s. 250.

yasağın ihlalinin şirketin feshi için haklı sebep oluşturması da mümkündür. Böylelikle yasağı ihlal eden ortak dahil tüm ortaklar, şirketin haklı sebeple feshini isteyebilir (TTK m. 636/ f. 3)[610].

Ortağın yasağı ihlal ettiğinin tespitine yönelik bir dava açılması da mümkündür[611].

Son olarak belirtmek gerekir ki yasağın ihlali halinde sözleşmede öngörülmek şartıyla cezai şart gibi sözleşmesel yaptırımlar da uygulama alanı bulacaktır[612].

H. Zamanaşımı

Diğer şirket türlerinin aksine limited şirketlerde yasağa aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar için bir zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. ETK döneminde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre yasağın şirket sözleşmesinden veya kanundan kaynaklanmasına ve ayrıca uygulanacak yaptırıma göre farklı zamanaşımı süreleri söz konusudur[613]. Diğer bir görüşe göre limited şirketlerde diğer şirketlerden farklı bir zamanaşımı süresinin uygulanmasını gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Bundan hareketle anonim şirket hükümlerine atıf yapan ETK m.556 gereği anonim ortaklıklarda rekabet yasağının düzenlendiği ETK m.335 hükmü, limited şirketler bakımından da uygulanmalıdır[614].

[610] Aydoğan, s. 146; Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 488.
[611] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 488.
[612] Şener, (Limited Ortaklıklar), s. 771; Hamamcıoğlu, s. 245 ve s. 249.
[613] Arslanlı/ Domaniç, s. 686; yazarlara göre yasak ortaklık sözleşmesinden kaynaklanıyorsa TBK m. 147/ f. 4 hükmü (EBK m. 126/ f. 4) uyarınca 5 yıllık; kanuni rekabet yasağının ihlali söz konusuysa TBK m. 72 (EBK m. 60) gereği iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri uygulanacaktır.
[614] Aydoğan, s. 147; Kayar/Çeliktaş, s. 319.

TTK uyarınca konuyu müdürler ve ortaklar bakımından iki farklı şekilde incelemek gerekir. TTK m. 644/ f. 1/ b. a, müdürlerin sorumluluğu bakımından TTK m. 553'e atıf yaptığından kanun gereği; müdürler tarafından yasağın ihlal edilmesi halinde TTK m. 560 gereği iki ve beş yıllık zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır. Ancak m. 396'nın limited şirket müdürlerine de kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki görüş kabul edildiği takdirde, zamanaşımı bakımından da m. 396'nın uygulanması gerekir.

Yasağın ortaklar bakımından ihlal edilmesi halinde ise eğer şirket haksız fiil sorumluluğuna dayanarak ortaktan tazminat isteminde bulunacaksa TBK m. 72; TTK m. 231 kıyasen uygulanacak ise söz konusu hükümde yazan zamanaşımı süreleri geçerli olmalıdır.

VII. PAYLI KOMANDİT ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI

İlk olarak Fransız hukukunda ortaya çıkan paylı komandit şirket, 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nda kurulmasında hükümet izni aranmayan ve küçük çaptaki ticari işletmeler için düşünülmüş bir şirket modeli olarak yerini almıştır. 18. yüzyıl Fransa'sında rağbet gören paylı komandit şirket, 20. yüzyılın getirdiği değişimlerle gözden düşmüştür. Buna karşın paylı komandit şirketlere ilişkin hükümler Fransız Ticaret Kanunu'ndan çıkarılmamıştır[615].

Alm. POK m. 278'de paylı komandit şirketler, halka açılabilen, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip, en az bir ortağının şirket alacaklılarına karşı sınırsız sorumlu olduğu ve kalan ortaklarının, şirket borçlarından dolayı herhangi bir sorumlulukları söz konusu olmadan, paylara bölünmüş sermayede pay sahibi oldukları bir şirket türü olarak

[615] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 385.

tanımlanmıştır. Almanya'da paylı komandit şirketlerin, halka açılabilmesine olanak verilmesi uygulamasını artırmıştır. Türk öğretisinde de Alman hukukunda olduğu gibi paylı komandit şirketlerin halka açılabileceğinin düzenlenmesinin uygulama açısından yararlı olacağı ifade edilmiştir [616].

Türk hukukunda paylı komandit şirketler TTK'nın 564. maddesinde *"sermayesi paylara bölünen ve ortaklarından bir veya birkaçı şirket alacaklılarına karşı bir kollektif şirket ortağı, diğerleri bir anonim şirket pay sahibi gibi sorumlu olan şirket"* olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere; paylı komandit şirketlerde adi komandit şirketlerde olduğu gibi iki farklı ortaklık tipi söz konusudur. Şirket borçlarından dolayı ikinci dereceden sınırsız sorumlu ortak "komandite", sorumluluğu ödediği sermaye payı ile sınırlı olan ortak ise "komanditer" olarak isimlendirilmektedir. Paylı komandit şirketleri adi komandit şirketlerden ayıran en önemli fark, adı üstünde sermayenin anonim şirketlerde olduğu gibi paylara bölünmüş olmasıdır [617]. Bu özelliğinden hareketle kanun koyucu, paylı komandit şirketleri sermaye şirketi olarak sınıflandırmıştır (TTK m. 124/ f. 2).

Paylı komandit şirketlerde kanuni rekabet yasağı, adi komandit şirketlerde olduğu gibi yalnızca şirket yönetiminde görev alan ve şirketi temsile yetkili olan komandite ortaklar bakımından düzenlenmiştir (TTK m. 572). İlgili hükme göre komandite ortak, diğer komanditelerin ve GK'nın izni olmaksızın[618] şirketin işletme

[616] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 386.
[617] Nitekim sermaye paylara bölünmemiş ancak komanditer ortakların sermayeye katılımını göstermek amacıyla kısımlara ayrılmış ise şirket sermayesi paylara bölünmüş olmadığından adi komandit şirket hükümlerinin uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Bkz. TTK m. 564.
[618] Hükümde her ne kadar *"diğer komanditelerin ve genel kurulun izni olmaksızın"* denilmişse de yasağın kaldırılmasına ilişkin onayın işlemi yapılmadan önce izin şeklinde verilebileceği gibi işlem yapıldıktan sonra icazet şeklinde verilebilmesi mümkündür.

konusuna[619] giren bir iş yapamayacağı gibi bu tür ticaretle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak sıfatıyla da katılamayacaktır. Hükme aykırı hareket eden komandite ortak hakkında kollektif şirketlere ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Komanditer ortaklar ise yasağın kapsamı dışında tutulmuştur. Kâr beklentisiyle şirkete sermaye koyan komanditer ortağın, yönetim ve temsile katılmaması nedeniyle şirketin iç işleyişi, yatırım politikası, işletme stratejisi, müşteri çevresi gibi sırlarına vâkıf olması söz konusu değildir. Öte yandan TTK m. 565/ f. 2'nin atfı gereği paylı komandit şirketlerde denetime ilişkin anonim şirket hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla komanditer ortağın TTK m. 311'de düzenlendiği gibi denetleme hakkını yitirmesi söz konusu değildir.

VIII. KOOPERATİFLERDE REKABET YASAĞI

Kooperatifler Kanunu'nun (KoopK) 1.maddesinde kooperatifler *"Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklık"* olarak tanımlanmıştır.

Kanunda rekabet yasağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu anlamda rekabet yasağına en yakın düzenleme KoopK m. 56/ f. 1/ b. 2 olarak görülmektedir.

[619] Diğer şirket türleri bakımından kabul ettiğimiz üzere *"şirketin işletme konusuna giren işler"* dar yorumlanmalı ve şirket sözleşmesinde yazmasına rağmen şirketin fiilen uğraşmadığı işlerin, yasağın kapsamı dışında kaldığı kabul edilmelidir.

Bu hükme göre YK üyelerinin amacı ve esas faaliyet konusu aynı olan başka bir kooperatifte YK üyesi olmaması gerekir[620]. Anılan hüküm dışında YK üyelerinin rekabet yasağına tâbi olduğunu gösterir bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın KoopK m. 98 kanunda açıklık olmayan hususlarda TTK'da anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını düzenlemektedir. Anılan düzenlemeden hareketle, anonim şirketlerde YK üyelerinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396 hükmünün kooperatifler bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir[621].

Ayrıca belirtmek gerekir ki KoopK'da her ne kadar ortakların rekabet yasağına tâbi olacağına dair hüküm mevcut değilse de ana sözleşme ile ortaklar için kooperatifle rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi mümkündür[622]. Nitekim KoopK m. 8/ f. 1'de kooperatifin ortaklarına şahsi sorumluluk yükleyebileceği hüküm altına alınmıştır.

[620] Aydoğan, s. 149; Karakılıç, s. 101.
[621] Aydoğan, s. 149.
[622] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 671.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: YAPISAL DEĞİŞİKLİKLERDE REKABET YASAĞI

I. ŞİRKET BİRLEŞMERİNDE REKABET YASAĞI

A. Genel Olarak Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi

1. Birleşme Kavramı

Şirket birleşmeleri, esas itibariyle ekonomik amaçlarla gerçekleştirilmekte, hukuk yalnızca bu amaca ulaşılması için gereken kuralları düzenlemektedir. Bu nedenle şirket birleşmelerinin hukuk ve ekonomi ilişkisinin iç içe geçtiği karmaşık bir alan olduğu söylenebilir. Birleşme kavramı, ekonomik açıdan pek çok şekilde tanımlanabilir. Ancak genel bir tanım vermek gerekirse; ekonomik yönüyle birleşme, *"çeşitli işletmelerin tek bir işletme yararına ekonomik ve hukuki bağımsızlıklarını yitirmeleri"* olarak ifade edilebilir[623].

Hukuk açısından bakıldığında ise TTK'da birleşme[624] kavramının doğrudan tanımlanmadığı görülmektedir. Ancak, TTK m. 136 gerek birleşmenin türlerini gerekse ne şekilde gerçekleştirileceğini hüküm altına almış, birleşmenin unsurlarını ortaya koymuştur. Buna göre *"Birleşme, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle"* gerçekleşir[625]. Görüldüğü üzere

[623] Kılıç Al, Ş.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 8.
[624] Çalışmamız boyunca *"birleşme"* kavramı devralmaları da içerecek şekilde geniş olarak kullanılmıştır.
[625] *Tekinalp*, TTK m. 136'dan hareketle birleşmeyi; "*bir veya daha çok ticaret ortaklığının malvarlıklarının tasfiye edilmeksizin bir ticaret ortaklığı tarafından devralınması, devralınan malvarlıkları karşılığında, devralan ortaklığın paylarının devrolunan ortaklık veya ortaklıklarının*

birleşmeye biri "devralan" biri "devrolunan" olmak üzere en az iki ticaret şirketinin katılması zorunludur[626].

2. Geçerli Birleşmeler

TTK m. 137'de hangi şirketlerin hangi şirketlerle birleşebilecekleri liste şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre; sermaye ortaklıkları sermaye ortaklıklarıyla, kooperatiflerle ve devralan olmak şartıyla şahıs şirketleri ile birleşebilir. Şahıs şirketleri ise her daim devrolunan olmak şartıyla; sermaye şirketleriyle ve kooperatiflerle birleşebilir. Bunun dışında şahıs şirketleri şahıs şirketleriyle ve kooperatifler kooperatiflerle birleşebilir.

TTK m. 194'te ise ticari işletmelerin devrolunan olmaları şartıyla, ticaret şirketleri ile birleşebilecekleri öngörülmüştür[627].

3. Şirket Birleşmelerinin Özellikleri

TTK m. 194 istisna olmak üzere, birleşmenin gerçekleşebilmesi için en az iki ticaret şirketinin varlığı şarttır[628]. Dolayısıyla ancak ticaret siciline tescil edilerek

---

ortakları tarafından belirlenmiş bir değişim oranına göre kendiliğinden iktisap edilmesi ve bunların devralan ortaklığın ortağı olmaları" olarak tanımlamıştır. Tekinalp, s. 701.

[626] TTK m. 135'te yapısal değişikliklerde mevzubahis olan kavramlara yer verilmiştir. Söz konusu hükümde "134 ilâ 194 üncü maddelerin uygulanmasında; "şirket" ifadesinden anlaşılması gerekenin ticaret şirketleri olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla her ne kadar TTK m. 136'da "şirket"denilmişse de birleşmeye en az iki ticaret şirketinin katılabileceğinin kabulü gerekir. TTK m. 134 ilâ 194 üncü maddeleri arasında ticaret şirketi yerine yalnızca şirket ifadesinin kullanılması, öğretide *Kendigelen* tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Kendigelen, s.136, dn. 33.

[627] Çalışmamızın konusu yalnızca ortaklıklar hukukunu kapsadığından, ticari işletmelerin birleşmelerine ancak gerektiği yerlerde değinilmiştir.

[628] Kanun'un 134 ilâ 194.maddeleri arasındaki kavramların tanımlarının düzenlendiği m. 135'in gerekçesinde "Şirket" ifadesinin ticaret şirketleri ile kooperatifleri ifade etmek üzere kullanıldığı açıklamasına yer verilmiştir. Bkz. TTK m. 135 Madde Gerekçesi.

tüzel kişilik kazanmış şirketlerin birleşmeye katılabilecekleri, bu anlamda ön ortaklık safhasındaki şirketlerin birleşmeye taraf olamayacakları ifade edilmektedir[629]. Ancak ön ortaklığın birleşmenin hazırlık işlemlerine katılabileceği, birleşmenin hukuken geçerlilik kazanabilmesi için ise birleşmenin tescilinden önce ön ortaklığın da tescilinin yapılması gerektiği kabul edilmektedir[630].

Birleşmenin ekonomik özelliği ise birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarının birleşmesidir. Bu husus, TTK m. 136/ f. 4'te *"Birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde devralır."* denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Birleşmeyle devrolunan şirketin malvarlığı kendiliğinden (*ipso iure*) bir bütün halinde devralan şirkete intikal etmekedir. Yine TTK m. 136/ f. 3'te devralan şirket paylarının, devrolunan şirket ortakları tarafından kendiliğinden iktisap edileceği düzenlenmiştir. Bu iki hükümden anlaşılacağı üzere, birleşmede külli hâlefiyet ilkesi geçerlidir[631].

Birleşmenin belki de en önemli özelliklerinden birisi *ortaklığın (üyeliğin) devamlılığı* yahut *süreklilik ilkesi*'dir. Buna göre devrolunan şirket ortaklarının ortaklık hakları, usulüne uygun olarak hesap edilecek bir değişim oranına göre devralan ortaklık payları üzerinde devam edecektir[632].Bu husus TTK m. 140/ f. 1'de *"Devrolunan şirketin ortaklarının, mevcut ortaklık paylarını ve haklarını karşılayacak değerde, devralan şirketin payları ve hakları üzerinde istemde bulunma hakları vardır."* şeklinde açıklanmıştır[633]. Ancak süreklilik ilkesi kanunda mutlak

[629] Kayalı İpekel F.: Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşmeler, İstanbul 2014, s. 18.
[630] Kayalı İpekel, s. 18.
[631] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. I, s. 129.
[632] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. I, s. 130.
[633] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. I, s.130; Paylardan doğan haklar dışındaki haklar, örneğin oy hakkından yoksun paylardan doğan, imtiyazlı paylardan veya intifa senetlerinden kaynaklanan haklar bakımından da süreklilik ilkesinin geçerli olduğu aynı maddenin (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarından anlaşılmaktadır. Hükümde sayılanların sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmektedir.

olarak düzenlenmemiş; birtakım istisnalar öngörülmüştür. Bu anlamda, birleşmeye katılmak istemeyen ortaklara ayrılma akçesi alarak şirketten ayrılma hakkının tanınmasına ilişkin TTK m. 141/ f. 1 hükmü ile birleşme sözleşmesinde sadece ayrılma akçesi öngörmek suretiyle azınlık pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasına ilişkin TTK m. 141/f. 2 hükmü süreklilik ilkesinin istisnalarıdır.

Birleşmeye ilişkin bir diğer özellik de devrolunan şirket veya şirketlerin tasfiye edilmeksizin sona ermeleridir (TTK m. 136/f. 4/c. 2). Birleşmeyle devrolunan şirket sona ermekte ve ticaret sicilinden silinmektedir.

B. Halka Açık Anonim Şirketlerin Birleşmesi

Halka açık anonim şirketlerin birleşme işlemine taraf olması halinde 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) ve Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tebliğleri uygulama alanı bulmaktadır. SerPK m. 23 ve II-23. 3 Sayılı Önemli Nitelikte İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliğ (II-23.3 Sayılı Tebliğ) m. 5 ile halka açık anonim şirketlerin birleşme ve bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirmesi önemli nitelikte işlemlerden sayılmıştır. Yapısal değişikliklerin önemli nitelikte işlem sayılmasının bazı sonuçları vardır. Buna göre SerPK m. 24 uyarınca yapısal değişikliklerde genel kurul toplantısına katılıp da olumsuz oy kullanan ve bunu tutanağa geçiren pay sahiplerinin paylarını, şirkete satmak suretiyle şirketten ayrılma hakkı bulunmaktadır.

Yapısal değişikliklerin önemli nitelikteki işlem olarak düzenlenmesinin bir diğer sonucu ise SerPK m. 26 uyarınca "*yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi hâlinde söz konusu payların veya oy haklarının iktisabının kamuya açıklandığı tarihte pay sahibi olan diğer ortakların paylarını satın almak üzere teklif yapılmasının"* zorunlu olmasıdır. Halka açık ortaklıklarda, gönüllü

ya da önemli nitelikteki işlemler nedeniyle zorunlu pay alım teklifi yapılması ile ilgili usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir (SerPK m. 25).

Birleşme işlemine ilişkin olarak ayrıntılı düzenlemeler II-23. 2 Sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği (BBT) ile getirilmiştir. BBT, TTK ile paralel olarak halka açık ortaklıkların sermaye şirketleri, devralan şirket olmaları şartıyla şahıs şirketleri ve kooperatifler ile birleşebileceklerini düzenlemektedir (BBT m. 2/f. 1). Bu doğrultuda, taraflarından birinin halka açık anonim şirket olduğu birleşmelerde BBT uyarınca TTK'daki işlemlere ek olarak bazı işlemlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir[634]. Birleşme işlemine başlanabilmesi için birleşme işlemine taraf şirketlerin yönetim organında karar alınması (BBT m. 5/ f. 2), içeriği Kurulca belirlenerek kamuya açıklanan duyuru metninin hazırlanması ve Kurul onayına sunulması (BBT m. 5/ f. 1), birleşmeye taraf olan şirketlerin veya işleme esas alınan finansal durum tablosu tarihi itibariyle malvarlıklarının değerinin ve değişim oranlarının tespiti amacıyla uzman kuruluş raporunun hazırlanması (BBT m. 7), kamunun aydınlatılmasına ilişkin gerekliliklerin sağlanması (BBT m. 8), finansal durum değişikliklerinin bildirilmesi (BBT m. 10) bu işlemlere örnek olarak verilebilir. Ayrıca birleşmeye esas alınan finansal tablolar, birleşme sözleşmesinin içeriği bakımından BBT, TTK'ya göre farklılıklar içermektedir (BBT m. 6 ve m. 9). Yine BBT'de taraflarından birinin halka açık anonim şirket olduğu birleşmelerde birleşmeye ilişkin özellikli durumlara yer verilmiştir (BBT m. 12).

BBT'nin 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca BBT hükümleri halka açık ortaklık ile birleşme veya bölünme işlemine taraf olan şirketlere ve kooperatiflere de kıyasen uygulanacaktır. Dolayısıyla BBT'de yer alan ve TTK'daki birleşme işlemlerine ek

[634] Konu hakkında bkz. Kocaer, Ş.: Şirket Yeniden Yapılandırmaları, 4. Baskı, Ankara 2018, III. Kısım.

olarak getirilen işlemler, halka açık anonim şirketle birleşecek olan şirketleri de kapsamaktadır. Bu kapsamda örneğin, halka açık anonim şirketlerle birleşecek olan şirketlerin de yönetim organlarında birleşmeye başlanması için bir karar alınması gerekmektedir.

Kanun koyucu, anonim şirketlerde birleşme sözleşmesinin sermayenin çoğunluğunun temsil edilmesi şartıyla genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçü ile onaylanabileceğini düzenlemiş ancak 421. maddenin 5. fıkrasının (b) bendini saklı tutmuştur (TTK m. 151/ f. 1/ b. a). Saklı tutulan hüküm ile pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerde yapısal değişikliklere ilişkin kararlarda toplantı yeter sayısı, sermayenin en az dörtte biri; karar yeter sayısı ise toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu olarak belirlenmiştir. Ancak SerPK m. 29/ f. 6 ile önemli nitelikteki işlemlere ilişkin kararların genel kurulda kabul edilebilmesi için toplantı nisabı aranmaksızın, ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi şartı getirilmiştir. Dolayısıyla TTK/ m. 421/ f. 5/ (b) bendi SerPK m. 29/ f. 6 ile ilga edilmiştir.

Sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri "azlık" olarak tanımlanmaktadır (TTK m. 411/ f.1). Bu nedenle halka açık anonim şirketin taraf olduğu kolaylaştırılmış usulde birleşmelerde bir veya birden fazla sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının %90'ı yerine %95 veya daha fazlasına sahip halka açık ortaklık tarafından devralınması şartı aranmaktadır (BBT m. 13). BBT uyarınca kolaylaştırılmış usulde birleşmelerde bağımsız denetim raporu, birleşme raporu ve uzman kuruluş görüşü aranmamaktadır. Yine birleşme sözleşmesinin genel kurul onayına sunulması zorunlu değildir. Ancak kolaylaştırılmış usulde birleşmelerde içeriği Kurulca belirlenen ayrı bir duyuru metni hazırlanmalıdır.

Son olarak kardeş şirketlerin birleşmesi veya hâkim şirketin devralması gibi haller kolaylaştırılmış usulde birleşme kavramı içerisinde düzenlenmediğinden sermaye piyasası mevzuatının bu anlamda TTK'ya göre daha dar kapsamlı olduğu ifade edilmektedir[635].

C. Rekabet Hukukunda Birleşme Devralma Sayılan Haller

1. Birleşme, Devralma ve Ortak Girişimler

Şirket birleşmeleri sonucunda piyasada bazı değişiklikler meydana gelmektedir. Dolayısıyla birleşme ve devralma işlemlerinin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığını yanı sıra piyasada yarattıkları etkinin de düzenlenmesi gerekmektedir. İşte şirket birleşmelerinin pazarda yarattığı bu etki rekabet hukukunun inceleme konusunu oluşturmaktadır. Ancak "*Birleşme*" ve "*Devralma*" kavramları, rekabet hukukunda TTK'daki anlamından daha farklı değerlendirilmektedir. Gerçekten de TTK, birleşme ve devralmaları, ticaret şirketleri ekseninde düzenlemişken; rekabet hukuku, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler olan teşebbüsleri konu edinmektedir (RKHK m. 3). Dolayısıyla birleşmeye katılan taraflar bakımından rekabet hukukunun daha geniş kapsamlı olduğu ifade edilebilir.

Rekabet hukuku, "*birleşme, devralma*" kavramlarını hep "*kontrol değişikliği*" penceresinden konu edinmektedir. Kontrolde değişiklik meydana getirebilecek ve bu suretle piyasada rekabeti önlemesi muhtemel işlemler, rekabet hukukunun asıl odak

[635] Kocaer, s. 223.

noktasıdır. Bu nedenle rekabet hukukunda "*birleşme, devralma*" yerine "*yoğunlaşma*"[636] ifadesi tercih edilmektedir.

TTK, birleşme ve devralmaları düzenlerken; birleşme işlemlerinin hukuka uygun yürütülmesi, başta ortaklar olmak üzere azınlıkta kalan ortaklar, alacaklılar, çalışanlar gibi diğer menfaat sahiplerinin haklarının korunması gibi konularla ilgilenirken, rekabet hukuku, birleşme ve devralmaları, ekonomik ve iktisadi temel üzerinden inceler. Bir diğer ifadeyle; rekabet hukuku, birleşmenin hukuki sonuçları ile ilgilenmez. Rekabet hukuku bakımından önemli olan iki veya daha fazla bağımsız teşebbüsün "*kontrolde kalıcı değişiklik*" meydana getirecek şekilde birleşmeleridir[637]. Dolayısıyla TTK anlamında birleşme sayılan her hal, rekabet hukukunun konusuna girmez ancak kontrolde değişiklik meydana getirecek nitelikteki şirket birleşmeleri rekabet hukukunun kapsamındadır. Örneğin grup içi birleşmeler her ne kadar TTK anlamında birleşme olarak nitelendiriliyorsa da rekabet hukukunun kapsamına girmemektedir[638]. Öte yandan rekabet hukukunda da birleşmeler, TTK'daki sisteme benzer şekilde; bir teşebbüsün sona ererek başka bir teşebbüsün bünyesine katılmasıyla ortaya çıkabileceği gibi iki veya daha fazla teşebbüsün hukuki kişiliklerine son vererek yeni bir teşebbüse dönüşecek şekilde bir araya gelmeleri suretiyle de gerçekleşebilmektedir. Ancak rekabet hukukundaki birleşme kavramı bununla sınırlı değildir. Öyle ki tüzel kişilikleri sona ermemekle beraber, birden fazla teşebbüsün "*fiilen bir araya gelmeleri*" örneğin bir sözleşme uyarınca faaliyetlerini

---

[636] Rekabet Kurumu: Rekabet Terimleri Sözlüğü, Erişim Adresi: https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa(Son Erişim Tarihi: 10.09.2022).

[637] Kesici, B.: Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu İstanbul, 2017, s. 87; Rekabet Kurumu: Rekabet Terimleri Sözlüğü, Erişim https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar, (Son Erişim Tarihi: 08.09.2022).

[638] Rekabet hukuku bakımından birleşmeden söz edilebilmesi için ekonomik açıdan bağımsız iki teşebbüsün varlığı şarttır oysa grup içi şirketler ekonomik açıdan bağımsız karar verebilen teşebbüsler olmadığından, bu şirketlerin birleşmeleri rekabet hukukunun konusuna girmemektedir. Bkz. Şahin, M.: Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, İstanbul 2013, s. 153.

birleştirmiş olmaları da rekabet hukuku perspektifinden bakıldığında birleşme olarak nitelendirilmektedir[639].

Rekabet hukuku anlamında "Devralmalar" ise "*bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması* " şeklinde tanımlanmaktadır[640]. Tanımdan da anlaşılacağı üzere; rekabet hukuku açısından devralma kavramı, kontrolde değişiklik yaratılmasını ifade etmektedir. Kontrolün ne şekilde ortaya çıkacağı ise 2010/4 No'lu Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (Tebliğ) 5. maddesinin 2. fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Belirleyici etki teşebbüsün malvarlığı veya yönetimi üzerinde ortaya çıkabilir. Öyle ki malvarlığının tamamının veya bir kısmının üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait kullanım hakkı sağlayan ya da teşebbüsün yönetimini; örneğin organlarının oluşumunu veya karar alınmasını etkileyen hak ve sözleşmeler, kontrol sağlayan araçlar olarak tanımlanmaktadır[641]. Bu anlamda, yöneticinin bir işletmeyi ivaz

[639] Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, ("Kılavuz" olarak anılacaktır.) para. 6; Kocaer, s. 414.
[640]Bkz. Kılavuz, para. 5 ve para. 7.
[641] Kılavuz, para. 7; Rekabet Kurulu'nun 14.08.2018 tarihli ve 18-28/472-230 Sayılı Kararı: *"Planlanan işlem neticesinde ise AYDIN AİLESİ, tam kontrolünde yer alan TAYA aracılığıyla OFİB'nin hisselerini devralması akabinde MEMORIAL'da %(...) paya sahip olacak ve yönetim kurulundaki üye sayısını (...) çıkarmak suretiyle anılan şirket üzerinde tek kontrol elde edecektir. Açıklanan nedenlerle, bahse konu işlem neticesinde MEMORIAL'ın kontrolünde kalıcı değişiklik ortaya çıkacağından; işlemin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi çerçevesinde bir devralma işlemi olduğu görülmüştür."* denilmek suretiyle hisse devri, yönetimde söz sahibi olmak kontrol değişikliği olarak nitelendirilmiş ve RKHK m. 5 kapsamında devralma olarak kabul edilmiştir. (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 29.12.2022).

karşılığında işletmeyi üstlendiği yönetim sözleşmesi[642], oy sözleşmesi[643], pay sahipleri sözleşmesi, stratejik ticari kararlar üzerinde veto hakları[644] kontrol değişikliğine yol açabilir. Kanundan doğan azlık hakları ise kontrol değişikliği olarak nitelendirilmemektedir[645].

Kontrol değişikliği, hisse veya taşınır/ taşınmaz malvarlığı değerlerinin devralınması suretiyle oraya çıkabileceği gibi[646] sözleşmeler yoluyla da meydana gelebilir. Kontrol değişikliğinin sözleşmeler vasıtasıyla gerçekleşmesi halinde; sözleşmelerin uzun süreli olması aranmaktadır. Öyle ki ancak kontrol değişikliğinin kalıcı olması halinde rekabet hukuku alanında "*Devralma*" dan söz edilebilir. Aksi takdirde geçici nitelikteki sözleşmeler, pazarda yapısal bir değişikliğe neden olmayacaklarından ötürü rekabet hukukunun inceleme alanına girmez[647]. Ancak geçici nitelikteki sözleşmenin "*yenilenebilir*" nitelikte olması halinde, kontrolde kalıcı değişikliğe yol açtığı söylenebilir[648].

---

[642] Güven, P.: Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, 2. Baskı, Ankara 2003, s. 212.
[643] Güven, s. 213.
[644] Rekabet Kurulu'nun 23.06.2016 tarihli ve 16-21/385-178 Sayılı Kararı: "*POLEN GIDA'nın yönetim kurulu işlem neticesinde üç üye ile temsil edilecektir. Bu üyelerden ikisi M.B.S., kalan bir üye ise M.B.S. dışındaki hissedarlar tarafından atanacaktır. M.B.S. tarafından atanacak olan üyeler, yönetim kurulunda karar alabilmek için yeterli olmakla birlikte, bazı kararların alınmasında diğer hissedarlar tarafından atanacak olan üyenin de olumlu oyu aranacaktır. İşletme planının onaylanmasına, işletme planının veya kataloğun tadili, yenilenmesi ve değiştirilmesine, herhangi bir taşınmazın satışına ve şirketi belirli bir borç altına sokan işlemlere yönelik alınacak kararların bu kapsamda sayıldığı görülmektedir. Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz'da, azınlık hissedarlarının ortak girişimin stratejik ticari davranışı için gerekli olan kararları veto etmelerini sağlayan haklara sahip olduğu durumlarda ortak kontrolden söz edilebileceği ifade edilmektedir. Bildirim konusu işlemde de azınlık hissedarlarına tanınan veto haklarının, POLEN GIDA üzerinde ortak kontrole imkân verecek haklardan olduğu ve işlemin 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi çerçevesinde devralma niteliğinde olduğu değerlendirilmektedir."* (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 29.12.2022).
[645] Kocaer, s. 415.
[646] Rekabet Kurulu'nun 18.07.2018 tarihli ve 18-23/410-198 Sayılı kararında "hisse devri" RKHK m. 5 çerçevesinde "devralma" olarak nitelendirilmiştir (Lexpera Veritabanı, Son Erişim Tarihi: 29.12. 2022).
[647] Bkz. Kılavuz, para. 13.
[648] Kocaer, s. 427.

Sonuç olarak; rekabet hukukunda devralma kavramının anlamı, TTK'daki anlamından çok farklıdır. Her şeyden önce rekabet hukuku mevzuatı, bir işlemi devralma olarak sınıflandırabilmek için o işlemin teşebbüsün kontrolünde kalıcı değişiklik yaratıp yaratmadığını araştırmaktadır. Öte yandan, TTK bakımından böyle bir şartın sağlanmasına gerek yoktur. Ancak rekabet hukuku anlamında devralma sayılan bazı haller, TTK açısından devralma olarak nitelendirilmemektedir. Gerçekten de TTK'nın hisse satışı olarak nitelendirdiği bir işlem Rekabet Kurulu tarafından "*Devralma*" olarak kabul edilebilir, keza şirket malvarlığının satışı TTK anlamında bir devralma olmamasına karşılık rekabet hukuku alanında devralma olarak nitelendirilebilir[649]. Bu açıdan bakıldığında; rekabet hukukundaki devralmaların, TTK'daki anlamına göre daha esnek ve geniş bir kavram olduğu savunulabilir.

RKHK kapsamında birleşme devralma sayılan hallerden bir diğeri de "*Ortak Girişimler*"dir. Ortak girişim, *"İki ya da daha fazla sayıda bağımsız teşebbüsün; sahip oldukları kaynakların, üretim kapasitesinin arttırılmasına, yeni bir çeşit teknoloji gelişimine ya da yeni bir pazara girişe olanak verecek biçimde bütünleşmesi*" olarak tanımlanmaktadır[650]. Ortak girişimlerin iki bağımsız teşebbüsün daha riskli yatırımlara girmelerini kolaylaştırmak, yeri geldiğinde maliyeti yüksek bir işin daha az maliyete yapılmasını sağlamak, yabancı pazara girişi kolaylaştırmak, riskleri paylaşmak gibi pek çok faydası bulunmaktadır[651]. Bu faydalarına karşın ortak girişimler, pazarda yapısal değişikliğe yol açabilir. Nitekim ortak girişimlerin rekabet hukuku kapsamında birleşme devralma sayılmasının nedeni, ortak girişimin kontrolünü elinde bulunduran tarafların piyasada fiyatları, üretim, dağıtım ve satışı etkileyebilme potansiyellerinin

[649] Kocaer, s. 415.
[650] Rekabet Kurumu: Rekabet Terimleri Sözlüğü, Erişim Adresi: https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa. (Son Erişim Tarihi: 10.09.2022).
[651] Güven, s. 228.

bulunmasıdır. Öyle ki iki rakip şirketin rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla ortak girişim adı altında bir araya gelmeleri, piyasadaki rekabeti önleyici mahiyettedir[652]. Ortak girişimler, tüzel kişiliğe sahip olarak kurulabilecekleri gibi bir adi ortaklık olarak da kurulabilirler. Burada önemli olan, bağımsız teşebbüslerin ortak girişim üzerinde ortak kontrollerinin bulunmasıdır[653].

Ortak girişimin rekabet hukuku anlamında bir devralma sayılabilmesi için "*tam işlevsellik*" kriterinin karşılanması gerekir (Tebliğ m. 5/ f. 3). Tam işlevsellik, ortak girişimin "*tamamen bağımsız bir işletme"* olarak kurulması ya da tarafların önceden münferit olarak sahip oldukları varlıklarla ortak girişime katkıda bulunması hali olarak ifade edilmektedir[654]. Tam işlevsellik kriterinin karşılanması için, ortak girişimin operasyonel olarak onu kontrol eden teşebbüslerden bağımsız olması gerekir[655]. Bir ortak girişimin tam işlevsel olarak kabul edilebilmesi için bazı şartları karşılaması gerekir. Buna göre ortak girişimin bağımsız olarak faaliyet göstermek için yeterli kaynaklara sahip olması, ana teşebbüslerin belirli bir işlevi ötesinde faaliyet göstermesi, satış ve satın alma ilişkilerinde ana teşebbüslere bağımlı olmaması, faaliyetlerinin kalıcı olması beklenir[656].

a. İzne Tâbi Birleşme ve Devralmalar

Tebliğ'in 7.maddesi, Tebliğ uyarınca birleşme veya devralma sayılan bazı hallerde Rekabet Kurulu'ndan izin alınmasını düzenlemektedir. Söz konusu hükümde belirli ciro eşikleri öngörülmüş ve bu eşikleri aşan işlemler izne bağlanmıştır. Tebliğ

[652] Güven, s. 229.
[653] Kocaer, s. 435.
[654] Kılavuz, para. 79.
[655] Kılavuz, para. 80.
[656] Bkz. Kılavuz, para. 82-97.

uyarınca birleşme devralma sayılan bir işlemin, işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yedi yüz elli milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı iki yüz elli milyon TL'yi veya devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun iki yüz elli milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun üç milyar TL'yi, aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'dan izin alınması zorunludur. Türkiye coğrafi pazarında faaliyet gösteren veya ar-ge faaliyeti olan ya da Türkiye'deki kullanıcılara hizmet sunan teknoloji teşebbüslerinin devralınmasına ilişkin işlemlerde ise iki yüz elli milyon TL'llik eşik aranmayacaktır (Tebliğ m. 7)[657].

b. Yan Sınırlama olarak "Rekabet Etmeme Yükümlülüğü"

Yan sınırlamalar, rekabet hukuku anlamında yoğunlaşma olarak nitelendirilebilecek birleşme veya devralma işlemi ile doğrudan ilgili, işlemin gerçekleştirilmesi ve işlemden beklenen etkililiğin, faydanın sağlanması için gerekli sınırlamalar olarak ifade edilebilir[658]. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, yan sınırlamaların yoğunlaşma işlemi ile "*doğrudan ilgili*" ve "*gerekli*" olması gerekmektedir. Doğrudan ilgili olma, yoğunlaşma işlemi ile sınırlamanın aynı kapsam ve zamanda yapılması ve ekonomik olarak da yakından ilişkili olması anlamına gelmektedir[659]. Gereklilik ölçütü ise sınırlamanın yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi

[657] Bkz. 04.03.2022 tarihli 31768 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" (2010/4), m. 2.
[658] Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz (Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz), para. 48.
[659] Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, para. 49-50.

için zorunlu olmasıdır. Öyle ki sınırlama olmaksızın yoğunlaşma işlemi gerçekleştirilemiyor veya söz konusu işlem için belirsizlik ve maliyet artışı söz konusu oluyorsa sınırlamanın gerekli olduğu söylenebilir. Gereklilik ölçütünün sağlanıp sağlanmadığı belirlenirken yalnızca sınırlamanın niteliği değil; kapsam ve süresi de dikkate alınmalıdır[660].

Yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesi ve işlemden beklenen faydanın sağlanabilmesi için öngörülebilecek yan sınırlamalardan bir tanesi, rekabet etmeme yükümlülüğüdür. Belirtmek gerekir ki rekabet hukuku açısından rekabet etmeme yükümlülüğü öngören anlaşmalar, normal şartlarda RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilebilmesi için satıcı için rekabet etmeme yükümlülüğü öngörülmesi gerekebilir. Nitekim; birleşme ve devralmalar sonucu bir hak ya da malvarlığı, alıcıya intikal etmektedir. Alıcının devraldığı malvarlığı veya haktan tam olarak faydalanabilmesi amacıyla satıcı için alıcıyla rekabet etmeme yükümlülüğü öngörülebilir[661]. Gerçekten de alıcı, tüketicinin güvenini kazanabilmek, know how bilgisini kullanmak gibi yoğunlaşma işleminden tam olarak fayda sağlamak için satıcının bir süre kendisiyle rekabet etmemesini isteyebilir ki bu ticari hayatın devamlılığı bakımından da bir gerekliliktir[662].

Her ne kadar rekabet etmeme yükümlülüğü yan sınırlama olarak gerekli olabilirse de sınırsız bir yükümlülük değildir. TTK'da düzenlenen rekabet yasağı kurumunda olduğu gibi yan sınırlama olarak rekabet etmeme yükümlülüğünün de süre, konu, coğrafi alan ve kişi bakımından kapsamının makul olması gerekir[663]. Bu anlamda, süre bakımından üç yılı aşmayan rekabet etmeme yükümlülüğünün makul

[660] Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, para. 51.
[661] Kocaer, s. 547.
[662] Güven, s. 274.
[663] Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, para. 53.

olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu süre, somut olayın şartlarına göre değişebilir[664]. Öte yandan yoğunlaşmanın ortak girişim yoluyla gerçekleşmesi halinde; kontrol sahibi teşebbüslerin ortak girişimle rekabet etmemesine yönelik getirilen uzun süreli ya da süresiz rekabet etmeme yükümlülüğü de yan sınırlama olarak kabul edilmektedir[665].

Ayrıca rekabet etmeme yükümlülüğü, kural olarak, işlem öncesinde devre konu ekonomik birimin faaliyet alanını oluşturan mal ve hizmetlerle sınırlı olmalıdır[666]. Coğrafi bakımdan ise sınır, satıcının yoğunlaşma işlemi öncesinde faaliyet gösterdiği yerlerdir. Ancak satıcının yeni yerlerde faaliyet göstermek amacıyla yatırım yapmış olması halinde; bu yerler bakımından da rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi makul olarak değerlendirilebilmektedir[667]. Kişi bakımından rekabet etmeme yükümlülüğü, satıcının kendisi ve satıcı ile ekonomik bütünlük oluşturan iktisadi birimler ve acenteleri bakımından getirildiği takdirde, makul olarak addedilmektedir. Satıcının bayileri veya kullanıcılar için öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğü ise makul olarak değerlendirilmemektedir[668].

D. TTK Uyarınca Birleşme ve Devralmalarda Rekabet Yasağının İncelenmesi

1. Kollektif Şirketin Taraf Olduğu Birleşmelerde Rekabet Yasağı

a. Kollektif Şirketin Anonim Şirket Tarafından Devralınması Halinde Rekabet Yasağı

[664] Rekabet Kurulu'nun 16.12.2021 tarihli 2021-5-061 E.21-61/868-BD K. sayılı kararında satıcılar için 5 yıl süre ile rekabet yasağı öngörülmesi makul olarak değerlendirilmiştir. Erişim Adresi: https://www.rekabet.gov.tr/Karar. (Son Erişim Tarihi: 17.09.2022).
[665] Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, para. 54.
[666] Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, para. 55.
[667] Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, para. 56.
[668] Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, para. 57.

aa. Sadakat Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağının Devamlılığı

Daha önce de detaylı şekilde incelendiği üzere; kollektif şirketlerde rekabet yasağının kaynağı sadakat yükümlülüğüdür[669]. Dolayısıyla kollektif şirketlerde rekabet yasağı, yönetim yetkisi olsun olmasın tüm ortakları kapsamaktadır. Bir kollektif şirketin anonim şirket tarafından devralınması halinde; ortaklığın devamlılığı ilkesi uyarınca kollektif şirket ortakları, anonim şirkette pay sahibi haline gelecektir. Anonim şirkette pay sahibi haline gelen kollektif şirket ortakları için kanunen rekabet yasağının sona erdiğinin kabulü gerekir. Gerçekten de TTK m. 396'da rekabet yasağı, yalnızca YK üyelerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, pay sahipleri için herhangi bir rekabet yasağı öngörmediği gibi TTK m. 480 ile pay sahiplerine esas sözleşmeyle sermaye borcu dışında herhangi bir borç yükletilmesini engellemek istemiştir. Buna rağmen öğretide; pay sahiplerinin şirkete karşı sadakat yükümlülüğü altında bulundukları ve bu durumun tek borç ilkesine aykırılık oluşturmadığı, tek borç ilkesinin sermaye borcu ile sınırlı bir hüküm olarak anlaşılması gerektiği, sadakat yükümlülüğünün kaynağının ise dürüstlük kuralı olduğu görüşü ileri sürülmüştür[670]. Oysa bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre; pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğünün varlığının kabulü gerek tek borç ilkesine gerekse anonim şirketin yapısına aykırı olduğundan kabul edilemez. Nitekim tek borç ilkesinin düzenlendiği TTK m. 480'in lafzında "*sermaye borcu yükletilemez*" değil; "*borç yükletilemez"* denilmektedir. Bundan hareketle; anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirkete karşı herhangi bir şekilde sadakat yükümlülüğünün bulunmadığının kabulü gerekir. Dolayısıyla bir kollektif şirketin anonim şirket tarafından devralınması halinde

[669] Bkz. İkinci Bölüm, II, A.
[670] Bkz. İkinci Bölüm, V, B, 2, a.

kollektif şirket ortakları bakımından rekabet yasağının kaynağını oluşturan sadakat yükümlülüğü de sona erecek olup birleşme sonucunda anonim şirkette pay sahibi haline gelen kollektif şirket ortaklarının kanunen anonim şirkete karşı rekabet etmeme yükümlülükleri de bulunmamaktadır.

bb. Birleşme Nedeniyle Pay Sahipleri Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Düzenlenmesi

Her ne kadar devrolunan kollektif şirket ortakları için kanunen rekabet yasağı sona erecekse de kollektif şirket ortaklarının birleşme dolayısıyla anonim şirkette pay sahibi haline geleceklerinden bahisle, mevcut bir pay sahipleri sözleşmesine taraf yapılarak rekabet yasağına tâbi kılınmaları mümkün olduğu gibi; daha sonra yapılacak bir pay sahipleri sözleşmesi ile de söz konusu ortaklar bakımından rekabet yasağı düzenlenmesi mümkündür. Bu noktada tartışılması gereken konu, TTK m. 147/ f. 2/ b. g uyarınca devrolunan kollektif şirket ortakları için pay sahipleri sözleşmesinde öngörülen sözleşmesel rekabet yasağının birleşme raporunda yer almasının gerekip gerekmediğidir[671]. Birleşme raporu, TTK m. 149 uyarınca birleşmeye katılan şirketlerin ortakları başta olmak üzere diğer menfaat sahipleri tarafından incelemeye sunulacak belgeler arasındadır. İnceleme hakkını kullanan ortakların veya diğer menfaat sahiplerinin TTK m. 191, m. 192 ve m. 193'te düzenlenen davaları açma haklarını kullanmaları mümkündür. O halde kollektif şirket ortaklarına getirilen sözleşmesel rekabet yasağının yan edim yükümlülüğü olarak kabulü halinde; bu hususun birleşme raporunda yer almaması, TTK m. 192 anlamında bir iptal sebebi

[671] Bu husus, yalnızca kollektif şirketin anonim şirket tarafından devralınması halinde değil; sözleşmesel rekabet yasağının öngörüldüğü diğer şirket birleşmeleri bakımından da önem arz etmektedir.

sayılabilir mi veya bu sebeple yine TTK m. 193 uyarınca sorumluluk davası açılması söz konusu olabilir mi?

Öncelikle belirtmek gerekir ki TTK m. 147/ f. 1/ b. g'de "*ek ödeme yükümlülüğü*" "*kişisel edim yükümlülüğü*" ve "*kişisel sorumluluk*" ifadeleri kullanılmış, yan edim yükümlülüğünden söz edilmemiştir. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca TTK m. 147/ f.1 / b. g'de yer alan kişisel edim yükümlülüklerine "*yan edim yükümlülüğü*" de dahildir[672]. Bu doğrultuda birleşme nedeniyle devrolunan şirketin ortaklarına yan edim yükümlülüğü yüklenecekse bu hususun birleşme raporunda yazılması gerekir.

Yan edim yükümlülüğü ifadesi limited şirketlere ilişkin düzenleme öngören 607. maddenin gerekçesinde "*İkincil (tâli) sıfatıyla da nitelendirebileceğimiz yan edimler bir kısım esas sermaye paylarına veya pay kategorilerine yüklenebilen veya payların tümüne yönelik olan yapma, yapmama, katlanma, kullandırma edimleridir.*" şeklinde tanımlanmıştır. İsviçre hukukunda rekabet etmeme yükümlülüğü, bir yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir[673].

Rekabet yasağının yan edim yükümlülüğü olarak kabulü halinde bu hususun birleşme raporunda açıklanması gerekir. Buna karşın ifade etmek gerekir ki anonim şirketlerde pay sahipleri için esas sözleşmede rekabet yasağı öngörülmesine cevaz veren bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Rekabet yasağının esas sözleşmede tamamlayıcı bir hüküm olarak yer almasına ise TTK m. 480 engel teşkil etmektedir[674].

---

[672] Karaköse, O.: "Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2016, s. 60, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp (Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi).

[673] Günay, D.E/ Günay, E. G: "Limited Şirketlerde Ortaklara Getirilen Bağlılık Yükümü ve Rekabet Yasağına İlişkin TTK m. 613 Hükmünün Değerlendirilmesi.", Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul 2020, s. 475.

[674] Konu hakkında bkz. İkinci Bölüm, B, 3, b.

Dolayısıyla pay sahipleri için rekabet yasağı ancak pay sahipleri sözleşmesi ile öngörülebilecektir. Ancak rekabet yasağının pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenmesi halinde yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi mümkün değildir, öyle ki pay sahipleri sözleşmesi, ortaklıklar hukukunun bir parçası değildir. Bir diğer ifadeyle rekabet etmeme yükümlülüğü, pay sahipleri sözleşmesi için asli edim yükümlülüğü teşkil etmekte olup ortaklıklar hukuku alanına bir etkisi bulunmamaktadır. Yine TTK anlamında yan edim yükümlülüğü, paya veya pay kategorilerine yüklenebilen bir yükümlülük olduğundan, pay sahipleri sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme ile düzenlenmesi mümkün olmamalıdır. Bu nedenle pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağının ortaklıklar hukuku bakımından yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilemeyeceği kanısındayız. Kaldı ki kanaatimizce pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen rekabet yasağının birleşme raporunda yer alıp almamasının da TTK bakımından bir önemi yoktur. Pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağının TTK m. 147/ f. 1/b. g'deki anlamıyla "yan edim yükümlülüğü" veya "kişisel edim yükümlülüğü" olarak kabulü ve bu doğrultuda ihlaline TTK hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle kanaatimizce pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağının birleşme raporuna yazılması zorunlu olmamakla birlikte yazılması, birleşmenin iptalini gerektirmez. Nihayetinde birleşme raporu bir şeffaflık belgesi olup sözleşmesel rekabet yasağının ortaklara duyurulması, hak ihlaline neden olacak nitelikte bir sonuç doğurmaz.

Ayrıca yasağın birleşme raporuna yazılması gerektiği sonucuna varılsa dahi kanun koyucunun yapısal değişiklikleri ayrıca düzenlemesinin nedeni yapısal

değişiklikleri kolaylaştırmaktır[675]. Sözleşmesel rekabet yasağının birleşme raporuna yazılmadığından hareketle birleşme kararının iptal edilmesi, şirket birleşmelerini zorlaştıracağından, kanunun amacına da ters düşmektedir. Keza sözleşmesel rekabet yasağının birleşme raporuna yazılmamış olması, birleşme işlemleri bakımından bir eksiklik olarak nitelendirilemez. Birleşmenin iptali davasını hüküm altına alan m.192'de kanunun 134 ilâ 190.maddelerinin ihlali halinde söz konusu davanın açılabileceği düzenlenmiştir. İlgili hükümlerde sözleşmesel rekabet yasağının birleşme raporuna yazılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda düzenlenmeyen ve ortaklık sözleşmesi ile düzenlenmesine de izin verilmeyen bir yükümlülüğün, birleşme raporuna yazılmadığından bahisle iptal davasının açılabileceğini ileri sürmek, hukuka aykırılık oluşturacaktır.

Birleşme aşamasında akdedilecek bir sözleşme ile devrolunan kollektif şirket ortakları için öngörülecek sözleşmesel rekabet yasağının kapsamı, kanundan doğan rekabet yasağına göre farklı olabilir. Gerçekten de kollektif şirket ortakları için rekabet yasağı TTK m. 230'da düzenlenmiştir. Buna göre; kollektif şirket ortakları, şirketin yaptığı ticari iş türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremeyecektir. Ancak birleşme işlemleri sırasında pay sahipleri sözleşmesi ile devrolunan kollektif şirket ortakları için rekabet yasağı getirilmesi halinde sözleşmesel rekabet yasağının kapsamı, TTK m. 230'a göre daha dar veya daha geniş olabilir. Nihayetinde sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca taraflar rekabet yasağının kapsamını diledikleri gibi belirleyebileceklerdir. Ancak sözleşme özgürlüğü sınırsız bir özgürlük olmadığından sözleşmenin geçerliliği TBK m. 27

[675] Coştan, (Geçerli Nisaplar), s. 45.

uyarınca belirlenecektir. Kaldı ki bu şekilde öngörülecek rekabet yasağı, Anayasa m. 48 uyarınca kişilerin çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünü ihlal edici nitelikte olamaz.

cc. Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşmasının Akıbeti

Kollektif şirket ortakları ile şirket arasında halihazırda sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması mevcut ise bu anlaşmanın, devrolunan şirketin birleşme kararının tescili tarihi itibariyle sona erdiğinin kabulü gerekir. Öyle ki kollektif şirket ortakları için rekabet yasağının ortaklık ilişkisi sona erdikten sonra belli bir süre daha devam edeceğini öngören bir anlaşmanın, birleşme kararının tescili itibariyle kollektif şirket de sona ereceğinden bir hükmü kalmamaktadır. Devralan anonim şirket tarafından söz konusu rekabet yasağının devam etmesi arzu ediliyorsa eski kollektif şirket ortakları yeni anonim şirket pay sahipleri için rekabet yasağı ancak pay sahipleri sözleşmesi veya yine hukuki sonuçlarını borçlar hukuku alanında doğuracak bir sözleşme ile düzenlenebilir.

dd. Devrolunan Kollektif Şirket Ortaklarının Devralan Anonim Şirkette YK Üyesi Seçilmeleri Halinde Rekabet Yasağı

Her ne kadar devrolunan kollektif şirket ortaklarının "*ortaklık*" sıfatından doğan rekabet yasağı, anonim şirkette pay sahibi olmaları ile son buluyor olsa da anonim şirkette pay sahibi haline gelen devrolunan kollektif şirket ortağı veya

ortakları, aynı zamanda YK üyesi seçildikleri takdirde, TTK m. 396 uyarınca kanunen rekabet yasağına uymakla yükümlü olacaklardır.

TTK m. 396; TTK m. 230'a benzer şekilde düzenlenmiştir. Her ne kadar TTK m. 396'da yasağın sınırı *"şirketin işletme konusuna giren ticari iş"* olarak çizilmişse de bu hükmün dar yorumlanarak TTK m. 230'da ifade edildiği gibi "*şirketin yaptığı ticari iş türünden bir iş*" olarak anlaşılması gerekmektedir[676]. Bu bakımdan YK üyeleri için rekabet yasağının kapsamı şirketin işletme konusunda yer alan her iş değil, şirketin fiilen uğraştığı işlerdir. Devralan anonim şirkette YK üyesi olacak olan kollektif şirket ortağı için de rekabet yasağının sınırı anonim şirketin fiilen uğraştığı işlerdir. Dolayısıyla işletme konusunda birleşme dolayısıyla değişiklik meydana gelmesi halinde bu değişiklik, fiili hayata yansımamış ise rekabet yasağının kapsamı da değişmeyecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki birleşme nedeniyle devrolunan kollektif şirketin işletme konusunda değişiklik meydana geliyor ise birleşme sözleşmesinin ayrıca şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli nisapla onaylanması gerekmektedir (TTK m. 151/ f. 6). Bu halde, kollektif şirket bakımından TTK m. 226 uygulama alanı bulacak ve işletme konusunun değiştirilmesini öngören birleşme sözleşmesi ancak oybirliği ile onaylanabilecektir (TTK m. 226/ f. 2).

İşletme konusunun değiştirilmesi ile kastedilen konunun kısmen veya tamamen değiştirilmesidir. Öyle ki kanun koyucu, işletme konusunun değiştirilmesini yeterli görmüş, değişikliğin boyutu ile ilgili bir belirleme yapmamıştır. Bundan hareketle, örneğin her türlü halı imalatı alım ve satımı ile uğraşan bir kollektif şirketin, işletme konusunun halı yıkama, temizleme hizmetlerini de kapsayacak şekilde genişletilmesi halinde de işletme konusu genişletilerek kısmen değiştirildiği için

[676] Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, V, C, 1, a.

birleşme sözleşmesinin ayrıca oybirliği ile onaylanması gerekmektedir. İşletme konusundaki bu değişiklik, fiili hayata da yansırsa devralan anonim şirkette YK üyesi seçilen eski kollektif şirket ortakları için yasağın kapsamı da genişleyecektir.

Kollektif şirket ortağının devralan anonim şirkette YK üyesi olması halinde rekabet yasağının yer bakımından kapsamı da değişebilir. Anonim şirketin ticari faaliyetlerini yürüttüğü ve müşteri çevresinin oluştuğu yer, devrolunan kollektif şirketin işlerini yürüttüğü yerden farklı olabilir. Görüldüğü üzere her ne kadar TTK m. 396 ile TTK m. 230'da yer alan düzenlemeler benzerlik gösterse de devralan anonim şirkette YK üyesi olan devrolunan kollektif şirket ortağı için rekabet yasağının kapsamı pek çok açıdan değişebilir. Ancak her iki şirketin de aynı konuda ticari faaliyetlerini yürütmesi aynı coğrafi bölgede ticari iş yapmaları halinde bir bakıma yasağın kapsamının aynı kalacağı da söylenebilir. Öyle ki TTK m. 396 ve TTK m. 230, kişi bakımından yasağın kapsamı konusunda ayrışsalar da diğer açılardan neredeyse aynı hükümlerdir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da devrolunan kollektif şirket ile devralan anonim şirketin fiilen iştigal ettikleri konuların aynı olması halinde, devrolunan kollektif şirket ortağının, birleşme kararı ticaret siciline tescil edilmeden önce[677], devralan anonim şirkette YK üyesi seçilmesinin; rekabet yasağını ihlal edip

[677] Türk hukukunda birleşme, birleşme kararının tescili ile gerçekleşmektedir. Gerçekten de birleşme, birleşme sözleşmesinin birleşmeye katılan şirketlerin genel kurulları tarafından onaylanması suretiyle değil, birleşme kararının ticaret siciline tescil edilmesiyle geçerlilik kazanmaktadır. Bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 158. Dolayısıyla, birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarında birleşme kararı alındıktan sonra birleşmenin gerçekleşmesi için bu kararların ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Ancak devralma yoluyla gerçekleştirilen birleşmelerde devralan ve devrolunan şirketler, birleşme kararını aynı zamanda tescil ettiremeyebilirler. Bu takdirde, hangi tescilin birleşmeyi gerçekleştirdiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu, Türk öğretisindeki görüşlerden hareket ederek İsviçre'deki hâkim görüşün aksine; devrolunan şirket tarafından birleşme kararının ticaret siciline tescil edilmesini, birleşmeyi hukuken geçerli kılan kurucu etkiye haiz işlem olarak kabul etmiştir. Bkz. TTK m. 153 Madde Gerekçesi. Bu tercihin nedeni; devrolunan şirketin malvarlığının kendiliğinden devralan şirkete intikal etmesidir. Nitekim 27.01.2013 tarihli ve 28541 Sayılı Resmi

etmediğidir. Bilindiği üzere, TTK m. 230, kollektif şirket ortağının ortağı olduğu şirketin fiilen uğraştığı türden ticari işleri kendisi veya başkasının hesabına yapmasını yasaklamaktadır. Öğretide anılan hükmün geniş yorumlanarak "*başkası hesabına iş yapılmasının*" başka bir şirkette yönetim ve temsil görevinin üstlenilmesini de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir[678]. Dolayısıyla, birleşme işlemleri sırasında devrolunan kollektif şirket ortağının aynı türden ticari işlerle uğraşan devralan anonim şirkette YK üyesi olması, diğer ortaklar onaylamadığı müddetçe, TTK m. 230 uyarınca rekabet yasağının ihlali sonucunu doğurabilir[679].

Kanaatimizce birleşme öncesi durum, tasfiye aşamasındaki duruma fazlasıyla benzemektedir. Bu aşamada eğer kollektif şirket, fiilen iştigal ettiği işleri durdurmuş ve yalnızca birleşme işlemleri ile sınırlı olarak faaliyetlerini sürdürüyorsa kanımızca, tasfiye aşamasında olduğu gibi bu aşamada da rekabet yasağının kapsamı birleşme işlemleri ile sınırlı olacak şekilde daralmaktadır. Bu nedenle, birleşme öncesindeki kollektif şirketin faaliyet alanı ile devralan anonim şirketin faaliyet alanlarının aynı olması halinde, kollektif şirket ortağının devralan anonim şirkette henüz birleşme kararı tescil edilmeden YK üyesi seçilmesi, kollektif şirkete karşı yasağın ihlalini gündeme getirmez. Ancak aksi durumda, yani kollektif şirketin birleşme öncesinde de faal bir şekilde ticari işlemlerini sürdürüyor olması halinde, her iki şirketin de fiilen

Gazete'de yayımlanan 2012/4093 Sayılı Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 127. maddesinin 1. fıkrasında, devrolunan şirketin birleşme kararını tescil ettirmeden devralan şirketin birleşme kararını tescil ettiremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Yapılan açıklamalar ışığında çalışmamızın devamında "birleşme kararının tescili" ifadesi ile kastedilen bu anlamda devrolunan şirketin genel kurulunda alınan birleşme kararının ticaret siciline tescil edilmesidir.

[678] Öğretideki görüşler için bkz. İkinci Bölüm, II, C, 1, c. ve İkinci Bölüm, II, C, 2; Bu durumda yasak, devrolunan kollektif şirketin ortağının devralan anonim şirket GK'sında YK seçilmesiyle başlayacaktır.

[679] Birleşme kararı henüz ticaret siciline tescil edilmeden önce kollektif şirket ortağının başka bir anonim şirkette YK üyesi seçilmesi de aynı şekilde rekabet yasağının ihlali sonucunu doğurabilecektir. Yasağın ihlal edilip edilmediğinin tespiti için her iki şirketin fiilen iştigal ettiği iş alanlarının aynı olup olmadığı ve her iki şirketin faaliyetlerini sürdürdüğü coğrafi bölgelerin kesişip kesişmediğinin tespit edilmesi gerekir.

iştigal ettikleri alanlar aynı olacağından, birleşme kararı tescil edilene kadar kollektif şirket ortağının elde edeceği üyelik sıfatı yasağın ihlaline yol açabilir. Yine de bu durumda dahi; birleşmenin sonuçları, yasağın sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır. Şöyle ki, kollektif şirket ortağının devralan anonim şirkette henüz birleşme süreci tamamlanmadan önce YK üyesi seçilmesi halinde, kollektif şirketin menfaatinin korunmasına gerek yoktur. Birleşme kararının tescili ile kollektif şirketin malvarlığı bir bütün olarak aktif ve pasifiyle anonim şirket tarafından devralınacağından kollektif şirkete ilişkin tüm bilgiler şirkete devredilmiş olacaktır. Bir bakıma kollektif şirket ortağının aynı zamanda devralan anonim şirkette YK üyesi olmasından doğan zarar dahi anonim şirkete devredilecektir. Bu nedenle kollektif şirket ortağının birleşme kararı tescil edilmeden önce anonim şirkette YK üyesi seçilmek suretiyle yasağı ihlal etmesinin pratikte bir önemi bulunmamaktadır[680].

Son olarak belirtmek gerekir ki yasağın ihlal edildiğinden söz edilebilmesi için YK üyeliği sıfatının kazanılması başlı başına yeterli değildir. Kollektif şirket ortağı tarafından YK üyeliği görevi kabul edilmiş ancak kendisine bu sıfatı dolayısıyla herhangi bir şekilde yönetim ve temsil yetkisi devredilmemişse, yasağın ihlal edilebilirliği de ortadan kalkmıştır. Öyle ki bu halde YK üyesi seçilen kollektif şirket ortağının üçüncü kişi hesabına işlem yapması mümkün değildir. Ancak bu sıfatı devam ederken YK üyesi seçilen kollektif şirket ortağının kendi hesabına yaptığı işlemler her iki şirkete karşı rekabet yasağının ihlali sonucunu doğurabilecektir.

[680] Bu kısımda yapılan açıklamalar, kollektif şirketin aynı tür ticari işlerle uğraşan limited şirket tarafından devralınması halinde henüz birleşme kararı tescil edilmeden, kollektif şirket ortağının limited şirket müdürü seçilmesi hali için de geçerlidir.

b. Kollektif Şirketin Başka Bir Kollektif Şirketle Birleşmesi Halinde Rekabet Yasağı

İki kollektif şirketin birleşmesinde rekabet yasağı son bulmamakta, devralan şirketin fiilen uğraştığı ticari işler doğrultusunda şekil değiştirmektedir. Öyle ki devralan kollektif şirket ortağı, birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesinin öngörülmemiş olması halinde, süreklilik ilkesinin bir gereği olarak devralan kollektif şirkette ortak olmaya devam edecektir. Ancak devralan kollektif şirketin fiilen uğraştığı ticari işler ile devrolunan kollektif şirketin fiilen uğraştığı ticari işlerin farklı olması halinde yasağın kapsamı da değişecektir. Daha önce de ifade edildiği üzere, yasağın kapsamı belirlenirken kollektif şirketin işletme konusu değil, gerçekte uğraştığı işler göz önünde bulundurulmalıdır[681]. Bu kapsamda, devrolunan kollektif şirket ile devralan kollektif şirketin işletme konuları aynı olsa bile; yasağın kapsamı farklı olabilecektir. Örneğin, her iki şirketin de işletme konusu her çeşit restoran ve lokanta, pastane işletmeciliği yapmak, satmak veya kiraya vermekse[682], devrolunan kollektif şirketin tüm bu işleri fiilen yapıyor olmasına karşın; devralan kollektif şirketin yalnızca pastane işletmeciliği yapıyor olması halinde devrolunan kollektif şirket ortağının devralan şirkette uymakla yükümlü olduğu yasağın kapsamı da pastane işletmeciliği ile sınırlı olacaktır. Bu açıdan bakıldığında, fiilen uğraşılan işe göre devrolunan kollektif şirket ortaklarının devralan şirkette tâbi olacakları yasağın kapsamı da önceki şirkete göre daha dar veya geniş olabilir.

[681] Bkz. İkinci Bölüm, II, C, 1, a.
[682] Söz konusu işletme konusu örneği Antalya Ticaret ve Sanayi Odası'nın internet sitesinden alınmıştır. Erişim Adresi: https://bilgi.atso.org.tr/books/is-konusu-ornekleri/page/lokanta. (Son Erişim Tarihi: 10 12.2022.

Devrolunan kollektif şirket ortağının tâbi olduğu yasağın kapsamı, devralan kollektif şirketin faaliyet gösterdiği coğrafi bölgenin farklı olması halinde yalnızca konu bakımından değil yer bakımından da değişecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki; birleşme kararı ticaret siciline tescil edilene kadar devrolunan kollektif şirket ortağı, devralan kollektif şirkette ortaklık sıfatını kazanmış sayılmayacağından; devralan şirkete karşı bu süreç içerisinde herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle; birleşme kararı ticaret siciline tescil edilene kadar, devrolunan kollektif şirket ortağı, devralan kollektif şirketin fiilen uğraştığı ticari iş türünden bir işi kendisi veya bir başkasının hesabına yapabileceği gibi aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkette sınırsız sorumlu ortak olabilir. Ancak birleşmenin tescil edilmesiyle devrolunan kollektif şirket ortağı, devralan kollektif şirkette "*ortaklık*" sıfatını kazanacağından; devralan kollektif şirketle aynı türden ticari işlerle uğraşan bir başka sınırsız sorumlu şirkette devam eden diğer "*ortaklık*" rekabet yasağı bakımından sorun yaratabilir. Bu takdirde TTK m. 230/ f.1 ve f.2 uyarınca devrolunan kollektif şirket ortağının devralan kollektif şirketteki diğer ortaklardan izin alması gerekmektedir. Aksi takdirde devrolunan kollektif şirket ortağına karşı yasağı ihlal ettiği gerekçesiyle yaptırım uygulanması söz konusu olabilir. Açıklamalarımızı netleştirmek adına örnek vermek gerekirse; (A), devrolunan (X) kollektif şirketi ortağı iken henüz birleşme kararı tescil edilmeden önce devralan (Y) kollektif şirketinin fiilen uğraştığı ticari işler türünden işlerle uğraşan (Z) kollektif şirketine ortak olmuştur. Bu durumda eğer (X) kollektif şirketinin fiilen uğraştığı ticari işler, (Z)'ninkiler ile örtüşmüyorsa (A)'nın kanunen rekabet yasağına aykırı hareket ettiğinden söz edilemez. Öyle ki bu süre boyunca (A)'nın uymakla yükümlü olduğu yasağın kapsamı, yalnızca (X) kollektif şirketinin fiilen iştigal ettiği konularla sınırlıdır, (A) henüz (Y)

kollektif şirketinin ortağı olmadığı için (Y)'nin somut olayda bir menfaati bulunmamaktadır. Ancak birleşme kararının tescil edilmesiyle (A)'nın (X) kollektif şirketindeki ortaklığı sona erecek, (Y) kollektif şirketindeki ortaklığı başlayacaktır. Bu durumda (A), aynı tür ticari işlerle uğraşan hem (Z) hem de (Y) kollektif şirketinde ortak olmuş olacaktır. Bu durum, hem (Z)'nin hem de (Y)'nin menfaatine aykırı olduğundan her iki şirket bakımından (A) rekabet yasağına aykırı hareket etmiştir. (A)'nın rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulabilmesi için TTK m. 230 uyarınca hem (Y) hem de (Z) kollektif şirket ortaklarından izin alması gerekmektedir[683]. Ancak kanun koyucu, TTK m. 230/ f. 2 ile bir karine öngörmüştür. Buna göre *"yeni kurulan bir şirkete giren ortağın, daha önce kurulmuş diğer bir şirketin de sorumluluğu sınırlandırılmamış ortaklarından olduğunu diğer ortaklar bildikleri hâlde önceki şirketten ilişiğinin kesilmesini aralarında açıkça kararlaştırmamışlarsa, bu durumu kabul ettikleri varsayılır."* Bu hüküm yalnızca yeni kurulan kollektif şirkette ortak olunması halinde değil; mevcut kollektif şirkete daha sonradan ortak olunması halini de kapsamaktadır. Dolayısıyla (Y) kollektif şirket ortakları bildikleri halde (A)'nın (Z) kollektif şirketinden ilişiğinin kesilmesine yönelik bir karar almamışlarsa, bu durumu kabul etmiş sayılacaklardır. Kararın ne zaman alınacağı ise belirli değildir. Bu durumda en doğru zaman (Y) kollektif şirketi ortaklarının (A)'nın (Z) kollektif şirketinde ortak olduğunu öğrendikleri zamandır. Bir diğer ifadeyle (Y) kollektif şirket ortakları, (A)'nın durumunu öğrendikleri an bu konuda bir karar almalıdır. Her ne kadar (A), birleşme tescil edilmeden, daha doğrusu (Y) kollektif şirketinde "ortak" sıfatını kazanmadan önce, (Z) kollektif şirketine ortak olmuşsa da hak kaybının önüne

[683] İznin ne şekilde alınacağı hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, C, 3.

geçilmesi adına (Y) kollektif şirket ortakları tarafından alınacak kararın önceden alınmasında yarar olduğu görüşündeyiz.

Değinilmesi gereken bir diğer husus, birleşme işlemlerinde gündeme gelebilecek olan ayrılma akçesi ile ilgilidir. Kanun koyucu, süreklilik ilkesini mutlak görmemiş ve TTK m. 141/ f.1 ile ihtiyari, m. 141/ f. 2 ile zorunlu ayrılma akçesi getirmiştir. Birleşme sözleşmesinde ihtiyari ayrılma akçesi öngörülmesi halinde devrolunan şirket ortaklarına "*devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı*" ile "*iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi*" arasında seçim yapma hakkı tanınmış olmaktadır. Birleşme sözleşmesinde zorunlu ayrılma akçesi öngörülmesi halinde ise birleşme sözleşmesinin TTK m. 151/ f. 5 uyarınca şahıs şirketlerinde oybirliği ile onaylanması şarttır[684]. Böylelikle devrolunan kollektif şirket ortaklarının iradeleri hilafına şirketten çıkarılmaları önlenmiştir[685].

Birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesi öngörülmesi halinde; devrolunan kollektif şirket ortağının rekabet yasağı bakımından durumunun incelenmesi gerekmektedir[686]. Bilindiği üzere, yasağın süresi "*ortaklık*" sıfatının devamlılığına

[684] Ayrılma akçesinin düzenlendiği birleşme sözleşmeleri ile devrolunan şirketin işletme konusunda değişikliğe neden olan birleşme sözleşmeleri bakımından kanun koyucu, farklı yeter sayılar öngörmüştür (TTK m. 151/ f. 5 ve f. 6). Bu da birleşme sözleşmesinin genel kurulda bir bütün olarak mı oylanacağı yoksa madde madde mi oylanacağı konusunda bir tereddüt yaratmaktadır. Birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesi öngörülmesi durumunda birleşme kararının devreden şirket şahıs şirketiyse oy hakkını haiz ortaklarının, sermaye şirketiyse şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanının olumlu oyu ile alınacağının düzenlendiği TTK m. 151/ f. 5'in lafzı bu konuda çok açıktır. Öyle ki anılan hükümden ayrılma akçesi öngörülen birleşme sözleşmelerinin daha ağır yetersayılar ile onaylanması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Ancak bu haliyle ayrılma akçesinin öngörüldüğü birleşmelerde birleşme kararının alınmasının zorlaştırıldığı bir gerçektir. Nitekim birleşme kararı almak için kanunda aranan asgari yeter sayıya ulaşıldığı ancak ayrılma akçesi için yeter sayının sağlanamadığı bir durumda, birleşme kararı da alınamayacaktır. Bu nedenle öğretide birleşme sözleşmesinde daha ağır yeter sayılar öngörülen konuların en sona bırakılarak onaylanması daha ağır yeter sayı öngörülen konularda yeter sayının sağlanamaması halinde birleşme sözleşmesinin ilgili madde dışında onaylanması sonucuna varılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Yegin, s. 55; Kocaer, s. 112-113.

[685] TTK m. 151/ f. 5'teki düzenleme ile kastedilenin zorunlu ayrılma akçesi olduğu yönünde bkz. Koşer, N.: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Birleşmede Ayrılma Akçesi" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2018, S.34, s. 373.

[686] Bu husus kollektif şirketin "devrolunan" olarak yer aldığı tüm birleşmeler bakımından geçerlidir.

bağlıdır. Ortağın ortaklıktan ayrılmasıyla yasak da son bulacaktır. Bu durumda devrolunan kollektif şirket ortağı, her ne kadar birleşme sözleşmesi uyarınca ayrılma akçesi alarak şirketten ayrılacaksa da ayrılma akçesi ancak birleşme kararının tescil edilmesiyle muaccel olacaktır [687] . Bu tarihe kadar devrolunan şirket infisah etmeyeceğinden ve dolayısıyla devrolunan kollektif şirket ortaklarının "ortaklık" sıfatı devam edeceğinden; ortakların ayrılacaklarından bahisle devrolunan şirketin fiilen iştigal ettiği alanda faaliyete girişmeleri yahut aynı alanda başka bir şirkete sınırsız ortak olarak girmeleri yasağın ihlali kapsamındadır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bizim görüşümüze göre, yasağın ihlaline yönelik yapılan hazırlık işlemleri, TTK m. 230 kapsamında rekabet yasağının ihlali olarak değerlendirilmemelidir, çünkü henüz rekabet yasağının ihlali için kanunun aradığı şartlar oluşmamıştır. Bir diğer ifadeyle ortak, devrolunan kollektif şirketten ayrılacağından bahisle; örneğin şirketin müşteri çevresini kendi kuracağı yeni şirkete çekme çabasındaysa, yasağın ihlali gündeme gelmez, bu durumda ancak haksız rekabet hükümleri işletilebilir yahut ortağın sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği söylenebilir[688].

Öte yandan kanunda anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesinin düzenlendiği m. 340'a benzer bir hüküm, kollektif şirketler bakımından düzenlenmemiştir. Bu nedenle kollektif şirketlerde rekabet yasağının ortaklık sözleşmesi ile düzenlenmesi mümkündür. Bu şekilde yasağın kapsamı genişletilebilir veya daraltılabilir. Nihayetinde TTK m. 213/ f. 2'de *"Ortaklar, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, şirket sözleşmesine diledikleri kayıtları koyabilirler."* düzenlemesi mevcuttur. Kaldı ki rekabet yasağına ilişkin TTK m. 230 emredici

[687] Develi, B.: "6102 sayılı Türk ticaret kanunu çerçevesinde ayrılma akçesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2021, C. 17, S. 1-2, s. 455.
[688] Konu hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, C, 1, d.

nitelikte değildir. Dolayısıyla ortaklık sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmesi mümkündür.

Devralan kollektif şirketin ortaklık sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmesi halinde bu yasağın kapsamına bakmak gerekir. Eğer yasağın kapsamı m.230'a kıyasen daha geniş düzenlenmişse kanımızca birleşme sözleşmesi, TTK m. 151/ f. 4 uyarınca oybirliği ile onaylanmalıdır. Öyle ki bu halde ortaklık sözleşmesi ile devrolunan kollektif şirket ortaklarına rekabet yasağı öngörülmesi suretiyle yan edim yükümlülüğü getirilmiş olacağından, ilgili ortakların birleşme sözleşmesine olumlu oy vermesi gerekir. Her ne kadar kollektif şirketler TTK m. 151/ f. 4 kapsamı dışında tutulmuşsa da kanaatimizce kanun koyucunun bu tercihinin nedeni, kollektif şirketlerde birleşme sözleşmesinin halihazırda zaten oybirliği ile onaylanması gerektiğinin düzenlenmiş olmasıdır (TTK m. 151/ f. 2). Ancak m. 151/ f. 2'de kanun koyucu, birleşme sözleşmesinin bütün ortakların dörtte üçünün kararıyla onaylanacağına ilişkin şirket sözleşmesinde düzenleme yapılabileceğini hüküm altına almıştır. Kanımızca şirket sözleşmesinde böyle bir hüküm var ise ve rekabet yasağı yan edim yükümlülüğü olarak ortaklık sözleşmesinde öngörülmüşse birleşme sözleşmesinin oybirliği ile onaylanması gerekir. Özellikle şahıs şirketi olan kollektif şirketlerde bu husus önem arz etmektedir. Ortakların şahsı ile şirketin sıkı sıkıya bağlı olduğu kollektif şirketlerde ortakların, birleşme dolayısıyla dahil olacakları şirketteki yükümlülükleri gözden geçirip bu yükümlülükleri kabul etmeme haklarının da olduğunun kabulü gerekir. Aksinin kabulü halinde birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesi de öngörülmemişse, devrolunan kollektif şirket ortaklarının istemedikleri bir ortaklık ilişkisine zorlanmaları söz konusu olacaktır ki kanunun bunu amaçlamadığı muhakkaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki ortaklık sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının kapsamının TTK m. 147/ f. 2/ b. g uyarınca birleşme raporunda açıklanması gerekir. Nitekim devralan kollektif şirketin ortaklık sözleşmesinde yasağın kapsamının genişletilmişse, devrolunan kollektif şirket ortaklarının bundan haberdar olmaları işin doğası gereğidir. Devrolunan kollektif şirket ortaklarının ileride ortağı olacakları şirkette tâbi olacakları yükümlülükleri önceden incelemeleri ve buna göre kararlarını vermeleri beklenir.

c. Kollektif Şirketin Limited Şirket Tarafından Devralınması Halinde Rekabet Yasağı

Limited şirket sermaye şirketi olmasına rağmen şahıs şirketleri ile benzerlik göstermektedir. Limited şirket ortaklarının da kollektif şirket ortaklarının olduğu gibi şirkete karşı sadakat yükümlülüğü (bağlılık yükümlülüğü) bulunmaktadır (TTK m. 613). Ancak limited şirket ortaklarının bağlılık yükümlülüğü altında olmaları, rekabet yasağına da uymak zorunda oldukları anlamına gelmemektedir. Nitekim TTK'da limited şirket ortaklarını kanunen rekabet yasağına uymakla yükümlü tutan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir kollektif şirket ile limited şirket birleştiği takdirde, limited şirkette ortak haline gelecek olan kollektif şirket ortakları için rekabet etmeme yükümlülüğü kural olarak sona erecektir. Ancak kanun koyucu, limited şirketlerde rekabet yasağının şirket sözleşmesi ile düzenlenmesine olanak tanımıştır (TTK m. 613/ f. 2). Dolayısıyla devralan limited şirketin şirket sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı öngörülmüş olması halinde; devrolunan

kollektif şirket ortakları birleşme kararının ticaret siciline tescili tarihi itibariyle şirket sözleşmesindeki rekabet yasağına uymakla yükümlüdür. Nihayetinde TTK m. 577/ f.1/ b. g uyarınca kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümler, şirket sözleşmesinde öngörülmeleri halinde bağlayıcı hükümlerdir. Böyle bir durumda devrolunan kollektif şirket ortakları için rekabet yasağının kapsamı da değişebilir. Öyle ki şirket sözleşmesinde yazılı rekabet yasağının kapsamı, sınırları ve hukuki sonuçları TTK m. 230 ve limited şirket müdürleri için rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 626/ f. 2'ye göre farklı düzenlenmiş olabilir. Bu durumda kollektif şirket ortakları için yasağın kapsamının birleşme kararının tescilinden önceki zamana kıyasla daha geniş veya dar olması mümkündür.

Limited şirket sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağının kapsamının devrolunan kollektif şirkette ortakların tâbi oldukları yasağa kıyasen daha geniş düzenlenmesi halinde, bir bakıma kollektif şirket ortaklarının tâbi olacakları yükümlülükler genişletilmektedir. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen rekabet yasağı yan edim yükümlülüğü teşkil ettiğinden bu hususun birleşme raporunda açıklanması gerektiği kanısındayız (TTK m. 147/ f. 1/ b. g). Ayrıca her ne kadar TTK m. 151/ f. 4'te düzenlenmemişse de kanaatimizce bu halde, birleşme sözleşmesinin hakkında rekabet yasağı öngörülen kollektif şirket ortaklarınca onaylanması gerekmektedir[689].

[689] TTK m. 151/ f. 4'te bir limited şirket tarafından devralınacak anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette, devralma ile ek yükümlülük ve kişisel edim yükümlülükleri öngörülüyorsa veya mevcut yükümlülükler genişletiliyorsa birleşme kararının oybirliği ile alınabileceği düzenlenmiştir. Anılan hüküm, pek çok açıdan eleştiriye açıktır. İlk olarak, TTK m. 151/ f. 4 ile limited şirketlerde ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin düzenlendiği TTK m. 603 ilâ 607.maddeleri arasında ifade farklılığı bulunmaktadır. TTK m. 151/ f. 4'te "*ek yükümlülük ve kişisel edim yükümlülükleri"* ifadesine yer verilirken m. 607'de *"Şirket sözleşmesini değiştirip, ek ya da yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararları, ancak ilgili tüm ortakların onayıyla alınabilir."* hükmüne yer verilmiştir. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca TTK m. 151/ f. 4, m. 607'ye uygun olarak yeniden düzenlenmelidir. Bkz. Coştan H: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları için Geçerli Nisaplar" Terazi Hukuk Dergisi 2012, C. 7, S. 71, s. 44. Öte yandan TTK m. 607'de yalnızca şirket sözleşmesi ile yükümlülük öngörülen veya mevcut

Türk öğretisinde rekabet yasağına ilişkin düzenlemenin ortaklık sözleşmesinde bir yan edim yükümlülüğü olarak öngörülebileceği[690] ve hatta TTK m. 613/ f. 2'de limited şirket ortakları için sonradan ortaklık sözleşmesi ile rekabet yasağı getirilmesi halinde; genel kurul kararının hangi nisapla alınacağının düzenlenmemiş olması karşısında; rekabet yasağının "yapmama" şeklinde karşımıza çıkan bir yan edim yükümlülüğü olduğu, ve bu nedenle ortaklık sözleşmesindeki değişikliğin TTK m. 607'de öngörülen nisapla alınabileceği kabul edilmektedir[691]. Bize göre de rekabet yasağının, ortaklık sözleşmesinde düzenlendiği takdirde yan edim yükümlülüğü olarak kabulü gerekir. Ancak rekabet yasağının ortaklık sözleşmesi yerine ortaklar

yükümlülükleri artırılan ortağın onayı yeterli görülürken, birleşme kararında tüm ortakların onayının aranması, iki hüküm arasındaki bir diğer çelişkidir. Bundan hareketle öğretide, her iki hükmün birlikte değerlendirilmesi gerektiği ve TTK m. 151/ f. 4'te yer verilen "oybirliği" şartının TTK m. 607'de olduğu gibi birleşme dolayısıyla kendisine ek ödeme yükümlülüğü veya yan edim yükümlülüğü yükletilecek olan ortak veya ortakların onayı şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Coştan, H.: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, Ankara 2013, s. 86; ancak TTK'nın mevcut düzenlemesi karşısında birleşme kararına ilişkin TTK m. 151/ f. 4 özel hüküm niteliğinde olduğundan ek veya yan edim yükümlülüğü öngören birleşme sözleşmesi, oybirliği ile onaylanmalıdır. Ayrıca bkz. Kayalı İpekel, s. 195.

Söz konusu hüküm ile ilgili bir diğer sorun ise hükmün kapsamının oldukça dar tutulmuş olmasıdır. Öyle ki yalnızca limited şirket tarafından devralınan anonim şirket veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ortakları için birleşme dolayısıyla ek ödeme veya yan edim yükümlülüğü öngörülmesi halinde oybirliği aranırken, şahıs şirketlerinin limited şirket tarafından devralınması veya limited şirketin başka bir limited şirketle veya kooperatifle birleşmesi halleri, hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır. Oysa hükmün kapsamına alınmayan bu hallerde de devrolunan şirket ortakları için ek ödeme yükümlülüğü veya yan edim yükümlülüğü öngörülmesi mümkündür. Bu nedenle bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca hükmün birleşme dolayısıyla devrolunan şirket ortaklarına ek ödeme veya yan edim yükümlülüğü getirildiği her halde uygulanması gerekir. Bkz. Coştan, Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme, s. 89. Benzer şekilde devralan şirketin yalnızca limited şirket ile sınırlı tutulması da hükmün uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Oysa anonim şirketlerde TTK m. 480/ f. 4; sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde m. 665/ f. 2; limited şirketlerde m. 603, m. 606 hükümleri ile ortaklara sermaye borcu dışında yükümlülük getirilmesi mümkün kılınmıştır. Bu nedenle TTK m. 151/ f. 4'ün uygulama alanı yalnızca limited şirketin devralan olduğu birleşmeler ile sınırlı düşünülmemelidir. Bkz. Coştan, (Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme), s. 88.

[690] Sayın, B.H.: "Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği, Hizmet Ettiği Amaç ve Konusu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, C. XXIII, S. 1, s. 54; Abban, Deniz N.: "Limited Ortaklıklarda Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğü", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, Yüksek Lisans Tezi, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp, (Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi).

[691] Günay/ Günay, s. 475.

sözleşmesinde [692] düzenlenmesi halinde, yasağın ihlali ortaklıksal bir sonuç doğurmayacağından; yasağı yan edim yükümlülüğü olarak kabul etme imkânı da ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla devrolunan kollektif şirket ortakları için rekabet yasağının devralan limited şirketin şirket sözleşmesinde değil de limited şirket ortakları arasında akdedilen bir ortaklar sözleşmesi ile düzenlenmiş olması halinde, söz konusu yasak yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilemeyecektir. Yine de bu hususun birleşme raporunda açıklanması birleşmenin geçerliliğini etkilemez.

Limited şirketlerde kanundan doğan rekabet yasağı, asıl olarak şirket müdürleri için öngörülmüştür (TTK m. 626/ f. 2). Bu nedenle limited şirketin kollektif şirketi devralması halinde birleşme kararının tescilinden sonra (devrolunan kollektif şirketin sona ermesiyle) limited şirket ortağı haline gelen kollektif şirket ortağı, aynı zamanda ortaklar kurulu tarafından alınan bir kararla müdür olarak seçilmişse (TTK m. 616/ f. 1/ b.b) TTK m. 626/ f. 2 uyarınca rekabet yasağına uymakla yükümlü olacaktır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere; TTK m. 626/ f. 2, kollektif şirketlerde rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 230'a kıyasen çok geniş bir düzenlemedir. Öyle ki anılan hükümde şirkete karşı rekabet oluşturan her türlü fiil yasaklanmıştır. Bu nedenle öğretide hükmün kapsamının dar yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür[693]. Bizim de katıldığımız bu genel yaklaşım gereğince, limited şirket müdürlerine TTK m. 230 veya TTK m. 396 kıyasen uygulanmalıdır. Bu takdirde birleşme sonrasında limited şirkette ortak ve müdür olan kollektif şirket ortağı için yasağın kapsamı, yalnızca limited şirketin fiilen iştigal ettiği konu ve yer bazında değişecek onun dışında yasağın

[692] Anonim şirketlerde pay sahipleri sözleşmesi olarak isimlendirilen hüküm ve sonuçlarını borçlar hukuku alanında doğuran sözleşme limited şirketler bakımından "ortaklar sözleşmesi" olarak nitelendirilmiştir.
[693] Bkz. İkinci Bölüm, VI, D.

kapsamı ve ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar bakımından bir değişiklik söz konusu olmayacaktır.

Birleşme kararının tescili ile limited şirket ortağı olan kollektif şirket ortağı; daha sonra GK tarafından müdür olarak atanmışsa ve şirket sözleşmesinde şirket ortakları için rekabet yasağı da mevcutsa hem müdürlük sıfatı gereği hem de şirket sözleşmesinde yer alan ilgili hüküm uyarınca rekabet yasağına uymakla yükümlüdür. Bu durumda her iki yasak adeta çakışmaktadır. Ancak müdürlük sıfatının kaybedilmesi halinde TTK m. 626/f. 2 uyarınca tâbi olunan yasak da sona erecektir.

Limited şirketin işletme konusunun kollektif şirketten farklı olması halinde kollektif şirkette birleşme kararı; TTK m. 226 gereğince ancak oybirliği ile alınabilecektir[694]. Ancak limited şirkette müdür olan kollektif şirket ortağı için yasağın kapsamı, şirket sözleşmesinde yazan işletme konusuna göre değil; şirketin fiilen iştigal ettiği alanlara göre belirlenecektir.

d. Kollektif Şirketin Adi Komandit Şirketle Birleşmesi Halinde Rekabet Yasağı

Her ne kadar adi komandit şirketler de kollektif şirketler gibi şahıs şirketi niteliğinde olsalar da adi komandit şirketlerde iki farklı ortaklık tipi söz konusu olduğundan, rekabet yasağının da buna göre değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda konumuz açısından komandite ortakların kollektif şirket ortaklarından bir farkı bulunmamaktadır. Nitekim TTK m. 311'de "*Kollektif ortakların, şirket konusunu oluşturan işlemlerin aynını yapamayacaklarına ilişkin 230 uncu madde komanditerler*

[694] Bkz. TTK m. 151/ f. 6'da birleşme nedeniyle devrolunan şirketin işletme konusunda değişiklik meydana gelmesi halinde; kanunda açıkça *"birleşme sözleşmesinin ayrıca, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli nisapla onaylanması"* gerektiği düzenlenmiştir.

hakkında uygulanmaz." denilmek suretiyle dolaylı olarak komandite ortaklar hakkında TTK m.230'un uygulanacağı hüküm altına alınmıştır[695]. Dolayısıyla, kollektif şirketin devrolunan olduğu birleşmelerde kollektif şirket ortağının birleşme kararının tescili ile komandite ortağa dönüşmesi halinde söz konusu ortak, TTK m. 311 gereğince rekabet yasağına tâbi olmaya devam edecektir. Ancak devrolunan kollektif şirketin fiilen iştigal ettiği alanın devralan komandit şirketinkinden farklı olması halinde, konu bakımından yasağın kapsamının değişeceği muhakkaktır.

TTK m. 151/ f. 2 uyarınca, kollektif ve komandit şirketlerde birleşme sözleşmesinin oybirliğiyle onaylanması gerekmektedir. Ancak, şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin bütün ortakların dörtte üçünün kararıyla onaylanması öngörülebilir. Öte yandan TTK m. 151/ f. 6 uyarınca devrolunan şirketin işletme konusunda değişiklik öngörülmesi halinde birleşme sözleşmesinin ayrıca şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli nisapla onaylanmış olması gerekmektedir. Bu durumda devrolunan şirketin kollektif veya komandit olması fark etmeksizin TTK m. 226 uyarınca birleşme sözleşmesinin oybirliği ile onaylanması gerekecektir[696]. Bu durumda eğer devrolunan kollektif/komandit şirket sözleşmesinde birleşme kararı alınabilmesi için bütün ortakların dörtte üçünün yeterli olacağı öngörülmüşse ve aynı zamanda devrolunan şirketin işletme konusunda değişiklik meydana geliyorsa birleşme kararı ancak oybirliği ile alınabilecektir. Bu halde birleşme sözleşmesinin onaylanması ile birleşme sözleşmesinde yer alan işletme konusunun değiştirilmesinin ayrı ayrı oylanamayacağı kanaatindeyiz. Nitekim işletme konusunun değiştirilmesine onay verilmediği takdirde birleşme kararının alınabilmesi de mümkün değildir. Kaldı

[695] Konu hakkında bkz. İkinci Bölüm, IV, B.

[696] Komandit şirketlerde TTK m. 308'de yapılan atıf gereğince TTK m. 226 uygulama alanı bulacağından şirket sözleşmesinde yapılacak değişiklikler için oybirliği gerekmektedir. TTK m. 309/ f. 3 uyarınca şirket sözleşmesinin değiştirilmesi halinde komanditer ortakların da oy hakkı bulunmaktadır.

ki kanunda açık şekilde "devrolunan şirketin işletme konusunda değişiklik öngörülmüşse, birleşme sözleşmesinin ayrıca, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli nisapla onaylanmış" olması aranmaktadır.

Belirtmek gerekir ki rekabet yasağının ihlali açısından önemli olan şirketin fiilen yaptığı işler olduğundan; işletme konusunda değişiklik olmasa dahi her iki şirketin fiilen iştigal ettiği alanlar farklı olabilir ve bu durumda devrolunan kollektif veya komandit şirket ortağı için her ne kadar rekabet yasağının kapsamı değişecek olsa da birleşme kararının ayrıca oybirliği ile onaylanmasına gerek bulunmamaktadır.

Devrolunan şirketin kollektif şirket olması halinde, kollektif şirket ortağı, komanditer ortağa dönüşecekse kanunen rekabet yasağı da sona erer. Ancak kanun koyucu, rekabet yasağından kurtardığı komanditer ortakların şirketin işletme konusuna giren işlerle uğraşan bir ticari işletme açmaları veya böyle bir işletme açmak için bir kişiyle ortak olmaları ya da bu nitelikte bir şirkete girmeleri halinde olağan denetim haklarını yitireceklerini öngörmüştür. Bu durumda devrolunan kollektif şirket ortağının birleşme kararının tescili ile komanditer ortağa dönüşmesi halinde söz konusu iş ve işlemlerde bulunması, her ne kadar TTK m. 230'un ihlal edildiği anlamına gelmeyecekse de söz konusu ortağın olağan denetleme hakkını yitirmesi sonucunu doğurabilir. Ancak komanditer ortak için sözleşmesel rekabet yasağı öngörülmesi mümkündür. Bu bakımdan komanditer ortak için ortaklık sözleşmesinde rekabet yasağı düzenlenebilecektir.

Adi komandit şirketin kollektif şirket tarafından devralınması halinde ise komanditer ortaklar da kollektif şirket ortağına dönüşeceğinden; artık TTK m. 230 uyarınca rekabet yasağı onlar için de uygulanacaktır. Bu durumda kanun gereği komanditer ortağın yükümlülüklerinde bir artış meydana geleceğinden; kanımızca bu

hususun da TTK m. 147/ f. 2/ b. g uyarınca birleşme raporunda açıklanması gerekir[697]. Kaldı ki TTK m. 147/ f. 2/ b. h'de "*değişik türdeki şirket birleşmelerinde yeni tür dolayısıyla ortaklara düşen yükümlülüklerin*" birleşme raporunda açıklanması gerektiği düzenlenmiştir. Yine bu halde her ne kadar TTK m. 151/ f. 4'te düzenlenmemişse de birleşme kararının alınabilmesi için ilgili komanditer ortağın onayı gerekir. Dolayısıyla devrolunan adi komandit şirketin şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin bütün ortakların dörtte üçünün kararıyla onaylanabileceği düzenlenmişse, ilgili ortağın onayı olmadıkça birleşme kararı alınamayacaktır[698].

Adi komandit şirketin kollektif şirket tarafından devralınması halinde komandite ortaklar bakımından rekabet yasağı devam edecektir. Ancak devralan kollektif şirketin ortaklık sözleşmesinde kanundakine kıyasen yasağın kapsamının genişletilmiş olması halinde kanımızca bu hususun da birleşme raporunda yazılması gerekir. Öyle ki bu halde ortaklık sözleşmesinde düzenlenen ve kanundaki kapsamı aşan rekabet yasağı hükmü, komandite ortaklar için yan edim yükümlülüğü mahiyetinde olacağından; bu hususun komandite ortaklar tarafından önceden bilinmesi gerekir. Kaldı ki her iki tarafının da şahıs şirketi olduğu birleşmelerde, yan edim yükümlülüklerinin varlığı sermaye şirketlerine nazaran daha da önem arz

[697] Farklı türdeki şirketlerin birleşmeleri halinde yeni tür dolayısıyla ortakların yükümlülüklerinde meydana gelen değişikliklerin de birleşme raporunda açıklanması gerektiği yönünde bkz. Karaköse, s. 60.

[698]TTK m. 151/ f. 4, birleşme nedeniyle ek yükümlülük ve kişisel edim yükümlülüğü öngörülen veya söz konusu yükümlülüklerin genişletildiği durumlarda birleşme kararının alınabilmesi için tüm ortakların oybirliğini yalnızca bir anonim veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin limited şirket tarafından devralınması haline özgülemiştir. Dolayısıyla devrolunan komandit şirkette şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin tüm ortakların dörtte üçünün kararı ile onaylanabileceği öngörülmüşse; TTK m. 151/ f. 4 uyarınca oybirliği aranmayacaktır. Kanaatimizce TTK m. 151/ f. 4 bu açıdan eksik bir hükümdür. Şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin bütün ortakların dörtte üçü ile onaylanacağının öngörüldüğü, komandit şirketin devrolunan, kollektif şirketin devralan olduğu birleşmelerde de oybirliği aranması, komanditer ortakların menfaatinin korunması açısından daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Öyle ki bu halde komanditer ortakların, limited şirket tarafından devralınan anonim şirket ortaklarından veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ortaklarından bir farkı bulunmamaktadır.

etmektedir. Devrolunan adi komandit şirkette komandite ortakların da birleşme kararının tescili ile uymakla yükümlü olacakları yasağın kapsamının genişleyeceğini önceden bilmeye hakları olduğu görüşündeyiz[699]. Yine ortaklık sözleşmesi ile rekabet yasağının kapsamının genişletilmesi halinde kanımızca m. 151/ f. 4 uygulanmalı ve rekabet yasağı aleyhine genişletilen ortakların onayı olmadıkça birleşme kararı alınamamalıdır.

Adi Komandit şirketin kollektif şirket tarafından devralınması halinde eğer adi komandit şirketin işletme konusunda değişiklik söz konusu olacaksa, birleşme sözleşmesinin ayrıca adi komandit şirket ortaklarının oybirliği ile onaylanması gerekmektedir (TTK m. 308'in atfıyla TTK m. 226/ f. 2).

Kollektif-adi komandit şirket birleşmelerinde devrolunan şirket ortakları için sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmasının mevcut olduğu durumlarda, söz konusu anlaşmanın birleşme kararının tescili itibariyle bir hükmü kalmayacaktır. Öyle ki birleşme kararının tescili ile artık ortakların işlemleriyle zarara uğratabilecekleri şirket de son bulmaktadır. Devrolunan şirketin adi komandit şirket olması halinde, ortağın komanditer olup olmaması da bu açıdan önemli değildir. Komanditer ortak, zaten birleşme kararının tescili ile kollektif şirket ortağına dönüşeceğinden, TTK m. 230 uyarınca rekabet yasağına tâbi olacaktır.

2. Adi Komandit Şirketin Devrolunan Olduğu Birleşmelerde Rekabet Yasağı

[699] Aynı husus devrolunan tarafın kollektif şirket olduğu ve kollektif şirket ortağının devralan komandit şirkette komandite ortak olduğu durumlar bakımından da geçerlidir.

a. Adi Komandit Şirketin Anonim Şirket Tarafından Devralınması Halinde Rekabet Yasağı

Adi komandit şirketin anonim şirket tarafından devralınması ile ilgili olarak "Kollektif Şirketin Anonim Şirket Tarafından Devralınması Halinde Rekabet Yasağı" başlığı altında yaptığımız açıklamalar, komandite ortaklar bakımından aynen geçerli olduğundan, bu kısımda yeniden incelenmemiştir[700].

Halihazırda adi komandit şirkete karşı kanunen rekabet yasağı altında bulunmayan komanditer ortakların bu durumu, anonim şirkette pay sahibi olmaları halinde de devam edecektir. Ancak komanditer ortaklar için pay sahipleri sözleşmesi veya bu mahiyette akdedilecek borçlar hukuku anlamında bir sözleşme ile rekabet yasağı öngörülmesi mümkündür. Bu halde her ne kadar komanditer ortakların yükümlülükleri sözleşme ile artırılmış olsa da pay sahipleri sözleşmesinin TTK uyarınca herhangi bir hüküm ve sonuç doğurması mümkün olmadığından, bu yükümlülüğün birleşme raporunda açıklanmasına gerek yoktur.

Komanditer ortaklar için adi komandit şirket sözleşmesinde rekabet yasağı düzenlenmiş olabilir. Bu takdirde komanditer ortak için sözleşmesel rekabet yasağı, birleşme kararının tescili ile son bulacaktır.

Komanditer ortağın henüz birleşme kararı tescil edilmeden önce devralan anonim şirkette YK üyesi seçilmesi halinde; adi komandit şirkete karşı rekabet yasağı altında bulunmayan komanditer ortaklar, TTK m. 396 uyarınca anonim şirkete karşı üyelik sıfatından dolayı yasağa uymakla yükümlü olurlar. Bu halde yasak, birleşme kararının tescili ile değil, "YK üyesi" sıfatının kazanıldığı an başlar. TTK m. 396'da

[700] Bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 1, a.

"*aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak sıfatı ile dahil olunması*" yasaklandığından; komanditer ortağın (aynı zamanda devralan anonim şirket YK üyesinin) bu sıfatından dolayı TTK m. 396'yı ihlal ettiğinden söz edilemez.

TTK m. 311, adi komandit şirketin fiilen iştigal ettiği konularda ticari işletme açması, ticari işletme açan kişiye ortak olması ve şirkete girmesi halinde komanditer ortağın olağan denetim hakkını yitireceğini düzenlemiştir. İlgili hükümde başka bir şirkette yönetim ve temsil görevinin üstlenilmesinden bahsedilmediğinden; kanımızca birleşme kararı tescil edilmeden önce anonim şirket YK üyesi seçilen komanditer ortağın komandit şirkette olağan denetim yetkisini yitirmesi mümkün değildir. Ancak normal şartlarda komanditer ortağın şirkete karşı sadakat yükümlülüğü altında bulunduğu gözetildiğinde, adi komandit şirketle aynı konuda faaliyet gösteren bir anonim şirkette YK üyesi olarak görev yapacak olan komanditer ortağın, şirket içi bilgileri anonim şirkete aktarması sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Buna karşın şirket birleşmelerinde konuya daha farklı yaklaşmak gerekir. Şöyle ki; adi komandit şirket, birleşmenin tescili ile sona ereceğinden şirket içi bilgilerin devralan anonim şirkete aktarılması, adi komandit şirketin menfaatini ihlal etmez. Ancak birleşme kararının tesciline kadar geçen süre uzun sürmüşse, bu takdirde sadakat yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerekir. Öyle ki bu süre zarfında adi komandit şirketin korunmaya değer menfaati de sürmektedir.

b. Adi Komandit Şirketin Limited Şirket Tarafından Devralınması Halinde Rekabet Yasağı

Komandite ortaklar bakımından "Kollektif Şirketin Limited Şirket Tarafından Devralınması Halinde Rekabet Yasağı" başlığı altında yaptığımız açıklamalar geçerli olacağından, bu kısımda ayrıca inceleme yapılmamıştır[701]. Bir adi komandit şirketin limited şirket tarafından devralınması halinde komanditer ortakların rekabet yasağına tâbi olup olmayacakları limited şirketin şirket sözleşmesinde hüküm bulunup bulunmamasına göre değişecektir. TTK m. 613/ f. 2 uyarınca limited şirket sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı öngörülmüşse; birleşme kararının tescili ile komanditer ortak da limited şirket ortağı olacağından artık söz konusu yasağa tâbi olacaktır. Bu durumda birleşme dolayısıyla ortaklara düşen yükümlülükler de artırılmış olacağından kanımızca bu hususun birleşme raporunda açıklanması gerekir. Aksi takdirde TTK m. 192 uyarınca ilgili komanditer ortak veya ortakların iptal davası açması mümkündür. TTK m. 192 uyarınca iptal davasını ancak birleşme kararına olumsuz oy veren ve bunu tutanağa geçiren ortak açabileceğinden ve TTK m. 151/f. 2/ c.1 uyarınca komandit şirketlerde birleşme kararı ancak oybirliği ile alınabileceğinden pratikte TTK m. 192'nin adi komandit şirket ortakları bakımından bir önemi yoktur. Ancak eğer TTK m. 151/ f. 2/ c. 2 uyarınca adi komandit şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin bütün ortakların dörtte üçü ile onaylanabileceği öngörülmüşse; bu takdirde birleşme kararına olumsuz oy veren komanditer ortak tarafından TTK m. 192'de düzenlenen iptal davası açılabilecektir.

Yine ortaklık sözleşmesinde rekabet yasağı düzenlenmesi ile komanditer ortağın durumu ağırlaştırıldığından; her ne kadar TTK m. 151/ f. 4'te düzenlenmemiş olsa da kanımızca birleşme sözleşmesine komanditer ortak veya ortakların onay vermesi gerekir. Aslında kanun koyucu zaten adi komandit şirketlerde birleşme

[701] Üçüncü Bölüm, I, D, 1, c.

kararının oybirliği ile alınacağını ifade etmiştir. Ancak komanditer ortakların onayının aranması, adi komandit şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin bütün ortakların dörtte üçü ile onaylanabileceği düzenlenmişse bir anlam ifade edecektir. Eğer adi komandit şirketin ortaklık sözleşmesinde böyle bir hüküm bulunuyorsa kanımızca birleşme dolayısıyla yükümlülükleri artacak olan komanditer ortakların onayı olmadıkça, birleşme sözleşmesinin onaylanması mümkün olmamalıdır.

Komandite ortaklar, adi komandit şirkete karşı rekabet yasağı altında bulunduklarından, limited şirket ortağı sıfatı ile limited şirket sözleşmesinden doğan yasağa tâbi olmaları halinde yeni bir yükümlülük söz konusu olmamaktadır. Ancak eğer limited şirket sözleşmesinde ortaklar için öngörülen yasağın konu, yer ve zaman bakımından kapsamı, TTK m. 311'in atfı dolayısıyla TTK m. 230'a göre daha genişse veya halihazırda komandite ortaklar için adi komandit şirket tarafından şirket sözleşmesinde kanundan doğan rekabet yasağının kapsamını genişletecek veya daraltacak şekilde düzenleme yapılmışsa ve limited şirket ortaklık sözleşmesinde düzenlenen yasak söz konusu hükümdekine kıyasen daha geniş düzenlenmişse, komandite ortaklara yan edim yükümlülüğü getirildiğinin kabulü gerekir. Kanımızca bu halde de bu hususun birleşme raporunda yazması gerekli olduğu gibi komandite ortakların onayı olmadan birleşme kararının alınamaması gerekir. Her iki halde de birleşme kararına olumsuz oy veren komanditer ya da komandite ortağın birleşme raporunda rekabet yasağına ilişkin bir açıklamanın bulunmadığından bahisle, TTK m. 192 uyarınca dava hakkı bulunmaktadır.

Komanditer ortağın birleşme kararı tescil edilmeden önce devralan limited şirkette müdür seçilmesi halinde TTK m. 626/ f. 2 uyarınca rekabet yasağına uymakla yükümlü olduğu şüphesizdir. Yasak bu halde "*müdür*" sıfatının kazanılmasıyla başlar.

c. Adi Komandit Şirketin Başka Bir Adi Komandit Şirket İle Birleşmesinde Rekabet Yasağı

Her iki tarafının da adi komandit şirket olduğu birleşmelerde, devrolunan komandit şirket komandite ortaklarının, devralan komandit şirkette de komandite ortak olmaları halinde; her iki şirketin fiilen iştigal ettiği konulara göre yasağın kapsamı değişse de yasak, TTK m. 311'in atfı gereği TTK m. 230 uyarınca devam eder. Komandite ortakların, devralan komandit şirkette komanditer ortak olması halinde ise, birleşme kararının tescili ile komanditer ortak sıfatı kazanılacağından, bu tarih itibariyle söz konusu ortak bakımından rekabet yasağı da son bulacaktır. Kanaatimizce devrolunan komanditer şirket ortağı süreklilik ilkesi gereğince devralan komandit şirkette de komanditer ortak olacağından birleşme kararının tescil edilmesi komanditer ortağın durumunda rekabet yasağı açısından bir değişiklik yaratmaz.

Kanundan doğan rekabet yasağının kapsamının ortaklık sözleşmesi ile genişletilmesi mümkündür. Yasağın kapsamı, ortaklık sözleşmesi ile genişletilmişse, bu hususun birleşme raporunda açıklanması gerekir ve kanaatimizce bu halde yasak aleyhine genişletilen ortakların onayı olmadıkça birleşme kararı alınamamalıdır.

3. Anonim Şirketin, Devralınması veya Başka Bir Anonim Şirket İle Birleşmesi Halinde Rekabet Yasağı

a. Anonim Şirketin Devralınması

Uygulamada en çok anonim şirketler bakımından görülen şirket devralmaları ile TTK uyarınca tanımladığımız birleşme işleminin farklarını ortaya

koymak gerekir. Anonim şirketlerde karar verme ve uygulama gücü "*yönetim*" kavramı ile karşılanırken yönetim üzerindeki hâkimiyet ise "*kontrol*" kavramı ile açıklanmaktadır. Dolayısıyla anonim şirketin yönetimi üzerinde hâkimiyeti bulunan pay sahipleri, anonim ortaklığı kontrol etmektedir[702]. Anonim şirketler bakımından söz konusu olabilecek bazı hukuki işlemler (pay devri, esas sözleşme değişikliği ya da intifa hakkı tesisi gibi) yöneldikleri yegâne amaç dışında, anonim şirketin yönetimi üzerinde de bazı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır[703]. İşte bu gibi hukuki işlemler aracılığı ile anonim şirket kontrolünün el değiştirmesi, anonim şirketin devralınması olarak tanımlanmaktadır[704]. Örneğin, anonim şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran A grubu pay sahiplerinin paylarını bir bütün halinde bir üçüncü kişiye devretmesi halinde, söz konusu payları devralan üçüncü kişi, anonim şirketin kontrolünü de devralmış olacaktır. Dolayısıyla anonim şirketin devralınması ile kastedilen bir bakıma şirketin yönetimi üzerindeki hâkimiyetin yani kontrolünün devralınmasıdır.

Anonim şirketin devralınması ile TTK'da düzenlenen birleşme kavramı arasında birtakım farklılıklar söz konusudur. Bu anlamda, anonim şirketlerin devralınması ile ilgili yasal bir düzenleme söz konusu değilken, birleşmeye ilişkin kurallar TTK'da düzenlenmiştir. Anonim şirketin devralınması, aslında gerçekleştirilen hukuki işlemin ortaya çıkardığı ikincil bir sonuçtur. Birleşme ile devrolunan ortaklık tasfiyesiz olarak infisah ederken, anonim şirketin devralınmasında anonim şirket hukuken varlığını sürdürmektedir. Bu durumda sadece anonim şirket üzerindeki kontrol sahibi değişmektedir. Anonim şirketin devralınmasında iki farklı malvarlığının birleşmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. Bir diğer ifadeyle;

[702] Paslı, Ali: Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009, s. 35.
[703] Paslı, (Devralınma), s. 81.
[704] Paslı, (Devralınma), s. 80.

birleşme işleminde devrolunan şirketin malvarlığı külli hâlefiyet ilkesi uyarınca devralana geçerken, anonim şirketin devrolunmasında şirket tüzel kişiliği söz konusu malvarlığı üzerinde malik olarak kalmaya devam etmektedir[705].

Anonim şirketin devrolunmasının hukuki sonuçlarından birisi de rekabet yasağı alanında kendini göstermektedir. Ancak burada kastettiğimiz rekabet yasağı, TTK anlamındaki rekabet yasağı olmayıp öğretide işletmenin devri bakımından tartışılan ve devirden beklenen faydanın sağlanabilmesi için taraflar arasında devir sözleşmesinde veya ayrı bir rekabet yasağı anlaşması suretiyle öngörülen ve kaynağını TBK'dan alan rekabet yasağıdır. Öğretide kabul edildiği üzere, ticari işletmenin devri sadece işletmeyi oluşturan taşınır, taşınmaz gibi maddi değerlerin devri olmayıp müşteri çevresi gibi gayri maddi iktisadi değerlerin devrini de içermektedir[706]. Devralanın işletmeden beklenen faydayı tam olarak elde edebilmesi için başta müşteri çevresi olmak üzere gayri maddi değerleri de elde edebilmesi gerekmektedir. Bunun için yine öğretide, taraflar devir sözleşmesinde veya ayrı bir sözleşmede kararlaştırmamış olasalar dahi TMK m. 2 uyarınca devredenin devirden itibaren belli bir süre boyunca devralana karşı rekabet etmeme yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir[707]. Anonim şirketin devralınmasında işletmenin "*dolaylı satın alınması*" söz konusu olduğundan; kontrolü devreden tarafın devralan tarafa karşı, taraflar arasında rekabet yasağı anlaşması bulunmasa dahi, rekabet etmeme yükümlülüğü altında olduğu ve bu kapsamda, devredenin kontrol değişikliğinin meydana geldiği anonim şirketin fiilen iştigal ettiği alanda belli bir süre faaliyette bulunmaması gerektiği kabul edilmektedir[708].

[705] Konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Paslı, (Devralınma), s. 159-176.
[706] Arıcı, F.: Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s. 82.
[707] Paslı, (Devralınma), s. 281; Arıcı, s. 82.
[708] Paslı, (Devralınma), s. 281-282.

b. Anonim Şirket Bileşmelerinde Rekabet Yasağı

İki anonim şirketin birleşmesinde devrolunan anonim şirket pay sahiplerinin devralan anonim şirkette pay sahibi olmaları, rekabet yasağı bakımından bir sonuç doğurmamaktadır. Öyle ki kanun koyucu, anonim şirket pay sahiplerini sermaye koyma borcu dışında herhangi bir yükümlülük altına sokmadığı gibi rekabet yasağı konusunda da herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Pay sahipleri için rekabet yasağının esas sözleşmede düzenlenmesine ise tek borç ilkesi engel olmaktadır[709]. Ancak özellikle birleşme ve devralma işlemlerinde (yoğunlaşmalarda) pay sahipleri sözleşmesi ile kurucu ortaklar veya birleşme dolayısıyla şirkete sonradan dahil olan pay sahipleri için rekabet yasağı getirildiği görülmektedir[710]. Pay sahipleri sözleşmesinde rekabet yasağı, tüm pay sahipleri için öngörülebileceği gibi bazı pay sahiplerini kapsayacak şekilde de düzenlenebilir[711]. Ancak pay sahipleri sözleşmesi ile düzenlenen rekabet yasağı, diğer şirket türleri için geçerli olan ve kanundan doğan rekabet yasağı hükümlerinde öngörüldüğü gibi paya bağlı bir yükümlülük değildir. Payın devredilmesi halinde yeni pay sahibi, pay sahipleri sözleşmesine taraf yapılmadığı sürece söz konusu yasak onu bağlamayacaktır[712].

Devrolunan anonim şirket pay sahipleri arasında akdedilen bir pay sahipleri sözleşmesi ile şirkete karşı rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiş olması halinde birleşme kararının tescil edilmesiyle kural olarak söz konusu yükümlülüğün sona

[709] Bkz. İkinci Bölüm, V, B, 3, b.
[710] Okutan Nilsson, s. 411.
[711] Karakılıç, s. 115.
[712] Bkz. İkinci Bölüm, V, B, 3.

erdiğinin kabul edilmesi gerekir. Öyle ki rekabet yasağının öznesi olan anonim şirket, birleşme kararının tescili ile sona ermektedir. Ancak pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen yasak, yalnızca şirkete karşı değil; pay sahiplerinin birbirleri ile de rekabet etmeyeceği yönünde düzenlenmişse, yasağın sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması olarak pay sahipleri arasında devam ettiğinin kabulü gerektiği kanısındayız.

Yeni akdedilecek bir pay sahipleri sözleşmesi ile veya devrolunan anonim şirket pay sahiplerinin mevcut pay sahipleri sözleşmesine taraf yapılması suretiyle, devrolunan anonim şirket pay sahipleri için (devralan anonim şirkete karşı) rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi mümkündür. Bu halde, devrolunan şirket pay sahiplerinin yükümlülükleri birleşme dolayısıyla genişlemektedir. Ancak bu durum ortaklık hukukundan kaynaklanmadığından, pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağının TTK anlamında "yan edim yükümlülüğü" olarak kabulü mümkün değildir. Bu nedenle, pay sahipleri sözleşmesinden doğan rekabet yasağının birleşme raporunda yer almaması, birleşmenin iptali sonucuna yol açmaz. Aynı şekilde birleşme raporunda pay sahipleri sözleşmesinde rekabet yasağı öngörüldüğüne ilişkin kayda yer verilmesi, geçersizlik sebebi değildir. Birleşme raporunun hizmet ettiği amaç düşünüldüğünde pay sahipleri sözleşmesindeki yan edim yükümlülüklerinin birleşme raporuna derç edilmesi şeffaflık ilkesine hizmet eden ve şirketin prestiji açısından faydalı bir tutumdur.

Pay sahipleri sözleşmesinde öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırılık halinde TTK'da yasağın ihlaline bağlanan sonuçlar uygulama alanı bulmayacaktır. Bu durumda yasağın ihlali nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar sözleşme hükümleri ve TBK genel hükümler uyarınca çözümlenecektir. Sonuç olarak devrolunan anonim şirket pay sahipleri için pay sahipleri sözleşmesi ile devralan

anonim şirkete karşı rekabet etmeme yükümlülüğü öngörülmesi halinde, devrolunan şirket pay sahipleri, her ne kadar kanun veya esas sözleşme uyarınca rekabet yasağına tâbi değillerse de pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağına uymakla yükümlüdürler.

Devrolunan anonim şirket pay sahibinin/lerinin devralan anonim şirkette YK üyesi seçilmesi halinde üyelik sıfatının kazanılmasıyla söz konusu pay sahipleri hakkında TTK m. 396 uyarınca rekabet yasağı gündeme gelecektir. Bu halde rekabet yasağı, pay sahipliği sıfatından değil; YK üyeliği sıfatından doğmaktadır. Rekabet yasağının kapsamı ise devralan anonim şirketin fiilen iştigal ettiği konular ile sınırlıdır. Devrolunan anonim şirket pay sahibinin birleşme kararı tescil edilmeden, devralan anonim şirkette YK üyesi seçilmesi halinde rekabet yasağı, birleşme kararının tescilinden bağımsız olarak üyelik sıfatının kazanılmasıyla başlayacaktır.

Devrolunan anonim şirket YK üyesi/lerinin devralan anonim şirkette henüz birleşme kararı tescil edilmeden önce YK üyesi seçilmesi halinde birleşme kararı tescil edilene kadar geçecek sürede rekabet yasağı bakımından bir örtüşme meydana gelecektir. Devrolunan şirket YK üyesi söz konusu şirketin fiilen iştigal ettiği alanda kendisinin veya üçüncü kişinin hesabına iş göremeyeceği gibi aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremeyecektir.

Aynı şekilde devralan şirkette de YK üyesi seçilen devrolunan şirket YK üyesi, bu sefer devralan şirketin fiilen iştigal ettiği alanda TTK m. 396 uyarınca rekabet yasağına uymakla yükümlüdür. Her iki şirketin fiilen iştigal ettikleri alanların birbirlerinden çok farklı olması halinde birleşme kararı tescil edilene kadar her iki şirkette de YK üyesi olan kişiler için rekabet yasağının kapsamı da bir o kadar geniş olacaktır. Öyle ki her iki şirket bakımından da yasağa aykırı hareket edilmesi halinde

yasağı ihlal eden YK üyesine karşı her iki şirketin de yaptırım uygulama hakkı bulunmaktadır.

Birleşmeye katılan şirketlerin fiilen uğraştıkları ticari işlerin aynı olması halinde devrolunan YK üyesinin birleşme kararı tescil edilene kadar devralan şirkette de YK üyesi seçilmesi durumunun devrolunan şirket bakımından yasağın ihlali sonucunu doğurup doğurmayacağı hususu da tartışılması gereken bir diğer konudur. Kanaatimize göre, TTK m. 396'da YK üyelerinin GK'nın iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işi kendilerinin veya başkalarının hesabına yapmaları yasaklandığından; bir şirkette YK üyesi olan bir kişinin söz konusu şirketle aynı alanda faaliyet gösteren başka bir şirkette yönetici olması "*başkası hesabına iş görm*e" sayılır ve yasak kapsamındadır. Ancak daha önce de incelendiği üzere; YK üyesi, ikinci şirkette YK üyeliği görevini kabul etmiş ancak kendisine hiçbir şekilde yönetim ve temsil yetkisi devredilmemişse; bu durumda YK üyesinin başkası hesabına iş görmesi de mümkün değildir [713] . Çünkü bu konuda yetkisi de bulunmamaktadır. Bu ihtimalde yasağa aykırı bir iş görülmesi, hukuken mümkün olmadığından, yasağın ihlalinden söz edilemez. İşte birleşme işlemlerinde de devrolunan anonim şirket ile devralan anonim şirketin fiilen iştigal ettikleri alanlar aynı ise birleşme kararı tescil edilene kadar devrolunan şirket YK üyesinin devralan şirkette de YK üyesi seçilmesi eğer söz konusu üyeye yönetim ve temsil yetkisi devredilmişse; devrolunan şirket bakımından yasağa aykırı olarak değerlendirilir. Ancak her iki şirkette de YK üyeliği görevini üstlenen kişiye devralan şirkette herhangi bir yönetim ve temsil yetkisi devredilmemişse; devralan şirkete karşı rekabet yasağı ihlal edilmiş olmaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanaatimizce devrolunan şirketin

[713] Bkz. İkinci Bölüm, V, D,1.

birleşme kararının tescil edilmesiyle birleşme gerçekleşeceğinden, bir bakıma devrolunan şirket YK üyesinin bu sıfatı da ortadan kalkar ve YK üyesinin devrolunan şirkete karşı rekabet etmeme yükümlülüğü de sona erer. Ancak devrolunan şirketin birleşme kararı ticaret siciline tescil edilmemiş, devralan şirketin birleşme kararı tescil edilmiş olsun veya olmasın; YK üyesinin geçen süre zarfında devrolunan şirkete karşı rekabet yasağına uymakla yükümlü olduğunun kabulü gerekir. Yine devralan anonim şirketin faaliyetlerini yürüttüğü yer ile devrolunan anonim şirketin faaliyetlerini yürüttüğü yerin farklı olması halinde her iki şirketin faaliyet konusu aynı olsa bile rekabet yasağının ihlali gündeme gelmez. Öyle ki coğrafi olarak devrolunan şirketten başka bir bölgede faaliyetlerini yürüten ve dolayısıyla müşteri çevresi farklı olan devralan anonim şirketin menfaatinin, bambaşka bir yerdeki anonim şirket nedeniyle ihlal edilmesi beklenemez.

Birleşme sözleşmesinde zorunlu ayrılma akçesi öngörülmesi halinde, birleşme kararı ancak mevcut oy haklarının yüzde doksanının olumlu oyu ile alınabilecektir (TTK m. 151/ f. 5). Zorunlu ayrılma akçesi öngörülmek suretiyle şirketten çıkarılacak pay sahipleri için birleşme kararının tescili ile pay sahipliği sıfatı da sona erecektir. Eğer aynı zamanda pay sahipleri sözleşmesinde söz konusu pay sahipleri için rekabet yasağı düzenlenmişse aksine sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde söz konusu yükümlülüğün devam ettiğinin kabulü gerekir. Öyle ki pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğü, paya değil pay sahibinin şahsına bağlı olduğundan, ayrılma akçesi alarak şirketten ayrılacak pay sahipleri için yükümlülük de sona ermeyecektir. Yükümlülüğün sona erdiğinden söz edilebilmesi için kanımızca pay sahipleri sözleşmesinde değişiklik yapılması gerekmektedir. Pay sahibi sayısının fazla olduğu şirketlerde sözleşmede sonradan yapılacak değişikliklerin uzun zamanda

yapılabilmesi ve maliyetli olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, sonradan bu yönde bir sorun yaşanmaması adına, kanımızca; pay sahipleri sözleşmesinde rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hüküm getirilirken olası bir birleşmede, birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesine yer verilmesi ihtimaline karşı, ilgili pay sahipleri bakımından yasağın sona ereceğinin düzenlenmesinde yarar vardır.

Birleşme dolayısıyla devrolunan anonim şirketin işletme konusunda değişiklik meydana gelmesi halinde birleşme kararının ayrıca şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli nisapla alınması gerekmektedir (TTK m. 151/ f. 6). TTK m. 421/ f. 1 uyarınca kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde esas sözleşme değişikliliğine ilişkin kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınabilir. Söz konusu yeter sayıyı düşüren veya nispi yeter sayı öngören esas sözleşme hükümleri ise geçersizdir. Ancak TTK m. 421/ f. 3'te işletme konusunun tamamen değiştirilmesi halinde esas sözleşme değişikliği kararlarının, sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile alınabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla devrolunan bir anonim şirket için birleşme sözleşmesinde işletme konusunun değiştirilmesi halinde, TTK m. 421/ f. 3 uygulama alanı bulacaktır. Ancak TTK m. 421/ f. 3 yalnızca işletme konusunun "tamamen" değiştirilmesi durumunda uygulanabilir. İşletme konusunda kısmi değişiklik olması halinde TTK m. 421/ f. 1 gündeme gelecektir. "Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik[714]" (Anonim Şirketler Genel Kurul Toplantıları Hakkında Yönetmelik) m. 22/ f. 6 vardığımız bu sonucu desteklemektedir. Söz konusu hükme göre birleşme

[714] RG. 28.11.2012, S. 28481.

nedeniyle şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi halinde birleşme kararı, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınabilecek, işletme konusunda kısmi değişiklik öngörülmesi halinde ise ilk toplantıda şirket sermayesinin yarısını temsil eden pay sahipleri, ikinci toplantıda şirket sermayesinin en az üçte birini temsil eden pay sahiplerinin hazır bulunduğu toplantıda hazır bulunanların oylarının çoğunluğu ile karar alınabilecektir[715]. Ancak devrolunan şirketin işletme konusunda "*kısmen*" dahi olsa değişiklik öngören bir birleşme sözleşmesinin, işletme konusunda hiç değişiklik öngörmeyen bir birleşme sözleşmesine göre genel kurulda daha düşük yeter sayı ile onaylanabilecek olması; hükmün amacı ile bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir[716].

Halka açık anonim şirketin devrolunan taraf olması ve birleşme işlemi nedeniyle işletme konusunun kısmen veya tamamen değişmesi halinde işletme konusunun değişmesi "önemli nitelikteki işlem" sayılacağından SerPK m. 29 uyarınca birleşme sözleşmesi, toplantı nisabı aranmaksızın, ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oyu ile onaylanmalıdır. Nitekim ortaklığın temel faaliyetleri veya olağan ticari hayatında esaslı değişiklik yapılmak suretiyle yatırımcıların yatırım kararlarının değişmesine yol açan ortaklığın yapısına ilişkin temel işlemler, Kurul tarafından önemli nitelikteki işlem olarak değerlendirilmektedir (II-23. 3 Sayılı Tebliğ, m. 4/ f. 3).

[715] İşletme konusunun kısmen değiştirilmesi özellik arz etmeyen esas sözleşme değişikliği olduğundan TTK m. 421/ f. 1'de düzenlenen yeter sayı uygulama alanı bulmaktadır.
[716] Ulusoy, s. 94.

Son olarak devrolunan anonim şirket YK üyeleri için devralan anonim şirketin coğrafi olarak faaliyetlerini fiilen başka bir bölgede yürütmesi halinde yasağın coğrafi bakımdan kapsamı da değişecektir.

4. Anonim Şirketin Limited Şirket ile Birleşmesinde Rekabet Yasağı

a. Devrolunan Tarafın Anonim Şirket Olması Halinde Rekabet Yasağı

Anonim şirketin limited şirket tarafından devralındığı birleşmelerde, ortaklık haklarının ve sıfatının sürekliliği ilkesi gereğince anonim şirket pay sahipleri, limited şirket ortakları olacaktır. Bu halde, anonim şirket pay sahiplerinin ortaklıksal yükümlülükleri de başkalaşır. Öyle ki birleşme kararının tescili ile "*limited şirket ortağı*" sıfatını kazanacak olan devrolunan anonim şirket pay sahipleri, bu tarihten itibaren kanun uyarınca limited şirkete karşı bağlılık yükümlülüğü altındadır (TTK m. 613/ f.1 ve f.2). Ancak bağlılık yükümlülüğü, tek başına rekabet yasağına uyma zorunluluğunu doğurmamaktadır. Devrolunan anonim şirket pay sahiplerinin devralan limited şirkette rekabet yasağına tâbi olmaları için ortaklık sözleşmesinde buna ilişkin bir düzenleme olması gerekmektedir (TTK m. 613/ f. 2). Şayet limited şirketin ortaklık sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı düzenlenmişse, birleşme kararının tescili tarihi itibariyle limited şirket ortağı sıfatını kazanacak olan devrolunan anonim şirket pay sahipleri, rekabet yasağına uymakla yükümlüdür. Görüldüğü üzere; bir anonim şirketin limited şirket tarafından devralınmasında, anonim şirket pay sahiplerinin

kanun gereği bağlılık yükümlülüğüne ve eğer ortaklık sözleşmesinde öngörülmüşse rekabet etmeme yükümlülüğüne uymak zorunda olmaları sebebiyle yükümlülükleri artmaktadır. Devrolunan anonim şirket pay sahiplerinin yükümlülüklerinin limited şirket ile birleşilmesi sebebiyle artması nedeniyle bu hususların TTK m. 147/ f. 2/ b. g ve b.h uyarınca birleşme raporunda yazılması gerekir. Öyle ki anonim şirket pay sahiplerinin durumu, limited şirket ile birleşilmesinden ötürü ağırlaştırılmaktadır.

Keza TTK m. 151/ f. 4 uyarınca bir anonim şirketin limited şirket tarafından devralınması halinde ek yükümlülük veya kişisel edim yükümlülüğü öngörülüyorsa veya bunlar mevcut olup da genişletiliyorsa tüm ortakların oybirliği aranmaktadır. Bu bakımdan devralan limited şirketin ortaklık sözleşmesinde öngörülen rekabet yasağı kanımızca anonim şirket pay sahipleri için yan edim yükümlülüğü teşkil etmektedir. Bu nedenle devrolunan anonim şirkette birleşme kararının ancak oybirliği ile alınması gerekir.

Devrolunan anonim şirket pay sahibi; devralan limited şirkette hem müdür hem de ortak olmuşsa ve ortaklık sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmüşse hem sözleşmesel rekabet yasağına hem de müdürlük sıfatı gereğince kanundan doğan rekabet yasağına tâbi olacaktır.

Anonim şirket pay sahipleri ile şirket arasında sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması bulunması halinde, birleşme kararının tescili itibariyle söz konusu anlaşma da sona erecektir. Nitekim birleşme kararının tescili ile anonim şirket de son bulmaktadır. Bunun gibi pay sahipleri sözleşmesinde rekabet yasağına ilişkin hüküm bulunması halinde birleşme kararının tescili tarihi itibariyle ilgili hükmün uygulanabilirliği de ortadan kalkmaktadır. Ancak pay sahipleri sözleşmesinde pay sahipleri şirkete karşı değil, birbirlerine karşı rekabet etmeme yükümlülüğü

öngörmüşlerse kanaatimizce, söz konusu yasağın şirket sona erse bile devam etmesi gerekir. Çünkü pay sahipleri sözleşmesi ile öngörülecek hak ve yükümlülükler paya değil şahsa bağlı olduğundan anonim şirketin sona ermesi, bu hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmamaktadır. Bunun için taraflar bir araya gelerek pay sahipleri sözleşmesini feshetmedikleri sürece yasak varlığını koruyacaktır. Pay sahipleri sözleşmesinde sözleşmenin sona erme halleri arasında şirketin başka bir şirket tarafından devralınması durumunun düzenlenmiş olması halinde ise, pay sahipleri sözleşmesi birleşme kararının tescili ile sona ereceğinden pay sahiplerinin birbirlerine karşı uymakla yükümlü oldukları rekabet yasağı da son bulacaktır. Ancak pay sahipleri sözleşmesinde pay sahiplerinin birbirlerine karşı rekabet etmeme yükümlülüğü altında olduklarına ilişkin hükmün sözleşme sona erse bile devam edeceği düzenlenmişse, sözleşme sona erse bile yükümlülük devam edecektir. Önemle belirtmek gerekir ki bu şekilde öngörülecek sözleşmesel rekabet yasağının kapsamının makul olması ve Anayasa m. 48 ve TBK m. 27'ye aykırı düzenlenmemesi gerekmektedir.

Birleşme kararı tescil edilene kadar ki süre içerisinde anonim şirket pay sahibinin limited şirkette müdür seçilmesi halinde müdürlük sıfatından ötürü söz konusu pay sahibi için kanun uyarınca rekabet yasağı gündeme gelecektir. Bu halde anonim şirket pay sahibi, limited şirket müdürü olarak limited şirketin faaliyet konusu ile sınırlı olmak üzere şirkete karşı rekabet teşkil eden davranışlarda bulunamaz.

Anonim şirket pay sahibinin aynı zamanda YK üyesi olması ve birleşme kararı tescil edilmeden önce limited şirkette müdür olarak atanması durumunda ise her iki şirkete karşı rekabet yasakları bakımından bir örtüşme söz konusu olur. Öyle ki birleşme kararı tescil edilene kadar anonim şirkete karşı *"YK üyesi"* sıfatı gereğince TTK m. 396, *"limited şirket müdürü"* sıfatı gereğince de TTK m. 626/ f. 2 uygulama

alanı bulur. Dolayısıyla her iki sıfata da haiz bir kişinin bu süre zarfında her iki şirkete karşı da rekabet etmeme yükümlülüğü söz konusudur. Ayrıca şirketlerin faaliyet konularının da aynı olması halinde salt bu sebepten rekabet yasağının ihlal edilip edilmediğinin incelenmesi gerekir. Örneğin, faaliyet konuları aynı olan anonim şirketin limited şirket tarafından devralınmasında, henüz birleşme kararı tescil edilmemiş, yani anonim şirket sona ermemişse; anonim şirkette YK üyesi olan bir kişinin limited şirkette müdür seçilmesinin TTK m. 396 uyarınca rekabet yasağına aykırılık oluşturup oluşturmadığı üzerinde durulması gerekir. Daha önce de ifade edildiği üzere; TTK m. 396, YK üyesinin şirketin fiilen uğraştığı türden bir işin YK üyesi tarafından kendisi veya başkasının nam ve hesabına yapılması yasaklamıştır. Bu nedenle, YK üyesi başka bir şirkette daha yönetim ve temsil görevini üstlenmişse başkası hesabına iş yapmış ve yasağı bu suretle ihlal etmiş olur[717]. Bilindiği üzere, anonim şirketlerde yönetim (TTK m. 367) ve temsil yetkisi (TTK m. 370/ f. 2) devredilebilmektedir. Benzer bir hüküm limited şirketler bakımından düzenlenmemiştir. Ancak öğretide, TTK m. 577/ f.1/ b. i[718], TTK m. 623[719], TTK m. 625/ f.1/ b.b ve b.d[720] ve TTK m. 629[721] hükümlerinden hareketle limited şirketlerde de yönetim ve temsil yetkisinin bir veya birden fazla müdüre veya üçüncü kişiye

[717] Bkz. İkinci Bölüm, V, D, 1.

[718] Şirket sözleşmesinde öngörülmeleri şartıyla bağlayıcı olan hükümlerin düzenlendiği TTK m. 577'nin 1.fıkrasının i bendinde "*Şirket yönetiminin üçüncü bir kişiye bırakılmasına ilişkin yetki hükümleri*" yer almaktadır.

[719] TTK m. 623: "*Şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir.*"

[720] Müdürlerin devredilmez ve vazgeçilemez görevlerinin düzenlendiği 625.maddenin 1.fıkrasının (b) bendi uyarınca "*Kanun ve şirket sözleşmesi çerçevesinde şirket yönetim örgütünün belirlenmesi*" aynı hükmün (d) bendi uyarınca ise "*Şirket yönetiminin bazı bölümleri kendilerine devredilmiş bulunan kişilerin, kanunlara, şirket sözleşmesine, iç tüzüklere ve talimatlara uygun hareket edip etmediklerinin gözetimi*" devredilemez ve vazgeçilemez görevler arasında düzenlenmiştir.

[721] TTK m. 629: "Müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına, yetkinin sınırlandırılmasına, imzaya yetkili olanların belirlenmesine, imza şekli ile bunların tescil ve ilanına bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümleri kıyas yolu ile uygulanır."

devredilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir[722]. Bu görüş doğrultusunda kendisine yönetim ve temsil yetkisinin devredilmediği müdürün salt "müdür" sıfatı nedeniyle aynı zamanda YK üyesi olduğu anonim şirkete karşı TTK m. 396 uyarınca rekabet yasağını ihlal etmesi mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle; devrolunan anonim şirket YK üyesinin faaliyet alanı aynı olan bir limited şirket tarafından devralınması halinde; birleşme kararı tescil edilmeden önce devralan limited şirkette müdür seçilmesi, sırf bu nedenle anonim şirkete karşı rekabet yasağını ihlal ettiği anlamına gelmez. Ancak devralan limited şirkette müdür seçilen ve aynı zamanda devrolunan anonim şirkette YK üyesi olan bir kişiye, limited şirket içinde yönetim ve temsil yetkileri devredilmişse; artık birleşme kararı tescil edilene kadar geçen süre boyunca "müdür" sıfatıyla limited şirket adına ve hesabına gerçekleştirilen işlemler nedeniyle anonim şirketin menfaati ve dolayısıyla YK üyesi bakımından rekabet yasağının ihlal edildiğinin kabulü gerekir.

b. Devrolunan Şirketin Limited Şirket Olması Halinde Rekabet Yasağı

Devrolunan şirketin limited şirket olması halinde, birleşme kararının tescili tarihi itibariyle anonim şirket pay sahibi haline gelecek olan limited şirket ortakları için ortaklık sözleşmesinde öngörülen rekabet yasağı da son bulacaktır. Nihayetinde anonim şirketlerde rekabet yasağı, yalnızca YK üyeleri için düzenlenmiş olup şirket pay sahiplerini kapsamamaktadır. Devrolunan limited şirket ortaklarının anonim şirkete karşı rekabet yasağına tâbi olması isteniyorsa; buna ilişkin düzenleme, ancak

[722] Kırca, İ.: "TTK m. 371. 7 Hakkında Bir İnceleme AB'ye Üyelik Yolunda Geri Adım", BATİDER 2014, C. 30, S. 3, s. 36; Ayrıca bkz. Yanlı, V./Okutan Nilsson, G.: Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini", BATİDER 2014, C.30, S.4, s. 37.

pay sahipleri sözleşmesi veya bu mahiyette bir sözleşme ile yapılabilir. Limited şirketin aksine; esas sözleşmede pay sahiplerine rekabet yasağı öngören hükümlere yer verilmesi durumunda söz konusu hükümler, kanunun emredici hükümlerine [723] (TTK m. 340'a ve TTK m. 480) aykırı olduğundan kesin olarak hükümsüzdür.

Devrolunan limited şirket müdürünün devralan anonim şirkette YK üyesi seçilmesi halinde yasağın kapsamı da değişecektir. Önceden rekabet yasağının konu bakımından kapsamı limited şirketin faaliyet gösterdiği alanla sınırlıyken anonim şirket YK sıfatını kazanmasıyla rekabet yasağının konu bakımından kapsamı, anonim şirketin faaliyet alanına göre belirlenir.

Birleşme kararı tescil edilmeden önce devrolunan limited şirket müdürünün faaliyet konusu aynı olan devralan anonim şirkette YK üyesi seçilmesi halinde, TTK m. 626/ f. 2 uyarınca rekabet yasağının ihlal edilip edilmediğinin araştırılması gerekir. Daha önce de ifade edildiği üzere; müdürlerin şirketle rekabet oluşturan faaliyette bulunamacağına ilişkin TTK m. 626/ f. 2'de, rekabet yasağının kapsamı TTK m. 396 ve TTK m. 230'a göre daha geniş düzenlenmiştir. Ancak bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre, rekabet yasağının dar yorumlanması ilkesi ve yasağın kaynağının sadakat yükümlülüğü olmasından hareketle, yasağın kapsamı bakımından TTK m. 396 veya TTK m. 230 limited şirketlerde de kıyasen uygulanmalıdır[724]. Bu görüşün kabul edilmesi halinde devrolunan limited şirket müdürünün birleşme kararı tescil edilmeden önce devralan anonim şirkette YK üyesi seçilmesi, salt bu nedenle rekabet yasağının ihlali olarak nitelendirilemez. Rekabet yasağının ihlalinden söz edilebilmesi için her iki şirketin de faaliyet konularının aynı olması ve devralan anonim şirkette yönetim ve temsil yetkisinin anonim şirket YK üyesine/limited şirket müdürüne devredilmiş

[723] Bkz. İkinci Bölüm, V, B, 3, b.
[724] Bkz. İkinci Bölüm, VI, D.

olması gerekmektedir. Yoksa salt devralan anonim şirkette YK üyeliği görevinin kabul edilmesi, devrolunan limited şirkete karşı rekabet yasağının ihlali sonucunu doğurmaz.

Birleşme nedeniyle limited şirketin işletme konusunda değişiklik öngörülüyorsa birleşme sözleşmesinin şirket sözleşmesi değişikliği için gereken nisapla onaylanması gerekir (TTK m. 151/ f. 6). TTK m. 589/ f. 1 uyarınca aksi şirket sözleşmesinde kararlaştırılmadığı müddetçe şirket sözleşmesi, esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla değiştirilebilir. Ancak TTK m. 621 hükmü saklıdır. TTK m. 621'de ise önemli kararların temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabileceği düzenlenmiştir. İlgili hükmün 1.fıkrasının (a) bendi uyarınca şirketin işletme konusunun değiştirilmesi de önemli kararlar arasındadır. Bu nedenle birleşme nedeniyle limited şirketin işletme konusunun değişmesi halinde birleşme sözleşmenin ayrıca TTK m. 621'de düzenlenen yeter sayı ile onaylanması gerekmektedir.

Limited şirketin birleşme nedeniyle işletme konusunun değişmesi halinde devralan anonim şirkette YK üyeliği görevini üstlenecek olan limited şirket ortakları için rekabet yasağının kapsamı da değişebilir. Ancak her hâlükarda devralan anonim şirketin işletme konusunda yazan alanlarda fiilen faaliyette bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Devrolunan limited şirket ortakları için devralan anonim şirkette pay sahipleri sözleşmesi ile rekabet yasağı öngörülmesi halinde, söz konusu yasağın kapsamı limited şirket sözleşmesine kıyasen daha geniş olabilir. Hatta limited şirket sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı düzenlenmemiş olmasına karşın devralan anonim şirkette pay sahipleri sözleşmesi ile pay sahiplerine rekabet yasağı getirilmiş

olabilir. Ancak pay sahipleri sözleşmesi ortaklıklar hukuk kurallarının bir parçası olmadığından, bu tür sözleşmelerde düzenlenen rekabet yasağı hükümleri yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağının birleşme raporunda yer almasına gerek bulunmamaktadır. Buna karşın birleşme raporunda açıklama yapılması birleşme işleminin geçersizliği sonucunu doğurmaz.

5. Limited Şirketin Başka Bir Limited Şirketle Birleşmesi Halinde Rekabet Yasağı

İki limited şirketin birleşmesinde devrolunan şirketin şirket sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı öngörülmesi halinde kural olarak söz konusu yasak, birleşme kararının tescil edilmesiyle sona erecektir. Ancak devralan limited şirket sözleşmesi ile devrolunan şirket ortakları için rekabet yasağı getirilmesi mümkündür (TTK m. 613/ f. 2). Her iki şirketin de şirket sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı öngörülmüşse, devrolunan şirket ortakları için rekabet yasağının kapsamı birleşme nedeniyle değişebilir. Örneğin devrolunan limited şirket için yasak kapsamına alınmamış bir iş veya işlem devralan şirketin sözleşmesine göre yasağın kapsamında ise devrolunan şirket ortakları için birleşme dolayısıyla yasağın kapsamı genişlemiştir. Devralan şirketin ortaklık sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağının kapsamı, devrolunan şirketin ortaklık sözleşmesine kıyasen daha geniş olabileceği gibi; devrolunan şirketin ortaklık sözleşmesinde rekabet yasağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş de olabilir. Kanaatimizce bu hallerde TTK m. 147/ f. 1/ b. g uyarınca birleşme raporunda mevcut yasağın kapsamının genişleyeceği veya

devrolunan şirket ortaklarının rekabet yasağına tâbi olacağı hususunun açıklanması gerekir.

TTK m. 151/ f. 1/ b. c uyarınca limited şirketlerde birleşme sözleşmesi, sermayenin en az dörtte üçünü temsil eden paylara sahip bulunmaları şartıyla, tüm ortakların dörtte üçünün oylarıyla onaylanmalıdır. İlgili hüküm uyarınca, devrolunan limited şirket ortakları için devralan limited şirketin ortaklık sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmesi veya devrolunan şirketin ortaklık sözleşmesine kıyasen rekabet yasağının genişletilmesi hallerinde de yetersayı aynıdır. Çünkü kanun koyucu, ek yükümlülük veya kişisel edim yükümlülüğü öngörülen veya mevcut yükümlülüklerin genişletildiği birleşme sözleşmelerinde oybirliğini yalnızca limited şirket tarafından devralınan anonim şirket veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket için aramıştır. Bir diğer ifadeyle, limited şirketin başka bir limited şirketi devralması halinde, devrolunan şirket ortakları için rekabet yasağı getirilmesi veya mevcut yasağın genişletilmesi, TTK m. 151/ f. 4 kapsamında değildir. Öte yandan TTK m. 607'de şirket sözleşmesini değiştirip, ek ya da yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararlarının ancak ilgili ortakların onayı ile alınabileceği düzenlenmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere, şirket sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağı yan edim yükümlülüğü niteliğinde olduğundan, sonradan şirket sözleşmesinin değiştirilmesi suretiyle rekabet yasağının düzenlenmesi halinde ilgili ortağın onayı alınmalıdır[725]. Dolayısıyla birleşme dolayısıyla şirket sözleşmesi değiştirilerek devrolunan limited şirket ortakları için rekabet yasağı öngörülmesi veya yasağın kapsamının genişletilmesi hallerinde birleşme kararının tescilinden sonra alınacak GK kararında devrolunan limited şirket ortaklarının onayı alınmalıdır.

[725] Bkz. Üçüncü Bölüm, D, 1, a, bb.

Böylelikle ilgili ortağın onayı, birleşme sözleşmesinin onaylanması aşamasında değil; birleşme kararı tescil edildikten sonra yapılacak GK'da alınmış olacaktır. Öte yandan devrolunan limited şirketin birleşme dolayısıyla işletme konusunda değişiklik olması halinde, birleşme sözleşmesinin ayrıca TTK m. 621'deki yeter sayı ile onaylanması gerekir.

Devrolunan limited şirket ortağının, devralan limited şirkette müdür olması halinde müdür sıfatı gereğince şirkete karşı rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu süre zarfında devrolunan limited şirketin sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı öngörülmüşse her iki rekabet yasağı eş zamanlı olarak geçerlidir.

Devrolunan limited şirkette halihazırda müdür olan ortağın henüz birleşme kararı tescil edilmeden devralan şirkette de müdür olarak atanması halinde, devrolunan şirket ortağının her iki şirkete karşı da rekabet yasağına uyması gerekir. Ancak devralan limited şirketin faaliyet konusu ve faaliyetlerini yürüttüğü yerin devrolunan limited şirkete kıyasen farklı olması durumunda, rekabet yasaklarının konu ve yer bakımından kapsamı da birbirinden farklıdır.

TTK m. 626/ f. 2'nin lafzından müdürlerin şirkete karşı rekabet teşkil eden her türlü faaliyetten kaçınması gerektiği anlaşılmaktadır. Bundan ötürü limited şirkette müdür olan bir kişinin başka bir limited şirkette daha müdür olmasının rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Öyle ki anılan hükümde rekabet yasağının kapsamı hiçbir şekilde sınırlandırılmamış, genel olarak şirkete karşı rekabet teşkil edebilecek her türlü faaliyet yasaklanmıştır. Hükmün gerekçesindeyse bunun bilinçli bir tercih olduğu ve ETK m. 547'deki hallerin ve gereğinde bu haller dışında kalan rekabet faaliyetlerinin TTK m. 626/ f. 2'nin kapsamında olduğu ifade edilmiştir[726]. Bu

[726] Bkz. TTK m. 626 Madde Gerekçesi.

takdirde devrolunan limited şirket müdürünün faaliyet konusu aynı olan devralan şirkette henüz birleşme kararı tescil edilmeden önce müdür olması, TTK m. 626/ f. 2 uyarınca devrolunan şirkete karşı rekabet yasağını ihlal edici mahiyette değerlendirilebilir. Limited şirket müdürleri için rekabet yasağının kapsamının sınırlandırılması amacıyla TTK m. 396 veya TTK m. 230 hükümlerinin kıyasen limited şirketlerde de uygulanması gerektiği yönündeki görüş kabul edildiği takdirde; devrolunan limited şirket müdürünün rekabet yasağına aykırı hareket ettiği sonucuna varılabilmesi için devralan limited şirkette kendisine yönetim ve temsil görevinin devredilmiş olması gerekir. Öyle ki faaliyet konuları aynı olsa bile yönetim ve temsil yetkisine haiz olmayan bir müdürün şirket nam ve hesabına iş yapması mümkün olmadığından, rekabet yasağının ihlali de gündeme gelmeyecektir. Dolayısıyla TTK m. 626/ f. 2'de düzenlenen yasağın kapsamına ilişkin yapılacak yoruma göre yasağın ihlal edilip edilmediği konusunda farklı sonuçlara varılmaktadır.

II. ŞİRKET BÖLÜNMELERİNDE REKABET YASAĞI

A. Genel Olarak Şirketlerin Bölünmesi

1. Bölünmenin Tanımı

Bölünmenin TTK'da bir tanımı bulunmamaktadır. Sözlük anlamıyla birleşmenin tersi niteliğinde olan bölünme[727], genel olarak bir şirketin malvarlığının bir kısmının veya tamamının mevcut veya yeni kurulacak bir şirkete veya daha fazla

[727] Kocaer, s. 140.

şirkete bir bütün halinde devredilmesi ve malvarlığı devredilen şirketin veya onun ortaklarının malvarlığının devredildiği şirket veya şirketlerde ortak olmaları şeklinde tanımlanabilir[728]. Bölünmeye ilişkin hükümler ilk defa TTK ile ortaya konmuştur. Kanunda malvarlığı başka şirket veya şirketlere intikal eden ortaklıklar için "*bölünen ortaklık*" (TTK m. 159), "*devreden ortaklık*" (TTK m. 161/ f. 1, m. 162) terimleri; malvarlığını bir bütün olarak iktisap eden ortaklıklar için "*devralan ortaklık*" (TTK m. 163/ f.1), "*yeni kuruluş*" (TTK m. 164) ve "*bölünmeye katılan ortaklıklar*" (TTK m. 161/ f. 2/ b. a, m. 169/ f. 1, m. 176) terimleri kullanılmıştır.

Ticaret şirketlerini bölünmeye teşvik eden pek çok neden olabilir. Ekonominin kötüye gitmesi veya optimal büyüklüğe ulaşılması sebebiyle ortaya çıkan küçülme ihtiyacı, şirket ortaklıkları arasında yaşanan uyuşmazlıklar veya ortaklardan birinin ölümü, birden fazla işletme konusunun bulunması halinde çekirdek işletme konusuna geri dönülmek istenmesi, holding yapılanmasına geçilmesi gibi nedenlerle şirketler bölünmeyi şirketi yeniden yapılandırabilmek için bir araç olarak kullanabilir[729].

2. Geçerli Bölünmeler

Birleşmeye kıyasen bölünmede, bölünebilen şirket türleri daha sınırlı sayıda düzenlenmiştir. TTK m. 160 uyarınca yalnızca sermaye şirketleri sermaye şirketlerine veya kooperatiflere ve kooperatifler yine kooperatiflere veya sermaye şirketlerine bölünebileceklerdir. Dolayısıyla şahıs şirketlerinin bölünebilmesi mevcut kanun

[728] Demir, K.: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi, İstanbul 2017, s. 9; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. I, s. 169.
[729] Demir, s. 51-59; Kocaer, s. 139-140; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. I, s. 169.

uyarınca mümkün değildir. Şahıs şirketlerinin bölünebilmesi için önce tür değiştirerek sermaye şirketine dönüşmeleri ve daha sonra bölünmeleri gerekir[730].

3. Bölünme Türleri

a. Tam Bölünme/Kısmi Bölünme

aa. Tam Bölünme

TTK m. 159 uyarınca bir şirket tam veya kısmen bölünebilir. Tam bölünmede, bölünen şirketin tüm malvarlığı aktifi ve pasifiyle en az iki parçaya ayrılmak suretiyle en az iki şirkete devredilir[731]. Devredilen malvarlığının karşılığında bölünen şirket ortakları, malvarlığını devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap eder. Ortağı ve malvarlığı kalmayan bölünen şirket ise tasfiyesiz olarak sona erer ve ticaret sicilinden silinir (TTK m. 159/ f. 1/ b. a ve b. b).

bb. Kısmi Bölünme

Kısmi bölünmede bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü, mevcut veya yeni kurulmuş diğer şirketlere devrolunmaktadır[732]. Tam bölünmenin aksine, kısmi bölünmede bölünen şirket ortadan kalkmaz ve elinde kalan malvarlığı ile faaliyetlerine devam eder[733]. Kısmi bölünmede tam bölünmeden farklı olarak malvarlığının yalnızca bir kısmı en az bir şirkete devrolunmaktadır. Bir diğer ifadeyle, kısmi bölünmede tam bölünmede olduğu gibi en az iki devralan şirketin varlığı

[730] Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), C. I, s. 171.
[731] TTK m. 159 Madde Gerekçesi.
[732] Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), C. I, s. 172.
[733] Bkz. TTK m. 159 Madde Gerekçesi.

aranmaz[734]. Kısmi bölünme, külli hâlefiyet yoluyla gerçekleşebileceği gibi yavru şirket kurma yoluyla da gerçekleşebilir. Kısmi bölünmenin külli hâlefiyet yoluyla gerçekleşmesinde bölünen şirket ortakları, devralan şirket veya şirketlerin paylarını kendiliğinden iktisap eder. Böylece bölünen şirket ortakları hem bölünen şirkette hem de devralan şirket veya şirketlerde ortak olur (TTK m. 159/ f. 1/ b. b).

Yavru şirket kurma yoluyla kısmi bölünmede ise bölünen şirket ortakları değil; bölünen şirketin bizzat kendisi devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığı olarak, devralan şirket paylarını ve haklarını elde etmektedir. Bölünmenin yavru şirket kurma yoluyla kısmi olarak gerçekleştirilmesi; Türk hukukunda kısmi bölünmenin bir şekli olarak düzenlenmişken; Alman Dönüşüm Yasası'nın (*Umwandlungsgesetz*) 123. maddesinde bölünmenin bir diğer türü olarak hüküm altına alınmıştır[735]. Bu türde bölünen şirket, bölünen malvarlığı parçasını başka şirkete aynî sermaye olarak koymaktadır. Bir diğer ifadeyle; bu türde malvarlığının geçişi, küllî halefiyet yolu ile gerçekleşmemektedir[736].

b. Oranların Korunduğu (Simetrik)/ Korunmadığı (Asimetrik) Bölünme

Bölünen şirketin ortaklarının, devralan şirkette kendilerine tahsis edilen payları, bölünen şirketteki payları oranında edinmelerine oranların korunduğu (*simetrik bölünme*) bölünme denilmektedir (TTK m. 161/ f. 1 ve f. 2, b. a).[737] Eğer bölünen şirketin ortaklarına devralan şirket veya şirketlerde bölünen şirketteki payları

[734] Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), C. I, s. 173; Kocaer, s. 141.
[735] Altoprak, s. 58.
[736] TTK m. 159 Madde Gerekçesi.
[737] Kocaer, s. 144.

oranında pay tahsis edilmiyorsa, bir diğer ifadeyle; ortaklara devralan şirkette bölünen şirkette sahip oldukları orandan farklı oranlarda pay tahsis ediliyorsa oranların korunmadığı (*asimetrik bölünme*) bölünme söz konusudur (TTK m. 161/ f. 1/ b. b). Oranların korunmadığı bölünme devralan şirkette ortaklar arasındaki dengenin değiştirilmesi veya hâkim ve azınlık pay grupları yaratılması amaçlarıyla tercih edilmektedir. Böylelikle bölünme, optimal büyüklüğü aşmış, masrafları çoğalmış, yönetimi zorlaşmış şirketler için aynı zamanda bir yeniden yapılanma aracıdır[738]. Bu husus, hükmün gerekçesinde *"Kanun, oranın korunduğu ve korunmadığı bölünmeyi geniş bir tarzda düzenleyerek bölünmeye katılan şirketlere ve ortaklara, bölünmeyi şekillendirmede geniş hareket alanı ve olanağı tanımıştır. Bu esneklik, şirketin yeniden yapılandırılmasında kanunî engelleri kaldırma anlayışından kaynaklanmaktadır."* denilmek suretiyle de ifade edilmiştir[739].

c. Devralma/Yeni Kuruluş Suretiyle Bölünme

Birleşmede olduğu gibi bölünmede de devralma ve yeni kuruluş şeklinde bölünme mümkündür (TTK m. 164). Kanun koyucu, yeni kurulacak şirketin belli bir türde olmasını aramamıştır. Ancak TTK m. 160 göz önünde bulundurulduğunda bölünme amacıyla kurulacak olan yeni şirketin sermaye şirketi veya kooperatif olması gerekir. Yeni kuruluş suretiyle bölünmelerde devralan şirket henüz kurulmadığından, bölünme sözleşmesi değil bölünme planı hazırlanır[740].

Bölünen şirketin malvarlığının tamamının veya bir kısmının bir bütün olarak halihazırda mevcut şirketlere aktarılması halinde devralma şeklinde bölünme söz

[738] Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), C. I, s. 174.
[739] Bkz. TTK m. 161 Madde Gerekçesi.
[740] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. I, s. 175.

konusudur. Devralma şeklinde bölünmede bölünen şirketin malvarlığı, bir bütün olarak veya kısmen mevcut bir şirkete devredildiğinden *due diligence* süreci bu tür bölünmelerde de gündeme gelir. Devralma şeklinde bölünmelerde devralan şirket mevcut olduğundan bölünme sözleşmesinin hazırlanıp imzalanması gerekir[741].

B. Şirket Bölünmelerinde Rekabet Yasağının İncelenmesi

Şirket bölünmelerinde rekabet yasağının durumu; bölünmeye katılan şirketlerin türleri, faaliyet alanları, bölünmenin türü, şekli gibi pek çok farklı etkene göre değişmektedir.

Tam bölünmede, bölünen şirket sona ereceğinden bir bakıma birleşmede rekabet yasağını incelerken yaptığımız açıklamalar bu kısımda da geçerlidir. Nitekim bölünme kararının tescili[742] ile bölünen şirket tıpkı birleşme kararının tescilinde devrolunan şirkete olduğu gibi tasfiyesiz olarak sona ermektedir. Örneğin, bölünen şirketin limited şirket olması ve şirket sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı düzenlenmiş olması halinde, bölünme kararının tescili ile limited şirket son bulacak ve ortaklarının şirket sözleşmesinden doğan rekabet etmeme yükümlülükleri de sona erecektir. Buna karşın külli hâlefiyet yoluyla tam bölünmede, bölünen şirket ortakları süreklilik ilkesi gereğince devralan şirketlerde ortak olacaklarından, devralan şirketin

[741] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. I, s. 175.

[742] Tescil, bölünmenin hukuki sonuçlarının ortaya çıkması ve üçüncü kişiler için hüküm ifade etmesi açısından kurucu niteliktedir. Bölünen şirket, bölünme kararını tescil ettirmeden bölünmeye katılan diğer şirketler bölünmeye ilişkin olguları tescil ettiremez (TSY m. 129/ f. 2). Dolayısıyla bölünen şirketin bölünme kararını tescil ettirmesi, bölünme için kurucu niteliktedir. Devralan şirketlerin bölünme kararına ilişkin yapacakları tesciller ise açıklayıcıdır. Bkz. Kağıtcıoğlu, s. 131. Bölünen şirketin bölünme kararı, ticaret siciline tescil edilmediği sürece bölünmenin hukuki sonuçları ortaya çıkmaz.

türüne göre ortaklar için rekabet yasağı gündeme gelebilir. Örneğin bir limited şirketin malvarlığının iki bölüme ayrılması ve bu bölümlerden birinin anonim şirkete ve diğerinin de bir başka limited şirkete devredilmesi halinde, bölünen şirket ortakları hem devralan anonim şirkette hem de devralan diğer limited şirkette ortak olacaklardır. Bu bakımdan bölünme sebebiyle elde ettikleri anonim şirket pay sahipliği sıfatı ortaklar için rekabet yasağı doğurmaz, ancak eğer devralan ikinci limited şirketin şirket sözleşmesinde ortaklar için şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü düzenlenmişse; ortakların ikinci limited şirkete karşı söz konusu yasağa uymaları gerekir. Buna benzer şekilde eğer devralan şirketlerin ikisi de limited şirketse ve her iki şirketin şirket sözleşmesinde rekabet yasağına ilişkin hüküm mevcutsa, bölünen şirket ortağının her iki şirkete karşı da rekabet etmeme yükümlülüğü gündeme gelecektir.

Kısmi bölünmede ise bölünen şirket sona ermeyeceğinden, rekabet yasağının durumunda bir değişiklik olmaz. Örneğin bölünen tarafın kooperatif olması ve devralan şirketin anonim şirket olması halinde; kooperatif ortakları için ana sözleşmede rekabet yasağı öngörülmüşse, kooperatif ortaklığı sıfatı devam edeceğinden kooperatife karşı rekabet yasağı da devam edecektir. Benzer şekilde gerek bölünen, gerekse devralan şirketin limited şirket olduğu bir kısmi bölünmede bölünme, külli hâlefiyet yoluyla gerçekleştiriliyorsa bölünen limited şirket ortağının, her iki şirketin de şirket sözleşmesinde hüküm bulunması halinde, hem devralan hem de bölünen şirkete karşı aksi kararlaştırılmadığı müddetçe rekabet etmeme yükümlülüğüne uyması gerekecektir.

Bölünmeye katılan şirketlerin farklı türde olmaları yasağın kişi bakımından kapsamını da belirlemektedir. Örneğin tam bölünmede bölünen şirketin anonim şirket, devralan şirketlerden birinin limited şirket olması halinde daha önce anonim şirkete

karşı rekabet etmeme yükümlülüğü altında bulunmayan pay sahipleri, limited şirket ortağı olmalarıyla; rekabet yasağına (şirket sözleşmesinde hüküm bulunması şartıyla) uymakla yükümlü hale geleceklerdir. Bu halde anonim şirket pay sahipleri için bölünme dolayısıyla yan edim yükümlülüğü getirilmiş olacağından; TTK m. 151/ f. 4 uyarınca bölünme kararı, oybirliği ile alınacaktır[743]. Yine bölünme dolayısıyla anonim şirket pay sahiplerinin yükümlülükleri artırılacağından bu hususun TTK m. 169/ f. 2/ b. e uyarınca bölünme raporunda açıklanması gerekir.

Külli hâlefiyet yoluyla bölünen tarafın bir kooperatif olması ve devralan şirketin limited şirket olması halinde de kooperatif üyeleri için bölünme kararının tescili ile limited şirket sözleşmesinde hüküm bulunması şartına bağlı olarak rekabet yasağı gündeme gelecektir.

TTK m. 169/ f. 2/ b. e uyarınca bir anonim şirket, sermayesi paylara bölünmüş şirketin veya kooperatifin bölünen, limited şirketin ise devralan şirket konumunda olduğu bölünme işleminde, eğer devralan limited şirket sözleşmesinde ortaklar için rekabet yasağı düzenlenmişse anonim şirket pay sahipleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket veya kooperatif ortakları için yan edim yükümlülüğü getirilmiş olacağından, bu hususun bölünme raporunda yazılması gerekir[744]. Öte yandan TTK m. 169/ f. 2/ b. f'de ise "*bölünmeye katılan şirketlerin türlerinin farklı olması hâlinde, ortakların yeni tür sebebiyle söz konusu olan yükümlülüklerinin*" bölünme raporunda yazılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda bir anonim şirketin bölünen, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin ise devralan olduğu

[743] Kanun koyucu, bölünme kararı için yeter sayıları düzenlerken oranların korunduğu ve oranların korunmadığı bölünmeler arasında bir ayrım yapmıştır. Buna göre oranların korunduğu bölünmelerde TTK m. 151/ f. 1, f. 3, f. 4 ve f. 6 uygulanacaktır. Oranların korunmadığı bölünmelerde ise bölünme kararı, bölünen şirkette oy hakkını haiz ortakların en az yüzde doksanıyla alınır (TTK m. 173/ f. 3).
[744] Daha önce ifade edildiği üzere "kişisel edim yükümlülüğü" ifadesi, yan edim yükümlülüğünü de içerecek şekilde anlaşılmalıdır. Bkz. Üçüncü Bölüm, D, 1, a, bb.

bölünmelerde komandite ortak haline gelecek olan anonim şirket pay sahipleri için rekabet yasağı kanun gereği doğacağından bu hususun bölünme raporunda açıklanması gerekir[745]. Ancak rekabet yasağının kanundan veya şirket sözleşmesinden kaynaklanmadığı, ortaklıklar hukuku kapsamı dışında, hüküm ve sonuçlarını borçlar hukuku alanında doğuran bir sözleşme (anonim şirketler için pay sahipleri sözleşmesi, diğer şirketler için ortaklar sözleşmesi) ile düzenlendiği durumlarda, ayrıca bölünme raporunda açıklama yapılmasına gerek yoktur. Öyle ki bu nitelikteki bir sözleşmenin ortaklıklar hukukunu etkilemesi ve ortaklıklar hukuku kaynaklı edimler için "yan edim" olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Buna rağmen bu hususun bölünme raporunda açıklanması bölünme işleminin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Nitekim bölünme raporu bir şeffaflık belgesi olup ortaklıklar sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağı konusunda bilgilendirilmiş olmaları, ortakların menfaatinedir.

Bölünmeye katılan şirketin türüne göre rekabet yasağının son bulması da mümkündür. Örneğin, bölünen şirketin limited ve devralan şirketlerin anonim şirket olduğu tam bölünmede, limited şirket ortakları için şirket sözleşmesinde rekabet yasağı düzenlenmiş olması halinde, söz konusu yasak, bölünme kararının tescili ve dolayısıyla anonim şirket pay sahipliği sıfatının kazanılmasıyla sona erer. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin kanunen şirkete karşı rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmadığından, bu ortaklar bakımından rekabet yasağı kanunen sona ermiş olur. Ancak pay sahipleri sözleşmesi ile ortaklar için rekabet yasağı getirilmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde devralan tarafların kooperatif olması halinde de limited şirket ortakları için şirket sözleşmesinden doğan rekabet yasağı son

[745] Aynı şekilde limited şirketin bölünen, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin devralan olduğu bölünmelerde de komandite ortak haline gelecek limited şirket ortakları için bölünme raporunda yükümlülüklerin açıklanması gerekir.

bulacaktır. Buna karşın eski limited şirket ortağı, yeni kooperatif ortakları için sözleşme ile rekabet yasağı getirilmesi mümkündür[746].

Kanımızca bölünme nedeniyle bölünen şirket, belli bir konuda faaliyet göstermeyi bıraktıysa ve o faaliyete ilişkin malvarlığını devrettiyse artık o şirketteki rekabet yasağının kapsamı da değişmiştir. Örneğin, enerji ve turizm alanlarında faaliyet gösteren bir anonim şirketin kısmi bölünerek, turizm faaliyetlerini başka bir anonim şirkete devretmesi halinde, TTK m. 396 uyarınca bölünen anonim şirketin YK üyelerinin uymakla yükümlü olduğu yasağın kapsamı, enerji faaliyetleri ile sınırlı olacak, bir bakıma daralacaktır. Aynı şekilde devralan anonim şirket YK üyeleri için yasağın kapsamı turizm faaliyetleri doğrultusunda genişleyecektir. Belirtmek gerekir ki bu halde bölünme sözleşmesinin ayrıca şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli nisapla onaylanmış olması zorunludur (TTK m. 151/ f. 6). Bu kapsamda; örneğin bölünen şirketin kooperatif olması halinde, bölünme sözleşmesinin KoopK m. 51/ f.2 gereğince ayrıca ana sözleşmede oy çoğunluğu hakkında daha ağır hükümler getirilmediği sürece *"fiilen kullanılan oyların 2/3'ü çoğunluğu"* ile onaylanması gerekmektedir. Eğer ana sözleşmede daha ağır nisap öngörülmüşse bölünme kararı, ayrıca bu nisapla onaylanmalıdır[747].

Bölünen şirketin bölünme kararı tescil edilene kadar bölünmenin hukuki sonuçları ortaya çıkmaz. Bir diğer ifadeyle; tam bölünmede bölünen şirketin bölünme kararı tescil edilmeden bölünen şirket sona ermez. Acaba bu süreçte bölünen şirket yöneticisinin devralan şirkette de yönetici seçilmesi, bölünen şirkete karşı rekabet yasağının ihlali anlamına gelir mi? Bölünmeye katılan şirketlerin anonim şirket olması

[746] Karakılıç, s. 101.
[747] Sarıkaya, S.: "Kooperatiflerin Katıldığı Birleşmelerde Kanunların Çatışmasından Doğan Sorunlar ve Uygulanacak Hükümlerin Tespiti" Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 5, S. 2, s. 231; anonim ve limited şirketler için bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 3, b ve Üçüncü Bölüm, I, D, 4 b.

halinde bölünen şirket YK üyesinin devralan anonim şirketlerden birinde YK üyesi seçilmesinin rekabet yasağına aykırı olduğunun kabulü için her iki şirketin de faaliyet alanlarının aynı olması gerekmektedir. Öte yandan bölünen şirket, bölünme kararı tescil edilene kadar fiilen faaliyetlerini durdurmuş ise bu takdirde kanımızca her iki şirketin faaliyet alanları aynı olsa bile salt bölünen şirket YK üyesinin başka bir anonim şirkette daha YK'da görev alması yasağı ihlal etmez. Keza bölünen şirket YK üyesi devralan şirkette YK üyeliği görevini kabul etmiş, ancak kendisine herhangi bir yetki devri yapılmamışa yine rekabet yasağının ihlali söz konusu olmamalıdır. Öyle ki TTK m. 396 uyarınca yasağın ihlalinden söz edilebilmesi için şirketin fiilen uğraştığı işlerin YK üyesinin kendisinin veya bir üçüncü kişi nam ve hesabına yapması gerekmektedir. Devralan şirkette yalnızca YK üyeliği görevini kabul etmiş ancak yönetim ve temsil yetkisine haiz olmayan bölünen şirket YK üyesinin üçüncü kişi nam ve hesabına iş yapması ve dolayısıyla rekabet yasağını ihlal etmesi mümkün değildir. Söz konusu açıklamalar KoopK m. 98'in yaptığı atıf gereğince kooperatifler için de geçerlidir.

Limited şirketlerde müdürler için rekabet yasağının kapsamı, şirketle rekabet oluşturan faaliyetlerdir (TTK m. 626/ f. 2). Hükmün lafzı gereğince; bir limited şirket müdürünün başka bir limited şirkette daha müdür olmasının rekabet yasağının kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere; limited şirketlerde rekabet yasağının diğer şirket türlerine göre daha geniş düzenlenmesini gerektirecek haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. Nihayetinde ortaklar arası güven ilişkisine dayalı kollektif şirketlerde dahi kanun koyucu, rekabet yasağının kapsamını dar tutmuştur (TTK m. 230). Bu nedenle, limited şirketlerde de yasağın kapsamına

TTK m. 230 veya TTK m. 396'nın uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[748]. TTK m. 396 uyarınca rekabet yasağının ihlalinden söz edilebilmesi için şirketin fiilen iştigal ettiği alanda YK üyesinin kendisinin veya bir başkasının nam ve hesabına iş yapması veya sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak bir şirkete ortak olması gerekmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere; başka bir şirkette yönetici olunması "*başkası nam ve hesabına iş yapılması*" sonucunu doğuracağından duruma göre rekabet yasağının ihlaline yol açabilecektir[749]. Bu bakımdan bölünen limited şirket müdürünün henüz bölünme kararı tescil edilmeden, devralan anonim şirkette YK üyesi veya devralan limited şirkette müdür olarak seçilmesi ihtimalinde; eğer her iki şirketin de faaliyet alanları ve faaliyet gösterdikleri coğrafi bölge aynı ise rekabet yasağının ihlal edildiği sonucuna varılabilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki yasağın ihlali için *"başkası nam ve hesabına iş yapılması"* gerekmektedir. Eğer bölünen limited şirket müdürü, devralan şirkette yönetim görevini kabul etmiş ancak kendisine yönetim ve/ veya temsil yetkisi devredilmemişse, bir diğer ifadeyle devralan şirkette yönetim ve/ veya temsil yetkileri usulüne uygun olarak bir veya birden fazla yöneticiye veya üçüncü kişiye devredilmiş ve bölünen şirket müdürü bu kişilerden biri değilse, yasağın ihlal edildiğinden söz edilemez. Öyle ki, bölünen şirket müdürünün devralan şirket müdürü olarak devralan şirket nam ve hesabına herhangi bir işlem yapma imkânı, yetki devri ile hukuken ortadan kalkmıştır. Ayrıca yine bize göre, bölünen şirket tam bölünüyorsa, bölünme kararı tescil edilene kadar fiilen faaliyet göstermeyi bırakmışsa, bir diğer ifadeyle şirket pasif bir şekilde bölünme kararının tescilini bekliyorsa, bu durumda adeta tasfiyeye benzer bir süreç söz konusu olduğundan, rekabet yasağının kapsamı da *de facto* olarak bölünme işlemleri ile sınırlandırılmış

[748] Bkz. İkinci Bölüm, VI, D.
[749] Bkz. İkinci Bölüm, V, D, 1.

demektir. Böyle bir durumun ortaya çıkması halinde, bölünen şirket müdürünün başka şirketlerde de yönetim görevini üstlenmesi, kendisine yetki devri yapılmış olsa bile, rekabet yasağını ihlal etmez. Öyle ki bölünen şirketin bu halde, korunmaya değer bir menfaati kalmamıştır. Ancak devralan şirketin korunmaya değer menfaati elbette ki varlığını sürdürür. Nihayetinde bölünen şirket müdürü aynı zamanda devralan şirkette de müdür veya YK üyesi olarak seçildiğinden, bu süreçte devralan şirketin faaliyet alanına giren iş ve işlemler gerçekleştirilmesi devralan şirkette yasağın ihlaline yol açacaktır.

Kısmi bölünmede ise bölünen şirket sona ermeyip devam edeceğinden, bölünen şirket yöneticisinin devralan şirkette veya başka bir şirkette daha "*yönetici*" görevini üstlenmesi, eğer her iki şirketin de faaliyet alanları ve bu faaliyetleri sürdürdükleri yerler aynı ise rekabet yasağına aykırılık teşkil edecektir. Bu ihtimalde her iki şirkete karşı da rekabet yasağı ihlal edilmiştir. Kanaatimizce bu halde de yöneticinin ikinci şirkette "*yönetici*" görevini kabul etmesi başlı başına yasağın ihlali sonucunu doğurmaz. Gerçek anlamda yasağın ihlal edilebilmesi için her iki şirket bakımından da yöneticinin yönetim ve/veya temsil yetkisine haiz olması gerekir. Öyle ki yönetim ve/veya temsil yetkisine haiz olmayan yöneticinin "*başkası nam ve hesabına*" iş görmesi ve dolayısıyla yasağı ihlal etmesi hukuken mümkün değildir.

III. TÜR DEĞİŞTİRMELERDE REKABET YASAĞI

A. Tür Değiştirme Kavramı ve Geçerli Tür Değiştirmeler

Tür değiştirme kavramı ilk kez ETK'da düzenlenmiştir. Bu tarihten önce şirketin türü değiştirilmek isteniyorsa mevcut şirketin fesih veya tasfiye edilerek yeni

şirket kurulması ve bütün malvarlığının cüz'i halefiyet ilkesi gereğince yeni şirkete aktarılması gerekmekteydi[750]. Her ne kadar bu halde de şirketin türünün değiştirilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkıyorsa da ETK ve TTK'daki teknik düzenlemeler uyarınca şirketin feshedilerek veya tasfiye edilerek yeni bir şirketin kurulması kanundaki anlamıyla *"tür değiştirme"* olarak kabul edilmemektedir[751]. Öyle ki kanunda düzenlendiği şekliyle tür değiştirme, bir şirket türünden diğer bir şirket türüne "*tasfiye edilmeksizin*", "*ekonomik ayniyetini*" koruyarak dönüşmesi anlamına gelmekte olup adeta "*şirketin hukuki kabuğunu değiştirmesi*" olarak nitelendirilmektedir[752]. Tür değiştirme nedenleri arasında ticari işletmelerin büyümesi sonucu şahıs şirketlerinin sermaye şirketlerine dönüşmesi, holdingleşme, sanayileşme nedeniyle sermaye şirketlerinin yaygınlaşması, halka açılma, yasal düzenlemelere uymak, vergisel avantajlar gibi sebepler sayılabilir[753].

ETK döneminde tür değiştirme hem teorik hem de dogmatik bakımdan ayrıntılı ve derine inen incelemelere konu olmuştur. Türk hukukunda tür değiştirmenin diğer yapısal değişikliklere nazaran daha özgün olduğu ifade edilmektedir. Konu ile ilgili olarak Yargıtay'ın verdiği ilkesel kararlarla da kavram gelişmiştir[754]. Ancak gerek ETK döneminde gerekse güncel mevzuatımızda "*tür değiştirme*" kavramı tanımlanmamıştır. Öğretide TTK'daki düzenlemelerden hareketle tür değiştirme; "*bir ticaret şirketinin, malvarlığında herhangi bir değişiklik olmaksızın veya yapılmaksızın* (bölünmenin aksine), *malvarlığı başkasına devredilmeksizin* (birleşmenin aksine); *tasfiyesi yapılmaksızın, ortaklığın ekonomik bütünlüğünü ve ortaklarının paylarının ve*

[750] Aras, D. Ç.: Sermaye Şirketlerinde Tür Değiştirme, İstanbul 2019, s. 33-34; Bahtiyar, s. 70.
[751] Öğretideki farklı görüşler için bkz. Aras, s. 34.
[752] Pulaşlı, (Şirketler Hukuku), C. I, s. 351.
[753] Kocaer, s. 173; Bkz. Aras, s. 43-52.
[754] TTK Gerekçe, Genel Olarak.

haklarının sürekliliği korunarak biçim değiştirmesi" olarak tanımlanmaktadır[755]. Nitekim TTK m. 180'de yeni türe dönüştürülen şirketin eskisinin devamı olacağı, m. 183'te ise ortakların şirket payları ve haklarının korunacağı, oydan yoksun paylar için sahiplerine eşit değerde paylar veya oy hakkını haiz payların verileceği, imtiyazlı payların karşılığında aynı değerde payların verileceği veya uygun bir tazminat ödeneceği, intifa senetleri karşılığında aynı değerde hakların verileceği veya tür değiştirme planının düzenlendiği tarihte gerçek değer ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla birleşme ve bölünmeye hâkim olan *"süreklilik ilkesi"* tür değiştirmede de geçerlidir.

Geçerli tür değiştirmeler TTK m. 181'de düzenlenmiştir. Buna göre, bir sermaye şirketi bir sermaye şirketine veya kooperatife dönüşebilir; kollektif şirket, sermaye şirketine, adi komandit şirkete veya kooperatife dönüşebilir; adi komandit şirket de aynı şekilde sermaye şirketine, kooperatife veya kollektif şirkete dönüşebilecektir. Kooperatifler ise yalnızca sermaye şirketlerine dönüşebilecektir. Dolayısıyla sermaye şirketlerinin şahıs şirketine dönüşmeleri mümkün değildir. Kaldı ki bir sermaye şirketinin şahıs şirketine dönüşmesi, uygulamada oldukça nadir rastlanılacak veya belki de hiç karşılaşılmayacak bir ihtimal olduğundan; kanunun bu dönüşüme izin vermemesi bir eksiklik olarak görülmemektedir[756].

Geçerli tür değiştirmeler, birleşme ve bölünmeye göre daha geniş düzenlenmiştir. Böylelikle şahıs şirketlerinin sermaye şirketlerini devralması yasağı veya şahıs şirketlerinin bölünmesi yasağı bertaraf edilebilecektir. Şahıs şirketi ilk

[755] Tekinalp (Poroy /Çamoğlu), C. I, s. 191; Pulaşlı, (Şirketler Hukuku), C. I, s. 352.
[756] Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), C. I, s. 194.

olarak sermaye şirketine dönüşerek bir başka sermaye şirketi ile birleşebilecek veya bölünmeye katılabilecektir[757].

B. Tür Değiştirme Çeşitleri

1. Şekil Değiştirici Tür Değiştirme

TTK'da düzenlenen tür değiştirme, şekil değiştirici tür değiştirmedir. Kanun koyucu, istisnai dahi olsa devredici tür değiştirmeye ilişkin bir düzenleme getirmemiştir[758]. Şekil değiştirici tür değiştirmede tek bir tüzel kişilik söz konusudur ve şirket başka bir şirkete dönüşmektedir. Tüzel kişilik tek olduğundan dolayı da bu çeşit tür değiştirmelerde malvarlığının devri söz konusu olmaz ve türü değiştirilen şirket tasfiye edilmez, feshedilmez; başka bir şirkete dönüştürülür[759]. Bu çeşit tür değiştirmelerde organsal değişiklikler söz konusu olabilir. Örneğin bir anonim şirketin sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete dönüşmesi halinde komanditer ortaklar, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin yapısı gereği şirkette yönetici olamayacaklardır[760].

2. Devredici Tür Değiştirme

[757] Kocaer, s. 174.
[758] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C.I, s. 192.
[759] Çakmak, S.: Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Ticaret Şirketlerinde Tür Değiştirme, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 113; Bahtiyar, s. 71.
[760] Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), C.I, s. 192.

Bu çeşit tür değiştirmede ise türü değiştirilen şirketin malvarlığı tasfiye edilmeksizin yeni tür şirkete devredilmektedir. Devir ve tür değiştirme işlemlerinin tamamlanmasıyla türü değiştirilmek istenen şirket, ticaret sicilinden silinir. Devredici tür değiştirmede şekil değiştirici tür değiştirmeden farklı olarak iki farklı tüzel kişilik söz konusu olup türü değiştirilen şirketin malvarlığı yeni türe devredilmektedir[761]. Bir anonim şirketin limited şirkete dönüşmesini düzenleyen ETK m. 553 devredici tür değiştirmeye örnek olarak verilebilir [762] . Ancak ilgili hüküm yeni kanuna alınmamıştır[763].

3. Kollektif ve Komandit Şirketlerin Tür Değiştirmelerine İlişkin Özel Düzenleme

Bir kollektif şirket, kollektif şirkete komanditerin girmesi veya ortaklardan birisinin komanditer olması suretiyle komandit şirkete dönüşebilir (TTK m. 182/ f.1/ b. a ve b. b). Bunun için ortaklık sözleşmesinin TTK m. 226/ f. 2 uyarınca oybirliği ile alınacak bir kararla değiştirilmesi gerekir[764].

Bir komandit şirket, tüm komanditer ortakların şirketten çıkmaları veya komandite ortak olmaları suretiyle kollektif şirkete dönüşebilecektir (TTK m. 182/ f. 2/ b. a ve b. b).

---

[761] Çakmak, s. 113; Kavak, A.: Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, Ankara 2005, s. 67.

[762] ETK m. 553: "*Bir anonim şirket tasfiye edilmeksizin aşağıdaki şartlar altında limitet şirkete çevrilebilir:*
1-Limitet şirket esas sermayesinin anonim şirketin esas sermayesinden az olmaması;
2-Anonim şirketin pay sahiplerine şirket mukavelesiyle tesbit edilmiş şekle uygun olarak yapılacak bir ilanla, sahip oldukları payların itibari değerlerine kadar limitet şirketin esas sermayesine iştirak imkanının verilmesi;
3-Bu suretle iştirak edecek kimselerin koyacakları paylar tutarının, anonim şirketin eses sermayesinin en az üçte ikisine tekabül etmesi."

[763] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. I, s.192.

[764] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), C. I, s. 195.

Kollektif şirketin komandit şirkete ve komandit şirketin kollektif şirkete dönüşmesi için TTK m. 182 ile tür değiştirmeye ilişkin özel düzenlemeler getirildiğinden şirketlerin tür değiştirmelerine ilişkin TTK'nın 180. ilâ 190. maddelerinin bu çeşit tür değiştirmelerde uygulanmasına gerek görülmemiştir[765].

4. Tür Değiştirmede Rekabet Yasağının Durumu

a. Sermaye Ortaklığının Başka Bir Sermaye Ortaklığına Dönüşmesi Halinde Rekabet Yasağı

Bir anonim şirketin limited şirkete dönüşmesi halinde limited şirket ortağı haline gelecek olan anonim şirket pay sahipleri için tür değiştirme işlemleri esnasında hazırlanacak şirket sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülmesi mümkündür. Bu takdirde anonim şirket pay sahipleri için bir bakıma tür değiştirme nedeniyle "*yan edim yükümlülüğü*" getirilmiş olacağından tür değiştirme kararı, oybirliği ile alınmalıdır (TTK m. 189/ f.1/ b. a)[766]. Aynı husus, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin limited şirkete dönüşmesi halinde de geçerlidir. Ayrıca TTK m. 186/ f. 2/ b. e uyarınca bu hususun tür değiştirme raporunda açıklanması gerektiği kanısındayız.

Anonim şirketin limited şirkete dönüşmesi halinde, ortaklardan birinin kanunen aynı zamanda müdür olması gerektiğinden (TTK m. 623/ f. 1), söz konusu

[765] TTK m. 182 Madde Gerekçesi.

[766] TTK m. 189/ f.1/ b.a uyarınca tür değiştirme kararı, limited şirkete dönüşme hâlinde, ek ödeme veya kişisel edim yükümlülüğü doğacaksa tüm ortakların onayıyla alınabilecektir. Görüldüğü üzere anılan hükümde TTK m. 607'de yer alan "yan edim yükümlülüğü" ifadesi yerine "kişisel edim yükümlülüğü" ve "ek ödeme yükümlülüğü" ifadeleri kullanılmıştır. Böylelikle her iki hüküm arasında açıkça bir uyumsuzluk yaratılmıştır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca TTK m. 189/ f. 1/ b. a'nın TTK m. 607'ye uygun olacak şekilde yeniden kaleme alınması ve "yan edim yükümlülüğü" nü de içerecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bkz. Coştan, (Geçerli Nisaplar), s. 44.

ortak bakımından rekabet yasağı ortak sıfatından dolayı değil, ancak müdür sıfatından dolayı kanun gereği doğacaktır (TTK m. 626/ f. 2). Bunun dışında eğer anonim şirket YK üyeleri, limited şirkette "*müdür*" olarak seçilmişlerse, rekabet yasağı YK üyeleri için değişmeden devam edecektir. Ancak belirtmek gerekir ki bir anonim şirketin limited şirkete dönüşmesiyle eğer limited şirket olarak fiilen iştigal edilen faaliyet alanı da değişmişse; örneğin ikinci el araba alım satımıyla uğraşan bir anonim şirketin limited şirkete dönüşmesiyle turizm ile de uğraşmaya başlaması halinde rekabet yasağının kapsamı eski YK üyeleri yeni limited şirket müdürleri için genişleyecektir. Dolayısıyla her ne kadar yeni şirketin eski şirketin devamı olduğu ifade edilse de şirket tür değiştirdikten sonra aynı konuda faaliyetlerini yürütmek zorunda olmadığından, ortaya çıkabilecek faaliyet değişiklikleri rekabet yasağının kapsamına etki edecektir. Bu çıkarım, diğer tür değiştirmeler bakımından da geçerlidir.

Bir limited şirketin anonim şirkete dönüşmesi halinde ise limited şirket ortakları için varsa şirket sözleşmesinden doğan rekabet yasağı, sona erecektir. Bu aşamada ortaklar için rekabet yasağı ancak pay sahipleri sözleşmesi veya bu mahiyette bir sözleşme ile paya bağlı olmayacak şekilde düzenlenebilir. Limited şirket ortaklarından biri veya bazıları tür değiştirme ile anonim şirkette YK üyesi olarak seçilmişse; söz konusu ortaklar bakımından TTK m. 396 gereği rekabet yasağı gündeme gelecektir.

Bir anonim veya limited şirketin sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete dönüşmesi halinde ise ortaklardan en az birinin komandite ortak olması gerektiğinden; söz konusu ortak, kanun gereği rekabet yasağına tâbi olacaktır. Bu halde komandite ortak haline gelecek ortak bakımından rekabet yasağı kanundan doğacaktır. Bu nedenle bu hususun TTK m. 186/ f. 2/ b. f uyarınca tür değiştirme raporunda

açıklanması gerekir. Her ne kadar kanunda bu yönde bir hüküm bulunmasa da kanımızca, komandite ortak haline gelecek olan anonim veya limited şirket ortağının onayı alınmalıdır (TTK m. 189/ f. 1/ b. a kıyasen). Eğer limited şirket ortağı için tür değiştirme öncesinde halihazırda ortaklık sözleşmesi ile rekabet yasağı öngörülmüşse, ortaklık sözleşmesindeki rekabet yasağı ile kanundan doğan rekabet yasağının (TTK m. 572) kapsamının karşılaştırılması gerekir. Eğer limited şirketin şirket sözleşmesinde düzenlenen yasağın kapsamı, TTK m. 572'de düzenlenenden daha genişse komandite ortak haline gelecek olan limited şirket ortağının ayrıca onayının alınmasına gerek olmadığı savunulabilir. Ayrıca kanun koyucu, TTK m. 151/ f. 3'te komandite ortakları korumak adına sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin, başka bir şirketi devralması hâlinde, komanditelerin tamamının birleşmeyi yazılı olarak onaylamaları gerektiğini hüküm altına almış ancak TTK m. 189'da bu yönde bir düzenleme yapmamıştır. Öğretide, TTK m. 151/ f. 3'ün tür değiştirmeler bakımından da kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür[767]. Esasen bir sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin anonim şirkete dönüşmesinde komandite ortağın durumu daha da ağırlaştırılmamakta tam tersine komandite ortak, sınırlı sorumlu anonim şirket ortağı haline gelmektedir. Dolayısıyla böyle bir korumanın gerekip gerekmediği tartışılabilir. Ancak bir anonim şirketin sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete dönüşmesinde, anonim şirket pay sahiplerinden komandite ortak haline gelecek olan pay sahiplerinin hukuki durumu ağırlaştırılmış olacağından; tür değiştirme planına muvafakat etmeleri gerekir. Buna karşın, kanunda bu yönde bir hüküm bulunmamasının ise bir eksiklik olmadığı düşüncesindeyiz. Öyle ki uygulamada bir anonim şirketin sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete

[767] Coştan, (Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları), s. 90.

dönüşmek istemesi sık rastlanılacak bir olay olmamakla beraber, nadiren karşılaşılabilecek bir hukuki meseledir.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin anonim şirkete dönüşmesi halinde yine komanditer ortağın hukuki durumunda bir değişiklik olmayacaksa da komandite ortak bakımından yasak, kanunen sona erecektir. Ancak komanditer veya komandite ortak, tür değiştirme kararının tescilinden sonra anonim şirkette YK üyesi seçilirse, üye sıfatının kazanılmasıyla rekabet yasağına uymakla yükümlü hale gelir.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin limited şirkete dönüşmesi halinde ise eğer şirket sözleşmesinde rekabet yasağına ilişkin bir hüküm mevcutsa komanditer ortaklar, şirket sözleşmesinden doğan rekabet yasağına uymakla yükümlü olurlar. Bu halde komanditer ortaklar bakımından rekabet yasağı bir *"yan edim yükümlülüğü"* teşkil ettiğinden; bu hususun tür değiştirme raporunda açıklanması (TTK m. 186/ f. 2/ b. e) ve tür değiştirme kararının oybirliği ile alınması (TTK m. 189/ f. 1/ b. a) gerekir.

Önemle belirtmek gerekir ki rekabet yasağının kanun gereği değil de taraflar arasında sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde akdedilecek bir sözleşme ile düzenlenmesi halinde, bu hususun tür değiştirme raporunda yer almasına gerek bulunmamaktadır. Öyle ki ortaklar arasında akdedilecek bu türden bir sözleşmenin ortaklıklar hukuku alanında hüküm ve sonuç doğurması mümkün değildir. Buna rağmen bu hususun tür değiştirme raporunda açıklanmış olması tür değiştirmenin geçerliliğine etki etmeyecektir.

Son olarak eğer komanditer veya komandite ortaklar limited şirkette aynı zamanda müdür olarak atanırlarsa, müdürlük sıfatı gereği kanundan doğan rekabet yasağına tâbi olurlar.

b. Tür Değiştirme Neticesinde Bir Kooperatifin Ortaya Çıkması ve Rekabet Yasağı

KoopK m. 98 uyarınca KoopK'da hüküm bulunmayan hallerde TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Anılan hüküm gereği, TTK m. 396 kooperatiflerde de uygulanacaktır. Dolayısıyla kooperatif ortaklarının kooperatife karşı rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bundan hareketle, bir anonim şirketin kooperatife dönüşmesi halinde pay sahiplerinin durumunda rekabet yasağı açısından bir değişiklik meydana gelmez. Keza limited şirket ortakları için ise şirket sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağı, kooperatife dönüşülmesiyle sona erer ve eski limited şirket, yeni kooperatif ortakları kanunen rekabet yasağından muaf olurlar.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde de komandite ortaklar bakımından rekabet yasağı, kooperatife dönüşülmesiyle sona ererken; komanditer ortakların durumunda TTK'da düzenlendiği şekliyle rekabet yasağı konusunda bir değişiklik yaşanmaz. Aynı husus bir adi komandit şirketin kooperatife dönüşmesi bakımından da geçerlidir. Kollektif şirketin kooperatife dönüşmesi halinde ise ortakların kanunen uymakla yükümlü bulundukları rekabet yasağı, tür değiştirme kararının tescili ile sona erer. Ortaklar bakımından durum bu olmakla birlikte, kooperatif yönetim kurulu üyeleri, TTK m. 396 uyarınca yasağa tâbi olduklarından tür değiştirme sonucu kooperatif yönetim kurulu üyesi seçilen ortaklar veya üçüncü kişiler yasağa uymakla yükümlüdür.

c. Bir Şahıs Şirketinin Sermaye Şirketine Dönüşmesi Halinde Rekabet Yasağı

Şahıs şirketinin sermaye şirketine dönüşmesinde ortakların yükümlülüklerinde ciddi değişiklikler meydana gelecektir. Bir kollektif şirketin anonim şirkete dönüşmesinde, kollektif şirket ortakları için kanundan doğan rekabet yasağı da son bulur. Aynı şekilde adi komandit şirketin anonim şirkete dönüşmesinde de komandite ortaklar için tür değiştirme kararının tescili ile yasak sona erer. Komanditer ortaklar her ne kadar kanun gereği rekabet yasağından muaf tutulmuşlarsa da yasak kapsamında kalan bazı davranışlarda bulunmaları halinde, olağan denetleme haklarını yitireceklerdir (TTK m. 311). Adi komandit şirketin anonim şirkete dönüşmesiyle komanditer ortakların yasağın ihlali niteliğindeki davranışlarına karşı uygulanan bu tedbir de ortadan kalkar. Ancak her halükârda tür değiştiren şahıs şirketinin ortaklarının anonim şirket YK üyesi olarak seçilmeleri halinde, rekabet yasağı üyelik sıfatından dolayı yeniden gündeme gelir. Yine pay sahipleri sözleşmesi ile ortakların gerek şirkete karşı gerekse birbirlerine karşı rekabet yasağına uymakla yükümlü tutulmaları mümkündür.

Kollektif şirketin limited şirkete dönüşmesi halinde ortaklar için kanunen rekabet yasağı da sona erer. Ancak limited şirkete karşı rekabet yasağı, ortaklık sözleşmesinde düzenlenmişse ortaklık sözleşmesindeki kapsam ve koşullarda kollektif şirket ortakları için yasak devam eder. Her ne kadar kanun koyucu yan edim

yükümlülüğü öngören tür değiştirmelerde tür değiştirme kararının oybirliği ile onaylanmasına ilişkin düzenlemeyi limited şirkete dönüşen anonim şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ile sınırlı tutmuşsa da kanımızca kollektif şirket ortaklarının TTK m. 230 uyarınca uymakla yükümlü oldukları yasağın kapsamı, limited şirketin şirket sözleşmesi ile genişletiliyorsa kollektif ortakların tümünün tür değiştirmeye onayının aranması gerekir. Bir diğer ifadeyle, limited şirkete dönüşen anonim veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde tür değiştirme nedeniyle yan edim yükümlülüğünün öngörülmesi halinde oybirliği arayan hüküm kollektif ve hatta adi komandit şirketlere de kıyasen uygulanmalıdır[768].

Adi komandit şirketin limited şirkete dönüşmesinde limited şirket ortaklık sözleşmesinde ortaklar içine rekabet yasağı düzenlenmemişse, komanditer ortağın rekabet yasağı bakımından hukuki durumunda bir değişiklik meydana gelmez. Komandite ortak içinse TTK m. 311'de düzenlenen yasak son bulur. Şirket sözleşmesinde hüküm bulunması durumunda ise komanditer ortak, rekabet yasağına uymakla yükümlü hale gelir. İşte bu halde komanditer ortağın yükümlülükleri "*yan edim yükümlülüğü*" öngörülmesi suretiyle artırılmış olacaktır. Her ne kadar kanunda adi komandit şirketler için bu yönde bir düzenleme yapılmamışsa da kanımızca bu şekilde yan edim yükümlülüğü getirilen ya da mevcut yükümlülükleri artırılan komanditer ve komandite ortakların tür değiştirmeye onaylarının aranması gerekir. Komandite ortakların durumu ise kollektif şirket ortaklarına benzediğinden, onlar bakımından da kollektif şirketlerde olduğu gibi TTK m. 311 ile ortaklık sözleşmesinde düzenlendiği şekliyle rekabet yasaklarının kapsamı bakımından bir karşılaştırma yapılmalı ve kapsama göre onaylarının gerekip gerekmediğine karar verilmelidir. Yine

[768] Benzer şekilde bkz. Coştan, (Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları), s. 88-89.

limited şirkete dönüşülen her durumda şirket sözleşmesi ile ile tür değiştiren şirket ortakları için rekabet yasağı getiriliyor veya mevcut yasaklar genişletiliyorsa, TTK m. 186/ f. 2/ b. e uyarınca tür değiştirme raporunda rekabet yasağına ilişkin açıklamaların yer alması gerekir.

Gerek anonim şirkete gerekse limited şirkete dönüşümlerde, YK üyesi sıfatını kazanacak olan kollektif veya adi komandit şirket ortakları, kanun gereği yasak kapsamındadır (TTK m. 396 ve m. 626/ f. 2).

Kollektif şirketin sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete dönüşmesi halinde, komandite ortak olacak olan kollektif şirket ortakları için yasak TTK m. 571 gereğince devam eder. Komanditer ortak haline gelecek olan kollektif şirket ortakları için ise yasak son bulur.

Adi komandit şirketin sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete dönüşmesinde ise komandite ortaklar bakımından yukarıda kollektif şirket ortakları bakımından yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Komanditer ortaklar için olağan denetim hakkının yitirilmesi sonucu ortadan kalkar. Öyle ki sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde TTK m. 565/ f. 2'nin atfı gereği paylı komandit şirketlerde denetime ilişkin anonim şirket hükümleri uygulanacağından paylı komandit şirketlerde komanditer ortağın şirketin işletme konusunun kapsamına giren işlerle uğraşacak bir ticari işletme açması veya böyle bir işletme açan bir kişiyle ortak olması ya da bu nitelikte bir şirkete girmesi, olağan denetim hakkının yitirilmesi sonucu doğurmaz.

Diğer yapısal değişikliklerde olduğu gibi tür değiştirmede de süreklilik ilkesi geçerlidir. Bu husus TTK m. 183/ f. 1'de düzenlenmiştir. Buna göre tür değiştirmede ortakların payları ve hakları korunacaktır. Bir adi komandit şirketin paylı komandit

şirkete dönüşmesinde bu nedenle adi komandit şirkette komanditer olan ortağın paylı komandit şirkette de komanditer olması gerektiği söylenebilir. Bu nedenle adi komandit şirketin paylı komandit şirkete dönüşmesinde komanditer ortak olarak kalacak ortak bakımından rekabet yasağı gündeme gelmeyecek ve hatta yukarıda yaptığımız açıklamalar gereğince, olağan denetim hakkının yitirilmesi riski de ortadan kalkacaktır. Söz konusu ortağın komandite ortak olması halinde ise TTK m. 571 uyarınca kanunen rekabet yasağı gündeme gelecektir. İşte bu halde bir bakıma komanditer ortağın tür değiştirme nedeniyle yükümlülüklerinde bir artış meydana geleceğinden; her ne kadar kanunda bu yönde bir hüküm mevcut değilse de kanaatimizce, tür değiştirme planının onaylanmasında söz konusu ortağın onayının alınması ve bu hususun TTK m. 186/ f. 2/ b. f uyarınca önceden tür değiştirme raporunda açıklanmış olması gerekir Aynı şekilde adi komandit şirkette komandite olan ortakların paylı komandit şirkette de komandite ortak olmaları durumunda, yasak aynı şekilde devam edecektir. Ancak tür değiştirme ile şirketin fiilen iştigal ettiği alanlarda değişiklik yapılmışsa, yasağın kapsamı da bu doğrultuda değişecektir. TTK m. 151/ f. 6'ya benzer bir düzenleme, tür değiştirmeler bakımından öngörülmemiştir. Ancak TTK m. 189/ f. 1/ b. e'de komandit ve kollektif şirketlerde tür değiştirme kararı için oybirliği aranmıştır. Aynı hükümde şirket sözleşmesinde ortakların tümünün üçte ikisinin olumlu oyuyla bu kararın alınabileceğinin düzenlenebileceği ifade edilmiştir. Şirket sözleşmesinde böyle bir hüküm var ise, kanımızca yasağın kapsamının tür değiştirme nedeniyle genişletildiği hallerde adi komandit şirket komandite ortaklarının karara olumlu oyunun aranması gerekir.

d. Bir Şahıs Şirketinin Başka Bir Şahıs Şirketine Dönüşmesi Halinde Rekabet Yasağı

Bir kollektif şirketin adi komandit şirkete dönüşmesi halinde kollektif şirket ortaklarından en az birinin komanditer olması gerekmektedir. İşte komanditer ortak haline gelecek olan kollektif şirket ortağı veya ortakları için tür değiştirme kararının tescili ile TTK m. 230'dan doğan rekabet yasağı da sona erer ve kanun gereği yeni bir yasak söz konusu olmaz. Ancak kollektif şirket ortaklarının komandite ortak olmaları halinde, yasağa uygulanacak hükümler değişse bile yasak neredeyse hiç değişmeden uygulanmaya devam eder. Bu durumda eğer kollektif şirket adi komandit şirkete dönüştükten sonra bazı faaliyet alanlarından vazgeçmişse, yasağın kapsamı daralacak veya tam tersi şekilde yeni faaliyet alanlarına yönelim olmuşsa, yasağın kapsamı genişleyecektir.

Adi komandit şirketin kollektif şirkete dönüşmesi halinde ise komanditer ortak da artık tür değiştirme kararının tesciliyle kollektif şirket ortağı olacağından, TTK m. 230 uyarınca rekabet yasağına uymakla yükümlü hale gelecektir. Bu halde komanditer ortağın yükümlülükleri kanun gereği artacağından bu hususun tür değiştirme raporunda yer alması gerekir. Ayrıca yine bu halde bize göre tür değiştirme kararı alınırken komanditer ortağın onayı alınmalıdır.

SONUÇ

Rekabet yasağına ilişkin hükümler TTK'da her şirket türüne ilişkin olmak üzere kişi ve konu bakımından kapsamı farklı olacak şekilde düzenlenmiştir (m. 230,

311, 396, m. 626/ f.2, m. 572.). Ancak her durumda rekabet yasağının kaynağının sadakat yükümlülüğü olduğunun kabulü gerekir. Yasağın kaynağının sadakat yükümlülüğü olması, kişi bakımından kapsamının belirlenmesinde önem taşımaktadır. Nitekim her ne kadar öğretide tartışmalı olsa da anonim şirketlerde şirkete karşı sadakat yükümlülüğü altında bulunmayan pay sahipleri için rekabet yasağı getirilmemiştir. Şahıs şirketi olan kollektif şirketlerde ise tüm ortaklar yasağın kapsamına dahil edilmiştir. Yasağın kişi bakımından kapsamı, adi ve paylı komandit şirketlerde komandite ortakları kapsayacak şekilde düzenlenmiş, komanditer ortaklar yasağın kapsamı dışında bırakılmıştır. Limited şirketlerde ise kanundan doğan rekabet yasağı asıl olarak müdürler bakımından öngörülmüş ancak anonim şirketlerden farklı olarak kanun koyucu, limited şirket sözleşmesine derç edilecek hükümle limited şirket ortakları için de rekabet yasağı getirilmesine imkân tanımıştır.

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin rekabet yasağına tâbi kılınmasının tek yolu pay sahipleri sözleşmesinde rekabet yasağının düzenlenmesidir. Ancak bu şekilde getirilecek yasak, paya bağlı olmayacağından pay sahipliği sıfatı sona erse bile aksine hüküm bulunmaması şartıyla devam edecektir. Yasağın pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenmesinin bir diğer sonucu da ihlali halinde kanundan doğan rekabet yasağına bağlanan yaptırımların uygulanamayacak olmasıdır. Öyle ki pay sahipleri sözleşmesi TTK'da düzenlenmediğinden, TTK hükümlerin uygulanması mümkün değildir.

Yasağın konu bakımından kapsamı konusunda yine şirket türüne göre düzenlemeler birbirilerinden ayrışmaktadır. Kollektif şirketlerde rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 230 ile anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri için rekabet yasağının düzenlediği m. 396 konu bakımından neredeyse aynı hükümlerdir. Ancak m. 230'da şirketin yaptığı türden işlerin yapılması yasaklanmışken; m. 396'da şirketin

işletme konusuna giren işlerin yapılması yasaklanmıştır. Ancak şirketin işletme konusu ile fiilen yaptığı işlerin uygulamada her zaman örtüşmesi beklenemeyeceğinden; anonim şirketlerde de yasağın kapsamının şirketin fiilen iştigal ettiği işler olarak anlaşılması gerekmektedir. Öte yandan limited şirketlerde yasağın konu bakımından kapsamı gerek kollektif gerekse anonim şirketlere kıyasen oldukça geniş düzenlenmiş ve şirketle rekabet oluşturan her türlü davranış yasaklanmıştır. Oysa limited şirket menfaatinin anonim ve kollektif şirketlere kıyasen daha fazla korunmasını gerektirecek herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Hükmün kapsamının bu ölçüde genişletilmesi, limited şirket müdürlerinin Anayasa m. 48 uyarınca çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünü gereğinden fazla sınırlandırmaktadır. Bu nedenle limited şirket müdürleri için yasağın konu bakımından kapsamına m. 230 veya m. 396'nın kıyasen uygulanması gerekmekte olup anılan hükmün kapsamının yapılacak bir değişiklikle daraltılması yerinde olacaktır. Kaldı ki limited şirketlerde yasağın kapsamının bu kadar geniş düzenlenmiş olması yasağın dar yorumlanması gereğine de aykırılık teşkil etmektedir.

Kanundan doğan rekabet yasakları bir bütün olarak değerlendirildiğinde yasağı ihlal edici davranışlara karşı yaptırım uygulanabilmesi için ihlal edici davranışın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle Türk hukuku uyarınca yasağın ihlaline hazırlık gibi davranışlara karşı kanundan doğan yaptırımların uygulanamaması gerekir. Öyle ki kanun koyucu açıkça yasağın ihlaline sonuç bağlamış ve Anglo Sakson hukukunda olduğu gibi "hazırlık" niteliğinde olan veya yasağı ihlal etmemekle beraber şirket menfaatini ihlal eden davranışları yasağın kapsamına almamıştır. Dolayısıyla şirket menfaatine aykırı veya rekabete hazırlık

niteliğindeki davranışlara karşı ancak sadakat yükümlülüğünün ihlali veya haksız rekabet hükümleri (TTK m. 54 vd.) işletilebilecektir.

Yapısal değişikliklerde rekabet yasağının durumu yapısal değişikliğe katılacak şirketlerin türüne göre ve sürecin aşamasına göre farklılık arz edecektir. Öyle ki birleşme işlemlerinin henüz tamamlanıp da devrolunan şirketin birleşme kararı ticaret siciline tescil edilmeden önceki bir aşamada ortakların veya yöneticilerin devrolunan şirkete karşı kanunen rekabet etmeme yükümlülüğü vardır. Ancak bu aşamada başka bir ortaklığa dahil olunması veya başka bir şirkette daha yönetim görevi üstlenilmesi yasağın ihlali olarak nitelendirilebilecektir. Yasağın ihlal edilip edilmediğinin her somut olaya göre ayrı şekilde değerlendirilmesi gerekir. Anonim şirketler bakımından devrolunan şirket YK üyesinin devralan şirkette de YK üyeliği görevini üstlenmesi halinde, yasağın ihlal edilip edilmediği, devralan şirkette söz konusu üyeye yönetim ve/veya temsil yetkilerinin devredilip devredilmediğine göre belirlenmelidir. Öyle ki yasağın ihlali için YK üyesinin birleşmenin tarafı olan şirketlerin fiilen iştigal ettikleri konuda başkası hesabına iş görme yetkisinin bulunması gerekir. Eğer böyle bir yetki devri yapılmamışsa, bunun doğal bir sonucu olarak yasağın ihlal edilebilmesi de söz konusu olmayacaktır. Ancak YK üyesinin kendisi adına bir işlemi gerçekleştirmesi ve söz konusu işlemin birleşmeye katılan şirketlerin fiilen uğraştıkları iş ile örtüşmesi halinde yasağın ihlali gündeme getirilebilir ve bu nedenle yaptırımla karşı karşıya kalınabilir. Aynı husus bölünme işlemleri bakımından da söz konusudur. Bölünme henüz geçerlilik kazanmadan önce, bölünen şirket ortağı veya yöneticisinin başka bir şirkette ortak veya yönetici olması, yasağın ihlali sonucunu doğurabilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki gerek birleşmede gerek bölünmede eğer devrolunan veya bölünen şirket bu süreçte fiilen uğraştığı işi yapmayı bırakmış ve yalnızca birleşme veya

bölünme işlemlerinin gerçekleşmesini adeta bekler bir durumdaysa artık salt başka bir şirkette ortak ve veya yönetici olunması, yasağın ihlali olarak nitelendirilmemelidir. Öyle ki bu durumda artık bölünen veya devrolunan şirketin korunmaya değer bir menfaati kalmamıştır. O nedenle her somut olayın ayrıca değerlendirilmesi ve yapısal değişiklik süreçlerinde rekabet yasağının ihlal edilip edilmediğinin ortaya çıkarılması gerekmektedir.

Yapısal değişiklere ilişkin yeter sayıların düzenlendiği m. 151/ f. 4 ve m. 189/ f. 1/ b. a'da "kişisel edim yükümlülüğü" ve "ek yükümlülük" ifadelerine yer verilmesine karşın, anılan düzenlemelerde asıl amaç bir limited şirketin ortaya çıktığı yapısal değişikliklerde, ortaklara salt bu nedenle yükümlülük getirilmesi halinde yapısal değişiklik kararının oybirliği ile alınmasını sağlamaktır. O nedenle m. 151/ f. 4 ve m. 189/ f. 1/ b. a ile m. 607 arasında bir paralellik kurulması gerekirken ifadelerin birbirinden çok farklı şekilde kullanılması, kanunun sistematiği bakımından uygun olmamıştır. Anılan hükümler arasında ifade birliği sağlanması gerekmektedir. Buna karşılık her ne kadar TTK m. 607'de "ek ya da yan edim yükümlülükleri" ifadesi kullanılmışsa da anılan hüküm şirket sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağına da uygulanma kabiliyeti olan bir hükümdür. Bu nedenle yapısal değişiklik sonucu ortaya limited şirketin çıkması halinde eğer limited şirket sözleşmesi ile yapısal değişikliğe katılan diğer şirket ortakların için rekabet yasağı öngörülmüşse veya mevcut rekabet yasağının kapsamı şirket sözleşmesi ile genişletilmişse, TTK m. 151/f. 4 ve m. 189/ f.1/ b. a uyarınca yapısal değişiklik kararının oybirliği ile alınması gerekir. Ayrıca söz konusu hükümler yalnızca limited şirketleri kapsadığından ötürü öğretide eleştirilmektedir. Nihayetinde yapısal değişikliğe uğrayan diğer şirket türlerinde yapısal değişiklik nedeniyle de ek veya kişisel edim yükümlülükleri ortaya

çıkabilmektedir. Öğretide, söz konusu hükmün yalnızca yapısal değişiklik sonucu limited şirketin ortaya çıktığı hallerle sınırlı olarak uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kabulden hareketle, ifade etmek gerekir ki diğer devralan şirketin ortaklık sözleşmesinde rekabet yasağı öngörülen diğer hallerde yapısal değişiklik kararının oybirliği ile alınması, kanunun amacına uygun düşecektir.

Rekabet yasağının kanun veya şirket sözleşmesinden değil de ortaklar arasında sözleşme özgürlüğü ilkesine dayalı olarak akdedilen bir sözleşmede düzenlenmiş olması halinde yasağı ortaklıklar hukuku anlamında "yan edim yükümlülüğü" olarak kabul etmek mümkün değildir. Öyle ki ortaklıklar hukukunda yan edim yükümlülüğü paya bağlı olan bir yükümlülüktür. Bu anlamda ortakların şahsi olarak ortaklıklar hukuku düzeninin dışında kalan bir sözleşme (pay sahipleri veya ortaklar sözleşmesi) ile üstlendikleri rekabet etmeme yükümlülüğü, TTK m. 147/ f. 2/ b. g, m. 169/ f. 2/ b. e ve m. 186/ f. 2/ b. e anlamında yapısal değişiklik raporunda açıklanması gereken bir yükümlülük değildir. Buna karşın ortaklar/pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağının yapısal değişiklik raporlarında açıklanması, yapısal değişikliğin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Anılan raporlar ile amaçlanan, yapısal değişiklik hakkında ortakların bilgilendirilmesi olduğundan, bir bakıma ortaklar/ pay sahipleri sözleşmesinde yer verilen rekabet yasakları şeffaflık ilkesine hizmet etmektedir.

Yapısal değişiklik nedeniyle kimi durumlarda rekabet yasağına tâbi olmayan ortakların kanun gereği rekabet yasağına uymakla yükümlü hale gelmesi mümkün olduğu gibi yeni türün ortaklık sözleşmesinde de rekabet yasağı düzenlenmiş olabilir. İşte bütün bu hallerde rekabet yasağı yapısal değişiklik nedeniyle ortaya çıkabileceği gibi yine bu nedenle kapsamının genişlemesi de mümkündür. Böylelikle birleşmede devrolunan, bölünmede bölünen ve tür değiştirmede tür değiştiren şirket ortakları

önceden rekabet yasağına uymakla yükümlü değilken salt yapısal değişiklik nedeniyle böyle bir yükümlülükle karşılaşmaları mümkün olduğu gibi halihazırda uymakla yükümlü oldukları yasakların kapsamı da genişlemiş olabilir. İşte bu hallerde kanunun birleşmelerde m. 147/ f. 2/ b. g ve b. h, bölünmelerde m. 169/ f. 2/ b. e ve b. f, tür değiştirmelerde ise m. 186/ f. 2/ b. e ve b. f uyarınca rekabet etmeme yükümlülüğünün birleşme, bölünme veya tür değiştirme raporunda açıklanması gerekir. Aksi takdirde yapısal değişikliğin iptali gündeme gelebilecektir. Ancak rekabet yasağının ortaklık sözleşmesinde değil de borçlar hukuku anlamında bir sözleşme ile getirilmesi yahut kapsamının genişletilmesi halinde yasağın birleşme, bölünme veya tür değiştirme raporunda yer almasına gerek yoktur. Öyle ki anılan sözleşmenin TTK bakımından hükmü yoktur. Bu tür bir sözleşmede düzenlenecek yasağın ihlali halinde TTK'da rekabet yasağına bağlanan sonuçların işletilebilmesi de bu açıdan olanaklı değildir.

Sonuç olarak kanun veya sözleşme kaynaklı rekabet yasağı, yapısal değişiklik süreçleri boyunca da geçerli olmakla beraber bazı durumlarda yapısal değişikliğin sonuçları karşısında uygulanabilirliğini kaybetmektedir. Ancak somut olayın özelliklerine göre yapısal değişiklik süreçleri henüz tamamlanmadan bile yasağa aykırılığın gündeme getirilmesi ve kanun veya sözleşme gereği ihlale bağlı yaptırımların uygulanabilmesi mümkün olmalıdır. Öyle ki her ne kadar çoğu durumda yapısal değişikliğe uğrayan şirket sona erecek olsa da bu süreçler henüz nihayete ermeden sona erecek şirketin menfaatinin de korunması gerekli olabilmektedir. Bu bakımdan rekabet yasağına ilişkin yapısal değişiklik süreçlerinde ortaklara gerekli bilgilendirmenin yapılması ve yükümlülüğün kapsamının genişletildiği veya daha önceden yükümlülüğe tâbi olmayan ortaklara yeni baştan yükümlülük getirildiği durumlarda ilgili ortakların onayının alınması, yapısal değişiklik sürecinin

tamamlanması sonrasında yaşanabilecek sorunların ve kayıpların önüne geçmek adına yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

Abban, D. N.: "Limited Ortaklıklarda Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğü", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, Yüksek Lisans Tezi, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi (Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi).

Akdağ, Güney N.: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2.Baskı, İstanbul 2016.

Akın, Y. M.: Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002.

Alper, G.: Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi, İstanbul 2013.

Altoprak, S.: Türk ve Alman Hukukunda karşılaştırmalı Yapısal Değişiklikler, İstanbul 2018.

Ansay, T.: Anonim Şirketler Hukuku, 5.Baskı, Ankara 1975.

Aras, D. Ç.: Sermaye Şirketlerinde Tür Değiştirme, İstanbul 2019.

Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 23.Baskı,Ankara 2017 (Ticari İşletme)

Arkan, S.: "Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar"BATİDER 2004, C.22, S.4, s.5-20 (Haksız Rekabet)

Arıcı, F.: "Haksız Rekabet ve Yargıtay Kararları" Yürürlüğünün 5.Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2018, s.11-25.

Arıcı, F.: Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, 2008.

Arslanlı, H.: Kolektif ve Komandit Şirketler, 2.Baskı, İstanbul 1960. (Kolektif ve Komandit)

Arslanlı, H.: Anonim Şirketler C.II, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960.

Arslanlı, H./ Domaniç, H.: Ticaret Kanunu Şerhi C. III, İstanbul 1989.

Aşık, P.:"Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK m.396)"Ankara Barosu Dergisi 2017, C.75, S. 4, s.165-202.

Ayan, Ö.: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, 1.Baskı, Ankara 2013.

Aydın,S./ Kaplan A.H.: "Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C.XVIII, S.3-4, s.165-204.

Aydoğan, F.: Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005.

Ayhan, R./ Çağlar, H./ Özdamar M.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3.Baskı, Ankara 2019.

Ayhan, R.: Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, İstanbul 1992.

Bahtiyar M.: Ortaklıklar Hukuku, 12.Baskı, İstanbul 2017.

Barlas, N.: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Baskı, İstanbul 2016.

Bernhard, R.: "Competition in Law and Economics" Antitrust Bulletin, 1967, C. 12, S. 4, s. 1099-1166.

Bilge, E. M.: "Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde", AÜEHFD, 2005, C. IX, S. 1-2, s.429-449.

Bilge K: Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması, İstanbul 2017.

Bilgili F./Demirkapı E.: Şirketler Hukuku Dersleri, 7.Baskı, Bursa 2020

Bozkurt, T.: Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2013.

Can, O.: Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Ankara 2015. (Bilgi Alma)

Can, O.: "Rekabetin Korunmasına İlişkin Anayasal Düzenlemeler: Yeni Anayasa'da Nasıl Bir Rekabet?", BATİDER 2013, C.29, S.2, s.97-123 (Anayasal Düzenlemler)

Can, O.:"6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması" Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2011, s. 22-23 https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi (Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi) (Acentelikte Rekabet Yasağı).

Coştan, H.: "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları İçin Geçerli Nisaplar" Terazi Hukuk Dergisi, 2012, C. 7, S. 71, s.42-45. (Geçerli Nisaplar)

Coştan, H.: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, 3.Baskı, Ankara 2013. (Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme).

Csach, K./ Havel, B./ Mock, S.: International Handbook on Shareholders´ Agreements : Regulation, Practice and Comparative Analysis, Berlin, 2018, s. 607; Roth, Marcus: "Shareholders' Agreements in Listed Companies: German" Erişim Adresi: https://ssrn.com/abstract=2234348, (Son Erişim Tarihi:19.03.2022).

Çakmak, S.: Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Ticaret Şirketlerinde Tür Değiştirme, 1.Baskı, Ankara, 2018.

Çamoğlu, E.: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3.Baskı, İstanbul 2010. (Hukuki Sorumluluk)

Çevik, N.O: Kollektif Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Ankara, 1978.

D'Agostini A./Gilbert W.R.: "Corporations: The Doctrine of Corporate Opportunities"California Law Review,1943, C. 31, S. 2, s.188-199.

Demir, K.: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi, İstanbul 2017.

Develi, B.: "6102 sayılı Türk ticaret kanunu çerçevesinde ayrılma akçesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2021, C.17, S.1-2,s. 443-489.

Doğanay, İ.: "Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Cilt, 4.Baskı, İstanbul 2004.

Domaniç, H.: Anonim Şirketler, İstanbul, 1978 (Anonim Şirketler)

Domaniç, H.: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II,İstanbul 1988,s.646 [Naklen: Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat, s. 700.]

Domaniç, H./ Ulusoy, E.: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007.

Domaniç, H.: Adi Kolektif ve Komandit Şirketler, 3.Baskı, İstanbul 1970. (Adi Kollektif)

Duran, A.: Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21), İstanbul 2021.

Emod, V.: "Some Remarks on Shareholders' Agreement in the Context of Hungarian Law" Elte Law Journal, C.1, S.1. s.123-144.

Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Baskı, Ankara 2021.

Ertan Nomer, F.: Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016.

Ertaş, M. E.: Alman ve Türk Şirketler Hukukuna Göre İsviçre Hukukundan karşılaştırmalı Limited Şirket Müdürünün Rekabet Yasağı, Ankara, 2018

Even, S.: "Anonim Şirketlerde Hissedarlara Müteallik Rekabet Yasağı ve Sır Saklama Mükellefiyeti, BATİDER, 1963, C. 2, S. 2, s . 254-263.

Ferran, E.: "The Decision of the House of Lords in Russell v. Northern Bank Development Corporation Limited." *The Cambridge Law Journal*, C. 53, S. 2.s. 343-366.

Franko, N.: "Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti",BATİDER 1985,C.13,S.1, s.19-64.

Gelter, M./ Helleringer, G.: "Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law" Berkeley Business Law Journal, 2018.

Gerner-Beuerle C./ Schuster P. E.:. "The Evolving Structure of Directors' Duties in Europe."European Business Organization Law Review, C. 15, S. 2,s.191-233.

Gerner Beurle, C./ Schillig, M.: Comparative Company Law, 1.Baskı, Newyork 2019.

Girgin, A. Ö.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, İstanbul 2017.

Göksoy, C. Y.: "Ortaklıklar hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı"Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C.9, ÖzelSayı, s.633-681.

Göktürk, K: "Şirketler Hukukunda Affectio Societatisin Anlamları" Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, C. 7, S. 2, s. 217-234.

Gültekin Günaydın, B: "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Rekabet Yasağı" Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2022, s. 136, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorgu (Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi).

Günay, D.E/ Günay, E. G: "Limited Şirketlerde Ortaklara Getirilen Bağlılık Yükümü ve Rekabet Yasağına İlişkin TTK m. 613 Hükmünün Değerlendirilmesi.", Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul 2020, s. 455-481.

Güven, P.:Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, 2.Baskı, Ankara 2003

Habersack, M./ Schafer, C.: Das Recht der OHG: Kommentierung der §§105 bis 160 HGB, Berlin 2010.

Hamamcıoğlu, E.: Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, Ankara 2022.

Hazıroğlu, E. C.: "Emredici Hükümler (TTK m. 340) Çerçevesinde Esas Sözleşme ve Pay Sahipleri Sözleşmesi Hükümlerinde Geçerlilik Sorunu, Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu II, Ankara 2020.

Helvacı, M./Cankat, R.: "Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı" Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul 2019.

Hirş, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1946.

Kağıtcıoğlu, M.: Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İstanbul, 2012

Kalpsüz, T.: "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları" Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan 1972, s.347-387.

Kaplan E. A.: Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı, İstanbul 2017.

Karakılıç, H.: Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı, İstanbul 2019.

Karaköse, O.: "Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2016, s. 60, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp (Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi).

Karasu, R.:"Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı" Rekabet Dergisi, 2004, C.5, S.4, s.21-36 (Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu).

Karasu, R.: "Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı" BATİDER 2004, C. 22, S.3, s.141-174. (Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortaklar)

Karasu, R.: " 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, s. 311-332. (Emredici Hükümler)

Karasu R.: "Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar için Sözleşme İle Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı", BATİDER 2004, C. 22, S. 4, s.79-94. (Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar)

Karayalçın, Y.: Ticaret hukuku Dersleri, Ankara 1960.

Kaya Kondu B.: Anonim Şirket Türü Aile Şirketlerinde Esas Sözleşme ve Aile Anayasası İstanbul, 2020

Kayalı İpekel, F.: Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşmeler, İstanbul 2014.

Kayar İ./Çeliktaş İ.: "Limited Şirkette Müdür-Ortakların Rekabet Yasağı" Prof Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s.309-319.

Kayar, İ.:Şirketler Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2008.

Kayıhan Ş.: Şirketler Hukuku, Ankara 2015.

Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2016.

Kavak, A.: Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, Ankara 2005.

Kavlak, B.: Uluslararası Şirket Birleşmeleri, İstanbul 2019.

Kendigelen A./ Kırca İ: Şirketler Hukuku Cilt, I, İstanbul 2021. (C.I)

Kendigelen A./ Kırca İ.: Şirketler Hukuku C.III, 1.Baskı, İstanbul, 2022. (C.III)

Kervankıran, E.: "Ön Şirket ve Hukuki Niteliği" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, C. 18, S. 2, s. 349-370.

Kesici, B.: Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017.

Kershaw, D.: "Lost in Translation: Corporate Opportunities in Comparative Perspective", Oxford Journal of Legal Studies, 2005, C.25, S.4, s. 603-627.

Kılıç, Al, Ş.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, 1.Baskı, İstanbul 2009.

Kırca, İ.: "TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme AB'ye Üyelik Yolunda Geri Adım",BATİDER, C. 30, S.3, s. 23-37.

Kırca, İ./Şehirali Çelik H. F./ Manavgat Ç.: Anonim Şirketler Hukuku C.1, 8.Baskı, Ankara 2013.

Klaus, J. Hopt:"Conflict of Interest,Secrecy and Insider Information of Directors, A Comparative Analysis", European Company and Financial Law Review, C.10, S.2, s.167-193

Kocaer, Ş.: Şirket Yeniden Yapılandırmaları, 4.Baskı, Ankara 2018.

Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 6.Baskı, İstanbul 2014.

Koç, H.: Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri, 1.Baskı, Ankara, 2018.

Kulaksızoğlu, Ş.: Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Yayın No:122, Ankara 2003.

Koşer, N.: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Birleşmede Ayrılma Akçesi" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2018, S.34, s.367-385.

Langford Teele R.: Company Directors'Duties and Conflicts of Interest, Newyork 2019.

Michalski, L.: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschrankter Haftung, München 2010.

Mimaroğlu, K. S.: Ticaret Hukuku Birinci Cilt İşletme Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1970 (Ticaret Hukuku)

Mimaroğlu, K. S.: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuku Mesuliyeti, Ankara 1967 (İdare Meclisi Azaları)

Moroğlu, E.: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 9.Baskı, İstanbul, 2020. (Hükümsüzlük)

Moroğlu, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7.Baskı, İstanbul 2012. (Değerlendirme ve Öneriler)

Mülazımoğlu, M.: Anonim Şirket Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul 2020.

Nomer E. F.: Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016. (Haksız Rekabet)

Nomer E., F.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999 (Sadakat Yükümlülüğü)

Nurkut, İ.: "Rekabet Hukukunun Diğer disiplinlerle İlişkisi",Perşembe Konferansları, 1999.

Okutan Nilsson G.: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul, 2004.

Öçal, A.: "Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı",EİTİAD, 1981 C.18,S.2, s. 431-438.

Özenli, S.: Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Ankara 1988.

Paslı, A: Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2-Kısım 4- Bölüm 1 "Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri" BATİDER 2012, C.28, S.2, s. 141-202. (Kuruluş İşlemleri)

Paslı, A.: Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009. (Devralınma)

Paslı, A.:"Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C.66, S.2, s. 345-357.

Popofsky L.J.:"Corporate Opportunity and Corporate Competition: A Double-Barreled Theory of Fiduciary Liability" Hofstra Law Review,1982,C.10,S.4,s.1193-1227.

Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku C.I, 14.Baskı, İstanbul 2019.

Poroy R.Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku C. II, 14.Baskı, İstanbul 2019.

Prentice, D. D. :"The Corporate Opportunity Doctrine." The Modern Law Review 1974, C.37, S.4, s.464-468.

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi C. I, 3.Baskı, Ankara, 2018. (Şirketler Hukuku C.I)

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi C. II, 3.Baskı, Ankara, 2018. (Şirketler Hukuku C.II)

Pulaşlı, H.:Şirketler Hukuku Şerhi C. III, 3.Baskı, Ankara 2018. (Şirketler Hukuku C.III).

Pulaşlı H., Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6.Baskı, Ankara 2012.

Pulaşlı, H: Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi, Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.I, İstanbul, 2007.

Reece, K./ Christopher, R.: The Law and Practice of Shareholders' Agreements, Londra, 2020.

Salin, P.: Competition and Free Trade, 1.Baskı, Newyork 2017.

Santella, P./ Turrini R.: "Capital Maintenance in the EU: Is the Second Company Law Directive Really That Restrictive?" European Business Organization Law Review, C.9, s. 427 - 461.

Sarıkaya, S.: "Kooperatiflerin Katıldığı Birleşmelerde Kanunların Çatışmasından Doğan Sorunlar ve Uygulanacak Hükümlerin Tespiti" Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.5, S.2, s. 222-242.

Sayhan, İ.: "Rekabet Kavramı ve Haksız Rekabet, Rekabet Yasağı ve Rekabetin Korunması Müesseselerinin Hukuki Temeli"Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C.1, S.2, s.101-115.

Sayın, B. H.: "Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği, Hizmet Ettiği Amaç ve Konusu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C. XXIII, S.1, s.25-59.

Selekler, F.: "Kollektif Şirketlerde Ortağın Şirketten Çıkması" İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1976, C.42, S. 1-4, s. 437-472

Schmidt, J.: "Reforms in German Stock Corportaion Law- The 67th German Jurists Forum" 2008, European Business Organization Law Review, C.9, S.4.s. 637-656.

Sulu, M.: Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul 2019.

Şahin, M.: Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, İstanbul 2013.

Şener, H. O.: Adi Ortaklık, Ankara, 2008. (Adi Ortaklık).

Şener, H.O..: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017 (Limited Ortaklıklar)

Şener, H. O.: Teorik ve Uygulamaları Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4.Baskı, Ankara 2019 (Ortaklıklar Hukuku)

Tan, T.: Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2.Baskı, Ankara 2015.

Tandoğan, H.: Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957.

Tekinalp, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2020.

Teoman, Ö.: Yaşayan Ticaret Hukuku Hukuki Mütalaalar Kitap 7 1995-1996, İstanbul 1997.

Türe, G.: "Sosyal Plan Kavramı", NEÜHFD 2021, C. 4, S. 2, s. 376 - 389.

Ulusoy, E.: Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Ankara 2005.

Ulusoy, Y.: Mukayeseli Şahıs Şirketleri, Ankara 1977.

Uran, E.: Amerika Birleşik Devletleri Rekabet Hukuku Teori ve Uygulama, İstanbul, 2019, s.466.

Usluel Gürbüz, A.: Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul, 2009. (Ticari Sır)

Usluel Gürbüz, E. A: İcra Kurulu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2019, S.142, s.357-382.

Uzunallı, S.: Anonim Şirkette İşletme Konusu, Ankara, 2013.

Üçüışık, G./Çelik, A.: Anonim Ortaklıklar Hukuku C.1, Ankara 2013.

Ünal, M.: "Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması" BATİDER, 1982 , C. 11, S. 3, s. 49-89.

Ülgen, H./Helvacı M./ Kendigelen, A./Kaya, A./ Ertan, N. F.: Ticari İşletme Hukuku, 5.Baskı, İstanbul 2015.

Veziroğlu, C.: Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul 2021.

Yanlı, V./Nilsson Okutan, G.: Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini", BATİDER, 2014, C.30, S.4, s. 5-40.

Yasan, M.: "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı (TTK. m..335)" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C.7, s.409-446.

Yegin, F.: TTK ve Vergi Kanunları Açısından Sermaye Şirketlerinde Birleşme, Bölünme İşlemleri ve Uygulamalı Örnekler, İstanbul 2018.

Yıldız, B.: "Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukukî Niteliği." BATİDER, 2011, s. 111-134.

Yıldız, Ş.: Limited Şirketler Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2007.

Yıldırım, H. A.: Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu, İzmir 2008.

Yüksel, S.: "Paysahipleri Sözleşmeleri", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2003, s. 63; https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay (Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi)