

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK

REKABET HUKUKU AÇISINDAN REKABET YASAKLARI

Yüksek Lisans Tezi

Suna ÖZER

İstanbul 2009

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK

REKABET HUKUKU AÇISINDAN REKABET YASAKLARI

Yüksek Lisans Tezi

Suna ÖZER

Danışman: Doç. Dr. Tekin MEMİŞ

İstanbul 2009

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET YASAĞI VE REKABET İLİŞKİSİ

I. REKABET KAVRAMI	4
A. Genel Olarak Rekabet	5
B. Rekabetin Teorik Boyutu.....	7
C. Rekabetin Önemi.....	9
II. REKABET YASAĞI KAVRAMI	12
A. Genel Olarak Rekabet Yasağı.....	12
B. Kanunda Belirtilen Rekabet Yasakları	14
C. Rekabet Yasağının Gerekliliği.....	16
D. Rekabet Yasağının Amacı ve Düzenlenme Sebepleri.....	17
E. Rekabet Yasağını Düzenleyen Hükümlerin Özellikleri	25
III. REKABET YASAĞININ BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ.....	26
A. Haksız Rekabet-Rekabet Yasağı İlişkisi	26
B. Rekabet Yasağı-Rekabet Hukuku Karşılaştırılması.....	27
IV. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ.....	30
A. Türleri	32
1. Aslı Rekabet Yasağı Sözleşmesi	32
2. Talî Rekabet Yasağı Sözleşmesi	33

İKİNCİ BÖLÜM
REKABET HUKUKU BAKIMINDAN REKABET
YASAKLARININ GEÇERLİLİK ŞARTLARI

I. REKABET YASAĞININ UNSURLARI	45
A. Zorunlu Olması	47
B. Objektif Olması	49
C. Makul Olması.....	50
1. Makul Bir Süreye Bağlanması	52
2. Coğrafi Uygulama Alanı Açısından Makul Bir Sınır	53
3. Faaliyet Alanı Bakımından Makul Sınır	54
a. İşlemin Ticari Nitelikte Olması	56
b. İşlemin Kendisi Veya Başkası Hesabına Yapılmış Olması	57
4. Kişilik Hakları Bakımından.....	58
II. KANUNDA BELİRTİLEN REKABET YASAKLARI	60
A. Anonim Ortaklıklarda Rekabet Yasağı	60
1. Rekabet Yasağının Muhatapları	61
a. Yönetim Kurulu Üyeleri.....	61
b. Murahhas Üye Ve Müdürler Murahhas Müdürler (TTK M.319)- Müdürler (TTK M.342).....	68
c. Pay Sahipleri.....	71
d. İcra Organı Müdürler	72
2. Rekabet Yasağı Düzenlemesinin Koşulları	73
a. Sınırsız Sorumlu Ortak Olmak.....	73
b. Yönetici Olmak.....	74
c. Denetçi Olmak.....	75
a. Kurucu Olmak.....	76
3. Rekabet Yasağı Teşkil Eden Haller.....	77
B. Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı.....	79
1. Yasağa Tabi Olanlar.....	80

a.	Müdür Olan Ortak	80
b.	Müdür Olmayan Ortakları	82
2.	Rekabet Yasağının Uygulanma Hal ve Şartları	83
a.	Aynı İşle Uğraşan Bir İşletmeye Girilmesi.....	83
b.	Yasağın Konusu	83
3.	Rekabet Yasağının Gerektiren Nedenler	84
a.	Ortaklık Sıfatı Devam Eden Ortaklar Açısından	84
b.	Şirketten Ayrılan Ortaklar Açısından.....	85
C.	Kooperatifler Kanunu'nda Rekabet Yasağı	85
D.	Kollektif Ortaklıklarda Rekabet Yasağı.....	86
E.	Adi Komandit Ortaklıkta Rekabet Yasağı	87
F.	İşçinin Rekabet Yasağı	88
1.	Hizmet Akdi Devam Ederken.....	92
2.	Hizmet Akdi Sona Erdikten Sonra.....	93
3.	Rekabet Yasağının Geçerlilik Şartları.....	94
G.	Acentenin Rekabet Yasağı	96
H.	5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu Hükümleri.....	101
İ.	Sermaye Piyasası Mevzuatında Rekabet Yasağı.....	102
J.	Adi Ortaklıklarda Rekabet Yasağı.....	104
K.	Avukatlık Ortaklıkları Açısından Rekabet Yasağı	106
L.	Gerçek Kişi Sigorta Eksperleri İçin Rekabet Yasağı.....	106
M.	Franchise Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı.....	107
N.	Lisans Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı	113
III.	DİĞER REKABET YASAKLARI.....	116
A.	Sözleşme Özgürlüğü İlkesi.....	116
B.	Sözleşme Yapma Hürriyeti	119
B.	Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü	119
D.	Sözleşmenin Şeklini Belirleme Hürriyeti	120
E.	Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Hürriyeti	120
F.	Sözleşmenin Tipini Belirleme Özgürlüğü	121
G.	Sözleşmeyi Değiştirme Ve Ortadan Kaldırma Özgürlüğü	121
H.	Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları	123

1. Sözleşme İçeriği İmkansız Olmamalıdır	126
2. Sözleşmenin Konusu Ahlaka Aykırı Olmamalıdır	126
3. Sözleşmenin Konusu Kişilik Haklarına Aykırı Olmamalıdır.....	127
4. Sözleşmenin Konusu Hukuka Aykırı Olmamalıdır	128
5. Sözleşmenin Konusu Kişinin Ekonomik Geleceğini Tehlikeye Düşürmemelidir.....	128
6. Sözleşmenin Konusu Kamu Düzenine Aykırı Olmamalıdır	129
7. Sözleşme Amacı Aşılmamalıdır	130
İ. Sözleşme Özgürlüğüne Aykırılığın Yaptırımı: Geçersizlik	131
J. Sözleşme Kurma Zorunluluğu	133

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNA AYKIRI REKABET YASAKLARININ SONUÇLARI

I. SÜRE BAKIMINDAN SONUÇLARI	135
II. KAPSAM BAKIMINDAN SONUÇLARI.....	144
A. İlgili Pazar Kavramı.....	145
1. İlgili Ürün Pazarı	147
2. İlgili Coğrafi Pazar	147
3. İlgili Zaman Dilimi.....	148
III. İÇERİK BAKIMINDAN SONUÇLARI	149
IV. YAPTIRIMLAR	150
A. Cezai Şart	150
B. Geçersizlik Yaptırımı	151
1. Mutlak Geçersizlik.....	154
2. Kısmi Geçersizlik	154
a. Basit Kısmi Geçersizlik.....	157
b. Değiştirilmiş Kısmi Geçersizlik	158
c. Genişletilmiş Kısmi Geçersizlik	158

d. En Yüksek Yasal Hadde İndirme	158
3. Askıda Geçersizlik	159
C. Tazminat	161
1. Zarar Şartı.....	162
2. Zararın Çeşitleri.....	163
a. Müspet Zarar.....	163
b. Menfi Zarar	164
c. Fiili Zarar	164
d. Manevi Zarar	165
e. Yoksun Kalınan Kar.....	167
f. Yansıma Zarar	168
g. Fazladan Ödenen Bedel.....	170
3. Uygun İliyet Bağı	170
4. Zarar Miktarı	171
a. Zarar Miktarının Tayininde Kusurun Rolü	172
aa. Üç Kat Tazminat Talebi ve Hukukî Niteliği.....	172
bb. Üç Kat Tazminat Talebinde Bulunabilecek Kişiler	174
cc. Tazminat Davasında Taraflar	176
dd. Zamanaşımı Süresi.....	177
V. İDARİ PARA CEZALARI	178
VI. MUAFİYET	181
A. 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği	182
1. Alıcıya Getirilen Belirsiz Süreli Veya Süresi Beş Yılı Aşan Rekabet Etmeme Yükümlülüğü	187
2. Anlaşmanın Sona Ermesinden Sonraki Döneme İlişkin Rekabet Etmeme Yükümlülüğü	189
3. Sağlayıcı Ya da Alıcıya Devredilen Know-How'ın Korunması.....	189
4. Muafiyetin Şartları	190
a. Malların Üretim veya Dağıtımını Gelişimine Katkı.....	191
b. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması.....	192
c. İlgili Pazarın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması.....	195

d. Rekabetin Zorunlu Olandan Fazla Kısıtlanmaması	195
B. Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği	196
C. Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği	198
D. Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği	199
E. Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği	200
F. Avrupa Topluluğu Açısından Muafiyet	204
SONUÇ	207

KISALTMALAR

AİTİAD	: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
AMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
Art.	: Artikel
AT	: Avrupa Topluluğu
ATRG	: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
AÜHFD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGH	: Alman Federal Yüksek Mahkemesi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Dpn.	: Dipnot
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
EİTİAD	: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
G.Ü.İ.İ.B.F.	: Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
KG	: 06. 10. 1995 tarihli Kartellgesetz (BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen) (İsviçre)
Koop K.	: Kooperatifler Kanunu
KYİ	: Kurumsal Yönetim İlkeleri
m.	: Madde

MK	: Medeni Kanun
OJ	: Official Journal (AB'nin Resmi Gazetesi)
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
R.A.	: Roma Antlaşması
RG	: Resmi Gazete
RKHK.	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBKT	: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TD	: Ticaret Dairesi
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Vb.	: ve benzeri
Vd.	: ve devamı
Vs.	: ve sair
YK	: Yönetim Kurulu
YMMO	: Yeminli Mali Müşavirler Odası

GİRİŞ

Günümüzde ticari hayatın hızlılığı yanında pazara pek çok yeni firmanın katılmasıyla firmaların pazar paylarının küçülmesi karşısında rekabetin serbest hale gelmesi firmaları pek çok ticari tedbir almaya yöneltmektedir. Bu tedbirlerin içinde, firma yanında çalışanlarına yönelik bazı tedbirler almaktadır.

Rekabet, şirketlerin içine kadar uzanmakta ve firmaların yetişmiş bilgili ve deneyimli ve şirket ticari sırlarını bilen çalışanlarının rakip firmalara kaçmasına veya bu çalışanların yeni şirketler kurularak, çalışanların çalıştığı süre boyunca şirket içinde edindiği ticari bilgi ve sırların şirket dışında ve şirket aleyhine kullanılması riskini doğurmaktadır. Bu riskin ortaya çıkmasını ve çalışanın, ticari sırları öğrendikten sonra başka bir firmaya geçişini veya çalışanın kendisinin şirket kurarak öğrendiği ticari sırları firma aleyhine kullanması engellenmek amacı ile hizmet sözleşmelerine, rekabet yasağı şartı içeren bir madde eklenmektedir. Rekabet yasağına ilişkin olarak çalışan ve işveren arasında hizmet akdinden ayrı bir sözleşme imzalanması da mümkündür.

Türk hukukunda rekabetle ilgili bir kavram olan rekabet yasağı, haksız rekabet gibi BK'nda ve TTK'nda düzenlenmiştir. Bu çerçevede rekabet yasağı, sözleşme ilişkisi nedeniyle içinde bulunduğu hukuki durumun ortaya çıkardığı sadakat borcunun, bu sözleşme ilişkisinin diğer tarafı olan kişilerle rekabet etmek suretiyle ihlal edilmesini önleyici nitelikte bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Niteliği itibarıyla rekabet yasağı, ortaklık sözleşmesinden, ortaklık yapısı içindeki hukuki durumdan, hizmet sözleşmesinden, ticari vekil, mümessil ya da acentelik ilişkisinden veya işletme devrinden kaynaklanan bir yükümlülüktür.

Rekabet yasağı kurumu hukukumuzda çeşitli sözleşmelerde ve ortaklık türlerinde öngörülmüştür. Yasadan doğan rekabet yasağının yanı sıra, bir ilişkide taraflar, sözleşmeye dayalı bir rekabet yasağı da kabul edebilir ve sözleşmenin sona ermesinden sonra bile taraflardan birinin ya da ikisinin birbirleriyle yarışmalarını önleyebilirler.

Bir işletmenin ticari sırlarını bilen ve tüm müşterilerine ulaşabilecek bilgi donanımına sahip olan bir çalışanın işletmeden ayrılarak başka bir işletmede işe

başlaması, eski işverenin müşteri portföyüne ulaşması ve müşteriler ile yeni işvereni adına ilişki kurabilmesi eski işverenin pazar kaybına sebep olabilecek sonuçlar doğurmaktadır. İşveren açısından belirtilen yaklaşım yanında işçi yönünden bakıldığında ise, çalışma özgürlüğü esası karşımıza çıkmaktadır. Bir işçinin ücret maddi veya sosyal haklar yönünden daha iyi şartları veren bir işte çalışma hakkı mevcuttur. Bir başka ifade ile işvereni seçebilme hakkı mevcuttur. BK'muzdaki müşterileri tanıma ve iş sırlarının öğrenilmesi aynı zamanda işverene karşı rekabet teşkil edecek şekilde kullanılabilir ve zarar verecek nitelikte ise, ancak bu durumda bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilecektir. Çünkü bilindiği gibi rekabet yasağı sözleşmesi yapılırken, henüz taraflar arasında bir hizmet sözleşmesi devam etmekte ve gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir durum için yasaklamalar getirilmektedir. Bu nedenle söz konusu ihtimaller daha en baştan düşünülecek ve gerçekleştirilecek nitelikte iseler ancak bu hallerde kararlaştırılacaklardır.

Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununda "rekabet yasağı"na ilişkin hükümler mevcuttur, bunlar: hizmet sözleşmesinde (BK m. 348-352), ticarî mümessillik ve ticarî vekalette (BK m. 455), adî ortaklıkta (BK m. 526), acentelik sözleşmesinde (TTK m. 118), kollektif şirkette (TTK m. 172-173), adî ve paylı komandit şirkette (TTK m. 250-256, 483), anonim şirkette (TTK m. 335)ve limited şirkette (TTK m. 547)'dir. Tüm bu rekabet yasakları gücünü kanun maddelerinden aldığı için zaten üzerinde tartışılacak bir şey yoktur. Oysa ki esas sorun, çalışanın hizmet akdi bittikten sonraki dönemi kapsayan rekabet yasaklarıdır. Bu tür rekabet yasakları dürüstlük ve iyiniyet kurallarıyla veya haksız rekabet kurallarıyla sınırlandırılmaya çalışılmışsa da yeterli olmamıştır. Bu nedenle özellikle tez konumda, hizmet akdi sonrası kararlaştırılan rekabet yasaklarına getirilmesi gereken sınırlardan bahsedilmiştir.

Tezimizin ilk bölümünde rekabet kavramı, rekabet yasağı kavramı hakkında genel bilgiler verilmiş olup, kanundan kaynaklanan rekabet yasakları açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca rekabet yasağı kavramının benzer kavramlarla ilişkisi üzerinde durulmuştur.

Tezimin ana konusu olan rekabet hukukuna göre rekabet yasağı konusu tezin ikinci bölümünde açıklanmıştır. Bu bölümde hizmet akdi sona ermesine rağmen devam

ettirilen rekabet yasakları farklı bir boyuttan açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre bir rekabet yasağı şartının, rekabet hukukuna aykırı olup olmadığı incelenirken, söz konusu sınırlamanın, konu, coğrafi alan, süre ve yükümlülüğü üstlenen kişiler bakımından makul olması ve bu yasaklama ile öngörülen amacı aşmaması üzerinde durulmuştur. Ayrıca farklı ülke hukuklarında verilen rekabetle ilgili kararlar bu bölümde ele alınmıştır. Özü itibariyle rekabeti kısıtlayan her türlü anlaşmanın RKHK kapsamına girmesi gerekse de “haklı sebep istisnası” getirilerek bu sınırlar daraltılmıştır. Bu kurala göre eğer, rekabet makul ölçüler içinde kısıtlanıyorsa, anlaşmalar 4. madde kapsamında değerlendirilmez. Tezimin bu bölümünde hem haklı sebep kuralı, hem de per se kavramları da açıklanarak, rekabet yasaklarının rekabet hukuku açısından sınırları üzerinde durulmuştur.

Üçüncü ve son bölümde ise, rekabet yasağına aykırı olan sözleşmelerin veya sözleşme şartlarının Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri açısından bir değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu bölümde rekabet yasağına aykırı olan sözleşmelere uygulanacak olan geçersizlik, tazminat ve idari para cezaları üzerinde durulmuştur. Son olarak rekabet yasaklarına uygulanacak muafiyetler ve şartlarından bahsedilerek, ilgili tebliğler ile konu açıklanarak tez sonlandırılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET YASAĞI VE REKABET İLİŞKİSİ

I. REKABET KAVRAMI

Rekabet kavramının literatüre girmesi, piyasada üretici ve ürün sayısının artması ile gerçekleşmiştir. Üretici ve ürün sayısının artması ile tüketicilerin farklı ürünler arasında seçme şansı ortaya çıkmıştır. Bu da, üreticiler ve dolayısıyla ürünler arasında rekabet kavramının doğmasına ve gelişmesine neden olmuştur. Daha sonraları üretim yöntemlerinde değişiklikler ve seri üretimin uygulanması ile rekabet, piyasada önemli bir belirleyici unsur olmuştur¹.

Rekabet kavramı, iktisat düşüncesinde her zaman merkezi bir öneme sahip olmuştur. Adam Smith'den bu yana iktisatçılar, rekabeti ekonomik yaşamın düzenleyicisi olarak görmüşlerdir.

Rekabet kavramını hukukçular, işletmeciler ve ekonomistler farklı tanımlamaktadırlar. Ama aslında rekabet kavramı bizim günlük dilde kullandığımız yarışma anlamından pek de farklı değildir. Rekabet kelimesinin sözcük anlamına bakılacak olursa aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma ve yarış tanımlamasıyla karşılaşılabacaktır². Bunun dışında rekabet genel olarak "iki veya daha çok işletmenin, diğerleri karşısında kendi ürün veya hizmetlerinin tercih edilmesi konusunda gerçekleştirdiği faaliyetler; yarışma; rakip olma halı³", "mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış"⁴ veya, "aynı amacı güden kimseler arasında çekişme; kıskançlık; rekabet etmek, birbiriyle yarışmak⁵" olarak tanımlanmaktadır.

¹ KIZILYALÇIN, Ali, Rekabet Ve İşbirliği Stratejilerinin Finansal Yönetim Açısından Değerlendirilmesi: Ege Bölgesi Tekstil Sektörü Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adnan Menderes Üniversitesi SBE, Aydın 2005, s. 22.

² BADUR, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu, Ankara 2001, s. 5.

³ Collins Cobuild English Dictionary, Londra 1995, s. 326.

⁴ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 3.Baskı, Yetkin, Ankara 2005, s. 571.

⁵ Meydan Larousse, Sabah Gazetesi, 1994, Cilt 16, s. 476.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinde rekabet "Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış" olarak tanımlanmıştır. Bu özgürlük sayesinde adil bir yarışın olabileceğine ve yarışın sonucundan da, teşebbüslerin, tüketicilerin, müşterilerin, sağlayıcıların ve hatta rakiplerin yarar sağlayacağına, bunun da toplumsal yarar anlamına geleceğine inanılır. Gerçekten de özgürce verilen ekonomik kararlar, ekonomik kaynakların en etkin ve verimli şekilde kullanılmasına kaynakların daha adil dağılımına bu sayede de toplumsal refahın arttırılmasına yarar. Etkinliğin arttırılması kaynakların israfını önler, kaynakların en rasyonel ve verimli sarf edilmesi sayesinde, tasarruf edilen kaynakların insanların başka ihtiyaçlarına ayrılması imkanı doğar ve toplumsal refah da böylece artar⁶.

A. Genel Olarak Rekabet

Rekabet iktisadi açıdan, piyasa ekonomilerinde kar, satış miktarı ve pazar payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış ve karşıtlık şeklinde ilişkiler süreci olarak da tanımlamak mümkündür. Benzer bir açıklama da Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun genel gerekçesinde "genel olarak piyasa ekonomilerinde rekabet, kar, satış miktarı ve pazar payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış veya karşıtlık şeklinde ilişkiler süreci "olarak tanımlanmaktadır ifadesiyle yer bulmuştur⁷.

Rekabetin yaşatılmak istenmesinin nedeni onun çeşitli yararlarının görülmesindedir. Liberal ekonomik sisteme veya serbest rekabet sistemine devletin hiçbir şekilde müdahale etmediği durumlarda sistemin kendisini yok etmesi söz konusu olabilir. Yani rekabetçi sistem, hukuk düzenlemelerin getirilmediği, bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler yaklaşımıyla fazla uzun yaşamaz. Serbest rekabet yerini yoğun bir tekelleşmeye bırakır. Tekelleşme ise genellikle kaynaklarını savurgan kullanmış, ekonomik yenileşmenin yavaşlatılmasını, tekel fiyatlarıyla satma gibi iktisadi keyfilikleri simgelemektedir. Tekellerin ekonomik sakıncalarından başka sosyo- politik

⁶ EROL, Kemal, "Rekabet ve Regülasyon", Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C.47,S.1.Ankara 2001, s. 1.

⁷ BADUR, s. 5; ayrıca bkz. YAKUPOĞLU, Mukadder Mehmet, "Rekabet Kültürü Ve Rekabet Hukuku" , Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Şubat 2001, s.121 vd.

sakıncaları da bulunmaktadır. Bunlardan ilki tekelin zenginliği tüketicilerden alıp tekeli firmanın sahiplerine vermesi, yani zayıftan alıp zengine veren bir paylaşım sistemini getirmesidir. Bir diğer olumsuz yön de ekonomik tekelin siyasi güç kazanarak, bu gücünü endüstri karını artıracak yönde korumacı yasalar elde etmek için kullanması ve tekeli güçlendirmeye çalışmasıdır⁸.

Bir örgütteki her işgören, tüketicinin diğer ürünlerle karşılaştırdığı; bir ürünün yapımında ve eleştirilmesinde katkıda bulunur. Böylelikle üreticiler arasındaki rekabet, tüketici ve üretici arasında niteliği yükseltecek veya ederlerin düşmesine neden olabilecek bir işbirliği olarak görülebilir⁹.

Günlük yaşantıda çok sık kullanılan, ilk bakışta sıradan ve olağan bir kavram gibi görünen rekabet kavramı, iktisat alanında çeşitli öğretilerden oldukça farklı bir biçimde ele alınmıştır. Adam Smith, 1776'da ulusların zenginliği¹⁰ adlı kitabını yazdığı İngiltere'de piyasa şekli tam rekabet modeline yaklaşıktır. Klasik iktisat öğretisinde, piyasa bir rekabet arenasından çok özgür bir değişim sistemi olarak ele alındığı için, başlangıçtan itibaren uzun yıllar rekabet kavramının açılımına dahi gerek duyulmamıştır. Rekabetin bir kavram olarak iktisadi analizlere girmesi neoklasik iktisatçıların sahneye çıkmasını beklemiştir. 1880'li yılların sonlarına gelindiğinde artık batı dünyası büyük tekellerin eline geçmiştir. Bu koşullar altında 1890 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde ilk modern kanun olan Sherman Kanunu kabul edilmiştir¹¹.

Hukukumuzda ise rekabet için genel ve ortak bir tanım bulunmamaktadır. Anayasa'da rekabetten ve rekabet ilkelerinden açıkça söz edilmemektedir. Bununla birlikte, Anayasa'nın başta piyasaların denetimine ilişkin 167. maddesi olmak üzere, çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin 48. maddesi, planlamaya ilişkin 166. maddesi ile tüketicilerin korunmasına ilişkin 172. maddesi incelendiğinde; bu hükümlerden

⁸ ASLAN, Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara Üniversitesi, Ankara 1993, s. 5,6.

⁹ SMEAD, Anne, "İşbirliği ve Rekabet", SOZMEN, Sezen (çev.), Kurgu-Anadolu Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı. 3, Eskişehir Ekim 1980, s. 384.

¹⁰ SMİTH, Adam, Ulusların Zenginliği, M.Tanju Akad(çev.), Alan, İstanbul 2002.

¹¹ SÖYLEMEZ, Alev, "Rekabet Kavramının Değişen İçeriği: Farklı Yaklaşımlar", Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C.12, S.40, Ankara 2001, s. 19,20; KULAKSIZOĞLU, Şebnem, Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler İle Öne Sürülen Savunma ve Yararlar, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 60.

piyasalarda belirli bir rekabet düzeninin varolması gerekliliğinin ortaya çıktığı ifade edilmektedir¹².

B. Rekabetin Teorik Boyutu

İktisat kuramının temel taşlarından biri olan ve birçok iktisadi teorinin özünü oluşturan rekabet kavramının tanımlanması üzerinde iktisatçılar kesin bir fikir birliğine varamamışlardır. Adam Smith gibi birçok klasik iktisatçı için rekabet kavramı o kadar belirgindir ki, onun mantıksal özünün araştırılması gereksiz görülmüş ve analiz edilmemiştir. Klasik iktisatçıların çalışmalarında dinamik bir yapıyı tanımlayan rekabet kavramı, zaman içerisinde anlamsal bir değişime uğramış ve neoklasik iktisadi analiz içerisinde tam rekabet modelleri ile statik bir denge durumunu ifade eder hale gelmiştir¹³.

Klasik iktisatçılar, rekabet kavramı üzerinde durmamış ancak varlığını sezgi yolu ile algılanan bir kavram olarak ele almışlardır. Bu varsayımla ortak değerlendirmeleri oldukça fazla olan Smith, Ricardo ve Marx'ın görüşleri çerçevesinde rekabet kavramının klasik modelini şekillendirmek mümkündür¹⁴. Adam Smith¹⁵, rekabet kavramını, üretilebilecek veya tüketilebilecek mal miktarının sınırlı olmasından dolayı, alıcılar veya satıcılar arasındaki bir yarış olarak görmektedir. Bu yarışma fiyatları arz ve talep dengesine ulaştıracak ve her değişen duruma göre tekrarlanacaktır. Bu tanımdaki rekabet için zorunlu unsur olarak kişisel özgürlük gösterilmiş ayrıca rakiplerin sayılarının da dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Üreticiler, rakiplerinden daha çok ve daha ucuza satarak daha fazla kâr elde etmeye çalışırken, alıcılar da, taleplerini daha ucuza karşılamanın mücadelesini vereceklerdir. Bu yönüyle, "... özgür ve genel rekabet, herkesin kendini diğerlerinden korumak için başvuracağı bir güç" olacaktır. Smith, rekabeti bir "durum" olarak ele almaktan ziyade, dengeye ulaştıran dinamik bir süreç olarak ele almıştır. Bu dinamik anlayışa göre, daha düşük fiyatla daha çok satma yarışı, sonuçta talebi artıracaktır. Artan talep ve rekabet, üretimi

¹² ÖZ, Aşçıoğlu, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötiye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s. 4.

¹³ TOKATLIOĞLU, İbrahim, "İktisadi Analizde Rekabet Kavramının Gelişimi", Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C.10, S.33, Ankara 1999, s. 5.

¹⁴ TOKATLIOĞLU, s. 9.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. SMITH, Adam, An Inquiry Into The Nature And Causes Of The Wealth Of Nations, The University of Chicago Press Chicago 1976.

kamçılıyarak pazarın büyümesine yol açacak ve pazar büyümesi, yeni teknolojilerin doğmasını sağlayan işbölümüne katkıda bulunacaktır. Üretken sermayenin kârlı sektörlerle doğru akması bir yandan üretim ve istihdamı artırırken, diğer yandan endüstriler arası kâr oranları eşitlenecektir. Görüldüğü üzere, rekabet aktif bir unsur olarak, doğal fiyatlar ile piyasa fiyatlarını eşitleyip denge yaratıcı bir işlev görürken, aynı zamanda dinamik bir unsur olarak, işbölümü ve teknolojik değişim ile bu dengeden uzaklaşmayı ve yeni bir dengeye doğru hareket etmeyi sağlamaktadır¹⁶. Ricardo ise, rekabet kavramını genelde rant teorisini açıklamak için, Smith'in değerlendirdiği gibi, dinamik bir süreç olarak ele almaktadır. Ricardo'ya göre, "...eğer malların miktarını artıracak başka bir yol yoksa ve eğer rekabet sadece alıcılar arasında gerçekleşiyorsa, malın fiyatı monopol fiyatı olacaktır"¹⁷.

Klasik görüş tarafından, dengeye ulaşmak için bir araç yani piyasa süreci olan rekabet kavramı neoklasikler tarafından "piyasa yapısı" olarak ele alınmıştır. Neoklasik iktisat, denge durumunu ele alırken, bir zorunluluk sonucu aslında gerçek ekonomik hayatta hiç rastlanmayan bir piyasa olan "tam rekabet" piyasalarını, analiz aracı olarak üretmiştir¹⁸.

Gerek regülasyon gerekse de antitröst faaliyetlerinin teorik temelini geleneksel olarak tam rekabet modeli oluşturmuştur. Gerçekte hiçbir zaman ulaşılamayacağı bilirse de tam rekabet uzun yıllar bir endüstrinin yapısı ve performansı için bir ideal olarak kullanılmıştır¹⁹.

Schumpeter²⁰, kapitalizmin asli unsuru olarak yaratıcı yıkım (creative destruction)'ın dinamik sürecini göstermiştir. Bu süreçte rekabetin itici gücünü büyük firmalar oluşturmakta; gelişmenin itici gücünü ise yeni üretim teknikleri, ulaştırmada sağlanan yenilikler, yeni pazarların keşfi, yeni tüketici tercihlerini oluşturma, yeni

¹⁶ TOKATLIOĞLU, s. 10, 11.

¹⁷ TOKATLIOĞLU, s. 12.

¹⁸ TOKATLIOĞLU, s. 15.

¹⁹ GÜNALP, Burak, "Yarışabilir Piyasalar Yaklaşımı ve Rekabet Politikaları", G.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi, C.4, S.3, Ankara 2002, s. 53.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHUMPETER, Joseph, Ten Great Economists : From Marx to Keynes, Galaxy Book New York 1966.

organizasyonlar, yeni ürünlerin gelişmesini sağlayan teknik değişimler oluşturmaktadır²¹.

Liberal düşünce okullarından Neo-Avusturya Okulu'nun kurucusu Friedrich Von Hayek'tir. Hayek'in dışında bu okulun önde gelen düşünürleri arasında Carl Menger, F. Von Wieser, Ludwig Von Mises, Norman Barry ve Israel Kirzner sayılabilir²². Bu noktada Hayek²³ 'in ifadeleri konuyu özetlemektedir:

“Gerçek mesele, yüz binlerce insan arasına dağılmış, fakat bütünüyle kimseye verilmemiş bilgi, beceriler ve bilgi edinme fırsatlarının optimum kullanımına en iyi şekilde nasıl yardımcı olabileceğimizdir. Rekabet insanların bilgiyi edindiği ve birbirlerine ilettikleri bir süreç olarak görülmelidir; onu, sanki bütün bu bilgi başlangıçta herhangi bir kişi tarafından elde edilebilmiş gibi değerlendirmek, (rekabeti) hiç anlamamaktır”. Avusturya Okulu'nun neoklasik iktisatçılardan ayrıldığı bir diğer konu da tekellere olan bakış açısidir. Hayek'e göre, bazen bir tekelin ortaya çıkışı da rekabetin sonucu olabilmektedir. Rekabet sürecinde en iyisini yapan bir firma tekellere ulaşmış ise, bu konumunu kaybetmemek için devamlı olarak önceki rakiplerinden daha etkin olma durumundadır. Her ne kadar sadece bir tekelle eliyile yürütüldüğü için üretimin daha etkin olması mümkün değilse de, üretim genellikle özel bir sebepten dolayı mevcut diğer girişimlerden daha etkin olan tek bir girişim tarafından daha verimli bir şekilde yürütülecektir. Zaten rekabetten beklenen de, bir üreticinin başka bir üreticinin yapabileceğinden daha düşük maliyetle ve fiyatla üretmesidir.

C.Rekabetin Önemi

Günümüzde bir yandan teknolojinin hızla değişmesi ve iletişimin küreselleşmesi, bir yandan da rekabet kavramının niteliklerinin değişmesi, işletmelerin politika ve stratejilerinin gözden geçirilmesini gerektirmiştir. Küreselleşme ile birlikte ortaya çıkan koşulların bir sonucu olarak işletmeler, sürekli değişen müşteri

²¹ AKTAŞ, Cihan, Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Çalışması, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 62.

²² ULUÇ, Abdulvahap/ ÇELİK Abdullah, "Hayek'in Liberal Düşüncesinde Birey- Devlet İlişkisi", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 2006, C.5, S.18, s. 133.

²³ HAYEK, Friedrich A, Hukuk Yasama ve Özgürlük : Özgür Bir Toplumun Siyasi Düzen Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Mehmet ÖZ (çev.), İstanbul 1997, s. 111.

ihtiyaçlarına karşılık verme ve rekabetçi bir üstünlük elde etme çabası içine girmişlerdir²⁴.

İşletmeler gerek büyümek, genişlemek, yenilenmek ve gerekse mevcut durumlarını korumak amacıyla, konular bazında küresel rekabeti göz önüne almak durumundadırlar²⁵. Küreselleşme ile birlikte işletmeler bu oluşumun dışında kalmamak için rekabet gücü²⁶ oluşturmak ve bu rekabet edebilirliği sürekli kılmak zorunda kalmışlardır. Rekabet ortamındaki işletmeler rekabet üstünlüğünü elde edebilmek için pazara sürekli olarak yeni ürün sürmek mecburiyetindedirler²⁷. Rekabet gücü olgusunun bu kadar önemli olmasına sebep olarak küreselleşme sürecindeki ekonomik, siyasal, sosyal ve teknolojik değişimleri gösterebilir²⁸. İşletmeler arasında serbest ekonomik düzenin bir sonucu olarak oluşan rekabetin olumsuz etkilerinden korunmak amacı başta gelir. İşletmeler üretim kapasitesi, pazarlama bölgesi ve özellikle satış fiyatı üzerinde anlaşarak aralarındaki rekabeti geçici, ya da sürekli olarak kaldırabilirler. Böylelikle daha kolay kâr elde etme ve piyasada tutunma şansı elde edilir²⁹.

Ticaretin liberal bir hale getirilmesi ve mevcut sınırların ortadan kaldırılması üzerine rekabetin çok fazla artacağını düşünülebilir. Sınırların kaldırılması halihazırda birbiri ile rekabet içerisinde olmayan şirketlerin birbirleri ile rekabet içerisine girmesine neden olacaktır ve bundan dolayı da meydana gelen rekabet ortamı fiyatların düşmesine yardımcı olabilecektir ve bu sayede kişiler besin maddelerini, tıbbi hizmetleri,

²⁴ TENEKECİOĞLU, Birol, ÇALIK Nuri, ERSOY, Figen, “Avrupa Birliği İle Entegrasyon Sürecinde Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin (Kobi) Rekabet Güçlerinin Arttırılması ve Eskişehir’de Makine İmalatı ve Gıda Sektöründe Yer Alan Kobi’ler Üzerinde Uygulama”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.2, S.2, Eskişehir 2003, s. 120.

²⁵ AKDEMİR, Ali, “Küreselleşmede Kritik Faktör İşbirliğine Dayalı Rekabet Stratejileri”, Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fak. Dergisi, C.X, S. 1-2, Eskişehir, 1992, s. 284.

²⁶ İşletmelerin gerek iç pazarda, gerekse dış pazarlarda rekabet gücünü etkileyen iki temel faktör vardır. Birincisi genel verimlilik, ikincisi de maliyet üstünlüğüdür. Genel verimlilik, rakip işletmeler düzeyine ulaşabilmek amacıyla oluşturulması gereken teknolojik bilgiye ve tecrübeye fiilen ne ölçüde yaklaşıldığını belirten bir göstergedir. Genel verimliliğin değeri de, teknolojik bilgi ve tecrübe açısından rakip işletmelere yaklaştıkça ya da onları geçtikçe, daha da büyüyecektir. Küreselleşen işletmelerin rekabet güçlerini arttırmaları için, işletme bazında üzerinde önemle durulması gereken öteki temel faktörde, maliyet üstünlüğü göstergesidir. Küresel eğilimli işletmelerde maliyet üstünlüğü değerinin arttırılabilmesi için, çeşitli düzeylerde ve fonksiyonlarda birçok önlem alınarak uygulamaya konabilir. Maliyet üstünlüğünü arttırabilecek önlemlerin; hammadde ve malzeme ile yedek parçanın alımından başlayarak nihai mamulün pazara ulaşmasına dek, her türlü aşamada ve her yönetim düzeyinde belirlenip alınması gerekir. (ELMACI ,Orhan "İşletmelerin Küresel Pazarlar Yönelimli Stratejik Rekabet Gücü Analizi" , Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fak. Dergisi, C.X, S. 1-2, Eskişehir 1992, s. 329, 330).

²⁷ BESLER, Senem, “Rekabet Üstünlüğü Nasıl Elde Edilir?”, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.18, S.1-2, Eskişehir 2002, s. 40.

²⁸ YALDIZ, Aykut, “Küçük Ve Orta Boy İşletmelerde Rekabet Gücü : Eskişehir Metal Ve Makine Sanayisinde Bir Araştırma”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Anadolu Üniversitesi SBE, 2007, s. 13.

²⁹ SABUNCUOĞLU, Zeyyat / TOKOL ,Tuncer, İşletme I-II, Furkan Ofset, Bursa 1997, s. 126.

vitaminleri, vb. çok daha makul ve ekonomik açıdan karşılanabilir fiyatlar üzerinden elde edebilecektir³⁰.

Aslında, rekabet; sosyal hayatta kimin daha iyi olduğunun bilinmediği durumlarda, bunu belirleme yoludur. Ekonomik yaşamda olduğu gibi, sosyal yaşamın diğer bölümlerinde de, rekabet bize belirli bir durumda kimin başarılı olduğunu gösterirken, kişiler üzerinde de başarılı olmak için daha çok gayret göstermek gibi bir etki yapar. Bu açıdan rekabet, kişileri, bilgi ve becerilerinin tümünü kullanmaya teşvikte bilinen en etkili yollardan biridir. Kişilerin, diğerlerinden daha başarılı olmak için tüm faydalı bilgi ve becerilerinden yararlanması da toplumsal bir kazançtır ve en iyinin tespiti usulü olan rekabet, en fazla yeni toplumsal değerlerin de ortaya çıkmasını sağlar³¹. Ayrıca, rekabetin en önemli ekonomik yararlarından biri de, üretimde verimliliğin teminidir. Rekabet, teşebbüsleri daha ucuza üretim yapmağa, yani daha az kaynak kullanımı ile üretim yapmağa zorlar³².

Aslında Avrupa Birliği'nin temelinde de yukarıda bahsettiğim gibi, olabildiğince çok rekabetin halkın ihtiyaçlarının en iyi şekilde giderilmesi anlamına geleceği fikrinden hareket edilmektedir. Rekabet konusunda Avrupa Birliği'nin bakış açısı şöyle özetlenebilir: Rekabetin yoğunlaştığı oranda önce tüketicilere en iyi olanakların sağlanması açısından, mevcut üretim, dağıtım, rasyonelleşme ve düzeltme imkanlarının sonuna kadar kullanılması doğrultusunda sanayi ve ticarete çekicilik (kamçılayıcı bir teşvik) ve bir zorunluluk sağlanmış olur. Böylelikle rekabet ikinci olarak aynı zamanda teknik ve ekonomik gelişime de hizmet eder. Üçüncü olarak rekabet, maliyet ve fiyat yükselmesini önler. Dördüncü olarak rekabet, kazancın çeşitli ekonomi sektörleri arasında eşit oranda dağıtılması yolunda etki gösterir ve sakat yardımlara devam etme eğilimlerini frenler. Beşinci olarak bu suretle, ekonomik ve

³⁰ FOX, Elanor, "Rekabet Hukukunun Önemi Ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ocak 2005, s. 123.

³¹ AKINCI, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001, s. 3.

³² HAYEK, Friedrich A. Kanun, Yasama Faaliyeti Ve Özgürlük : Sosyal Adalet Serabı, çev. ÖZ Mehmet, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1995, s. 65.

sosyal hayata katılanların hepsi için kişisel özgürlüğün en yüksek derecesinin gerçekleşmesi temin edilmiş olur³³.

II. REKABET YASAĞI KAVRAMI

Kişileri korumaya yönelik rekabet düzenlemesi rekabet yasağıdır³⁴. Rekabet yasağı, bir ortaklığın, işletmenin, müvekkil veya işverenin bütün işlemlerini, iş sırlarını denetleme ve öğrenme imkan ve imtiyazına sahip ortak, yönetici, vekil veya müstahdemlerin, bunların menfaatlerine zarar verebilecek her türlü ticari ve mesleki faaliyetlerden kaçınmalarını zorunlu kılan bir yasaktır³⁵. Bir çalışma yasağı olarak rekabet yasağı, aynı alanda iş yapanların birbirleri ile haksız bir yarışa girememesine yönelik bir yasak olarak da tanımlanmaktadır³⁶. Rekabetin gerçekleşmesi için, birden fazla kişinin bulunması ve bu kişilerin aynı alan ve konuda birbirleriyle mücadele etmesi gerekir. Rekabet yasağının yasada öngörülmesi yasal rekabet yasağı olarak adlandırılır³⁷.

A. Genel Olarak Rekabet Yasağı

Türk Hukuku'nda rekabetle ilgili bir kavram olan rekabet yasağı, haksız rekabet gibi BK'da ve TTK'da düzenlenmiştir. Bu çerçevede rekabet yasağı, sözleşme ilişkisi nedeniyle içinde bulunduğu hukuki durumun ortaya çıkardığı sadakat borcunun, bu sözleşme ilişkisinin diğer tarafı olan kişilerle rekabet etmek suretiyle ihlal edilmesini önleyici nitelikte bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Niteliği itibarıyla rekabet yasağı, ortaklık sözleşmesinden, ortaklık yapısı içindeki hukuki durumdan, hizmet sözleşmesinden, ticari vekil, mümessil ya da acentelik ilişkisinden veya işletme devrinden kaynaklanan bir yükümlülüktür.

³³ YILDIZ, Zühra, "Avrupa Birliği'nde Rekabet Eşitliğini Bozucu Etkileri Açısından Devlet Yardımları", Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fak. Dergisi, C.13, S. 1-2, Eskişehir 1997, s. 405.

³⁴ EĞERCİ, Ahmet, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği Ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004, s. 22.

³⁵ AYDOĞAN, Fatih, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, Vedat, İstanbul 2005, s. 3.

³⁶ UŞAN, Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması:(Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin, Ankara 2003, s. 44.

³⁷ AŞIK, Pınar, Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2006, s. 8.

Rekabet yasağının en basit tanımı, bir anlaşmanın taraflarından birinin, diğer tarafın rakipleri ile ticarî ilişki kurmamayı, yahut ilgili ürünü bağımsız olarak üretmemeyi, satmamayı taahhüt etmesidir. Rekabet yasağı genellikle dikey anlaşmalarda görülmekle birlikte, yatay anlaşmalarda da görülebilir. Bu durum özellikle birleşme ve devralma³⁸ hallerinde karşımıza çıkar. İşletmesini devreden bir teşebbüs, devralana karşı artık aynı işte çalışmayacağını taahhüt eder. Görülüyor ki üçüncü kişi kıstası, yani anlaşma taraflarının ekonomik karar verme özgürlüklerinin üçüncü kişilere karşı sınırlanması doğrudan olabildiği gibi dolaylı da olabilmektedir. Bu kısıtlamanın dolaylı olduğu hallerde rekabet yasağı konusunda olduğu gibi rekabetin hangi hallerde sınırlandırıldığını saptamak ancak makul bir oran ile mümkün olmaktadır. Teorik bir çözüm yolu yoktur³⁹.

Rekabet Kanunu, rekabete aykırı anlaşmaların süjesi olarak teşebbüsleri⁴⁰ kabul etmektedir. Bazı durumlarda gerçek kişiler de tek başlarına teşebbüs olarak görülebilmekte ve sorumluluk bunlara da yüklenmektedir. Diğer taraftan Rekabet Kanunu esasen ekonomik faaliyetler ile ilgilidir. Ekonomik niteliği olmayan faaliyetler, RKHK kapsamında değildir. İşte teşebbüs ile işçiler arasında yapılan anlaşmaları da bu kapsamda değerlendirmek gerekir⁴¹. Bir teşebbüs ve işçileri arasında yapılan anlaşmalar, RKHK m.4 kapsamına girmez. Zira işçiler, işletmenin ayrılmaz bir parçası olarak görülür. Böyle durumda birden çok teşebbüs olmadığı için anlaşmadan da söz edilemez⁴².

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda rekabet sınırlamalarıyla ilgisi kurulabilecek kimi hükümler var ise de bu hükümlerin yeterli mücadele imkanı sağlayamayacağı savunulmaktadır. MK'nun dürüstlük ilkesi gereği (m.2) "herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst ve iyi niyetle hareket etmek zorundadır". Ahlakî değerlerle de sıkı bir ilişki içerisinde bulunan bu kural, bütün özel

³⁸ Birleşme ve devralmalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ULU, Harun, Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin, Rekabet Kurumu, Ankara 2004, s.14 vd.

³⁹ İNAN, Nurkut, "Rekabetin Sınırlanması Konusunda Bazı Görüşler" Rekabet Forumu, Hukuk-Ekonomi-Politika, S.29, Aralık 2006, s. 5.

⁴⁰ GÜZEL, Oğuzkan, Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 59 vd.

⁴¹ ARI, Zekeriyya, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Seçkin, Ankara 2004, s. 59.

⁴² ÖZSUNAY, Ergun, "Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar Ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları- AB Rekabet Hukuku, Alman ve İsviçre Kartel Kanunlarının Işığında RKK Üzerine Düşünceler – Perşembe Konferansları, s. 48.

hukukta uygulanmak üzere konulmuş, kapsamlı ve etkili bir düzenlemedir. Ancak oldukça genel bir ilke olan dürüstlük kuralıyla, hayli teknik olan rekabet sınırlamalarını ortadan kaldırmak mümkün gözükmemektedir. Yine TCK'nun 366. maddesindeki (5237 sayılı yürürlükteki TCK'nun m.235) devlet ihalelerinde rekabeti sınırlayıcı davranışların suç teşkil ettiğini belirten hüküm pozitif hukukumuz içerisinde rekabet hukuku ile ilgili önemli bir düzenlemedir. Ancak bu maddenin uygulama sahası, devlet ihaleleriyle ilgili işlerle sınırlanmış olduğundan, rekabet sınırlamaları hukuku bakımından pek az bir etki alanına sahiptir. Görüldüğü gibi TCK'daki düzenleme de hukuka aykırı rekabet sınırlamalarına karşı, dolaylı ve hayli sınırlı ceza önlemlerinden öte gidememektedir⁴³.

Rekabet yasağı özellikle patent anlaşmalarında söz konusu olmaktadır. Açık münhasır lisans veya devir olarak adlandırılmaktadır ve yalnızca hak sahibi ve lisans alan arasındaki sözleşme ilişkisi ile ilgilidir; hak sahibinin aynı bölge için başkasına lisans vermemeyi ve kendisinin de lisans alanla rekabet etmemeyi taahhüt ettiği durumdur. Öte yandan, ikinci durum mutlak bölgesel korumayla münhasır lisans veya devri kapsamaktadır ve buna göre, sözleşme taraflarının amacı, söz konusu ürün ve bölge bakımından paralel ithalatçılar ve diğer bölgelerdeki lisans alanlar gibi üçüncü kişilerin rekabetini ortadan kaldırmaktır⁴⁴.

Kaynağı ister kanun olsun, ister taraflar arasında yapılmış bir sözleşme dolayısıyla söz konusu olsun, rekabet yasağı, yöneldiği kişiye olumsuz bir edim, bir yapmama ya da kaçınma borcu yüklemektedir⁴⁵.

B. Kanunda Belirtilen Rekabet Yasakları

Borçlar Kanunumuzda rastlanan ilk "Rekabet Memnuiyeti"⁴⁶ kenar başlıklı hüküm hizmet akdiyle ilişkilidir. BK'nun 348. maddesi, işverenin müşterilerini

⁴³ TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001, s. 78-79.

⁴⁴ ARI, Haluk, Patent Lisansı Anlaşmalarında Münhasırlık Ve Bölgesel Sınırlamalar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, s. 36.

⁴⁵ BAŞOĞLU, Şebnem, "Bağlı Tacir Yardımcılarının Kanundan Doğan Rekabet Yasağı", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, İzmir 1980, s. 222.

⁴⁶ Görüşler için bkz. AYİTER, Nuşin, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi", Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hâtırasına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, s. 464 vd.

tanımayı veya sırlarını öğrenmeyi sağlayan bir hizmet akdinin bitiminden sonra, işçinin işverenle kendi adına rekabet edecek bir iş yapmasını veya rakip bir müessesede çalışmamasını yahut böyle bir müessese ile ortak sıfatıyla veya başka bir sıfatla ilgili olmamasını hizmet akdi taraflarının kararlaştırabileceğini ifade etmektedir. Rekabet etmeme borcu işçinin hizmet ve sadakat gibi diğer borçlarının aksine tarafların ancak kararlaştırmış olmaları halinde ortaya çıkar. Söz konusu maddenin bir diğer özelliği rekabet etmeme borcunun hizmet akdinin bitiminden sonraki süre içerisinde yerine getirilecek olmasıdır. İşçinin hizmet akdi devam ederken bu tür davranışlarda bulunması “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar” (İş Kanunı mad. 17/II, d) kavramına girer ve işveren için haklı fesih⁴⁷ nedeni oluşturur⁴⁸.

Ticaret Kanunumuzun şirketler hukuku ile ilgili bölümlerinde bazı durumlarda şirket ortaklarının ya da şirket müdürlerinin ve yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet yapmasını yasaklayan hükümler de rekabet yasağı kapsamında değerlendirilirler⁴⁹.

TTK’nda rekabet yasağına acente-müvekkil ile ortaklık ilişkisi çerçevesinde de yer verilmiştir. Acente için rekabet yasağı, TTK’nun 118. maddesinde "İnhisar" başlığı altında düzenlenmiştir. Bundan başka, TTK’nda ticaret ortaklıklarına ilişkin hükümler çerçevesinde her bir ortaklıkta ortaklar bakımından rekabet etme yasağı öngörülmüştür. TTK’nun 172-173. maddelerinde kollektif şirket ortakları; 247. maddesi ile 483. maddesinde adi ve paylı komandit şirket ortakları; 335. maddesinde anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ve 547. maddesinde de limited şirket müdürleri açısından rekabet yasağı düzenlenmiştir.

Hizmet sözleşmesi çerçevesinde, iş sahibi ile işçi arasındaki hizmet sözleşmesi süresince, işçinin sadakat borcu⁵⁰ nedeniyle, rekabet etmeme yükümlülüğü zaten

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. SUMER, Ayşe, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 1991, ss.55,59; ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, s.198, 199; ÇAMOĞLU, Ersin Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı Ve Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul 1976, s. 66; tasarı ile ilgili bilgi için bkz. Kurumsal Yönetimin Anonim Ortaklıklarda Yansıması (http://www.denetimnet.net/UserFiles/Documents/yay%C4%B1nlar/turkey-tr_cgs_anonim_ortakliklarda_yansimalari_280307.pdf) (erişim tarihi: 29-12-2007).

⁴⁸ ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul 2005, s. 109.

⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, Beta, İstanbul 2003.

⁵⁰ BK 321.md.

mevcuttur. BK'nın 348-352. maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı, işçi ile iş sahibi tarafından sözleşme ile belirlenen ve hizmet akdinin sona ermesinden sonraki bir döneme ilişkin olarak rekabet etmeme yükümlülüğü öngörmektedir. Buna göre işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edeceği bir işi yapmaması ve rakip müessesede çalışmaması öngörülebileceği gibi böyle bir müessesede ortak veya diğer sıfatlarla yer almaması da kararlaştırılabilir. Burada rekabet etme yasağı, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra başlamaktadır⁵¹.

Ayrıca şunu belirtmek de yarar var; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2. maddesi ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde, bu kanunlara göre yapılacak ihalelerde "rekabet" in sağlanması, temel ilke olarak amaçlanmıştır. Bu hükümlerin kamu ihaleleriyle sınırlı uygulanabilirliği karşısında, genel bir rekabet düzenlemesi getirmediği açık bulunmaktadır⁵².

C. Rekabet Yasağının Gerekliliği

«Ticaret yapma», vatandaşların temel haklarından⁵³ biridir. Gerçekten, Anayasamızın 40/1. maddesi, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğunu, serbestçe özel teşebbüsler kurabileceğini öngörmektedir. Hatta, bir şahsın, ticari mesleği yanında bir başka mesleği icra etmesi de, kural olarak mümkündür. Kanun koyucu, ancak, kamu yararı amacıyla (AY. 40/11), istisnaen, bazı mesleklerin ticari faaliyetle bağdaşamayacağını hüküm altına almıştır. Gerçekten, bazı hallerde, ticari faaliyette bulunmak, mesleğin vakarına aykırı düşebilir ya da tehlikeli görünebilir⁵⁴.

Şirkette ortaklar, ortaklık aracılığı ile kazanç sağlamak ve bunu aralarında bölüşmek amacı ile bir araya gelmişlerdir. Bu itibarla, tüm ortaklar, ortaklığın ve dolayısıyla kendi kazançlarını artması için ellerinden geleni yapmakla yükümlüdürler,

⁵¹ ÖZ, s. 25.

⁵² EĞERCİ, s. 23.

⁵³ Temel haklar hakkında görüşler için bkz. YÜCE, Tufan, Turhan, "Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi", Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974.

⁵⁴ ÖÇAL, Akar, "Ticaret Yapma Yasağına Tabi Bazı Gerçek Şahıslar Üzerinde Bir İnceleme", Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C.8, S. 1, Eskişehir 1977, s. 290.

her halde, ortaklık kazanıcını azaltacak işlemlerde bulunamazlar. Bu ilkenin doğal sonucu da, ortakların ortaklıkla rekabette bulunmamaları, kısaca rekabet yasağıdır⁵⁵.

Çalışanın, işyerindeki görevi dolayısıyla iş organizasyonu, üretim teknikleri veya işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi edinmesi mümkündür. Bu tür bilgileri elde etmiş olan işçinin işyerinden ayrılmasını, işveren istemeyecektir. Ancak, işçinin aynı işyerine sürekli bağlanmasının sağlanması her zaman mümkün ve olası değildir. Bu nedenle, işverenin, işçinin öğrenmiş olduğu bu bilgileri ileride kendi adına veya başka bir işverenin yanında kullanma olasılığını dikkate alması gerekecektir. Çünkü işveren bu tür değerli bilgilerin rekabet piyasasında kullanılması nedeniyle, ciddi bir zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalabilecektir. Bu nedenle, işverenin zarara uğraması olasılığının ortadan kaldırılması, rekabet yasağı sözleşmesiyle mümkün olacaktır⁵⁶.

Konuyu özetleyecek olursak bazı sosyal politika hedeflerinin gerçekleşmesi açısından sınırsız rekabetin, kimi zaman doğru bir enstrüman olmadığı, hatta hedeflerin gerçekleşmesine ket vurduğu söylenebilir. Bu hedeflere örnek olarak, toplum açısından çok önemli hizmetlerin, tüketicilere kaliteli ve uygun fiyatlarla sunulmasının sağlanması gösterilebilir. Sınırsız bir rekabetin yaratacağı olumsuz etkilerden kurtulmak için rekabet yasağı önemli bir araçtır⁵⁷.

D. Rekabet Yasağının Amacı ve Düzenlenme Sebepleri

Rekabet yasağının düzenlenme sebepleri arasında sadakat yükümünün ihlali, ortaklık ile yönetici veya ortağın menfaatlerinin çatışması, affectio societatis unsurunun⁵⁸ varlığı, ortaklık yönetiminde görev alan kimselerin tüm mesai ve çalışmalarını ortaklığa ayıramayacak olmaları, ortaklık imkanlarının kötüye

⁵⁵ İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 12.Baskı, Filiz, İstanbul 2001, s. 181.

⁵⁶ SOYER, Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1994, s. 4.

⁵⁷ ÖZDEN, Mehmet, Profesyonel Meslek Birlikleri, Rekabet Kurumu, Ankara 2004, s. 9.

⁵⁸ Ortak yarar için çalışma; müşterek amaca ulaşabilmek için gayret.

kullanılabilecek olması ve ortaklığa ait önemli bilgilere, ticari sırlara vakıf olunması gibi sebepler sayılmıştır⁵⁹.

Hızlı değişim sürecinde günümüz ekonomilerinin en büyük problemi, değişime zamanında tepki verip verememe noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu süreçte işletmelerin bilgi ve teknoloji merkezli yeni ekonomi içerisinde rekabet edebilmelerinin, yeniliklere eş zamanlı cevap verebilme yeteneklerine bağlı olduğunu söylemek mümkündür⁶⁰. Şirketler yaptıkları araştırmalar sonucu elde ettiği bilgileri bu değişim süreci içinde rekabet üstünlüğü sağlamak için kullanmak isterler. Oysa şirket içindeki konumu nedeniyle şirketin elde ettiği tecrübeler ve teknolojiler hakkında yakından bilgi sahibi olan kişilerin, bu bilgileri ve sahip oldukları yetkileri kötüye kullanarak şirkete zarar vermeleri mümkündür. Bu gibi nedenler rekabet yasağının ana amacıdır.

Sermaye ortaklıklarında yöneticiler ve kişi ortaklıklarında ortaklar, ortaklıktaki geniş imkan ve mevkileri icabı, ortaklığın bütün işlemlerine, sırlarına ve müşteri çevresine nüfus edebilecek durumdadırlar. Bu nedenle bunların ortaklıkla rekabet etmeleri, ortaklığın menfaatini ciddi şekilde tehlikeye sokacağından yasaklanmıştır⁶¹.

Şirketle rekabet halinde olan bir ortak için şirket sırları olağanüstü bir anlam ifade eder. Ortak bu sayede örneğin şirketin yeni ürün planı ya da reklam kampanyasını hiçbir harcama yapmadan kısa bir süre içinde kendi işletmesinde kullanabilir veya bu planlara karşı kısa bir sürede tedbirler alabilir. Bu durum şirketin rakiplerine karşı sahip olduğu rekabet avantajlarını kaybetmesine ve rakipleri ile olan mücadelesinde yeni fikirlerini uygulayamamasına sebep olur. Zira bir işletme rekabetle ilgili tedbirlerini, ancak bunların uygulamaya konulmasından mümkün olduğunca çok sonra rakip işletmeler tarafından bilinmesi ve böylece bu tedbirleri çok sonra taklit etmeleri veya karşı tedbirler almaları durumunda başarılı olarak uygulayabilir. Şirketin rekabet avantajının azalması özellikle gizli tutulan fiyat indirimlerinde söz konusudur. Rakip firmalar, fiyat indirimlerinden ne kadar erken haberdar olur ve benzer indirimler

⁵⁹ KALPSÜZ, Turgut, "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları", Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Sevinç, Ankara 1972, s.351; KAYAR, İsmail/ ÇELİKTAŞ, İlyas, "Limited Şirketlerde Müdür-Ortakları Rekabet Yasağı" Fahiman Tekil'e Armağan, Beta, İstanbul 2003, s. 311.

⁶⁰ KANDEMİR, Tuğrul, Küresel Rekabet Ortamında Birleşme ve Satın Almaların İşletmeler Üzerine Finansal Etkisi ve İMKB'deki Birleşmeler Üzerine Bir Araştırma, Doktora Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi SBE, Afyon 2003, s.43.

⁶¹ TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Kitap 7, Beta, İstanbul 1997, s. 42.

yaparlarsa, şirketin rekabet şansı da o kadar azalır. Şirketle rekabet eden ortak ayrıca şirketin üçüncü kişilerle yapacağı ticari anlaşmaları bilebilecek durumda olduğundan, bu konudaki görüşmelere katılıp muameleyi kendi işletmesi adına da yapabilir⁶².

Her ortağın menfaati, şirket menfaati ile aynı olmadığından, şirketle aynı zamanda rekabet eden bir ortağın, denetim hakkını kullanarak edindiği şirkete ait sırları kendi lehine ve şirket zararına kullanması mümkün görülmektedir. Zira, limited şirket ortağı şahıs şirketi ortaklarının aksine, sınırsız sorumlu olmadığı gibi onları şirketle rekabet etmekten men eden kanuni bir düzenleme de mevcut değildir. Özellikle ortağın şirket sırlarını kendi işletmesi lehine kullanması ile elde ettiği menfaat, bu sırların kötüye kullanımının şirkete zarar vermesinden dolayı gireceği zarardan fazla ise ortak için bu sırları kendi işletmesi lehine kullanma ihtimali daha yüksektir. Ortağın şirketteki payı ne kadar az olursa, onun şirketi kendi özel menfaati amacıyla zarara uğratması ihtimali de o kadar çoktur. Zira sınırlı sorumluluk kuralı nedeniyle ortak, şirketin zararlarından sadece şirketteki payı değerinde sorumludur, yani şirketin zarar gömesi durumunda en fazla kendi payını kaybedebilir. Dikkate alınması gereken diğer önemli husus da bir işletme işletmek suretiyle şirketle rekabet eden bir ortağın bu işletmenin gelirlerine tek başına sahipken, limited şirketin gelirlerini diğer ortaklarla paylaşmasıdır⁶³. Sahip olduğu bilgi alma veya denetleme hakkı nedeniyle şirketin bütün sırlarını öğrenmek imkanı olan ortak, bu sırlar sayesinde şirketle olan rekabet mücadelesinde özel bir avantaj sağlar ve bunun sonucunda şirketle rekabet eden, ancak şirket sırlarını bilmeyen diğer rakiplere oranla şirkete daha fazla zarar verebilir. Bu nedenle şirketle rekabet eden ortağın şirkete bu suretle vereceği zarar ile bu ortağın bilgi veya denetleme hakkı arasında doğrudan bir ilişki olduğunu söyleyebiliriz⁶⁴.

Ortak sayısı yirmiden fazla olan limited şirketlerde denetime ilişkin olarak anonim şirketlerdeki hükümler uygulanırken, yirmi veya daha az ortaklı limited şirketlerde müdür sıfatını haiz olmayan ortaklara adi şirket ortaklarına ait denetleme hakkı tanınmıştır. TTK m. 548/2 hükmünden BK. 531 hükmüne yaptığı atıf uyarınca söz konusu şirketlerde denetim hakkı yönetici olmayan ortakların şirket işlerinin gidişatı

⁶² KARASU, "Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXII, S.3, Ankara 2004, s. 157.

⁶³ KARASU, Limited, s. 157; AKBIYIK, Arkan Azra, Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, Alfa, İstanbul 1999, s.93.

⁶⁴ KARASU, Limited, s. 156.

hakkında şahsen bilgi almaları, şirket defter ve belgelerini incelemeleri ve kendileri için şirketin mali durumu üzerinde özet çıkarmaları şeklindeki kişisel denetim biçiminde gerçekleşir. Bu çeşit bir denetleme hakkı, sözleşme ile ortadan kaldırılamaz. Ortakların bilgi alma veya denetleme haklarının çok geniş kapsamlı ve nitelikte olması, onlara şirket sırlarını öğrenmek imkanını vermektedir. Onların, özellikle inceledikleri şirket defterlerindeki sırları öğrenmeleri doğaldır. Bu sırların kötüye kullanılması halinde ise, şirketin zarar görmesi kaçınılmazdır⁶⁵.

Rekabet yasağı ile ilgili hükümler konulmasının en temel dayanağı sadakat yükümlülüğüdür⁶⁶. Sadakat borcunun gereği olarak saklanması gereken sır kavramı üzerinde görüş birliğine ulaşıldığı söylenemez. Değişik hukuk sistemlerinde ve buna bağlı olarak doktrinde görülen kavram farklılıkları ve bu kavramlara verilen değişik anlamlar meseleye farklı çözümler getirilmesine yol açmıştır. Fransız hukuk sistemi, korunmaya değer sırların saklanmasını, işletmedeki fabrikasyon ve iş sırlarına hasretmiş ve borcun ihlalini de Fransız Ceza Kanunu'nda cezalandırmıştır. Alman hukukunda ise yapılan ikili bir ayırma göre geniş anlamda ticari sır ve dar anlamda işletme sırrı kavramları bu borcun kapsamına sokulmuştur. Alman Haksız Rekabet Kanunu'na göre işçi; hizmet ilişkisi sebebi ile kendisine tevdi olunan ticari ve işletme sırlarını, hizmet ilişkisinin geçerli olduğu süre içerisinde rekabet amacı ile veya işletmeye zarar vermek niyeti ile başkalarına verirse cezalandırılır. Hukukumuzda da tam bir kavram birliği temin edilememiştir. Ticaret Kanununun 57. maddesi b bendi ile "imalat ve ticaret sırlarının başkalarına yayılması" haksız rekabete örnek teşkil ederken, İş Kanunu'nda daha yalın bir anlatımla; "işverenin meslek sırlarını ortaya atılmış olması" doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olması itibarıyla bildirimsiz fesih sebebi sayılmıştır⁶⁷.

Her gerçek veya tüzel kişi gibi limited şirketlerin de bir gizlilik alanı vardır. Ekonomik gizlilik alanının muhafazası, şirketin rekabet gücünü koruyabilmesinin ve başarılı olabilmesinin olmazsa olmaz şartıdır. Şirket sırları, piyasa ekonomisinde rekabet etme araçlarıdır. İş sırları ve fabrika sırları şirkete, rakipleri ile olan rekabetinde

⁶⁵ KARASU, Limited, s. 155.

⁶⁶ AKIN, Murat, Yusuf, Şirketler Hukukunda Ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İMKB, İstanbul 2002, s. 36.

⁶⁷ BÜYÜKKARA, Sabit "Sır Saklama Borcu", <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=401&type=print-article> (Son erişim tarihi :01-09-2008).

büyük bir avantaj sağlar ve ona bu sırları piyasada ekonomik olarak değerlendirme imkanı verir. Bu nedenle, kim rekabet etmek istiyorsa gizlilik ve gizliliğin korunması olgularını da kabul etmek zorundadır. Sırların iyi korunamadığı durumlarda ya sırlar gizli tutulacak ya da açıklanıp bu suretle ticari zararın doğacağı gerçeğini kabul etmek gerekecektir⁶⁸.

Rekabet Kurulu'nun ilgili kararları incelendiğinde, “rekabet yasağı”na ilişkin olarak ortaya konan değerlendirmelerin “gizlilik ve sır saklama”ya ilişkin değerlendirmelerle aynı olduğu gözlenmektedir. Teşebbüslerin ticari sırlarının korunması konusunda menfaatinin bulunması halinde üç yılı aşan gizlilik hükümleri makul bulunabilmektedir. Devralmanın ve/veya ortaklığın sağlıklı bir şekilde devam etmesi için taraflar arasında güven unsurunun tesis edilmesi amacıyla bu düzenlemeler zorunlu olarak kabul edilmektedir. Malvarlığının önemli parçası niteliğindeki teknik know-how'un alıcıya devri söz konusu ise rekabet yasağını aşan gizlilik hükümleri makul bulunmaktadır, ancak diğer gizli bilgilere ilişkin süresiz kısıtlamalar rekabet yasağı süresiyle sınırlandırılmaktadır. AT rekabet hukuku uygulamasında da adı konulmamış bir uygulama prensibi olarak artık iyice yerleşmiş bulunan yaklaşım şudur: Bir gizlilik hükmünün, özellikle teknik know-how korumaya yöneliyorsa, tarafların meşru ticari menfaatlerini koruyor olduğunun kabulü esastır ve ancak eğer söz konusu hüküm açıkça rekabet etmeme amaçlarına yönelecek kadar maksatlı tasarlanmış ise bu durumda süresine veya kapsamına müdahale anlamlı olabilir. Bu istisnai durum son derece seyrek görülmektedir⁶⁹. Burada önemli olan nokta şirket sırları ile know-how kavramlarının farklı olarak ele alınmasıdır. Rekabet Kurulu kararlarında da bu ayırım yapılmıştır. “Sözleşmede, ayrıca, Karboğaz'a gizli bilgilerin devredenler tarafından ifşa edilmesi süresiz olarak yasaklanmaktadır. İfsası yasaklanan gizli bilgiler Karboğaz'ın tüm ticari bilgileri, sırları, devralma müzakerelerine dair bilgiler ve teknik “know-how”u içerecek şekilde tanımlanmıştır. Genelde kamuya mal olmamış teknik “know-how”a dair bilgilere ilişkin olarak, sözleşmede süresiz ifşa edilmeme yükümlülüğünün öngörülmesi makul kabul edilmektedir. Teknik know-how dışında kalan ticari bilgilerin ifşasının rekabet yasağından daha uzun bir süre yasaklanması, rekabet yasağının

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. KARASU, Limited, s. 154.

⁶⁹ ÖZGÖKÇEN, Hakan/ GÜRKAYNAK, Gönenç, “Gizlilik Hükümlerinin Yan Sınırlama Rejimi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Müdahale Gerekli Mi?”, Rekabet Forumu-Hukuk-Ekonomi-Politika, Ankara 2007, S.36, s. 12.

süresinin uygulamada yan sınırlama olarak uygun bulunan sürenin üzerine çıkmasına sebep olabilir. Bu nedenle, teknik “know-how”un ifşasına getirilen yasaklamanın süresiz olması uygun bulunurken, işleme izin verilebilmesi için bunun dosyadaki ticari bilgilerin ifşasına getirilen yasağın rekabet yasağının süresi olan 3 seneye sınırlandırılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır”⁷⁰.

Yurtdışı uygulamalarına bakıldığında Komisyon’un yan sınırlamalara ilişkin tüzüğünün 26. maddesinde istihdam etmeme ve gizli tutma hükümlerinin rekabet yasakları ile aynı etkiyi doğurması nedeni ile rekabet yasaklarına uygulanan zorunlu olması, objektif olması, makul olması ve makul bir süreye bağlanması gibi unsurları barındırması gerekliliğine işaret etmektedir. Hükmün devamında ise rekabet yasaklarına ilişkin know-devrinin bulunup bulunmamasına bağlı olarak kabul edilen 2-3 yıllık makul sürenin gizlilik hükümlerinin konusunu müşteri, fiyat ve miktarın oluşturması durumunda aynen uygulama alanı bulacağı, teknik know-how’a ilişkin gizlilik hükümlerinin ise istisnai olarak ve kabul edilebilir bir zemine oturtulması durumunda 2-3 yıldan daha fazla bir süre uygulama alanı bulabileceği belirtilmektedir. Nitekim aşağıda belirtilen Komisyon kararları da bu prensibi destekler niteliktedir:

30.04.1992 tarihli ve IV/M.197 sayılı **Solvay/Laporte** kararında Komisyon müşteri, fiyat ve miktara ilişkin ticari sırların alıcıyı işleme ilişkin sözleşmede belirlenen rekabet etmeme yasağının uygulanma süresini aşacak bir şekilde pazardan uzak tutacak bir engel oluşturması nedeni ile bu bilgilerin ifşa edilmemesine ilişkin sürelerin rekabet etmeme yasakları ile paralel olarak düzenlenmesi durumunda yan sınırlama olarak değerlendirileceğini belirtmiştir. Ancak Komisyon ticari sırlar ile teknik know-how arasında keskin bir ayırımı gitmiş ve teknik know-how’ın mal varlığı ile birlikte alıcıya geçmesi nedeni ile süresiz olarak belirlenen know-howa ilişkin düzenlenen gizlilik yükümlülüğünün yan sınırlama olarak kabul edilebilir olduğunu ve satıcının her halukarda rekabet etmeme yasağının süresinin dolmasından sonra yeni teknoloji veya know-how ile pazara tekrar girmesinin mümkün olduğunu belirterek

⁷⁰ Karboğaz 06-47/647-181 – 6.7.2006.

süresiz olarak know-how'ın gizli tutulmasına ilişkin hükme herhangi bir itirazda bulunmamıştır⁷¹.

Kanunda belirtilen maddelerin amacı şirketin üçüncü kişilerce öğrenilmesinde sakınca olan ve şirketin rekabet gücünü azaltacak, dolayısıyla üçüncü kişilerce öğrenilmesi şirkete zarar verecek bilgilerin açıklanmasını engellemektir. Bu nedenle gizli tutulmalarında korunmaya layık bir menfaat bulunan ve iktisadi yaşama ait tüm olguların, şirketin ticari muamelelerine, mali durumuna ve teknik üretimine ilişkin bilgilerin şirket sırlarını oluşturduğu söylenebilir⁷².

Bazı yazarlar da, rekabet yasağının temel dayanağı olarak affectio societatis unsurunu göstermektedir. Fakat doktrinde görüş birliği olan husus, sadakat yükümlülüğü ve affectio societatis unsurunun birbirlerine bağlı ve birbirini tamamlayan unsurlar olduklarıdır. Bu nedenle rekabet yasağının temel dayanağı olarak sadakat yükümlülüğü ve affectio societatis unsuru aynı kategori içinde yer almalıdır. Şöyle ki, ortaklar, ortak amacın gerçekleşmesi için çaba harcarken ona zarar verici hareketlerden kaçınmak zorundadır. Bu da sadakat yükümlülüğünün bir unsurudur⁷³.

Sözlük anlamı olarak “amaç uğrunda eşit temel üzerinde birleşerek çalışma, ortak yarar için çalışma, şirket kurma niyeti, ortakları eşitlik ilkesinde birleştiren niyet” olarak tanımlanan affectio societatis unsuru, Türk ortaklıklar hukukunda da kabul edilmiştir. BK 520. maddesinde müşterek bir gayeye erişme için birleşmeyi iltizam hükmü bu unsurun hukukumuzdaki ifadesi olarak değerlendirilmelidir⁷⁴.

Bu unsur şahıs şirketlerinde çok ağırlıklıdır. Çünkü bu şirketlerde ortaklıkların birbirlerini iyi tanımaları, güven duymaları ve işbirliği içerisinde çaba göstermeleri gerekir. Fakat çok zayıflamış da olsa sermaye şirketlerinde bile bu unsurdan söz edilebilir. En azından, ortakların, şirketin amacının gerçekleşmesini önleyici veya

⁷¹ ÖZGÖKÇEN/GÜRKAYNAK, s. 13.

⁷² NÖMER, Füsün, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 93.

⁷³ BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Beta, İstanbul 1998, s. 28-31, İMREGÜN, Kara, s. 156.

⁷⁴ İMREGÜN, Kara, s.156.

zorlaştırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü vardır ve bu yükümün temeli, yine *affetio societatis*'e dayandırılır⁷⁵.

Türk Hukukunda sadakat borcunun kapsamı belirlenirken çeşitli sınıflandırma çabalarına girildiği görülmektedir. Bunlar arasında sadakat borcunu kanundan ve sözleşmeden doğan sadakat borcu şeklinde ayrıma tabi tutan yazarlar yanında⁷⁶; söz konusu borcu olumlu ve olumsuz yanlarıyla, yani yapma ve yapmama borcu şeklinde ele alan yazarlar da bulunmaktadır⁷⁷. Sınıflandırma ne şekilde yapılırsa yapılsın, sadakat borcunun kapsamına işçinin işvereni veya işyerini zarara uğratabilecek davranışlardan kaçınması, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmaması, işverenin şöhret ve itibarını sarsacak davranışlardan uzak kalması, işyerinde gördüğü aksaklıkları ve tehlikeleri işverenine bildirmesi, üstlendiği işi gereği gibi ve özenle yerine getirmesi, işyerindeki zarar ve arızaları gidermesi, iş düzenini bozmaması, çalışma sırasında ya da (sözleşme ile kararlaştırılması koşulu ile) çalışma sonrasında işvereni ile rekabet etmemesi ve iş ilişkisi sırasında öğrendiği ve işle ya da işyeri ile ilgili ticari bilgilerin üçüncü kişilere bildirilmemesi gibi yükümlülükler girer. Gerçi işçinin rekabet etmeme borcu ile sır saklama borçlarını, sadakat borcundan ayrı olarak inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Ancak, sadakat borcunun kaynağının MK.m.2 anlamında dürüstlük kuralına dayandırılması halinde, rekabet etmeme ve sır saklama borçlarının sadakat borcu kapsamında değerlendirilmesi yerinde olur⁷⁸.

Sadakat borcu iş ilişkisinin doğasında olan bir kavramdır. İş akdinin tesisi ve iş ilişkisinin başlaması ile birlikte işçi zaten işverenine sadık olmak ve işini ahlak ve iyiniyet kuralları çerçevesinde yürütmek külfeti altına girmektedir. Sadakat borcu temelini Medeni Kanun'da yer alan dürüstlük kuralından almaktadır⁷⁹. Kişi ortaklıklarında ortakların ortaklığa ve diğer ortaklara karşı sadakat yükümü altında olmalarının nedeni, bu ortaklıklarda ortaklığın en önemli unsuru, ortakların birbirini

⁷⁵ BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Beta, İstanbul 2007, s. 14

⁷⁶ SAYMEN, Ferit, Türk İş Hukuku, Akgün Matbaacılık, İstanbul 1954, s. 483-484.

⁷⁷ TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta, İstanbul 2003, s. 98-99.

⁷⁸ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku (genel esaslar-iş akdi), Beta, İstanbul, 2002, s. 290-291; DEMİRCİOĞLU Murat/CENTEL Tankut, İş Hukuku, Beta, İstanbul 2003, s. 98.

⁷⁹ SERTBULUT, Nazlı, "Hizmet Akdinde Rekabet Yasağı Ve Geçerlilik Şartları", İZMİR YMMO Yayınları, Eylül-Ekim 2007, s. 35.

tanıyan, şahsiyet ve kabiliyetlerine güvenen kişiler olması ve kişi faktörünün bu ortaklıkların kuruluş ve devamında birinci planda olmasıdır⁸⁰.

Türk İş Hukuku'nda işçinin sadakat borcuna ilişkin tanım verme çabaları yerine, borcun kapsamının belirlenmesi yolu tercih edilmiştir. Öncelikle belirtelim ki, Türk İş Hukuku bakımından sadakat borcunun kaynağının MK.m.2'de yer alan dürüstlük kuralı olduğu konusunda görüş birliği bulunduğu söylemek mümkündür. Aslen Alman Hukukunda da sadakat borcunun kaynağının dürüstlük kuralı olduğu kabul edilmektedir. İngiliz Hukukunda ise sadakat borcunun (duty of fidelity) hizmet akdinin özünde var olan bir borç olduğu ve iyi niyetli davranma ilkesine dayandığı görüşü yaygındır⁸¹.

E. Rekabet Yasağını Düzenleyen Hükümlerin Özellikleri

Türk Hukuku'nda, Borçlar Kanunu'nun 526. maddesi ve Ticaret Kanunu'nun 172, 250, 335, 483 ve 547. maddeleri ile düzenlenmiş olan kanuni rekabet yasağı, rekabet yasağına tabi olan şahsın, şirket tipine göre, ortaklık ya da yöneticilik sıfatının sona ermesiyle ortadan kalkmaktadır. Ancak ortaklar, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, şirketten ayrılan ortaklar için ayrıldıktan sonra belli bir süre daha şirketle rekabet etme yasağını kararlaştırabilirler⁸². Söz konusu rekabet yasağı, şirket ana sözleşmesiyle belirlenebileceği gibi ayrı bir sözleşme konusu da yapılabilir⁸³.

Rekabet yasağını düzenleyen hükümlerin emredici olmaması, bunların en belirgin özelliğidir. Rekabet yasağını düzenleyen hükümlerin emredici olmamasının altında yatan ilk neden, bunların iç ilişkiyi düzenleyen hükümler niteliğini taşımaları⁸⁴, diğer bir neden de, kamu düzeni ile ilgisi olmayan, ortaklıkların bireysel çıkarlarını ilgilendiren hükümler olmalarıdır⁸⁵.

⁸⁰ KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, Sevinç Matbaacılık, Ankara 1973, s. 77.

⁸¹ AYDIN, Ufuk, " İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.2, S.2, Eskişehir 2002, s. 83.

⁸² KARASU, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı" Rekabet Dergisi, S.20, s. 83.

⁸³ ÖÇAL, "Limited Şirketlerde Müdür Olan Ortağa Uygulanan Rekabet Yasağı", EİTİAD 1984, C.II, S.1, s. 299.

⁸⁴ İMREGÜN, Kara, s. 181; TEOMAN, Ticaret, s. 43.

⁸⁵ TEOMAN, Ticaret, s. 43

Anayasanın 167. maddesi uyarınca serbest rekabet ilkesi üzerine kurulmuştur Ayrıca Anayasanın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma, sözleşme yapma ve özel teşebbüsler kurma özgürlüğüne sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle söz konusu rekabet yasağı, genel bir özgürlük olan ve Anayasa ile güvence altına alınan ticaret ve girişim özgürlüğünü kısıtlamamalıdır. Ayrıca süresiz veya iş faaliyetinin tüm konularında yapılacak bir kısıtlama Anayasanın 17. maddesinde belirtilen herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir maddesine de ters düşer.

III. REKABET YASAĞININ BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

A. Haksız Rekabet-Rekabet Yasağı İlişkisi

"Rekabet yasağı" ile "haksız rekabet" kavramları, farklı anlam taşımaktadır. Gerçekten birincisinde esas itibariyle yasal bir hareket söz konusu olup, bu hareketin bazı şahıslar bakımından önlenmesi durumu mevcuttur. Başka bir deyişle rekabet yasağının söz konusu olduğu hallerdeki davranışlar, bu yasağa tabi olmayan şahıslar için yapılabilen davranışlar durumundadır; halbuki haksız rekabet oluşturan bir davranış, herkes için kanunun himayesinden yoksun bir davranıştır. Bir şirkete ortak olan bir şahıs, ayrıca ticari faaliyette bulunmak hakkını, kural olarak yitirmiş değildir; o isterse, daha başka yollarla da ticari faaliyette bulunabilir, meselâ bir işletme açabilir. İşte, ortağın kendi adına böyle bir davranışta bulunması, bazı şartlarla şirket için zararlı olabilir⁸⁶.

Ticaret serbestisinin güvence altına alınması, hızlı bir ekonomik gelişmeyle birlikte rakiplere bertaraf etmek amacıyla yürütülen acımasız bir rekabet savaşını da başlatmıştır. Bu gelişim içinde dürüst tacirleri rakiplerinin haksız rekabetine karşı koruma ihtiyacı ön plana çıkmıştır. Bu aşamada haksız rekabet, rakiplere karşı işlenen bir haksız fiil olarak değerlendirilmiştir⁸⁷. Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinde ise, haksız rekabet, aldatici hareket veya iyiniyet kurallarına aykırı şekilde iktisadi rekabetin

⁸⁶ ÖÇAL, Akar, "Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı", EİTİAD 1981, C.XVIII, S.2, s. 432.

⁸⁷ ARKAN, Sabih, "Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXII, S.4, Ankara 2004, s. 5, dpn.1.

her türlü kötüye kullanımı şeklinde tanımlanmış ve haksız rekabet sayılan fiiller Türk Ticaret Kanunu'nun 57. maddesinde örnek olarak sayılmıştır. Bu fiiller, haksız fiilin bir türü olarak kabul edilmektedir ve herkese yasaklanmıştır. Buna karşılık rekabet yasağı kabul edilen fiiller herkese değil, belli bir iş veya hizmet ilişkisi içinde bulunan bazı kişilere yasaklanmıştır. Rekabet yasağı olarak kabul edilen davranışlar, belli ilişkiler içinde bulunmayanlar açısından meşru sayılır ve teşvik edilir. Bir başka deyişle, haksız rekabetin aksine, rekabet yasağında esasen yasal olan, haklı sayılabilecek bir rekabet, bazı kişilere buldukları mevki ve ifa etkileri görev dolayısıyla yasaklanmış olmaktadır. Örneğin bir başka şirkete sınırsız sorumlu ortak olma halinde, (haksız rekabet sayılan fiiller yoksa) haksız rekabet söz konusu olmayacak, buna karşılık rekabet yasağı uygulanabilecektir⁸⁸.

Rekabet yasağı ile haksız rekabet birbirleri ile yakın ilişki içerisinde olmalarına rağmen tamamen müstakil iki farklı müessesedir. Rekabet yasağı düzenlemesi kanun tarafından haklı olduğu öngörülen bir rekabetin sadece bazı kişiler tarafından gerçekleştirilmesine mani olurken, haksız rekabet düzenlemesi rekabetin haksız şekilde gerçekleştirilmesinin faili kim olursa olsun önüne geçmek gayesini gütmektedir⁸⁹.

B. Rekabet Yasağı-Rekabet Hukuku Karşılaştırılması

Rekabet hukuk kurallarıyla doğrudan doğruya rekabetçi piyasa düzeninin korunması amaçlanır, ekonomik birimlerin ve teşebbüslerin korunması dolaylı olarak gerçekleşmektedir⁹⁰. Rekabet yasağı kuralları ile rekabet hakkına sınırlar getirilirken, rekabet hukuku kuralları rekabet sınırlamalarını yasaklar⁹¹. Rekabet yasağı kurallarının amacı belli bazı gerçek ve tüzel kişileri (şirketler, işverenler, işletme sahipleri) korumak iken, rekabet hukukunun amacı rekabetin korunmasıdır⁹², yani rekabet hukuk kuralları ile birinci planda kamunun menfaati korunmaktadır. Rekabetin korunması hakkında kanunun 57. maddesinde tazminat hakkına yer verilerek, ikinci planda zarar görenlerin

⁸⁸ AYDOĞAN, s. 4, 5.

⁸⁹ YASAN, Mustafa, "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı (TTK m.335)" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, İzmir 2005, s. 443.

⁹⁰ ASLAN, Yılmaz, Rekabet hukuku : Türkiye'de rekabet kanunu çalışmaları ve bir kanun önerisi, Ekin, Bursa 1993, s.12.

⁹¹ ERDEM, "Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi" Ömer Teoman'a 55. Yaş Günün Armağanı, C.I, Beta, İstanbul 2002, s. 379; ASLAN s.13; POROY Reha/ YASAMAN,Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Beta, İstanbul 2001, s.300.

⁹² ERDEM, Haksız Rekabet, s. 384.

menfaatleri gözetilmektedir. Rekabet yasağına aykırılık halinde tazminat, elde edilen menfaatlerin devri, yapılan işlemin şirket adına yapılmış sayılması (TTK m.173,335; BK m.351,455) gibi yaptırımlar uygulanabilirken, rekabet hukuku kurallarına aykırılık halinde tazminat ve idari para cezası söz konusu olmaktadır (RKHK m.57). Rekabet hukuku kuralları kapsam olarak daha geniştir. Zira Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 57. maddesinde “zarar gören”lerden söz edilerek tazminat talebine hakkı olanlar bakımından oldukça geniş bir düzenleme yapılmışken, rekabet yasağına aykırılık halinde tazminat talebi yalnızca şirket, işletme sahibi ve işveren tarafından ileri sürülebilmektedir⁹³.

Rekabet yasağını düzenleyen hükümlerin amacı, başta ortaklıklar olmak üzere, ortakları ve alacaklıları, ortaklık içinde çeşitli imkanlara sahip kimselerin sahip oldukları mevki ve ortaklıktan kaynaklanan imkanları kullanarak verebilecekleri zararlardan korunmaktır. Rekabetin korunması hakkındaki kanunların amacı, rekabet özgürlüğünü ve rekabetin varlığını güvence altına almaktır⁹⁴. Ayrıca rekabet hukukunun amacı⁹⁵ doğrudan doğruya kişileri korumak değil, rekabet düzenini, serbest rekabet ortamını korumaktır⁹⁶.

Kartel ve hakim konumdaki teşebbüslerin piyasaya girişleri zorlaştırdıkları veya rakip teşebbüslerin piyasada kalabilme şartlarını güçleştirdikleri bilinen gerçeklerdendir. Bu kısıtlamanın "özel teşebbüs hürriyeti"nin (1982 AY. m. 48, 1961 Ay. m. 40) ruhuna aykırı olduğu aşikardır. Özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine, sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin alınması, devlet için anayasal bir görev olarak kabul edilmiştir (1982 AY. m. 48). Bundan başka özel teşebbüs hürriyeti gereği, kanunen yasaklanmamış her türlü faaliyete girişmek, istenildiği gibi yürütmek ve istenildiği anda sona erdirebilmek, en temel haklardandır. Bu durum aynı zamanda özel hukukta yasaklanmamış alanda sahip olunan ehliyetin doğal sonucudur. Piyasalarda rekabetin

⁹³ ERDEM, Haksız Rekabet, s. 383-394.

⁹⁴ ARKAN, Sabih, “Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki”, Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan, Ankara 2003, s. 8.

⁹⁵ Rekabet hukukunun amacı hakkında ayrıca bkz. Dokuzuncu Kalkınma Planı, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyon Raporu, DPT, Ankara 2007, s. 23; Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Genel Gereğesi, TBMM, Tutanak Dergisi, Yasama Yılı 3.

⁹⁶ ASLAN, Yılmaz, Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2001, s. 12.

kısıtlanması veya ortadan kaldırılması özel teşebbüs hürriyetinin ihlalidir. Yine Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununda "rekabet yasağı"na ilişkin hükümler mevcuttur⁹⁷.

Ayrıca Rekabet yasağı ise sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük olup, rekabet yasağından söz edebilmek için, taraflar arasında sözleşmeye dayalı bir hukuki ilişkinin varlığı zorunludur. Bu ilişki, BK'nun ilgili hükümleri çerçevesinde hizmet sözleşmesi, adi ortaklık, ticari vekillik, mümessillik, işletme devrinden kaynaklanabileceği gibi, TTK'nda düzenlenen acentelik, ortaklık ilişkisi, hisse devri gibi hukuki ilişkilerden de kaynaklanabilir. Kaynağı yukarıda sayılanlardan hangisi olursa olsun, rekabet yasağının ihlali halinde, hukuki menfaati korunan kişi ya da kişiler, sözleşmenin taraflarıdır⁹⁸.

Dolayısıyla, rekabet yasağı sözleşme ilişkisi nedeniyle bulunduğu hukuki durumun ortaya çıkardığı sadakat borcunun, bu sözleşme ilişkisinin diğer tarafı olan kişilerle rekabet etmek suretiyle ihlal edilmesini önleyici nitelikte bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁹. Rekabet hukuku mal ve hizmet piyasalarında etkin rekabeti hakim kılmayı, rekabet yasağı ise, bir işletmeyle ilgili kimselerin, işletmenin konusuna giren işler nevinden bir işi, ne kendisi ne de başkası hesabına yapmama yükümlülüğünü konu edinir (BK m. 348-351, 455, 526, TK m. 172, 250, 335, 547). Bu yönden bakıldığında, rekabet hukuku ile rekabet yasağı ilkesinin birbirine aykırı hedeflere yöneldikleri düşünülebilir. Aslında her iki düzenlemenin amacı, piyasalarda dürüstlük ilkesinin hakim kılınması ile kişilerin emek ve kabiliyetleri dışında haksız kazanç sağlamalarının önlenmesidir.

Özetlemek gerekirse, Rekabet Hukuku ile kabul edilen esas amaçlar; “rekabet sürecinin veya serbest rekabetin korunması” ya da “etkin rekabetin korunması”dır¹⁰⁰. Dikkat edilecek olursa rekabet yasağı ile de hedeflenen amaçlar aslında aynıdır¹⁰¹..

⁹⁷ TOPÇUOĞLU, s. 79,80.

⁹⁸ ÖZ, s. 34.

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz; YUNUS, Aydın, Binnaz, “Hukukumuzda Rekabet Yasağının Düzenlenmesi”, Adalet Dergisi, Yıl 1993, Ocak 2002, S: 10, s. 150.

¹⁰⁰ ESEN, Saban, Piyasaların Rekabetçi İşlevlerini Sürdürmesinde Rekabet Hukukunun Rolü: Piyasaya Giriş Engellerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi SBE, 2006, s.49; İNAN, N., Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları-1, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No. 0039, Ekim 1999 Ankara, s. 10.

IV.REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

Rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet ilişkisi bakımından, işverenlerle işçiler arasında yapılan ve işçilerin aynı tür işi yapmasını, işverenin iş sırlarına veya müşteri çevresine girmesini önleyen anlaşma, ortakların karşılıklı olarak birbirleriyle rekabet yapmasını engelleyen yazılı anlaşma¹⁰² olarak tanımlanmaktadır.

Rekabet yasağı yan edim yükümü niteliğinde olan yan sınırlamalara güzel bir örnektir. Rekabet yasağı “işbirliği yapma yükümü” niteliğinde bir yan edim yükümüdür¹⁰³. Rekabet yasağının amacı en genel anlamda, rekabetin ortaya çıkaracağı riskleri ortadan kaldırmaktır. Rekabet yasağı temelini dürüstlük kuralında veya hizmet sözleşmeleri açısından emeği tahsis ilkesinde bulur ve kural olarak süresi hukukî ilişkinin süresiyle sınırlıdır. Bu yasakların bir kısmı doğrudan kanun koyucu tarafından konulmuştur. Kanun koyucu rekabeti hukukî ilişkinin sona ermesinden sonraki dönem için ancak istisnai hallerde ve özel hükümlerle yasaklamıştır¹⁰⁴.

Rekabet yasaklarının diğer bir kısmı ise bir sözleşme ilişkisinden doğar. Yasağa tabi olan taraf ekonomik faaliyet alanını ve olanaklarını kendi iradesi ve isteği ile sınırlandırmakta veya belli bir süre ve konu ile sınırlı olarak kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmelerinde ortak olan nokta, tarafların belli bir sistem içerisinde veya öngördükleri düzenlemelerle aralarındaki rekabet ilişkisini belli kurallara bağlamalarıdır¹⁰⁵. Rekabet yasağı öncelikle belli şirket menfaatlerinin o şirket ortağı kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemeye yöneliktir¹⁰⁶.

Türk Hukukunda rekabet yasağı, çeşitli sözleşme türleri açısından BK’da ve TTK’da açıkça düzenlemiştir¹⁰⁷. Burada söz konusu olan, sözleşen taraflardan birisinin

¹⁰¹ aksi görüş için bkz. GÜL, İbrahim, Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Yayını, Eylül 2000, Ankara, s.6,7; İNAN Nurkut, "Türkiye’de Rekabetin Korunması" Rekabet Hukuku, 9. Sosyal Piyasa Ekonomisi Sempozyumu, "Türkiye’de Rekabetin Korunması ve Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler" Ankara, Aralık 1992, s. s. 60-6.

¹⁰² YILMAZ, s. 571.

¹⁰³ “İşbirliği yapma yükümlülüğü” kaynağını MK m. 2 uyarınca doğruluk ve güven ilkesinde bulur.

¹⁰⁴ Örneğin TTK m. 363/II uyarınca anonim şirket ortakları, her ne şekilde olursa olsun öğrenmiş oldukları sırları sonradan ortaklık hakkını kaybetmiş olsalar da gizli tutmaya zorunludur.

¹⁰⁵ SOYER, s. 8.

¹⁰⁶ ERDEM, Ercüment, “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme Ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar” , Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ekim 2004, Ankara, s. 120.

¹⁰⁷ ÖZ, s. 9-15.

diğeri lehine belli tür davranışlardan kaçınması ve diğer taraf ile rekabet etmemeyi yükümlenmesidir. Niteliği itibariyle rekabet yasağı daha çok ortaklık ilişkisinden, ortaklık ilişkisine bağlı hukukî durumlardan, hizmet sözleşmesinden veya temelinde temsil ilişkisi olan hukukî ilişkilerden doğabilir. Hukukumuzda kanunlarda açıkça düzenlenen pek çok rekabet yasağı hükmü vardır¹⁰⁸. Ancak kanunda açıkça düzenlenmeyen pek çok sözleşmede, örneğin lisans ve know-how, patent, tek satıcılık, dağıtım ve pay devri sözleşmelerinde de rekabet yasağına ilişkin hükümlere sıkça rastlanmaktadır¹⁰⁹. İşçinin ücret karşılığı olmasa bile, işverene karşı rekabet oluşturacak bir yan iş tutması onun sadakat borcuna aykırılık teşkil etmektedir. İşçinin sadakat borcu gereği, iş sözleşmesi süresince işverenin korunmaya değer menfaatlerini dikkate almak ve işverene zarar veren her türlü hareketten kaçınma yükümlülüğü onu işveren ile aynı faaliyet alanında rekabet etmemek borcu şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹¹⁰.

Rekabet Yasağı sözleşmeleri özellikle işçi ve işveren arasında karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için, işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunması gerekir. İşçinin işverenin mesleki sırlarını ve müşteri çevresini öğrenmiş olması ve bunları kullanarak işverene zarar verme olasılığının bulunması durumunda işverenin haklı menfaatinin bulunduğu kabul edilir. Rekabet etmeme borcunu doğuran sözleşmenin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması gerekir. Bundan başka rekabet yasağı sözleşmesi işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemeli, yer, zaman ve konu bakımından sınırlandırılmış olmalıdır. Aynı zamanda işçinin rekabet yasağı sözleşmesinin yapıldığı sırada reşit olması gerekir¹¹¹.

Ayrıca, işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet edici davranışlarını sınırlayan sözleşme hükümleri de, işçinin çalışma ve ticaret yapma serbestisi ile, mesleki ve ekonomik yaşamını geliştirme hakkına ters düşen ve işçinin kişilik hakkını

¹⁰⁸ Nitekim hizmet sözleşmesinde (BK m. 348-352), ticarî mümessillik ve ticarî vekalette (BK m. 455), adî ortaklıkta (BK m. 526), acentelik sözleşmesinde (TTK m. 118), kollektif şirkette (TTK m. 172-173), adî ve paylı komandit şirkette (TTK m. 250-256, 483), anonim şirkette (TTK m. 335) ve limited şirkette (TTK m. 547) rekabet yasağı açık olarak düzenlenmiştir .

¹⁰⁹ ERDEM, s. 121.

¹¹⁰ ERTÜRK, Arslan, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2007, s. 235.

¹¹¹ KARAGÖZ, Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin, Ankara 2006, s. 243.

sınırlandıran hükümlerdir. İşçinin kişilik hakkına karşılık, sadakat borcu lehine bu tarz sınırlamaların yapılabilmesi için işverenin haklı bir çıkarını korumaya yönelik olarak, işçinin işverene karşı haksız rekabet oluşturacak bir faaliyetinin söz konusu olması gerekmektedir¹¹².

BK m. 350 rekabet yasağı sözleşmesinin mutlaka yazılı yapılmasını aramıştır¹¹³. Burada aranan yazılılık koşulu bir geçerlilik şartıdır. Sözleşmenin yazılı olmasının aranması işçinin korunması ve böyle bir sözleşmeyi imzalarken iyi düşünmesini sağlamak amacıyla¹¹⁴.

A. Türleri

Öğretide genel olarak kabul edildiğine göre rekabet yasağı sözleşmeleri aslî ve talî olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar.

1) Aslî Rekabet Yasağı Sözleşmesi

Fiyat, satış, üretim, dağıtım ve benzeri alanlarda belirli koşulların kabul edilmesi ile rekabetin sınırlandırılmasını hedef alan sözleşmeler veya RKHK'nın terimi ile "anlaşmalar" söz konusudur. Gerçekten bunlar belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan veya böyle bir etki yaratabilecek olan kartel anlaşmalardır (krş. RKHK m. 4/I). "Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar" başlığını taşıyan RKHK m. 4/I uyarınca "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır". Bu madde

¹¹² ERTÜRK, s. 235.

¹¹³ Rekabet Kanunu'nda anlaşma terimi kullanılmıştır. Anlaşma teriminin geniş yorumlanması gerekti de doktrinde kabul edilmiştir. Bu nedenle rekabet yasağını RKHK bakımından farklı ele almak gerekir. Rekabet Kurulu incelemiş olduğu Frito Lay Kararında (04-32/377-95) rekabet yasağının şartı olan yazılılık kuralını daha geniş ele almış ve şöyle belirtmiştir: Frito Lay tarafından yapılan ister yazılı ister sözlü olsun, rekabet etmeme yükümlülüğü öngören bu anlaşmalar 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlaldir. Bu anlaşmaların geçerlilik kazanabilmeleri için 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet almış olması veya Kurul tarafından kabul edilen Grup Muafiyet Tebliği kapsamında olması gerekmektedir. (...) Yazılı anlaşmalar dışında, Frito Lay kurmaya çalıştığı münhasırlık sistemine yönelik olarak satış noktalarıyla sözlü anlaşmalar içine girmiştir. Gerek yazılı ve gerekse sözlü anlaşmalarda rekabet sınırlandırması olarak değerlendirilebilecek tek hususun anlaşmalardaki rekabet yasağı veya münhasırlık olarak adlandırılan sınırlandırma olduğu tespit edilmiştir.

¹¹⁴ SOYER, s. 41-42.

genel olarak ilgili pazarda rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan her türlü anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri yasaklamaktadır. Rekabet hukuku açısından anlaşma kavramı medenî hukuk anlamındaki sözleşmeleri ve bu arada rekabet yasağı sözleşmelerini de kapsar. Aslî rekabet yasağı sözleşmeleri bağımsız bir düzenleme olma niteliğine sahiptir. Bu sözleşmelerin konusu çok çeşitli olabilir. RKHK m. 4/II'de örnekleyici olarak sayılan haller, aslî rekabet yasağı sözleşmelerinin içeriği konusunda fikir vermektedir. Aslî nitelikteki rekabet yasağı sözleşmelerinin amacı belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama olduğundan bu tür sözleşmeler RKHK m. 4/I uyarınca hukuka aykırı ve yasaktır¹¹⁵.

2) Talî Rekabet Yasağı Sözleşmesi

Yan yükümlülükleri doğrudan dürüstlük kuralından doğan veya sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumundan çıkan ya da tarafların açıkça kararlaştırmaları sonucu oluşan ve tek başına ifası talep edilemeyen, ancak ihlali halinde tazminat ödeme borcu doğuran yükümlülükler olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶. Rekabet hukuku uygulamalarında genel olarak temel bir düzenlemenin yanında getirilen ve bu düzenlemeyle birlikte bir anlam ifade eden ek hükümler şeklinde tanımlanabilecek yan sınırlamalar, dahil olduğu işlem ve ekonomik koşullar itibarıyla farklı anlamlara gelmektedir. Önemi ve işlevi yönüyle rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların merkezinde yer almayan ek hükümleri ifade etmek için kullanılabilen “yan sınırlama” kavramına, ihlal doğurucu olarak görülmeyen düzenlemeleri tanımlamak içinde yer verilebilmektedir. Yan sınırlama kavramının ikinci şekilde kullanımına ilişkin en önemli başlık “yoğunlaşmanın yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar”dır¹¹⁷.

Bu tür sözleşmeler, kurulmalarına neden olan bir başka sözleşme (asıl sözleşme) ile sıkı bir bağ içerisindedir ve bu sözleşmenin ifasına yardımcı olur. Bu tür sözleşmeler bu asıl sözleşmenin bir parçasıdır ve ancak onunla beraber bir anlam ifade eder. Bunlara “rekabet yasağı kaydı” veya “rekabet yasağı şartı” (“clause de non-

¹¹⁵ ERDEM, s. 121.

¹¹⁶ AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 46.

¹¹⁷ GÜLERGÜN, E. Cenk, Topluluk Rekabet Hukuku İşığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 9.

concurrance”/ ”non- competition clause”) denmesinin nedeni budur. Satım, kira, hasılat kirası, lisans, know-how, patent, ortaklık, pay devri ve hizmet sözleşmelerindeki rekabet yasağına ilişkin kayıtlar, talî rekabet yasağı sözleşmelerine örnek olarak gösterilebilir. Talî rekabet yasağı sözleşmesinin, böyle bir düzenlemeye yol açan sözleşme ile çok sıkı bağına rağmen bu sözleşme ile biçimsel bir bağımlılık içinde olmasının zorunlu bulunmadığı belirtilmektedir. İlk bakışta, birleşme ve devralmalarda taraflara getirilen kısıtlamalar ve özellikle rekabet yasağı sözleşmelerinin de, belli ölçüde rekabeti kısıtladıklarından ötürü RKHK m. 4 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi düşünülebilir. Zira birleşme ve devralmalar daima bir sözleşme ilişkisi içinde gerçekleştiklerinden, tarafların hareket serbestisine getirilen kısıtlamalar ve bu arada rekabet yasakları RKHK m. 4 kapsamında değerlendirebilir ve yasaklanabilir. Ne var ki, talî rekabet yasağı sözleşmelerinde de rekabetin kısıtlanması veya engellenmesi söz konusu olmakla beraber, bu tür sözleşmelerin aslî rekabet yasağı sözleşmelerinden farkı, esas konunun ve amacın rekabetin kısıtlanması olmamasıdır. Bu tür sözleşmelerde rekabet asıl sözleşmenin ifası amacıyla ve çoğu kez de zorunlu olarak kısıtlanmaktadır. Zira, böyle bir düzenleme olmaksızın tarafların sözleşmeden beledikleri sonucun veya faydanın sağlanması söz konusu olmayabilir. İşte birleşme ve devralmalarda öngörülen rekabet yasağı sözleşmeleri de bu tür talî rekabet yasaklarındandır. Örneğin bir şirketin paylarının tümünün o pazara girmek isteyen yabancı yatırımcıya devrinde, yabancı yatırımcı belli bir süre ile devredenlerin, payları devre konu olan şirket ile rekabet etmemesini şart koşar. Zira, payların satış değeri hesaplanırken, sadece indirgenmiş nakit akışı veya aktiflerin değeri değil, şirketin müşteri çevresi veya şirkette biriken “know-how”, tecrübe de dikkate alınır. Böyle bir yasak konulmayacak olsa, devredenler derhal şirketle aynı konuda çalışmaya başlar ve hem bilgi birikimlerini ve know-howlarını hem de kendilerini zaten tanıyan müşteri çevrelerini değerlendirirlerdi. İşte talî rekabet yasağı sözleşmelerinin bu zorunlu niteliği, rekabeti düzenleyen kurumların bu sözleşmelere daha ılımlı ve hoşgörülü bakmalarına neden olmuştur¹¹⁸.

Örneğin bir anonim şirketin paylarının devrinde devredenler devralanlara karşı, şirketle belli bir süre rekabet etmemeyi veya aynı konuda çalışan bir şirkete ortak olmamayı yükümlenebilirler. Bu tür bir yükümlülük devralanların bu devralma işlemi

¹¹⁸ ERDEM, s. 122, 123.

sonucunda paylardan tam olarak yararlanmaları açısından zorunlu olabilir. Zira bu tür bir yasaklama olmasa devredenler derhal yeni bir şirket kurarak aynı konuda çalışmaya başlayabilir. Bu durumda ise devralanlar paylardan tam olarak yararlanamamış olurlar. Keza, bir işletmenin kül ve bütün olarak bütün müşteri çevresi ve know-how ile devrinde de bu tür bir rekabet yasağı zorunlu görülebilir. Aksi takdirde devredenler derhal yeni bir işletme kurarak, devralanlarla rekabet edebilir hatta devredilen müşteri çevresini dahi geri kazanabilirler. Bu durumda ise devralanlar işletmeden tam olarak yararlanamamış olurlar. Her ne kadar RKHK m. 4 uyarınca rekabeti engelleme veya kısıtlama amacını taşıyan anlaşmalar hukuka aykırı ise de Avrupa Topluluğu uygulamasına uygun olarak birleşmeler ve devralmalar kapsamındaki rekabet yasağı sözleşmeleri belli şartlar altında, bu birleşme ve devralma işleminin sonuçlarını gerçekleştirme açısından zorunlu bir yan sınırlama (“restrictions accessoires/ancillary restrictions”) olarak görülür ve cevaz verilir¹¹⁹.

12.12.1983 tarihli “**Nutricia**” Kararı yan sınırlama doktrininin gelişmesine damgasını vurmuştur¹²⁰. Karar, Nutricia’nın sos ve salamura gıda üretimi alanındaki iki bağlı işletmesinin devredilmesinde satıcıya getirilen (sos pazarında 10, salamura gıda pazarında 5 yıl) rekabet yasağı düzenlemesine ilişkindir. Komisyon; “**Reuter/BASF**” Kararı’nda olduğu gibi, maddi varlıklarının yanı sıra ticari itibarın da transferini içeren işlemlerde, satıcının rekabetçi davranışlarına yönelik kısıtlamalar getirilebileceğini ortaya koymuş, ancak inceleme konusu düzenlemeleri gerekli olandan daha kısıtlayıcı bularak yasaklamıştır¹²¹. Nutricia kararında genel anlamı ile know-how ve müşteri portföyünün devri söz konusu olduğundan beş yıllık bir süre ihtiyacı makul ve kabul edilebilir görülmüştür. Halbuki sadece müşteri portföyünün yeni maliklerin portföyüne geçmesi için ihtiyaç duyulan makul sürenin iki yıl olduğu kabul edilir¹²².

“**Nutricia**” Kararı’nda, ticari itibar transferini içeren işlemde yan kısıtlamaların kabul edilir süresinin belirlenmesine yönelik şu sorular ortaya atılmıştır:

- Alıcının mevcut müşterileri çekmesi ne kadar zaman alacak?

¹¹⁹ ERDEM , s. 116.

¹²⁰ OJ L 376/22,1983 (GÜLERGÜN, s. 8).

¹²¹ GÜLERGÜN, s. 8.

¹²² ESİN, Arif, Rekabet Hukuku, ESC Yayınları, İstanbul 1998, s. 80.

- İlgili pazardaki tüketiciler ne sıklıkla marka veya ürün türü değiştiriyor?
- Pazara yeni giren ürünler veya ticari markalar tüketici tarafından ne kadar sürede kabul görüyor?
- Herhangi bir sınırlama olmasa, satıcı ne kadar sürede pazara dönerek eski müşterilerini çekebilir?

Rekabet kurumu tarafından verilen bazı kararlarda da¹²³ rekabet yasakları yan sınırlama olarak kabul edilmiştir ve verilen açıklamalar şöyledir: Bain Capital Investors tarafından devralma amacıyla kurulmuş olan S&C Purchase Corp.’nin, Texas Instruments Incorporated firmasının sensörler ve kontroller işinin kontrolünü devralması işlemi ile ilgili olarak, rekabet yasağına ilişkin hükmün, Türkiye pazarına doğrudan etkisinin bulunmaması nedeniyle satıcı teşebbüs ve ilgili pazar açısından çok önemli sonuçlar doğurmayacağı anlaşıldığından makul bir yan sınırlama olduğu dolayısıyla işleme izin verilmesine karar verilmiştir¹²⁴.

19.11.1998 tarih ve 91/736-153 sayılı “**Meges/SKW**” Kararı, en önemli yan sınırlama örneği olan rekabet yasağının açıkça tartışıldığı ilk karardır¹²⁵. Buna göre, Meges Boya Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin SKW Bauchemie Holding A.G. tarafından devralınmasını düzenleyen sözleşmede yer alan rekabet etmeme hükmünün süresi 3 yıla sınırlandırılarak sözleşmeye muafiyet verilmiştir. Karar’da; rekabet yasağının ticari yaşamın bir gereği olmasının rekabet kurallarına aykırılığını ortadan kaldırmayacağı ve süreli veya süresiz getirilen bu tür düzenlemelerin yer aldığı sözleşmelere menfi tespit belgesi verilemeyeceği, ancak bunların makul bir süreye bağlanarak bireysel muafiyet çerçevesinde değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla rekabet yasağı yan sınırlama sayılmamıştır. Diğer taraftan, 03.03.1999 tarih ve 99-12/94-36 sayılı “**Vateks/PGI**” Kararı’nda, devralma işleminde rekabet etmeme yükümlülüğü işleme birlikte izin kapsamına alınmıştır¹²⁶. Dolayısıyla, “**Meges/SKW**” Kararı’nda rekabet yasağı dikkate alınarak bireysel muafiyet verilmesiyle ters bir yol izlenerek yan

¹²³ 23.03.2006 tarih ve 06-20/257-64 sayılı OFIC SA kararı, 30.03.2006 tarih ve 06-21/282-68 sayılı Kütaş Teekanne Gıda Sanayi A.Ş Kararı (www.rekabet.gov.tr).

¹²⁴ 16.03.2006 tarih ve 06-19/238-61 sayılı Bain Capital Investors Kararı (http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1550.pdf)

¹²⁵ 30.04.2000 tarih ve 24035 sayılı Resmi Gazete.

¹²⁶ 10.09.1999 tarih ve 23812 sayılı Resmi Gazete.

sınırlamaların 4054 sayılı Kanun'a aykırı sayılamayacağı benimsenmiştir. “**Vateks/PGI**” Kararı, Vateks Tekstil San. A.Ş.'nin (Vateks) PGI Nonwovens B.V. tarafından devralınmasına ilişkindir. Devir aynı zamanda gizli teknik bilgilerin, usul el kitaplarının, formüllerin, müşteri ve pazar bilgilerinin, pazarlama ve satış belgelerinin, markaların, patentin, know-how'ın, mülkiyet bilgilerinin ve lisans anlaşmalarının el değiştirmesini içermektedir. İşlemi düzenleyen Hissedarlık Anlaşması'nın “Rekabet Etmeme Anlaşması” başlıklı maddesinde, satıcının Vateks'te hissedar kaldığı sürece ve ortaklıktan ayrılmasını izleyen üç yıl içinde, devralınan işletmenin rakiplerine ortak olması yasaklanmıştır. Karar'da; devralanın pazara adaptasyonunun sağlanabilmesi için makul bir süre satıcının rekabetçi davranışlarından korunmasının gerekli olabileceği ifade edilmiş, işlemin maddi olmayan varlık transferini de içermesi dikkate alınarak rekabet yasağı yan sınırlama sayılmıştır¹²⁷.

Rekabet Kurulu **Bosch**¹²⁸ kararında ise şöyle belirtmiştir: “Bir devralma işleminin tarafları devralma işlemi düzenleyen sözleşme ve düzenlemelerin yanı sıra, devralma işleminin temel unsurunu oluşturmayan ancak tarafların pazardaki hareket özgürlüklerini kısıtlayan başka düzenleme ve anlaşmalar yapmayı tercih edebilirler. Rekabet Hukuku'nda bu düzenleme ya da anlaşmalar devralma işlemiyle doğrudan ilgili oldukları ve bu işlemin gerçekleştirilebilmesi için gerekli kısıtlamaları içerdikleri sürece devralma işlemiyle birlikte değerlendirilmektedir. Rekabet Kurulu içtihatlarında, devralmalarda alıcıların satıcılara getirdiği rekabet yasakları, alıcıların devraldıkları maddi ve maddi olmayan varlıkların değerinden tam olarak yararlanmalarının ve yaptıkları yatırımın karşılığını tam olarak almalarının bir aracı olarak görülmektedir. Genel olarak rekabet yasaklarının yan sınırlama kavramı çerçevesinde yoğunlaşma işlemi ile birlikte değerlendirilebilmesi için, “yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma”, “sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma” ve “orantılı olma” kriterlerini sağlaması gerekmektedir”. “Doğrudan İlgili Olma” unsuru sınırlamanın, işlemin gerçekleştirilmesine yardımcı olması ancak yoğunlaşmanın nihai amacıyla kıyaslandığında ikincil nitelik taşıması anlamına gelmektedir. “Gereklilik” unsuru ise işleme ilişkin sınırlamanın mevcut olmaması halinde işlemin hayata geçirilmesinin daha

¹²⁷ GÜLERGÜN, s. 61.

¹²⁸ 11.1.2007 tarih ve 07-01/10-5 sayılı Bosch Kararı (tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr).

zor ya da maliyetli olması durumunu ifade eder. Bu açıdan, devralma işleminde alıcının satıcıya getirdiği rekabet yasağının, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli olduğu, alıcının devraldığı maddi ve maddi olmayan varlıkların değerinden tam olarak yararlanabilmesi ve yaptığı yatırımın karşılığını bütünüyle alabilmesini teminen zorunlu olduğu kanaatine varılmıştır. “Sadece Taraflar Açısından Kısıtlayıcı Olma” kriteri ise , işlemle birlikte getirilen sınırlamanın sadece sözleşme taraflarının faaliyetlerini kısıtlamasını, başka bir deyişle sınırlamanın üçüncü kişilerin davranışlarını etkileyecek ya da bu kişilerin zararına olacak herhangi bir unsur içermemesini ifade eder. İnceleme konusu devralma işleminde rekabet yasağına konu olan kişi halihazırda satılan teşebbüslerde yönetim kurulu üyesi olarak görev alan R. K.’dır. Bu çerçevede söz konusu rekabet yasağının, Isısan Isıtma ve Isısan Dış Ticaret’teki paylarını satan ve bu şirketlerin yönetiminde görev alan gerçek kişiye getirilmiş olması nedeniyle, “sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma” ilkesini sağladığı anlaşılmıştır. Bir kısıtlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesinde yalnızca kısıtlamanın niteliğinin değil aynı zamanda kapsamının ve süresinin de işlemin yürütülebilmesi için gerekli olandan fazla sınırlanmış olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. “Orantılı Olma” bir kısıtlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesinde yalnızca kısıtlamanın niteliğinin değil aynı zamanda kapsamının ve süresinin de işlemin yürütülebilmesi için gerekli olandan fazla sınırlanmış olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Hissedarlar Anlaşması’nın anılan anlaşma maddesiyle getirilen rekabet yasağı, devreden tarafın faaliyet alanı ile sınırlandırılmıştır. Tüm bu açılardan yapılan incelemeler sonucu getirilen 3 yıllık rekabet yasağının yan sınırlama sayılarak bildirim konusu işleme izin verilmesine karar verilmiştir.

27.08.1998 tarihli “**Havas/Bertelsmann/Doyma**” Kararı, işlem sonucunda bir ortak girişim oluşturulacak olmasına karşın ilgili işletmenin eski sahibine getirilen rekabet yasağının devralmalarda satıcıya yüklenen rekabet etmeme koşulu niteliğinde olması nedeniyle bu başlık altında incelenmiş olup yasak süresinin değerlendirilişi yönüyle önemlidir¹²⁹. Doyma’nın, Bertelsmann AG ile Havas S.A. tarafından birlikte devralınarak ortak girişime dönüştürülmesini konu alan Karar’da; satıcının 3 yıl boyunca, ortak girişimle rekabet etmemesine, ortak girişimin çalışanlarını istihdam

¹²⁹ OJ C 139/4,1999 (GÜLERGÜN, s. 22).

etmemesine ve müşterilerini çekmemesine, bunları başka yollarla ortak girişimden uzaklaştırmaya çalışmamasına ilişkin düzenlemeler,

- tıp yayınlarının önemli bir kısmının ücretsiz olarak dağıtılması nedeniyle müşteri tabanının bir yayından diğerine kolaylıkla kayabileceği olması, dolayısıyla müşteri bağımlılığından söz edilememesi ve,

- faal olan Doyma'nın gerekli haklara halihazırda sahip olmasına bağlı olarak know-how devrinin gerekli gözükmemesi dikkate alınarak 2 yılla sınırlandırılıp yan kısıtlama sayılmıştır¹³⁰.

Yan sınırlamalar arasında Tüzük'te gösterilen kıstaslara uygun olanların başında öncelikle birleşme ve devralma işleminde satıcılara yüklenen sözleşmesel rekabet yasakları gelmektedir. Bu tür yasaklamalar, alıcılara devre konu işletmelere ait hem maddî mallardan hem de, müşteri çevresi veya know-how gibi gayrî maddî haklardan tam olarak yararlanma olanağı sağlama amacını gütmektedir. Bunlar hem birleşme veya devralma işlemi ile doğrudan ilgili hem de gerekli olmalıdır. Zira, bunların yokluğunda, işletmenin kısmen veya tamamen devrinin başarılı olarak gerçekleştirilememesi riski vardır. Devre konu malvarlığından tam olarak yararlanabilmesi için, devralanın, devredenlerin rekabete dayalı eylemlerine karşı korunması gereklidir ki, devralan müşterilerin bağımlılığını kazansın ve know-howdan yararlanabilsin. Bu tür kısıtlamaların sadece devir işleminin fiilî olarak maddî mallara (örneğin arazi, binalar veya makineler) veya ticarî ve sınaî haklara yönelik olduğunda gerekli olmadığı (zira herhangi bir tecavüz durumunda ticarî ve sınaî hakları devralan derhal yasal haklarını devredene karşı kullanabilir) savunulabilir. Rekabete ilişkin bu tür kısıtlamalar ancak birleşmenin uygulanmasına ilişkin meşru hedefle haklılık kazanır. Bu amaçla da rekabete ilişkin kısıtlamaların süre, coğrafî uygulanma alanı, kişiler ve maddî olaylar açısından uygulanması makul olarak gerekli olanı aşmaması beklenir¹³¹.

Yukarıda anlatıldığı gibi bazı rekabet yasakları yan kısıtlama olarak kabul edilebilmektedir. Fakat bu tarz anlaşmaların kanuna aykırı olup olmadıkları saptanırken rule of reason (haklı sebep kuralı) ve per se doktrinlerinden yararlanılır.

¹³⁰ GÜLERGÜN, s. 18.

¹³¹ ERDEM, s. 144.

Rekabet hukukunda “per se” kurallar, hemen hemen tüm durumlarda, doğal ve zorunlu etkileri açıkça rekabet karşıtı olan ve yasal olmadıklarını göstermek için ayrıntılı bir çalışmaya gerek duyulmayan, davranışları hukuka aykırı saymak üzere benimsenmiştir¹³². Beklenen sonucu rekabeti kısıtlamak olan ancak, rekabetin kısıtlanması ile beraber diğer olumlu ve olumsuz yönlerinin de araştırılarak değerlendirilmesi gereken anlaşma ve faaliyetler söz konusu olduğunda ise rule of reason uygulamasından söz edilir¹³³.

Haklı sebep doktrininden hareketle bir anlaşmanın amacının rekabete aykırı bulunmadığı hallerde ya da söz konusu anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı neticelerinin makul sayılabilecek derecede kaldığının kabul edilebildiği durumlarda, genel rekabet yasağı uygulanmamaktadır¹³⁴. Bu yöntem ile anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı ve rekabete olumlu yönleri bir arada değerlendirilir. Yetkili otoritenin, ilgili anlaşmanın rekabete zarar verdiğini veya verebileceğini saptaması halinde saptanmış etkinlikler’e (cognizable efficiencies) ulaşabilmek için bu anlaşmanın gerekli olup olmadığı değerlendirilir. Saptanmış etkinlikler, üretim veya hizmet miktarı üzerinde rekabeti sınırlandırıcı kısıtlamalardan kaynaklanmayan ve rekabeti daha az kısıtlayıcı veya daha pratik başka yollardan elde edilemeyen, yetkili merciiler tarafından saptanmış etkinliklerdir¹³⁵. Kısaca, haklı sebep kuralı, esasen faydalı sonuçlar doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan bir işbirliği anlaşmasına, onun kaçınılması mümkün olmayan veya zorunlu olarak ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı neticelerine katlanılmasını öngörür¹³⁶.

Rekabet Kurulu da kararlarında “rule of reason” doktrininden yararlanmıştır. Kurul bir kararında, “rule of reason” analizinin soruşturma konusu olayda bir eylemin Kanun’u ihlal edip etmediği yönünde değil, ihlalin makul karşılanabilecek gerekçeler

¹³² YAVUZ, Şahin, Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “Per Se” veya “Rule Of Reason” (Yeniden Satış Fiyatı), Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 3

¹³³ GÜRPINAR, Bünyamin, Rekabet Hukukunu Ekonomik Analizi: ABD, AB, ve TÜRKİYE Uygulaması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dumlupınar Üniversitesi SBE, Kütahya 2005, s. 142.

¹³⁴ TOPÇUOĞLU, s. 69.

¹³⁵ UZUN, Ayşe, Özlem, Stratejik İşbirlikleri Ve Rekabet, Rekabet Kurumu, Ankara 2007, s. 42.

¹³⁶ ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, Enver, Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006; TEKİNALP, Gülören/ TEKİNALP, Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul 2000, s. 347.

gibi hafifletici nedenlerinin olup olmadığı doğrultusunda yapılabileceğine karar vermiştir¹³⁷.

Birçok kararın verilmesi aşamasında yararlanılan Sherman Kanunu açısından da olayı irdelemek gerekmektedir. Rekabeti sınırlandıran her sözleşme, işbirliği ve mutabakat Sherman Kanunu 1. maddesi gereğince hukuka aykırıdır¹³⁸. Bu hükme göre, rekabeti sınırlayıcı kayıtlar ihtiva eden her düzenleme, başka sebep aramaya gerek kalmaksızın, Kanuna aykırı olacaktır. Fakat sözleşme veya mutabakatlarda yer alan rekabeti sınırlayıcı kayıtlar, haklı sebeplere dayanıyorsa, söz konusu anlaşmalar Kanuna aykırı kabul edilmeyecektir¹³⁹.

Sherman Yasası'nın ilk uygulamalarında iki uçta toplanabilecek görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki; rekabeti sınırlayıcı her anlaşmanın hukuka aykırı olduğu ve yasa koyucunun mahkemelere bu konuda takdir hakkı vermediği görüşündedir. Bunun aksini savunan ikinci görüş ise; rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin sosyal yararının, rekabetin sınırlanması ile ortaya çıkan zarardan daha fazla olabileceğini ve bu gibi anlaşmaların, rekabeti sınırlamalarına rağmen Sherman Yasası'nın 1'inci maddesi kapsamı dışında kalması gerektiği yönündedir¹⁴⁰. Mahkemeler ilk yıllarda Sherman Yasası'nın 1'inci maddesini ilk görüşe uygun olarak katı bir şekilde yorumlamışlar, ancak daha sonraki yıllarda yalnızca rekabeti "makul ölçüler" dışında sınırlayan anlaşmaların ihlal oluşturabileceğini benimseyerek davalarda ikinci görüşe yakın bir tutum sergilemişlerdir. İkinci görüşün benimsenmesine paralel olarak yargısal uygulamalarda yer edinen rule of reason doktrini, genel olarak rekabet sınırlamalarının rekabet kurallarına aykırılığının ancak piyasa üzerindeki ekonomik etki ve sonuçlarının değerlendirilmesi ile belirlenebileceğini esas alan bir doktrin olarak tanımlanabilir. Bu yaklaşımın temelinde ise, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların piyasalar üzerinde olumlu yönlerinin bulunabileceği düşüncesi yatmaktadır. Bu bağlamda yapılan rule of reason

¹³⁷ BOZDAĞ, Özay, Rekabet Hukukunda Sınai Mülkiyet Hakları Sorunu: Perse ve Rule Of Reason Açısından Bir İnceleme, Atatürk Üniversitesi SBE, Erzurum 2007, s.40; Rekabet Kurulunun 04.12.2001 tarih ve 01-58/599-155 sayılı kararı, (<http://www.rekabet.gov.tr/pdf/01-58-599-155.pdf>).

¹³⁸ TOKATLIOĞLU İbrahim /ARDIYOK Şahin /ILICAK Ali, "Doğal Tekeller ve Regülasyon," Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C.14, S.47, Ankara 2003, s.187.

¹³⁹ TOPÇUĞLU s. 136.

¹⁴⁰ AKINCI, s. 214.

analizlerinde ise, rekabet sınırlamaları ile ortaya çıkan ekonomik etki ve sonuçlar ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulmaktadır¹⁴¹.

Rule of reason yargısal doktrininin ortaya çıkışında ve gelişmesinde Standart Oilve Board of Trade kararlarının önemli katkıları vardır. Standart Oil kararında, rule of reason yargısal doktrininden ilk kez söz eden Hakim White, rekabetin kısıtlanması ile Rekabet Hukukunun ihlalinin ayrı şeyler olduğunu savunmaktadır. Rekabetin kısıtlandığı her durum, Rekabet Hukuku kurallarının ihlali anlamına gelmez. Genel olarak rule of reason yargısal doktrini, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesine ilişkindir. Shearman Kanununun rekabeti kısıtlayıcı her sözleşme, işbirliği ya da birleşmenin hukuka aykırı olduğunu belirten mutlak ifadesine karşı getirilen rule of reason yargısal doktrini, 1. maddedeki bu ifadeye, Rekabet Hukukunun amaçları ile uyumlu bir içerik kazandırmıştır¹⁴².

Hakim White'in da belirttiği gibi, Rekabet Hukukunun amacı, üretimin azalmasını önlemek ve genel refaha katkıda bulunmaktır¹⁴³. Rule of reason yargısal doktrinine göre, 1. maddede yasaklanan rekabeti kısıtlayıcı her anlaşma değil, rekabeti kısıtlayarak genel refahta azalmalara yol açan anlaşmalardır. Bundan farklı bir uygulama, Rekabet Hukukunun amaçlarına ters düşen sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu sebepten de, rekabeti kısıtlayıcı her anlaşmanın per se hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek yanlıştır. White'in ortaya attığı rule of reason yargısal doktrini, per se kavramına da yer vermekte ve bu amacın gerçekleşmesini engelleyici anlaşmalar, yani doğal sonucu rekabeti kısıtlamak olanlar per se yargısal doktrinine tabidir. Bunlar dışındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar bakımından, hukuka aykırılık, ancak anlaşmanın piyasa koşulları, rekabete etkisi ve tarafların görünür amaçlarının incelenmesi sonucu belirebilir. Ancak, Hakim Brandeis kararda, dava konusu olan olayları bir yana bırakmış ve davayı rule of reason yargısal doktrininin geliştirilmesi için bir fırsat olarak görmüştür. Yüksek Mahkemenin görüşünü açıklayan Hakim Brandeis şöyle demiştir:

¹⁴¹ ÜNLÜSOY, Kürşat, Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 17.

¹⁴² AKINCI, s. 217.

¹⁴³ Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (AKINCI, s. 214).

"Bir düzenlemenin ya da sözleşmenin hukuka aykırılığı, rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı kadar basit bir kıstasa bağlanmaz. Ticaret ile ilgili her sözleşme, her ticari düzenleme bir tür kısıtlamadır. Bağlayıcı olmak, kısıtlamak bunların özünde vardır. Hukuka uygunluğun doğru ölçüsü, kısıtlamanın rekabeti düzenlediği hatta geliştirdiği mi, yoksa sadece bastırıp yok ettiği midir? Bu soruyu cevaplandırmak için, piyasaya ilişkin bütün özellikler, kısıtlama öncesi ve sonrası ortaya çıkan koşullar ve kısıtlamanın türü ...(tarafların) amaçları ve elde edilmek istenen sonuç ile ilgili olgular dikkate alınmalıdır."¹⁴⁴ .

Haklı sebep kuralının hangi hallerde uygulanacağına dair kesin kurallar yoktur. Bir anlaşmanın amacının rekabete aykırı olup olmadığı veya bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı her olayın kendine has özellikleri çerçevesinde araştırılarak belirlenecektir. Kuşkusuz bu incelemelere; kamu menfaati, ekonomik ve sosyal şartlar, piyasa koşulları yön verecektir. Bütün bu değerlendirmeler sonucunda taraflar arasındaki anlaşmadan (karar ve uyumlu eylemler) kaynaklanan rekabeti sınırlayıcı etkiler haklı sebeplere dayanıyorsa, muafiyet şartları yerine getirilmemiş olsa bile, ilgili anlaşmalar RKHK 4. maddesinde öngörülen genel yasaktan kurtarılabilir. Aksi halde haklı sebep kuralını muafiyet şartlarıyla sınırlandırmak; kamu yararının korunması, kriz dönemlerinin atlatılması gibi haklı sebeplere dayandırılabilen fakat muafiyet şartları dışında kalan haller, RKHK 4. maddesindeki genel yasak alanına girecektir ki, bu sonucun başta teşebbüsler ve genel olarak da milli ekonomi için ne derece sakıncalı olacağı açıktır¹⁴⁵ .

Joint Traffic Association kararı¹⁴⁶ , per se yargısal doktrinin ortaya çıkışı kadar, rule of reason yargısal doktrinin gelişmesine de öncülük etmiştir. Rekabeti kısıtlamaktan başka bir amacı olmayan anlaşmaların, per se hukuka aykırı kabul edilmesine karşılık, anlaşmanın amaçlarının rekabeti kısıtlamak olmadığı, ancak rekabetin kısıtlanmasına yol açan anlaşmaların hukuken değerlendirilmesi, piyasa şartları, anlaşmanın amacı, ticarete olan etkisi ve elde edilen sosyal yarar dikkate alınarak yapılacaktır. Per se yargısal doktrininin benimsenmesindeki, temel düşünce

¹⁴⁴ Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 228, 38 S.Ct. 239 (1918) (AKINCI s. 219).

¹⁴⁵ TOPÇUOĞLU, s. 138.

¹⁴⁶ United States v. Joint Traffic Association, 171 US 577 (1898), (AKINCI, s. 215).

kartel anlaşmalarının rekabeti kısıtlamaktan başkaca bir amacının olamayacağıdır. Joint Traffic Association kararı, per se yargısal doktrini ile ilgilidir. Ancak, kararın gerekçe bölümünden, per se doktrininin uygulaması dışında kalan durumlarda, piyasa şartlarının, ticarete etkinin ve sosyal yararın da tespitinin gerektiği sonucu çıkmaktadır. Standart Oil kararı¹⁴⁷, rule of reason yargısal doktrininin gelişmesinde, başlangıç noktasıdır. Daha önceki kararlarda açıkça ifade edilmemiş olan rule of reason yargısal doktrininin kabulünde Hakim White'ın katkısı büyüktür. Trans-Missourri Freight kararında¹⁴⁸ karşıt görüş bildiren Hakim White, Standart Oil davasında, çoğunluğun kendi görüşlerini desteklemesini sağlayarak, Rekabet Hukukunda yeni bir devrin açılmasına öncülük etmiş ve Shearman Kanununa, uygulanabilir bir doktriner yapı verme çabasına girmiştir¹⁴⁹.

Özetleyecek olursak RKHK'nun 4. maddesindeki hüküm, buradaki yasaklamayı karşılayan, ATA'nın 81/1. maddesi ve ABD antitröst hukukunda Sherman Kanunu'nun 1. maddesiyle paralel bir hükümdür. Fakat, istenilen sonuçların gerçekleşmesinde rekabetin en etkin yol olduğu varsayımını esas alan Sherman Kanunun'da, Alman Rekabet Sınırlamaları Kanunu (GWB), Türk RKHK veya ATA m. 81/3'teki muafiyet hükmüne benzer bir düzenlemeye yer vermez. Ancak sonradan haklı sebep kuralıyla (rule of reason) bu eksiklik giderilmiş ve "amacı rekabete aykırı olmayan, hatta rekabete katkıda bulunan veya haklı sebeplere dayanan" işbirliği uygulamaları Sherman Kanunu uygulaması dışında tutulmuştur. Ayrıca bu yaklaşım tarzı Avrupa Birliği sisteminde de etkili olmuş ve ATA m. 81/3'teki koşulları taşımamakla birlikte, özellikle belirli bir sektörde veya genel olarak kriz dönemlerinde piyasa koşulları ya da kamu yararının gerektirdiği hallerde rekabeti kısıtlayan anlaşmaların yasak kapsamından çıkarılabileceği düşüncesi, doktrin ve uygulamada benimsenmiştir. Hal böyle olunca, haklı sebeplerin bulunması halinde, anlaşma veya kararların hukuka aykırı olmadığı tespit edilmesi gerekir¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (1911), (AKINCI, s. 215).

¹⁴⁸ United States v. Trans-Missourri Freight Association, 166 US 290 (1897), (AKINCI, s. 215).

¹⁴⁹ AKINCI, s.215.

¹⁵⁰ ASLAN, s. 245.

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKU BAKIMINDAN REKABET YASAKLARININ GEÇERLİLİK ŞARTLARI

I. REKABET YASAĞININ UNSURLARI

Rekabet Kurulu, rekabet yasağı sözleşmelerini ele aldığı ilk kararlarında, bu sözleşmeyi “zorunlu, makul ve objektif bir yan sınırlama” unsurları çerçevesinde değerlendirmiştir¹⁵¹. Kurul, son dönem kararlarında ise, incelemesini “sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın yürütülebilmesi için gerekli olma ve orantılı olma” unsurları çerçevesinde yapmaktadır. Rekabet Kurulu, 30.12.2003 tarih ve 03-84/1021-409 sayılı Danonesa/Tikveşli kararında aynen şöyle demiştir¹⁵²:

“Bir devralma işleminin tarafları, devralma işlemini düzenleyen sözleşme ile birlikte ya da bunun yanı sıra, devralma işleminin temel unsurunu oluşturmayan ancak tarafların pazardaki hareket özgürlüklerini kısıtlayan başka düzenlemelere gitmeyi ya da anlaşmalar yapmayı tercih edebilirler. Bu düzenleme ya da anlaşmalar, devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve bu işlemin gerçekleştirilebilmesi için gerekli sadece işlemin tarafları açısından kısıtlayıcı, kapsam ve süre açısından amaçla orantılı olmaları halinde yan sınırlama kavramı çerçevesinde devralma işlemiyle birlikte değerlendirilmektedir.”

Kurul’un incelemelerinde, farklı başlıklar altında rekabet sınırlamalarını değerlendirmesi, aslında ilk kararlarında benimsemiş olduğu kıstasların, Kurul tarafından, Avrupa Topluluğu uygulamalarına paralel olarak, zamanla daha somut hale getirilmesinin bir neticesi olarak görülebilir. Bu çerçevede, Rekabet Kurulu’nca da benimsenen, Avrupa Topluluğu Komisyonu kararları, Tüzük ve Genelge hükümleri uyarınca, rekabete ilişkin kısıtlamaların bir birleşme ve devralma işleminin yan

¹⁵¹ Bkz. Royal Packaging Industries N.V / Eskinazi Ailesi kararı; Vateks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş./PGI Nonwovens B.V kararı; Lawson Mardon Group International Limited / Bakioğlu Holding A.Ş. ve Bakioğlu Ailesi kararı (Karar No. 00-7/62-29, RG, 28.08.2000, S. 24146).

¹⁵² Aynı yönde bkz. 30.12.2003 tarih ve 03-84/1020-408 sayılı Bobst Group S.A./Metse Paper Incorporated kararı, RG, 20.4.2004, S. 25439) (ERDEM, s.124).

sınırlaması olarak kabul edilebilmesi için en az dört koşul gereklidir¹⁵³: Zorunlu olması, objektif olması, makul olması ve makul bir süreye bağlanması. Rekabet Kurulu'na göre, bünyesinde gerekli unsurları barındırmayan veya yoğunlaşma işleminden ayrılabilir (bağımsız) nitelikteki rekabeti sınırlayıcı hükümler, RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmelidir¹⁵⁴.

Yan sınırlamalara ilişkin yasal düzenleme bulunmadığından bir anlaşmanın yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi açısından gereken unsurlar Kurul kararlarından elde edilmektedir. Rekabet Kurulu'nun bu tür sınırlamaları önceleri "zorunlu kısıtlamalar" olarak adlandırdığı görülmektedir¹⁵⁵: "(...) Rekabet otoriteleri de devralma işlemlerinde, satın alınan varlıkların (know-how, müşteri portföyü, satış stratejileri vb.) değer ifade eden bir bütün olarak alınması gerektiği esasına dayalı olarak, devreden tarafa getirilen konuyla ilgili faaliyette bulunma sınırlamaları ile belli süreler için ilgili pazarda rekabet etme yasakları getiren hükümlere "zorunlu kısıtlamalar" kavramı çerçevesinde olumlu yaklaşımlar sergileyebilmektedirler"¹⁵⁶.

İsviçre kartel hukuku açısından kısaca değinecek olursak, İsviçre Kartel Hukukunda (KG) da istisnai durumlarda, hukuka uygun olmayan rekabet kısıtlamalarına izin verilebilir. KG'ye göre, Federal Konsey, yetkili makamlarca hukuka aykırı olduğuna karar verilen rekabet anlaşmalarına, istisnaen izin vermeye yetkilidir¹⁵⁷.

KG'ye göre, "geçerli olmayan anlaşmalar", belirli bir mal veya hizmet pazarında rekabeti önemli ölçüde bozan ve "ekonomik verimlilik" nedenleriyle de haklı görülemeyen

¹⁵³ Fransız hukukunda da rekabet etmeme şartının ancak zamanla ya da mekanla sınırlı olduğu ve ticari özgürlüklerde veya çalışma özgürlüğünde anormal kısıtlamaların doğumuna yol açmadığı hallerde geçerli olduğu ve bu şartın takdirinde hakimlerin fiili duruma ve ilgili ekonomik sektörün haline vs. göre geniş yetkileri olduğu belirtilmektedir. Bkz. ÖÇAL, Akar, "Rekabet Yağsına İlişkin Bazı Yeni Fransız Mahkeme Kararları", Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Haziran 1983, C. 1, S. 2, s. 77.

¹⁵⁴ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 30.10.2003 tarih ve 03-70/854-370 sayılı İnci Holding A.Ş./Hayes Lemmerz Holding GmbH. Kararı, (ERDEM, s. 124).

¹⁵⁵ ERDEM, s. 123.

¹⁵⁶ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 15.02.2000 tarih ve 00-7/62-29 sayılı LMG Kararı; 03.03.1999 tarih ve 99-12/94-36 sayılı Vateks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş. / PGI Nonwovens B.V. kararı, RG, 10.09.1999, S. 23812. Bu ifade Kurulun Royal Packaging Industries N.V./Eskinazi Ailesi kararında (Karar No. 99-21/170-89, RG, 01.07.2000, S. 24096) aynen kullanılmıştır.

¹⁵⁷ ÖZSUNAY, s. 56.

anlaşmalardır (Art. 5/Abs. 1). Bir rekabet anlaşmasının, ekonomik verimlilik nedenleriyle haklı görülebilmesi için, aşağıdaki koşulların varlığı aranmaktadır (Art. 5/Abs. 2)¹⁵⁸:

- anlaşmanın, üretim ve dağıtım masraflarının düşürülmesi için zorunlu olması
- ürün ya da üretim usullerinin iyileştirilmesini amaçlaması;
- araştırma veya teknik ya da mesleki bilginin geliştirilmesine veya kaynaklardan rasyonel biçimde yararlanılmasına yönelik bulunması ve anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin, etkin rekabeti ortadan kaldırmalarına imkan vermemiş olması.

Rekabet anlaşmasının, KG Art. 5'in kapsamına girmesi için, belirli bir pazarda (ilgili pazarda) rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmış olması öngörülmüştür.

A. Zorunlu Olması

Bir rekabet kısıtlamasının bir yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi, bu yasağın söz konusu birleşme ve devir işlemi için zorunlu olmasına bağlıdır. Bir devralma işleminde devre konu paylar şirketin sadece maddî varlığını değil, tüm ticarî varlığını da temsil etmektedir. Burada ticarî varlıktan kasıt; bina, makina, malzeme, araç gibi maddî unsurların yanısıra, know-how, müşteri portföyü (clientèle), lisans, isim hakkı, marka, şirket itibarı ve imajı (goodwill) gibi maddî olmayan unsurlardır. Devralma işleminde, anlaşma şartlarının tam ve etkili olarak yürürlüğe girebilmesi ve devir işleminden her iki tarafın da arzu ettiği sonucu elde edebilmesi için maddî varlıkların yanı sıra yukarıda sayılan maddî olmayan unsurlar üzerinde de alıcının bir hakimiyetinin olması gerekir. Zira alıcı taraf, devre konu şirkete (şirketin paylarına) değer biçerken şirketin bu gibi özelliklerini de göz önüne almakta ve satış bedelini buna göre saptamaktadır. İşte şirketin bu ticarî varlığından alıcının tam olarak yararlanmasını sağlamak ve bunu garanti altına alabilmek için satıcı tarafa makul bir süre ile pay devir sözleşmesinde “rekabet etmeme” şartı getirilmektedir. Aksi halde satıcı, şirketin devri sonucunda elde edeceği parayla aynı piyasada faaliyet gösteren yeni bir şirket kurabilir, devrettiği şirket dolayısıyla sahip olduğu know-how, müşteri portföyü (clientèle), şirket itibarı ve imajı (goodwill) gibi maddî olmayan bazı unsurları bu yeni şirkete aktarabilir,

¹⁵⁸ ÖZSUNAY, s. 54.

böylece eski durumundan hiçbir şey kaybetmeden ilgili piyasada varlığını devam ettirebilir. Halbuki, alıcı taraf devir işlemine konu şirket paylarının şirketin tüm ticarî varlığını da kapsadığı düşüncesiyle bir bedel ödemiştir. Satıcının, şirketin maddî olmayan varlığını yeni kurduğu şirkete aktarması halinde, devir işlemi sonrası alıcı şirketin sadece maddi unsurlarından yararlanabilecektir. Bu da alıcının devir işleminden umduğu faydayı sağlayamaması ve artık şirkette olmayan ve faydalanamayacağı gayri maddî değerler için bedel ödemesi ve böylece mağdur olması demektir. “Böylece ‘rekabet etmeme’ şartı sayesinde, satıcının ilgili piyasadan bir süre uzak kalması ile alıcının muhtemel zararının önüne geçilecektir. Bu sayede anlaşma şartları ve tarafların anlaşmadan dolayı arzu ettikleri sonuç tam anlamıyla gerçekleşmiş olacaktır”¹⁵⁹. Rekabet Kurulu’nun Essex Speciality Chemicals Products Inc./Gurit-Heberlein AG kararı da bu yöndedir¹⁶⁰:

Rekabet Kurulu’nun yeni dönem kararlarından, Cadbury Schweppes/Kent Gıda A.Ş. kararında öncelikle bir rekabet sınırlamasının yan sınırlama olarak kabulü için, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın yürütülebilmesi için gerekli olması koşulunu belirtilmiş; bir kısıtlamanın gereklilik unsurunu taşıyıp taşımadığının ise, bu kısıtlamanın yokluğu halinde, ya yoğunlaşma işleminin hayata geçirilip hiç uygulanamamasına ya da daha belirsiz koşullar altında çok daha yüksek maliyetlerle ve daha düşük başarı olasılığıyla uygulanması hallerine bağlı olarak değerlendirileceğini vurgulamıştır¹⁶¹.

Bu görüş, Kurul’un, **Cadbury Schweppes/Pfizer Inc.** kararında¹⁶² tekrarlanmış, **Danonesa/Tikveşli** kararında ise, yukarıdaki prensipler, Kurul tarafından daha da ayrıntılı olarak, “doğrudan işlemle ilgili ve gerekli olma ilkesi” başlığı altında şu şekilde ifade edilmiştir:

¹⁵⁹ Bkz. Rekabet Kurulu’nun 28.04.1999 tarih ve 99-21/170-89 sayılı Royal Packaging Industries N.V/Eskinazi Ailesi kararı, RG, 01.07.2000, S. 24096.

¹⁶⁰ “...Devir işleminin gereği gibi yerine getirilmesi, maddî değerler ve dağıtılmamış şerefiye ile know-how gibi maddî olmayan değerlerden oluşan aktiflerin tam değerleriyle alıcıya geçmesini sağlayabilmesi ve satıcıya rakip işlemlere karşı belli düzeyde koruma sağlayarak tüketici bağlılığını kazanmasına yardımcı olması açısından, söz konusu rekabet yasağının zorunlu, makul ve objektif olduğu ve devralmanın yan sınırlamasını oluşturduğu anlaşılmıştır...”. Bkz. Rekabet Kurulu’nun Gurit Essex AG ve Gurit Essex Trading AG şirketlerinin herbirinde, Gurit-Heberlein AG’nin sahip olduğu %50 oranındaki payların Essex Speciality Products Inc.’e devredilmesine ilişkin 21.12.2000 tarih ve 00-50/547-302 sayılı kararı, RG, 04.12.2002, S. 24956 (ERDEM, s. 125).

¹⁶¹ Bkz. Rekabet Kurulu’nun 16.04.2002 tarih ve 02-24/242-97 sayılı kararı (ERDEM, s.124).

¹⁶² Bkz. Rekabet Kurulu’nun 03.04.2003 tarih ve 03-22/247-108 sayılı kararı (ERDEM, s.124).

“...Doğrudan ilgililik unsuru; yoğunlaşmanın uygulanmasına yardımcı olacak, ancak yoğunlaşmanın asıl amacının önemi temel alındığında ikincil sayılabilecek kısıtlamaların varlığını gerektirir. Gereklilik unsuru ise, bu kısıtlamaların yokluğunun, yoğunlaşma işleminin hayata geçirilip uygulanamamasına ya da daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle ve daha düşük başarı olasılığıyla uygulanmasına neden olmasını ifade etmektedir...”.

Roma Antlaşması'nın rekabeti bozabilecek nitelikte olan anlaşma, karar ve uyumlu davranışların yasaklanmasına ilişkin olan 81'inci maddesi, “üye ülkelerarası ticareti etkileyebilecek nitelikte ve amacı ya da etkisi ortak pazarda rekabeti önlemek, sınırlandırmak ya da bozmak olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu davranışlar, işletme birlikleri kararları” yasaktır şeklinde hüküm ifade etmektedir. Madde 81 (1)'de yer verilen rekabetin bozulması ya da sınırlanması hükmü, aynı maddenin 3. paragrafında yer alan amaçlara erişmek için kaçınılmaz olmalıdır. Rakipler arasındaki gizli veya açık rekabet etmeme şartı ortak girişimin amaçlarına erişebilmesi için kaçınılmaz ise anlaşmada yer almalıdır. Komisyon, ortak girişimin kuruluşunun da tarafların amaçlarına erişmesi için zorunlu olması şartını aramaktadır¹⁶³.

Tarafların birleşme veya devir işleminden umut ettikleri faydayı tam olarak sağlayabilmeleri için satıcı taraf açısından “rekabet yasağı” öngörülmesi zorunludur. Kuşkusuz bu yasağın zorunlu olup olmadığı her somut olayın koşullarına göre ayrı ayrı değerlendirilmek gerekecektir.

B. Objektif Olması

Rekabet kısıtlamasının objektif olmasından anlaşılması gereken somut olayda, devir veya birleşmenin somut koşulları uyarınca böyle bir yasağın gerekli olmasıdır. Burada amaç devreden açısından onu rekabetin dışına itmek veya onun ticaret ve girişim özgürlüğünü¹⁶⁴ kısıtlamak değildir. Bu kısıtlama somut olayın koşulları açısından objektif olarak gereklidir. Bir başka deyişle, somut olayda bu devreden yerine başka bir devreden de olsaydı yine böyle bir rekabet kısıtlaması öngörmek gerekecek

¹⁶³ KAYAR, Akif Mehmet, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 49.

¹⁶⁴ Girişim serbestisi hakkında bkz. KARAKELLE, Hakkı İsmail, “Pazara Giriş Engelleri Ve Rekabet Politikası” Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C.14, S.47, Ankara 2003, s. 9.

idiyse, kısıtlama objektiftir. İlk tahlilde birleşme ve devralmalardaki kısıtlamaların daha çok sübjektif olduğu, devredenin bilgi, beceri ve birikimini kapsadığı da düşünülebilir. Kuşkusuz devredenin bilgi, beceri ve birikimi şirketin gayri maddî varlıklarının ediniminde çok etken olmuştur. Ancak bu gayri maddî varlıklar bir kez şirket tarafından kazanıldığında artık devredenden bağımsız hale gelirler, bu nedenle devredene göre de objektif bir nitelik taşırlar. Şirket açısından her devralanın bu gayri maddî varlıklardan yararlanma, onları devraldığı şirket bünyesinde bulundurma ve koruma hakkı vardır¹⁶⁵.

C. Makul Olması

Rekabet yasağı, süre ve kapsam yönüyle gerekli olandan daha kısıtlayıcı olmamalıdır¹⁶⁶. Yoğunlaşmaların koşula bağlanması konusunda Türk Rekabet Hukuku uygulamalarına baktığımızda, Kurul kararlarının önemli bir bölümünde getirilen koşulların yan sınırlamalara ve özellikle de rekabet yasağının süresine ve kapsamına ilişkin olduğu görülmektedir. Süresiz rekabet yasağının belirli bir süre (genellikle 2 yıl) ile sınırlandırılması¹⁶⁷, rekabet etmeme yükümlülüğünün devrin konu edildiği coğrafya ile sınırlandırılması¹⁶⁸, rekabet etmeme yükümlülüğü ile birinci derece akrabalara yönelik rekabet etmeme yükümlülüğünün anılan madde kapsamından çıkarılması ve hissedarlık sonrasına ilişkin rekabet etmeme yükümlülüğünün devralma işleminin gerçekleştiği tarihten itibaren geçerli kılınması¹⁶⁹ bunlara örnek olarak gösterilebilir¹⁷⁰.

Rekabet kısıtlamasının makul olmasından maksat, amacına hizmet edecek bir kapsamda olmasıdır. Bir başka deyişle, devralan açısından devreden devir konusuna ilişkin ne tür bir rekabetinden endişe ediliyorsa, rekabet kısıtlaması sadece bunu kapsamlı ve ötesine geçmemelidir. Rekabet yasağı sözleşmesi hükümleri olabildiğince dar yorumlanmalıdır¹⁷¹.

¹⁶⁵ ERDEM, s. 127.

¹⁶⁶ GÜLERGÜN, s. 25.

¹⁶⁷ 28.09.2006 tarih ve 06-67/901-258 sayılı İpragaz Kararı (<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1730.pdf>).

¹⁶⁸ 28.04.2006 tarih ve 06-31/373-95 sayılı Mars Sinema Kararı (<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1568.pdf>).

¹⁶⁹ 24.08.2006 tarih ve 06-59/774-227 sayılı Nestle Water Kararı (<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1709.pdf>).

¹⁷⁰ AKSOY, Nazlı/ BOLATOĞLU, Hilmi / YAVUZ, Şahin, "Rekabet Hukukunda Muafiyet Ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması", Rekabet Dergisi, S.25, Ankara 2006, s. 21.

¹⁷¹ ERDEM, s. 127.

Rekabet Kurulu, son kararlarında, Avrupa Topluluğu uygulamasına yaklaşan bir tutumla, bir yan sınırlamanın kapsamı itibariyle makul olup olmadığını denetlerken, sınırlamanın ilgilendirdiği kişileri, sınırlanan faaliyetlerin konularını, sınırlamanın uygulanacağı coğrafi alanı özellikle incelemektedir. Bu yönde, Kurul'un, **Danonesa/Tikveşli** kararında “sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma ilkesi” ve “orantılılık ilkesi” isimli iki ilke ortaya konulmuştur. “Sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma”dan anlaşılması gereken şudur: Yan sınırlama olarak nitelendirilecek düzenleme sadece yoğunlaşmanın taraflarının hareket özgürlüklerini kısıtlamalı ve yoğunlaşma kaçınılmaz olarak gerektirmediği sürece üçüncü kişilerin zararına olarak herhangi bir kısıtlama getirmemelidir. “Orantılılık ilkesi” uyarınca ise devralma işlemine getirilen kısıtlamaların devredilen faaliyetlere konu coğrafi alan, ürün ve hizmetlerle sınırlı, bir başka ifade ile bu konularla orantılı olması gerekir¹⁷².

Rekabet Kurulu, 20.02.2003 tarih ve 03-11/118-55 sayılı **Schoot/Orim** kararında yaptığı kişiler açısından inceleme sonucu şöyle karar vermiştir: “Rekabet yasağı esas itibarıyla, “Saticılar” olarak adlandırılan Orim’in hissedarlarına getirilmiştir. Yapılan düzenleme itibarıyla bu kişilerin; bağlı şahısları (affiliates) ya da kardeş, eş ve çocuklarından oluşan aile fertleri aracılığıyla da Şirketin işleriyle rekabet halindeki işlerle rekabet etmemeleri öngörülmüştür. Devralma işlemlerinde satıcıya getirilen rekabet yasaklarının yan sınırlama sayılabilmesi için bu yasakların, satıcının hareket özgürlüğünü sınırlandırmakla beraber üçüncü kişilerin ya da teşebbüslerin ekonomik davranışlarını etkileyecek veya bu teşebbüslerin zararına olacak herhangi bir kısıtlama içermemesi gerekmektedir. Bu çerçevede, söz konusu devralma işlemiyle doğrudan bir bağlantısı olmayan satıcıların kardeş, eş ve çocuklarından oluşan aile fertlerine getirilen rekabet yasağının, bu kişilerin özgür bir biçimde ticari karar alma süreçlerini kısıtladığı ve bu devralma işleminin hayata geçirilmesinde zorunlu bir unsur olmadığı, dolayısıyla satıcıların aile fertlerinin rekabet yasağı kapsamında çıkarılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır”.

¹⁷² Bkz. 30.12.2003 tarih ve 03-84/1021-409 sayılı Danonesa/Tikveşli kararı, RG. 25.04.2004, S. 25443, ERDEM, s. 129.

Kurulun vermiş olduğu **Ege Pen**¹⁷³ kararında “(...) Anlaşma’da beş bent halinde belirtilen işlerin, doğrudan ve dolaylı olarak, tek başına veya başka bir kişi ile müştereken veya başka bir kişi adına veya asıl, ortak, vekil, hissedar, yönetim kurulu üyesi, personel, danışman olarak veya her ne suretle olursa olsun yapılamayacağı öngörölmüştür. Kişilerin bu işlerle uğraşan diğer teşebbüslere hissedar olmasını yasaklayan bu düzenleme, sadece yatırım amaçlı olan hisse alımlarını da engellemektedir. Dolayısıyla, bu düzenlemenin zorunlu olanın ötesinde bir kısıtlama içerdiği ve bu ifadenin, yatırım amaçlı hisse alımlarını dışarıda bırakacak şekilde düzenlenmesi halinde makul olacağı kanaatine ulaşılmıştır” şeklinde belirtilerek sınırları daraltılmıştır¹⁷⁴.

1. Makul Bir Süreye Bağlanması

Ortağın tabi olduğu rekabet yasağı sadakat yükümlülüğünden ve bu yükümlülük de, ortaklık sıfatından kaynaklandığından, söz konusu yasak, kural olarak ortaklık sıfatının doğumu ile başlar. Bu yasak, ortaklık sıfatının kalkması veya şirketin infisah edip tasfiyesinin sonuçlanmasıyla son bulur. Bu konuda göz önünde bulundurulması gereken bir husus da ortağın bilgi alma hakkı ve bu hakkın kullanılmasından şirket için ortaya çıkabilecek tehlikelerdir. Bilgi alma hakkından kaynaklanan tehlikeler ortağın şirketten ayrılmasından sonra bir süre daha devam edebilir. Zira şirketle rekabet eden ortak şirketten ayrılmadan önce edindiği sırlar ve bilgileri, şirketten ayrıldıktan sonra şirket aleyhine kullanabilir. Bu tehlikeler, şirket sözleşmesine ortakların rekabet yasağının şirketten ayrıldıktan belli bir süre sonra da devam edeceğine ilişkin bir hüküm konularak önlenabilir¹⁷⁵.

Kanunumuz bu konuda bir üst sınır belirlememiştir. Ancak bir fikre göre, zaman sınırlaması on seneyi geçemeyecektir, adalet bunu gerektirmektedir¹⁷⁶. Diğer bir fikre göre ise, zaman ölçüsünü belirlerken diğer sınırlamalara da dikkat edip, buna göre bir denge kurmak gerekecektir. Örneğın; yer olarak dar bir bölge ve sınırlı bir iş alanı

¹⁷³ 20.06.2002 tarih ve 02-39/433-183 sayılı Ege Pen A.Ş./Deceuninck N.V.kararı (RG. 07.03.2003, S. 25041).

¹⁷⁴ Ayrıca bkz. 12.03.2002 tarih ve 02-14/150-66 sayılı Tamek/ Pepsi Inc. kararı (RG. 06.03.2003, S. 25040); 03-11/118-55 sayılı Schoot/Orim kararı (RG. 24.11.2003, S. 25299); 16.04.2002 tarih ve 02-24/242-97 sayılı Cadbury Schweppes/Kent Gıda kararı (kararın tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr).

¹⁷⁵ KARASU, Rekabet, s. 164

¹⁷⁶ DALAMANLI Lütfi/KAZANCI Faruk/KAZANCI Muharrem, İlimi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, Kazancı Matbaacılık, C.3, İstanbul 1990, s. 841.

için belirlenmiş olan yasak kapsamında zaman sınırlamasındaki süreyi uzatabilmek mümkün olabilecektir¹⁷⁷.

Rekabet yasağı, süre bakımından sınırsız değildir. Yasağın kaynağı olan sıfatın (ortaklık, yönetim kurulu üyeliği, müdürlük vs) kazanılmasıyla başlar ve bu sıfatın herhangi bir nedenle kaybedilmesiyle ortadan kalkar. Yasağın devamı, ana ya da başka bir sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle sağlanabilir (sözleşmesel rekabet yasağı)¹⁷⁸.

2. Coğrafi Uygulama Alanı Açısından Makul Bir Sınır

Yasağın geçerli olacağı coğrafi alanı ifade etmektedir. Buradaki coğrafya belirlenirken diğer sınırlamalar da göz önünde bulundurulacak ve onlarla orantılı bir yasaklama getirilebilecektir. İşçinin öğrendiği meslek, işletmenin çalıştığı alan sınırlamanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Örneğin, uğraşı alanı geniş bir işletmede çalışmış olan işçinin, bütün bu iş konuları açısından büyük bir coğrafi alanda yasağa tabi tutulması adaletli olmayacak ve BK'da öngörülen sınır aşılmış olacaktır. Ancak bu verilen örneğin tersi de mümkün görülmelidir. Örneğin çok dar bir alanda faaliyet gösteren bir işletmede faaliyetin yasaklandığı bölge geniş tutulabilecek ve bu durum kanuna aykırı olmayabilecektir¹⁷⁹.

Kurul'un vermiş olduğu bir karar¹⁸⁰, "Anlaşmada kısıtlı alan; "Türkiye Cumhuriyeti ve Deceuninck'in veya bağlı kuruluşlarından herhangi birinin faaliyette bulunduğu ve/veya satış yaptığı diğer ülkeler" olarak tanımlanmaktadır. Rekabet yasağı, satıcının devir öncesinde ilgili ürün veya hizmet konusundaki coğrafi faaliyet alanıyla sınırlı olmalıdır. Bahse konu anlaşmaya dayanak teşkil eden devralma işlemi, ilgili coğrafi pazar, Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, akit taraflara getirilen rekabet yasağının Türkiye Cumhuriyeti sınırlarını içermesi makul ve gerekli olarak kabul edilmiştir" şeklindedir.

¹⁷⁷ TUNÇOMAÇ, CENTEL, s. 525.

¹⁷⁸ ATAN, Turhan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1965, s. 99.

¹⁷⁹ TOPDEMİR, Fuat, "İşçinin Hizmet Sözleşmesi Sonrasına Yönelik Rekabet Etmeme Yasağı"

http://www.topdemirinandioğlu.av.tr/docs/ANONIM_ORTAKLIKTA_YK_UYELERININ_HUKUKI_SORUMLULUGU.doc (en son erişim tarih: 10-08-2008).

¹⁸⁰ 20.06.2002 tarih ve 02-39/433-183 sayılı Ege Pen A.Ş./Deceuninck N.V.kararı (RG. 07.03.2003, S. 25041).

3. Faaliyet Alanı Bakımından Makul Sınır

Ortaklığın faaliyet konusuna giren işlerin hangilerinin rekabet yasağı kapsamında olduğu noktasında, ortaklığın fiilen yaptığı işlerin dikkate alınması gerektiği, ortaklığın ana sözleşmesinde yazılı olup da şirketin halihazırda yapmadığı işlerin rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmesi söz konusu değildir¹⁸¹.

İşçinin sonradan rekabet etmesi istenilmeyen işin ne olduğunun belirlenmesidir. Ancak burada getirilecek sınırlamada ölçü olarak işletmenin faaliyet alanı ve işçinin orada öğrendiği mesleği göz önünde tutulmalıdır. Bu sınırlamada da işçinin başka bir mesleki bilgisinin olup olmadığı ve diğer sınırlamalarla ekonomik geleceğinin ne ölçüde tehlikeye girip girmediği dikkate alınacaktır¹⁸².

Burada getirilen sınırlamalar ile işçinin ekonomik geleceğinin olumsuz olarak etkilenmesi arasında bir denge kurulması gerekecektir. Çünkü her somut olayda işçinin bilgisi, becerileri, başka bir işte çalışabilme olasılığı, faaliyette bulunabileceği alanlar vs. göz önüne alınmalıdır. Ancak bu durumda kanun tarafından getirilmiş olan sınırlama sağlıklı olarak uygulanabilecektir. Nihayet burada verilmiş olan sınırlar aşıldığında bu, sözleşmenin geçersizliliği sonucunu doğurmayacak, yalnızca sınırların aşıldığı ölçüde yasakla bağlılık ortadan kalkacaktır. İşte bu noktada rekabet yasağı sözleşmesinde belirlenmiş olan sınırlamalara hakim müdahalesi gündeme gelecektir. Bir uyuşmazlık olması halinde veya tespit amacıyla hakim önüne gelen olayda sözleşmede yer alan sınırlarda değişiklikler yapabilecektir¹⁸³.

Ayrıca şirket konusuna girmekle birlikte şirketin fiilen uğraşmadığı işler yasak kapsamında değildir. Rekabet yasağının kapsamı, şirket ana sözleşmesinde yazılı işletme konularına göre tayin edilir¹⁸⁴. Böyle bir yasak, şirketin zararına olmayan

¹⁸¹ KALPSÜZ s. 369-374.

¹⁸² TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.525.

¹⁸³ Hakimin sözleşme şartlarına müdahale edebilmesine örnek olarak bkz, Yargıtay 9. HD, 1999/8262 E., 1999/12037 K., Yasa Hukuk Dergisi, Temmuz 2000, C. 19, S. 224, s. 1014-1015.

¹⁸⁴ BAŞBUĞOĞLU, Tanık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu : açıklamalar-içtihatlar Yetkin, Ankara 1988, s. 283; KARACA, Bedir, Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukuku Sorumlulukları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 84, 85.

faaliyetlerin, şirketten ayrılan üyelere kapatılması sonucunu doğurur. Çünkü bu alanda şirketten ayrılan üyelerin şirkete karşı rekabetinden söz etmek mümkün değildir¹⁸⁵.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının en geniş sınırını, şirketin konusu oluşturur. Zira Türk Ticaret Kanununun 137. maddesinde¹⁸⁶ ticaret şirketlerinin ehliyetinin şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusu ile sınırlı olduğu, 271. maddenin II. fıkrasında anonim şirketlerde ana sözleşmede şirket konusunun sınırlarının açıkça gösterilmesinin koşul olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca kanunun 279. maddesinde anonim şirketler bakımından ana sözleşmede bulunması gerekli unsurlar arasında şirket konusu da sayılmıştır. O halde şirket konusu dışındaki işlemler, şirketin ehliyeti dışında kaldığından hükümsüzdür. Bu işlemlere şirket konusunu genişleterek sonradan onay vermek de mümkün değildir¹⁸⁷. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanununun 335. maddesinden de anlaşıldığı gibi, yönetim kurulu üyelerinin şirket konusuna girmeyen bir konuda işlem yapması rekabet yasağını ihlal olarak değerlendirilemez.

Limited şirketlerde ise müdürün rekabet yasağını ihlal etmesi için yaptığı işlemin ortaklık konusuna girmesi gerekmektedir. Şirket konusu, dar olarak ele alınmalı, sözleşmede yazılı olan konu değil, şirketin uygulamada fiilen uğraştığı işler anlaşılmalıdır. Ticaret Kanunu müdürlerin, şirketin konusuna girmeyen bir ticari işle uğraşmasını men etmemiştir. Kanun 547. maddesi müdürlere sadece şirketin uğraştığı ticaret dalında iş görmeyi yasaklamıştır¹⁸⁸.

Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde “şirketin uğraştığı ticaret dalı” ifadesi kullanılmıştır. Öğretide bu ifadenin dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁸⁹. Zira aksinin kabulü yasağın dar yorumlanması gereği ile bağdaşmayacağı gibi, kişinin rekabet etme ve ticaret yapma özgürlüğüne aşırı derecede sınırlama getirmiş olacaktır ki bu kişilik haklarına aykırıdır. Örneğin şirketin uğraştığı ticaret dalı madencilikse, her türlü maden çıkarma işinin yasak kapsamında

¹⁸⁵ KARASU, Rekabet, s. 13.

¹⁸⁶ TTK m.137 (ultra vires) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Burçak, “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti Ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükümündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S.1, Ankara 2006, s. 321 vd.

¹⁸⁷ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 101.

¹⁸⁸ AYHAN, Rıza, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1992, s. 113.

¹⁸⁹ ÖÇAL, Limited, s. 295.

değerlendirilmesi mümkün olmalıdır. Zira bir şirketin kömür ötekinin ise krom çıkartması mutlaka rekabete neden olmaz¹⁹⁰.

Uygulamada ileride şirkete kâr sağlayacak bir işi sadece konu maddesini dar tuttukları için yapamayacak duruma düşmekten veya sık sık ana sözleşmeyi değiştirmekten korkan pay sahiplerinin daha sonra yapılması mümkün olan işleri de konuya dahil ettikleri görülmektedir. Ancak bu uygulama şirket konusu ile şirketin fiilen icra ettiği işlerin birbirinden farklı olması sonucunu doğurur. Öğretide şirket konusu ifadesinin dar yorumlanması gerektiği ve yalnız şirketin fiilen uğraştığı işlerin yasak kapsamına gireceği kabul edilmektedir¹⁹¹.

Yönetim kurulu üyelerinin şirketin fiilen uğraşmadığı işlerle uğraşması halinde şirketin zarar görmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte ana sözleşmede yazılı olmasına rağmen şirketin fiilen uğraşmadığı bir konuyla daha sonra uğraşmaya başlaması halinde, bu işler de yasak kapsamına girer. Zira bu halde yönetim kurulu üyeleri şirketin ana sözleşmede yazılı diğer konularla uğraşacağını öngörebilecek durumdadır. Aynı şekilde yönetim kurulu üyesinin aynı konuda faaliyet gösteren bir ticari işletmeyi bağış ya da miras yoluyla kazanması hali de yasak kapsamındadır. Bu durumda yönetim kurulu üyesinin işi terk etmesi için belirli bir süre tanınmalıdır. Bu süre objektif iyi niyet kurallarına göre belirlenmelidir. Yönetim kurulu üyesinin işi bırakabilmesi için makul olan süre belirlenmelidir. Aksi halde hakkın kötüye kullanımı söz konusu olabilir (TMK m.2/II)¹⁹².

a. İşlemin Ticari Nitelikte Olması

Ortak tarafından yapılan, ortaklık konusuna giren ve ortaklığın fiilen uğraştığı bir işin rekabet yasağının ihlalini oluşturabilmesi için o işin, ticari nitelikte bir iş olması gerekir¹⁹³. TTK 335. maddesi, yönetim kurulu üyelerine ortaklığın konusuna giren “ticari muamele”leri yasaklamıştır. Şu halde yönetim kurulu üyeleri, ortaklık konusuna girmekle birlikte ticari nitelik taşımayan işlemleri de yapabilirler. Buradaki “ticari

¹⁹⁰ ÖÇAL, Limited, s. 295.

¹⁹¹ KALPSÜZ, s. 372; HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 93.

¹⁹² AŞIK, s. 96.

¹⁹³ KARAYALÇIN, s. 263.

muamele” hükmünden, TTK’nun 3. maddesi anlamındaki ticari işlemlerin değil, ticari niyetle yapılmış olan işlemleri anlaşılması yasağın amacına uygun düşer. Buna göre yönetim kurulu üyesi ortaklık konusu içindeki bir işlemi kişisel ihtiyacının karşılamak amacı ile yapabilecektir¹⁹⁴. Örneğin konusu otomobil alım satım olan bir anonim şirkete yönetim kurulu üyelerinin kendi ihtiyaçları için otomobil alması yasak kapsamına girmez. Ayrıca rekabet yasağının tespitinde, taraflardan biri için ticari nitelikteki sözleşmelerin aksi kanunda belirtilmiş olmadıkça, karşı taraf için de ticari olduğunu ifade eden Türk Ticaret Kanunu’nun 21. maddesinin II. fıkrası uygulanmaz. Zira yukarıdaki örnekte otomobili satan taraf için ticari sayılan satış işleminin, yönetim kurulu üyesi için de ticari olduğunu ve yasak kapsamına girdiğini söylersek, yönetim kurulu üyesinin kendisine otomobil alması için, şirket sözleşmesinde bir hüküm olması veya genel kuruldan izin alması gerekir ki, bu düzenlemenin amacını aşan ve yasağın kapsamını genişleten bir yorum olur¹⁹⁵.

b. İşlemin Kendisi Veya Başkası Hesabına Yapılmış Olması

Türk Ticaret Kanunu’nun 335. maddesine göre, yönetim kurulu üyesinin şirket konusuna giren bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapması rekabet yasağının ihlal eder¹⁹⁶. Yönetim kurulu üyeleri ortaklığın uğraşı konularına giren işleri kendi adlarına yapamazlar ve açık temsil yolu ile yaptırıamazlar. Aynı şekilde yönetim kurulu üyeleri, bu türden işleri kendi hesaplarına, yani kazanç ve zararları kendilerine ait olmak üzere gizli temsil yolu ile başkalarına da yaptırıamazlar¹⁹⁷.

Ayrıca TTK m. 172. maddesine göre, ortak tarafından yapılmış olan işin, rekabet yasağına girmesi için, ortağın bu işi kendi veya başkası hesabına yapmış olması gerekir. Kollektif ortak, ortaklık konusuna giren ve ortağın fiilen uğraştığı işleri bir işletme çevresi içinde yapamayacağı gibi, bu tür işleri herhangi bir işletme olmaksızın da yapamaz¹⁹⁸. Kollektif ortağın ise anonim veya paylı komandit ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olamayacağı, limited ortaklığa giren bir kollektif ortağın da bu hareketinin

¹⁹⁴ ATAN, s. 98.

¹⁹⁵ AYDOĞAN, s. 44.

¹⁹⁶ I.HD, 21.11.1985, E.5626, K.6350 (Kazancı Otomasyon).

¹⁹⁷ DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Feryal Matbaası, Ankara 1990, s. 866.

¹⁹⁸ ARSLANLI, Halil, Kollektif ve Komandit Şirketler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 234.

rekabet yasağına aykırı düşmemesi için herhangi bir yönetim görevi almaması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹⁹.

Limited şirketlerde de müdürler şirketin uğraştığı ticaret dalında ne kendi ne de başkası hesabına iş göremeyeceği gibi, başka bir işletmeye sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak, komanditer veya limited şirket müdürü sıfatıyla dahi iştirak edemez (TTK 547) maddede açıkça yazılı olmamakla beraber aynı ticaret dalında çalışan anonim şirketin yönetim kurulu üyeliği de limited şirket müdürlüğü ile bağdaşmaz.

4. Kişilik Hakları Bakımından

Hukuk açısından en değerli varlık olarak kabul edilen insanın, insan olması dolayısıyla sahip olduğu değerler üzerindeki hakkın korunması insan haklarının gelişimine ve bireyin özerkliğine paralel bir ilerleme kaydetmiştir. Kişinin maddi kişisel değerleri kadar manevi kişisel değerleri de hukuk düzeni tarafından tanınmış ve koruma altına alınmıştır²⁰⁰.

Şahsiyet hakları herkes tarafından uyulması zorunlu olan ve şahsa sıkı sıkıya bağlı olup devir ve feragı kabil olmayan mutlak haklardandır (MK 23). Bu haklara aykırı olan sözleşmeler batıldır. Örneğin bir hizmet sözleşmesinde hizmetçinin (işçinin) ekonomik bağımsızlığını ağır bir kısıtlamaya tabi tutarak iş sahibine karşı rekabet etmeyeceği hakkındaki taahhüdü şahsiyet haklarına aykırı olduğu için batıldır²⁰¹.

Kişilik hakları, kişinin fiziki varlığı ve vücut bütünlüğü gibi maddi varlıkları, şeref, haysiyet, resmi ismi ve özel hayatı gibi manevi değerleri, ticari itibarı, ticari haysiyeti gibi ekonomik varlıkları üzerindeki hakların bütünüdür. Bu haklar kişiye insan olması sıfatıyla tanınmış olup kişi bunlardan vazgeçemez ve sınırlayamaz. Kişi, kişilik haklarını sadece kanuna ve ahlâka uygun olarak sınırlayabilir²⁰². Sözleşmenin sosyal ve ekonomik yönden güçsüz yanını oluşturan kişinin, kişi varlıklarını önemli ölçüde

¹⁹⁹ POROY, / TEKİNALP, / ÇAMOĞLU, s. 265.

²⁰⁰ ÖZEL, Sibel, Uluslararası Alanda Medya Ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 23.

²⁰¹ İNAN, Ali Naim, Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 39.

²⁰² KAPLAN, İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri : Genel Hükümler, İmaj Matbaacılık, Ankara 2003, s. 76.

tehlikeye sokan, hürriyetini aşırı ölçüde kısıtlayan (kişilik haklarını koruyan bir kurala aykırı) sözleşmeler, hukuka aykırılık oluşturur.

Mesleki kişisel ticari değer, öncelikle iktisadi varlığı sürdürme hakkına dayanmaktadır. AY.m.17 herkesin maddi varlığını koruma ve geliştirme hakkı olduğunu ve m.48 herkesin dilediği alanda çalışma hakkı olduğunu, temel haklar bölümünde ele almıştır. Bununla birlikte serbest piyasa ekonomisinde rekabet koşulları altında kişinin iktisadi varlığına diğer kişilerce müdahalede bulunması da mümkündür. Bu durumda sınırın TTK'daki hükümler kapsamında çizilmesi gerekir. Ama haksız rekabetle ilgili kuralların yetersiz kaldığı her durumda bu kişisel değer, kişilik hakkı kapsamında korunması gündeme gelecektir²⁰³. Rekabet hakkı, kişiliğe bağlı dokunulmaz devredilemez ve vazgeçilmez temel haklardandır²⁰⁴.

Emredici nitelikte oldukları lafızlarından açıkça anlaşılmasa bile, kişilik haklarını ihlal edecek nitelikteki sözleşme hükümlerine karşı, kişilik haklarını koruyan kurallar da, kamu düzenine ilişkin kurallar gibi, emredici nitelikte kurallardan sayılır. Kişilik haklarının korunması, çeşitli Anayasa hükümlerinde de yer bulmuştur (AY m. 5, m. 12, 17/2). Ayrıca Medeni Kanun'umuzda, kişilik genel olarak korunmuştur (MK 23. ve 24). Temel hakları korumak ve ona saygı göstermek, hem devlet organları, hem de kişiler için anayasal bir yükümlülüktür (AY m. 10, 12, 17)²⁰⁵.

Kişilik hakları, kişinin, kişi olması nedeniyle hayat, beden ve ruh bütünlüğüne, şeref, haysiyet ve hürriyetlerine; isim ve resim gibi varlıklarına ilişkin haklarıdır. Kişilik hakları da, sözleşme serbestisini sınırlayan hükümlerdendir. Bu sebeple kişilik haklarına aykırı sözleşmeler yapılamaz. Konusu veya muhtevası kişilik haklarına aykırı bir akit, batıldır. Şu durumda, kişilik haklarına ilişkin bir düzenleme öngören her bir norm, emredici bir hukuk normudur. Akdin sosyal ve ekonomik yönden zayıf tarafını oluşturan kişinin şahıs varlıklarını önemli ölçüde tehlikeye düşüren, hürriyetini

²⁰³ Kişiler hukuku ile ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL, Mustafa , Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004; HATEMİ, Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku : Kısa Ders Kitabı, Vedat, İstanbul 2005.

²⁰⁴ KALE, Serdar, Haksız Rekabet Hukuku'nda Eski Hale Getirme Davası (tecavüzün ref'i davası TTK.m.58/I-c), Vedat 2004, s. 4.

²⁰⁵ SAYHAN, İsmet, "Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık", Rekabet Dergisi, S.17, s. 18.

zedeleyici şekilde kısıtlayan hukuki işlem ve fiiller, hukuka aykırılık teşkil ederler²⁰⁶. Bir sözleşmenin konusu kişilik haklarına aykırı ise sözleşmeye bu sebeple hükümsüzlük müeyyidesi uygulanır ve çok kere bu durumlarda ahlâka aykırılık da söz konusudur. Ancak, ahlâka aykırı olmadığı hatta yüksek bir ahlâki değer taşıdığı halde kişilik haklarına aykırı olan sözleşmelerle de karşılaşılabılır. Bunlar da hükümsüz sayılacaktır²⁰⁷.

II. REKABET YASAKLARI

A. Anonim Ortaklıklarda Rekabet Yasağı

Anonim şirketlerde rekabet yasağı TTK 335. maddede²⁰⁸ düzenlenmiştir. Buna göre: İdare Meclisi azalarından biri umumi heyetin müsaadesini almaksızın şirketin konusuna giren ticari muamele nevinden bir muameleyi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı nevi ticari muamelelerle meşgul bir şirkete mesuliyeti tahdid edilmemiş olan ortak sıfatıyla da giremez. Bu hükme aykırı harekette bulunan idare meclisi azasından şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan muameleyi şirket namına yapılmış addetmekte ve üçüncü şahıslar hesabına akdolan mukavelelerden doğan menfaatlerin şirkete aidiyetini talep etmekte, serbesttir. Bu haklardan birinin tercihi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan azadan başka azalara aittir. Bu haklar, zikredilen ticari muamelelerin yapıldığını veyahut idare meclisi azasının diğer bir şirkete girdiğini sair azaların öğrendikleri tarihten itibaren üç aylık ve herhalde vukularından itibaren bir yıllık müruruzamana tabidir.

²⁰⁶ SAYHAN, s. 19.

²⁰⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 75.

²⁰⁸ TTKT'nin rekabet yasağını düzenleyen 396. maddesine göre - (1) Yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticarî iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticarî işlemlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez. Bu hükme aykırı harekette bulunan yönetim kurulu üyelerinden şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etmekte serbesttir. (2) Bu haklardan birinin seçilmesi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan üyenin dışındaki üyelere aittir. (3) Bu haklar, söz konusu ticarî işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini, diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her hâlde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrarlar. (4) Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümler saklıdır.

1. Rekabet Yasağının Muhatapları

Kanunumuz, kurucularla, bunlara işlemlerinde iştirak eden yönetim kurulu üyeleri ve müdürlerin idare ve temsil vazifelerinde doğan sorumluluklarını, murakıpların sorumluluklarının düzenleyen hükümler barındırmaktadır²⁰⁹.

TTK m.335'te sadece rekabet yasağının muhatabının idare meclisi azaları olduğu tespit edilmiş ancak, idare meclisi azası olmamasına rağmen TTK m.319 gereği şirket idare ve temsiline yetkili kılınan murahhas müdürlerin, şirket muamelelerinin icrası aşaması için şirket esas mukavelesi veya umumi heyet veya idare meclisi kararıyla yetkilendirilen idare meclisi azası hatta şirket hissedarı dahi olması zaruri olmayan müdürlerin (TTK m.342) anonim şirketin ticari mümessili veya ticari vekil olarak yetkilendirilen tacir yardımcılarının (BK m.449) TTK m.335'te tanzim olunan rekabet yasağına tabi olup olmayacakları hususunda bir açıklığa yer verilmemiştir²¹⁰.

a. Yönetim Kurulu Üyeleri

Yönetim kurulu yasalara göre teşebbüsün tek organıdır. Şekli ne olursa olsun böyle bir "kurul" her sanayi ülkesi mevzuatında mevcuttur. Hukuken, sermayedarları temsil eden tüm yetkiye sahip bir kurul olarak nitelenir²¹¹.

Anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında bir sözleşme bağı vardır. Sözleşmenin niteliği taraflarca serbestçe belirlenebilir. Yönetim kurulu üyelerinin şirket karşısındaki durumu hakkında sözleşmede herhangi bir hüküm konulmamışsa, bu sözleşme bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Öğretide bu ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olduğu tartışmasız kabul edilmekle birlikte, sözleşmenin hukuki niteliği konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Bazı yazarlar, bu sözleşmeyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirirken, hakim görüş bu sözleşmeyi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir²¹².

²⁰⁹ DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukukî Mesuliyet, Fakülteler, İstanbul 1964, s. 1.

²¹⁰ YASAN, s. 427.

²¹¹ DRUCKER, Peter, "Üst Yönetici ve Yönetim Kurulu", ÖZ, Şan (çev.), Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Ocak 1983, C. 1, S. 1, s. 145.

²¹² İMREGÜN, Oğuz, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu", Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta, İstanbul 2001, s. 260; KIRCA, İsmail, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Taktir Yetkisi-Özen Borcu", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXII, S.3, Ankara 2004, s. 89.

Unsurları gerçekleştiği takdirde taraflar arasında bir hizmet sözleşmesi de mevcut olabilir. Bu iki sözleşmede de vekil ve işçinin, güven ilkesinin bir sonucu olarak üstlendikleri işleri sadakat ve özenle yerine getirme borçları vardır. Sadakat borcu geniş bir yükümü ifade eder. Bu borç, ortak amaca ulaşmak için elden gelen gayreti fiilen göstermeyi, müşterek amacı engelleyici her türlü davranıştan kaçınmayı, ortak amaca uygun davranmayı, şirkete zarar verici eylemlerden kaçınmayı ve kendi menfaati ile şirket menfaati çatıştığı takdirde, kural olarak kendi menfaatini şirket menfaatlerine feda etmeyi gerektirir. Türk Ticaret Kanunu'nun 335. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı da bu borcun görünümlerinden biridir. Ticaret Kanunumuzun, yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına ilişkin düzenlemesi emredici değildir. Bu nedenle yasak, esas sözleşme ile veya daha sonra genel kurul kararı ile kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. Rekabet yasağının genişletilmesi de mümkündür. Şirket esas sözleşmesi veya genel kurul kararı ile kanunda belirtilen işler dışında başka işlerde çalışmanın yahut başka görevlerde bulunmanın yasak olduğu öngörülebilir. Ayrıca kanunî rekabet yasağının, yöneticilik sıfatı sona erdikten sonra da belli bir süre devam edeceği kararlaştırılabilir. Ancak rekabet yasağı, genel bir hürriyet olan ticarî faaliyet hürriyetine²¹³ getirilmiş bir sınırlama olduğuna göre, bir şirket, yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağı kapsamını aşırı şekilde genişletemez. Aynı nedenle rekabet kurallarının dar yorumlanması gerekir. Bu itibarla, somut bir olayda, rekabet yasağının bulunup bulunmadığını tespit ederken, fiil ve davranışların TTK'nın ilgili maddelerine göre rekabet yasağına aykırı olup olmadığı hususu titizlikle incelenmelidir²¹⁴.

AO'nun yönetim kurulu üyelerinin ortaklıkla rekabet etmeme yükümü, kollektif ortaklıkta ortaklarınki ile hemen aynıdır (TTK 172-173)²¹⁵. Ortaklık genel kurulu, YK üye veya üyelerine bu konuda izin verebilir. Bu durumda üyeler, ortaklık konusuna giren her türlü işlemleri yapabilirler²¹⁶.

²¹³ Anayasamızın 48/I. maddesi uyarınca herkes dilediği alanda çalışma, sözleşme yapma ve özel teşebbüsler kurma özgürlüğüne sahiptir.

²¹⁴ GÜLTEKİN, Ayşegül, "Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etmeme Yasağı", Uluslararası Rekabet ve Teknoloji Birliği, Bursa 2006, s. 2, 3.

²¹⁵ 11 HD.21.11.1985 .E.5620/K.6530 (ÇEVİK, s. 551).

²¹⁶ YILDIZ, Şükrü, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu", Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta, İstanbul 2001, s.774 vd.

Şirketteki konumu nedeniyle şirketin bütün sırlarını öğrenme imkanı olan bir yönetim kurulu üyesi, bu sırlar sayesinde şirketle olan rekabet mücadelesinde özel bir avantaj sağlar ve bunun sonucunda şirketle rekabet eden, ancak şirket sırlarını bilmeyen diğer rakiplere oranla şirkete daha fazla zarar verebilir. Şirketin ekonomik gücü, üyenin kendisiyle rekabeti nedeniyle zayıflarken, üyenin konumu, piyasada sadece kendi şirketine karşı değil, aynı şekilde aynı alanda faaliyet gösteren piyasadaki diğer katılımcılara karşı da güçlenmektedir. Bu durum, dürüst ve gerçek bir rekabetin ortadan kalkmasına sebebiyet verir. Bu nedenle, şirketle rekabet eden bir üyenin, şirkete bu suretle vereceği zarar ile bu üyenin şirketteki konumu ve dolayısıyla şirketi sırlarına vakıf olması arasında doğrudan bir ilişki olduğunu söyleyebiliriz²¹⁷.

Yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet etmemesi, sadakat yükümünün²¹⁸ bir gereğidir²¹⁹. Yönetim kurulu üyeleri görevlerini yerine getirirken özenle hareket etmek zorundadır (TTK m.320, BK m.528/II, 390/I, 321). Dolayısıyla üyelerin şirketle rekabet teşkil eden davranışlarda bulunması, aynı zamanda özen yükümünün ihlali olarak da değerlendirilebilir. Ancak yönetim kurulu üyelerine getirilen rekabet yasağının temel dayanağı olarak özen yükümlülüğünü ayrı bir başlık olarak değil, sadakat yükümünün bir parçası olarak değerlendirmek yanlış olmaz. Zira sadakat yükümü, özen yükümünü²²⁰ de içine alın bir üst kavramdır²²¹. Yönetim kurulu üyeleri şirkete karşı TTK'nın özel hükümlerine ve BK'nın genel vekalet akdi hükümlerine göre

²¹⁷ KARASU, Rekabet, s. 5.

²¹⁸ Yargıtay ise, sadakat yükümünden bahsedilebilecek hallerde, MK'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralını esas almaktadır. Bu yönde bkz. TD.03.04.1967, E.65/1343, K.67/1352.

²¹⁹ İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1970, s. 231,232; ANSAY, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku,Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 134,135; KENDİGELEN, Abuzer, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları İle Birlikte), C.II, Beta, İstanbul 2003, s. 135.

²²⁰ TTK'nın anonim şirketlere ilişkin, "Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü" başlıklı 369. maddesinin I. Fıkrasına göre:

(1) Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Bu fıkranın gerekçesi şöyledir: "... birinci fıkrada yer alan, şirket menfaatinin dürüstlük kuralına göre gözetilmesi gereğine ilişkin temel özen kuralı 6762 sayılı Kanunda açık olarak öngörülmemiştir. Bu yüküm ile, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatinin, hakim pay sahibinin veya pay sahiplerinin ve onların yakın olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hakim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirket menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder. Hüküm yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına okar; içerden öğrenenlerin ticaret yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kuralına uymasını zorunlu tutar".

²²¹ ÇAMOĞLU, Ersin, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu", İmran Öktem'e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 389-402.

sorumlu olurlar. Yönetim kurulu üyesi görevinin sadakatle ve özenle yerine getirmekle mükelleftir²²².

Özen yükümlülüğü yöneticilerin yükümlülüklerini, basiretli bir kişinin aynı koşullarda göstereceği özenle yerine getirmesini ifade eder. Sadakat yükümlülüğü ise yöneticilerin yükümlülüklerini iyi niyetle ve şirketin ve pay sahiplerinin en üst düzeyde çıkarına olduğuna inandıkları şekilde yerine getirmek zorunda olmalarıdır. Çıkar çatışmalarından kaçınma yükümlülüğü şirketle işlem yapılmamasını ve şirketle rekabet edilmemesi yükümlülüklerini kapsar. Şirket sırlarını saklama, başkalarına açıklamama yükümlülüğü sadakat yükümlülüğü kapsamında olan yükümlülüktür. Bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen yöneticiler eylemlerinden dolayı şahsen sorumlu tutulabilirler²²³.

Rekabet yasağı, inançlı üye²²⁴ bakımından da geçerlidir. İnançlı üye ile menfaat sahibi arasındaki tabiiyet ilişkisinin, rekabet yasağı ile bir ilgisi yoktur. Ancak temsil olunan menfaat sahibinin şirketle rekabet oluşturacak bir faaliyette bulunması halinde inançlı üyenin durumunu değerlendirmek gerekir. Rekabet yasağı, yönetim kurulu üyeleri için geçerli olup, pay sahipleri rekabet yasağına tâbi değildir. Bu yüzden inançlı üyenin, menfaat sahibinin çıkarına hareket etmesi, ondan talimat alması, rekabet yasağına aykırılık teşkil etmez. Başka bir anlatımla, inançlı üyenin, şirketle rekabet hâlinde bulunan bir pay sahibini temsil etmesi, onun çıkarlarını koruması tek başına rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz. Ancak inançlı üyenin menfaat sahibi hesabına,

²²² KARAYALÇIN, Yaşar, Özel Hukukta Meseleler Ve Görüşler : Hukuki Mütalaalar (1988-1991), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992, s. 114.

²²³ KUBİLAY, Huriye, "Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası", Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I, Beta, İstanbul 2003, s.545.

²²⁴ İnançlı yönetim kurulu üyeliği, çeşitli sebeplerle şirket yönetiminde bizzat yer almak istemeyen veya hukuken yer alması mümkün olmayan menfaat sahiplerinin, anonim şirket yönetiminde temsiline imkân tanıyan bir kurumdur. Menfaat sahibi, güvendiği bir kişiyi yönetim kuruluna seçtirmekte ve bu kişiye verdiği talimatlarla şirketteki özel çıkarlarını yakından takip etmek imkânına sahip olmaktadır. İnançlı yönetim kurulu üyeliği, menfaat sahibi bakımından şirket yönetiminde temsil edilme ve böylelikle şirket yönetimine daha etkili katılarak çıkarlarını koruma aracıdır. Yönetim kurulu üyesi bakımından ise, üyelik görevinin bir başkası için ve/veya onun menfaati doğrultusunda sürdürülmesidir. Daha açık bir anlatımla inançlı yönetim kurulu üyeliği, bir sözleşme ilişkisine dayalı olarak yönetim kurulu üyeliği görevinin, bir pay sahibinin veya üçüncü bir kişinin çıkarlarının korunması için, onun talimatları doğrultusunda yürütülmesidir.(KORKUT, Ömer ,Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Adalet, Ankara 2007, s. 5).

şirketle rekabet teşkil eden faaliyeti bizzat yürütmesi durumunda yasak söz konusu olur (TTK m. 335/I)²²⁵.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta geçerli olan kusur karinesi gereğince anonim ortaklık sadece yönetim kurulu üyesinin özen borcuna aykırı davranışı sonucunda uğradığı zararı ispatlamakla yükümlüdür. Buna karşılık özen borcunu gereği gibi yerine getirdiğini veya akde aykırı bu davranışının kendi kusurundan doğmadığını ispat yükü yönetim kurulu üyesindedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) 15.12.1962 tarihli bir kararında özen borcunu yerin getirmiş olduğunu veya yerine getirmenin imkansızlığını²²⁶ ispat yükünün yönetim kurulu üyesinde olduğunu belirtmektedir. Yüksek mahkemeye göre, anonim ortaklık ise, yönetim kurulu üyesinin görevini kötü ifa ettiğini ve bunun sonucunda bir zarar doğduğunu ispat etmelidir²²⁷.

Türk Ticaret Kanunu anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun ana hatlarını ve temel özelliklerini TTK 336-341 maddeleri arasında düzenlemiş bulunmaktadır²²⁸. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren işlemler esas olarak Ticaret Kanunu'nun 336. maddesinde sayılmıştır. Bu maddeye bakıldığında bazı işlemlerin üyelerin müteselsil sorumluluğun²²⁹ gerektirdiği, buna karşılık bazı işlemlerin münferit sorumluluğa yol açtığı görülür²³⁰.

Ortaklıkla işlem yapma (TTK 334) veya rekabet (TK335) yasağına aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesinin sorumu da bireyseldir²³¹. Yönetim kurulu üyeleri kanun esas sözleşme ve genel kurul kararlarıyla kendilerine verilen görevleri yerine

²²⁵ KORKUT, s. 187, 188.

²²⁶ Edimin imkansızlığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005; DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

²²⁷ ÇAMOĞLU, s. 402; ÇELİK, Aydın, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.202.

²²⁸ HELVACI, Mehmet, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759.Maddesi İle Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması", Hayri Domanıç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, Beta, İstanbul 2001, s. 220.

²²⁹ Müteselsil sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERTEN, Ali, "Müteselsil Sorumluluk Yönünden Sorumsuzluk Şartları", Akif Erginay'a 65. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, s. 113 vd.

²³⁰ ARSLAN, İbrahim, "Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu ve Şirket Adına Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsili Sorunu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, S.XVI, Mayıs 1999, s. 122.

²³¹ İMREGÜN, s. 265.

getirmedikleri takdirde sorumlu tutulabilecektir²³². Şirketle işlem yapma yasağı ve rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu kendisine aittir yani münferit sorumluluğa yol açar. Ticaret Kanununun muhtelif maddelerinde yönetim kurulu üyelerinin münferit sorumlulukları düzenlenmiştir. Ticaret Kanunu'nun 319. maddesine uygun olarak bir yetkinin devredilmesi söz konusu ise, o yetki dolayısıyla sorumluluk da ilgili murahhasa ait olacaktır. Yani müteselsil sorumluluk kuralı uygulanmayacaktır (TK.m.336/II). Şirketle işlem yapma yasağını (TK.m.334) ve rekabet yasağını (TK.m.335) ihlal eden yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu kendisine aittir. Özen (TK.m.320) ve sadakat borcuna (TK.m.332) aykırı davranışlar da münferit sorumluluğa yol açar. Keza, inceleme görevlerini yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri de münferit sorumluluk üstlenmiş olacaktırlar (TK.m.308,337). Şirketin durumu hakkında yanlış kanaat uyandıracak şekilde yollara başvurmak ve gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmak suretiyle üçüncü kişileri aldatan yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu da münferit sorumluluktur (TK.m.339)²³³.

Ayrıca, yönetim kurulu üyesinin, TTK m.335'te zikredilen davranışlarda bulunmuş olmasının her hangi bir kasıt ya da taksirin varlığına ihtiyaç duyulmadan rekabet yasağının ihlali neticesini doğurmasıdır²³⁴. Rekabet yasağı ile ilgili olarak kanun idare meclisi azasının kusursuz mesuliyeti ilkesini kabul etmiştir²³⁵.

Yönetim kurulu üyesi, esas olarak, yönetim kurulunun aldığı kararlardan sorumludur. Bu karar şirketi temsile yetkili kişiler tarafından uygulanmış olabilir. Sorumluluk yine söz konusudur. Buna karşın, şirketi temsile yetkili kişiler, yönetim kurulu kararı olmaksızın, üçüncü kişilerle işlem yapmışlar ise, kural olarak yönetim kurulu üyeleri bu işlemde sorumlu olmazlar. İşlem yönetim kurulunun kararı olmaksızın, şirketi temsilen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesi tarafından, yönetim kurulu kararı olmaksızın yapılmış ise, işlemi üçüncü kişi ile yapan üyeler sorumlu olurlar²³⁶.

²³² ARSLAN, Sorumluluk, s. 119.

²³³ ARSLAN, Sorumluluk, s. 124.

²³⁴ HIRSCH, Ernst , Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1939, s. 318.

²³⁵ Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 11. HD, 07.05.1986 Tarih, 986/2023 Esas, 986/2734 (ERİŞ, Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, Seçkin, Ankara 1995, s.290.)

²³⁶ İMREGÜN, s. 267.

Konuya üyelik sıfatı sona eren yönetim kurulu üyesi bakımından da bakmak gerekmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 335. maddesine²³⁷ göre rekabet yasağına tabî olanlar, anonim şirket yönetim kurulu üyeleridir. Yönetim kurulu üyelerine yüklenen rekabet yasağı, üyelik sıfatına bağlı olup, kural olarak üyelik sıfatının kazanılması ile başlar ve üyelik sıfatının kaybedilmesi ile sona erer. Ancak Ticaret Kanunumuzun, yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına ilişkin düzenlemesi emredici değildir. Bu nedenle şirket esas sözleşmesi ile veya genel kurul kararı ile kanunî rekabet yasağının, yöneticilik sıfatı sona erdikten sonra da belli bir süre devam edeceği öngörülebilir²³⁸. Söz konusu rekabet yasağı, şirket ana sözleşmesiyle ihdas edileceği gibi ayrı bir sözleşme konusu da yapılabilir.

İktisadî rekabet ve dolayısıyla rekabet hukuku, ekonomik gücü ile rekabeti teşvik eden verimli şirketlere muhtaçtır ve bu nedenle bu işletmelerin şirket olarak varlığını sürdürmelerinde büyük menfaati vardır. Bu menfaate uygun olarak, üyelik sıfatı sona eren yönetim kurulu üyeleri için öngörülen rekabet yasağının geçerli olması gerekir. Burada söz konusu olan rekabet yasağının amacı, üyelik sıfatı sona eren kişilerin rekabet etme özgürlüğünü sınırlamak değil, şirketin menfaatlerini bunlardan gelen tehlikelere karşı korumaktır²³⁹. Örneğin şirketten ayrılan bir üye, üyelik sıfatı devam ederken öğrenmiş olduğu şirketin yeni ürün plan ya da reklam kampanyasını hiçbir harcama yapmadan kısa bir süre içinde kendi işletmesinde kullanabilir veya bu planlara karşı kısa sürede tedbirler alabilir Bu durum, şirketin rakiplerine karşı sahip olduğu rekabet avantajlarını kaybetmesine ve rakipleri ile olan mücadelesinde yeni fikirlerini uygulayamamasına sebep olur. Şirketin rekabet avantajının azalması, özellikle gizli tutulan fiyat indirimlerinde söz konusudur. Rakip firmalar, fiyat indirimlerinden ne kadar erken haberdar olur ve benzer indirimler yaparlarsa, şirketin rekabet şansı da o kadar azalır²⁴⁰.

²³⁷ Tasarının 396. maddesi ile hükme bağlanan rekabet yasağına ilişkin hükümler kanunun 335. maddesinde yer alan hükümlerle aynıdır. Ancak tasarıda bir farklı hüküm de yer almaktadır. Tasarının 396/4. maddesine göre rekabet yasağına ilişkin hükümlerin uygulanması yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemeyecektir (DEDEAĞAÇ, Ender, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu", <http://www.inisiyatif.net/document/67.asp> (son erişim tarihi: 10-08-2008)).

²³⁸ GÜLTEKİN, s. 2, 3.

²³⁹ KARASU, Rekabet, s. 10.

²⁴⁰ KARASU, Limited, s. 157.

Şirketten ayrılmadan önce elde ettiği bilgiler üyeden geri alınamadığı için, bunların kötüye kullanılması engellenememektedir. Şirketten ayrılan bir üye, ayrılmadan önce şirketle rekabet edecek bir işletme işletmeyi önceden planlayıp bunun için gerekli hazırlıklara başlayabilir. Şirketten ayrılan üyenin, üyelik sıfatı devam eden üyelerin aksine, şirkete karşı sadakat yükümlülüğünün olmaması, dolayısıyla şirkete zarar verici eylemlerden kaçınmak ve kendi menfaati ile şirket menfaati çatıştığı takdirde, kendi menfaatini şirket menfaatine feda etmek zorunda olmaması da, onlar için sözleşme ile belli bir süre daha rekabet yasağı öngörmeyi gerekli kılmaktadır²⁴¹.

Rekabet yasağı, genel bir hürriyet olan ticari faaliyet hürriyetine getirilmiş bir sınırlama olduğuna göre, bir şirket üyelik sıfatı sona eren yönetim kurulu üyelerine istediği şekilde rekabet yasağı getiremez. Bu kişiler için öngörülecek rekabet yasağı, RKHK m. 4/I ve BK m. 19/ II ve m. 20/I hükümlerine aykırı olamaz²⁴².

b. Murahhas Üye Ve Müdürler Murahhas Müdürler (TTK M.319)- Müdürler (TTK M.342)

BK'nun 455. maddesi, ticari mümessil veya ticari vekil²⁴³ sıfatını haiz bağımlı tacir yardımcılarını için genel bir rekabet yasağı öngörmektedir. Burada rekabet yasağının temelinde ticari mümessil veya ticari vekilin konumu gereği tacirin işlerine vakıf ve bu nedenle ticari sırlarını ve özel bazı bilgilerini saklama yükümlülüğü olması ve tacir ile temsil yetkisini haiz temsilcisi veya vekili arasında oluşan güven ilişkisi yer almaktadır²⁴⁴.

BK 455/2. maddesi gereğince, rekabet yasağına aykırılık halinde işletme sahibi, zararının tazmin edilmesini istemek ve bu suretle yapılan işleri kendi hesabına almak hakkına sahiptir. Bununla birlikte, bu yükümlülük, yukarıda belirtildiği gibi bir

²⁴¹ GÜLTEKİN, s.4.

²⁴² GÜLTEKİN, s.2, 3.

²⁴³ Ticari mümessil ve ticari vekillerin rekabet yasağını düzenleyen TBKT'nin 553. maddesi şöyledir: "bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde buluna ticari temsilciler veya tacir yardımcılarını, işletme sahibini izni olmaksızın, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kendilerinin ya da bir üçüncü kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacakları gibi, kedi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptırılmazlar (I). Buna aykırı davranırlarsa işletme sahibi, aralarındaki hukuki ilişkiden doğan hakları saklı kalmak kaydıyla, uğradığı zararını giderilmesini isteyebileceği gibi, bunun yerine, ticari temsilci veya ticari vekilin kendi hesabına yaptığı veya üçüncü kişilere yaptırdığı işleri kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla aldıkları ücretini verilmesini veya aynı işlerden doğan alacağının devredilmesini isteyebilir (II)".

²⁴⁴ FEYZİOĞLU, Feyzi, "Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1978, s. 439.

sözleşme ilişkisine dayandığı için, rekabet yasağının kapsamı ve sınırları sözleşme ile belirlenebileceği gibi, işletme sahibi, rekabet yasağını açıkça veya zımnen ortadan kaldıracaktır. Taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça rekabet yasağı temsil ilişkisi süresince söz konusudur²⁴⁵.

Özellikleri:

1. Rekabet yasağı her ticari mümessile uygulanır.
2. Rekabet yapmama borcu kanunidir; yani atama işleminde bu konuda bir sarahat olmasa dahi bu borç mevcuttur,
3. Bu borç kural olarak ticari mümessil sıfatının taşındığı sürece devam eder . Ancak, borcun, yetkinin kalkması ile yok olması, müessese sahibinin zarar görmemesine yol açabilecek bir nitelik arz etmesi ihtimali nedeniyle rekabet yapmama borcunu bir akitle uzatmak mümkün olduğu gibi, yasağın, ticari mümessilin görev süresi içinde açık ya da zımni olarak kaldırılması da mümkündür (BK. 455/1). Aynı şekilde bu borcun sınırlandırılması veya genişletilmesi de imkan dahilindedir
4. Bu yasak Ticaret Kanunumuzda öngörülen öteki rekabet yasaklarına nazaran (mesela TK, 172, 335, 547 gibi) daha dar kapsamlı olarak kaleme alınmıştır; zira yalnızca "iş yapma" yasağını kapsamına almakta, "ortak olma yasağını" öngörmemektedir²⁴⁶.

Murahhas üye ve müdürler arasındaki farklılıklara kısaca değinmekte yarar var. Murahhas üyeler, hem yönetim kurulu üyesi hem de pay sahibi oldukları halde, murahhas müdürlerin yönetim kurulu üyesi değildir ve hatta bu kişilerin pay sahibi olmaları da zorunlu değildir. Murahhas üyeler yönetim kurulu toplantılarına katılma ve oy kullanma hakkına sahip iken, murahhas müdürler bu haklara sahip değildir. Murahhas üyeler, pay sahibi ve aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olarak genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkına sahip iken, pay sahibi olmayan murahhas müdürlere bu hak tanınmamıştır.

²⁴⁵ Ticari mümessilin rekabet etmeme yükümlülüğü için bkz. KIRCA, İsmail Ticari Mümessillik Yetkin , Ankara 1996, s. 171-181.

²⁴⁶ ÖÇAL, Akar, "Ticari Mümessilin Rekabet Yapmama Borcu", EİTİAD 1983, C.1, S.2, s. 217.

Bu açıklamalardan sonra, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan murahhas üyelerin Türk Ticaret Kanununun 335. maddesinde yönetim kurulu üyelerine getirilen yasağa tabi olacakları şüphesizdir. Murahhas müdürlerin rekabet yasağına tabi olup olmayacağı ise tartışmalı bir konudur. Bazı yazarlar murahhas müdürlerin Türk Ticaret Kanunu'nun 335. maddesi uyarınca rekabet yasağına tabi olacağını ifade ederken²⁴⁷, diğer bazı yazarlar bunun aksini savunmakta ve şirketi yönetme ve temsil yetkisine sahip olan murahhas müdürler hakkında Borçlar Kanununu 455. maddesinde düzenlenen rekabet yasağının uygulanacağını, Türk ticaret kanununu 335. maddesinde düzenlenen yasağın yalnızca yönetim kurulu üyelerine yönelik olduğunu ifade etmektedir²⁴⁸. Sonuç olarak , yönetim kurulu üyeleri ile aynı yetkilere ve şirket ile ilgili bütün bilgilere sahip murahhas müdürlerin de bu yasağa tabi olması gerekir. Zira murahhas müdürler, tıpkı yönetim kurulu gibi organ niteliği taşımaktadır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, TTK .319'da tanzim olunan murahhas müdürler idare meclisi azası olmasalar dahi şirketin idaresinde ve temsilinde yer alıyor olmaları gerekçeleri ile rekabet yasağına tabidirler. Zira, bu idareciler de şirketin işletme bilgilerine ve ticari ve teknik sırlarına vazifeleri gereği vakıftırlar ve kanun koyucunun şirket menfaatlerini esas alarak idare ve temsil yetkisini haiz olanlara karşı taşıdığı çekince ve korku bu idareciler için de geçerlidir. Kanun koyucunun rekabet yasağını sadece idare meclis azalarına yüklemiş olmasının kabulü maddenin (TTK m. 335) lafzına aşırı bir şekilde bağlı kalmak anlamına geleceğinden, yasağın kabul edilmesindeki saikin idare ve temsil vazifeleri sebebiyle edinilecek bilgi ve sırların şirket aleyhine kullanılmasını önlemek olduğu da göz önünde bulundurulduğunda idare meclisi azaları olmamasına rağmen şirkette hissedar ya da dışardan bir kişinin müdür olarak göre yapması halinde bu kişilerin de yasağa tabi olmaları gerekmektedir²⁴⁹.

Müdürler bağlı tüccar yardımcısı kapsamında olduğundan TTK m.138 yollaması ile BK m. 455'te mevcut rekabet yasağı hükmünün evveliyatla uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir²⁵⁰. Bu hükme göre müdürlerin anonim ortaklığın faaliyet

²⁴⁷ HELVACI, Sorumluluk, s.93.

²⁴⁸ KIRCA, Mümessil, s. 59; bu yönde karar için bkz. 11. HD, 29.06.1982, E.1982/3015, K.1982/3184 (BAŞBUĞOĞLU s.457).

²⁴⁹ YASAN, s .428.

²⁵⁰ KARACA, s. 84.

konusuna giren bir işlemi kendi adlarına veya üçüncü kişi adına yapamayacakları ifade edilmiştir. Bu hükümde her ne kadar kendi hesabına üçüncü kişi adına veya kendi adına üçüncü kişi hesabına yapılan işlemler ifade edilmemişse de, bu işlemlerin de rekabet yasağı kapsamına gireceği düzenlenmiştir²⁵¹.

c. Pay sahipleri

Pay sahiplerinin rekabet yasağına tabi olup olmayacağını tespiti için, öncelikle pay sahiplerinin sadakat yükümü bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir.

Anonim ortaklık pay sahibinin ortaklığa karşı sadakat yükümü altında bulunup bulunmadığı, rekabet yasağına tabi olup olmadığı konusunda çok değişik ihtimaller ve görüşler ortaya atılmıştır. Öncelikle pay sahibini BK.m.526 uyarınca rekabet yasağına tabi olduğu; başka bir fikre göre ortaklığa karşı sadakat yükümü bulunmayan pay sahibinin hiçbir şekilde rekabet yasağına tabi olmadığı, ancak MK.m.2 uyarınca dürüstlük kuralına uyması gerektiği; sadakat yükümü ve rekabet yasağının ortaklığın yapısına ve somut olayın özellikleri göre değerlendirilmesi gerektiği; özellikle aile anonim ortaklıklarında pay sahibinin sadakat yükümünü bulunduğu ve böylece rekabet yasağına da tabi olduğu; ortaklıkta hakim durumda olan, şeklen yönetici olmasa da fiilen ortaklığı yönetenlerin, aynen şeklen yönetim kurulu üyesi imiş gibi sorumlu tutulmaları gerektiği; ana sözleşme ile pay sahiplerine rekabet yasağının yüklenebileceği, yine ikincil yüküm olarak rekabet yasağının aile anonim ortaklıklarında pay sahiplerine yüklenebileceği ileri sürülmüştür²⁵².

Öğretide aksi görüşler²⁵³ de olmakla birlikte, çoğunlukla kabul edilen görüş, anonim şirket pay sahiplerinin sadakat yükümlerinin bulunmadığı yönündedir²⁵⁴. Bunun sonucunda da pay sahipleri şirket menfaatlerini kendi menfaatlerine üstün tutmak

²⁵¹ FEYZİOĞLU, s. 439.

²⁵² AYDOĞAN, s. 92.

²⁵³ ANSAY, s.227; TEKİL, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, Tekil, İstanbul 1993, s. 415.

²⁵⁴ MOROĞLU, Erdoğan, Özellikle Anonim Ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 2002.

zorunda değildir. Özellikle oy hakkını kullanırken şirketin kendisinin veya üçüncü bir kişinin menfaatini gözetip gözetmemekte serbesttir²⁵⁵.

Bu ihtimal ve görüş çeşitliliği karşısında en iyi çözüm tarzının, kural olarak anonim ortaklık pay sahibinin ortaklığa karşı sadakat yükümü bulunmadığı, yine kural olarak yönetim kurulu üyelerine getirilen yönde bir rekabet yasağına tabi olmadığı, pay sahiplerine ana sözleşme ile veya pay sahipleri sözleşmesi ile rekabet yasağı getirilmesinin sözleşmesel rekabet yasağın sınırlarına uyulması halinde geçerli olacağı, ikincil yüküm olarak pay sahiplerine rekabet yasağı getirilmesinin geçerli olmadığı; ancak pay sahiplerinin genel hüküm niteliğinde olan BK m.526'ya tabi oldukları ve her somut olayın şartlarına göre ortaklık gayesine aykırı ve ona zarar verici hareketlerde bulunamayacakları, ortaklığa zarar verip vermediği konusunda pay sahibinin ortaklık içindeki yeri ve ortaklığın yapısını da göz önünde bulundurulması gerektiği sonucuna varılmaktadır²⁵⁶.

d. İcra Organı Müdürler

TTK'nun 342. maddesinde, ortaklık işlerinin dış ilişkide yürütülmesinin, ana sözleşme, genel kurul veya yönetim kurulu karar ile yönetim kurulu üyesi veya pay sahibi olmayan müdürlere bırakılmasına izin verilmiştir. İcra organı müdür olarak ifade ettiğimiz müdürlük müessesesi ile, TTK 319/II'de öngörülen murahhas müdürlük birbirinden farklıdır. Öncelikle murahhas müdür tayini, ana sözleşmede buna izin veren bir hükmün bulunmasına bağlı olduğu halde, bu müdürler ana sözleşmede aksine hüküm olmadığı takdirde yönetim kurulu tarafından seçilip azledilebilir (TTK m.343). Müdürlerin yönetim kurulu üyeleri arasından, pay sahiplerinden veya pay sahibi dahi olmayan üçüncü kişilerden tayin edilmesi mümkündür. Murahhas müdür yönetim kurulunun emri altında bulunmaksızın faaliyet gösterdiği halde, müdürler yönetim kurulunun talimatı altında görev yaparlar²⁵⁷.

²⁵⁵ TEOMAN, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1983, s.12; DAĞ, Üner, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, Beta, İstanbul 1996, s. 22, 23.

²⁵⁶ AYDOĞAN, s. 92.

²⁵⁷ AYDOĞAN, s. 81, 82.

Müdürlerin rekabet yasağına tabi olup olmadığı konusunda hakim görüş, nitelikleri itibariyle BK m.449'da düzenlenen ticari mümessil niteliğinde bulunan bu müdürlerin tabi bulunduğu rekabet yasağının TTK m.335'te düzenlenen değil, BK m.455'te düzenlenene rekabet yasağı olduğu yönündedir²⁵⁸.

2.Rekabet Yasağı Düzenlemesinin Koşulları

a. Sınırsız Sorumlu Ortak Olmak

Türk Ticaret Kanunu'nun 335. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin bir şirkete girmesi yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu kişilerin ticaret şirketlerine olduğu gibi, adi şirketlere girmesi de yasak kapsamına girer²⁵⁹. Ayrıca üyenin katıldığı topluluğun hukuken şirket niteliğinde olması gerekir. (BK m.520). Bu nedenle şirket sayılmayan kişi ve mal topluluklarına katılıp, bunlar ticari işletme işletseler dahi, rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz. Yani üyelerin aynı işlerle uğraşan derneklere, vakıflara veya doğrudan doğruya kamu tüzel kişileri tarafından işletilen ticari işletmelere katılması mümkündür. Yeter ki üye bu topluluklara katılmakla şirket konusuna giren bir işi kendisi veya başkası ad ve hesabına yapmış olmasın²⁶⁰.

Yönetim kurulu üyeleri aynı konu ile uğraşan başka bir ortaklığa sorumluluğu sınırsız ortak olarak giremezler. TTK m.335, bu hükmü ile anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin aynı konu ile uğraşan bir kollektif ortaklığa girmelerini, komandit ortaklıkta komandite ortak olmalarına veya adi ortaklık ortağı olmalarını rekabet yasağına aykırı saymıştır. Buna karşılık yönetim kurulu üyesi, aynı konu ile de uğraşan bir komandit ortaklığa komanditer sıfatıyla veya bir anonim ya da limited ortaklığa ortak olarak girebilecektir²⁶¹.

Şirket sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, komanditer ortak ticari mümessil, ticari vekil veya ticari memur olarak tayin edilebilir (TTK m.257/2). Bu hüküm gereğince komanditer ortağa dolaylı yoldan yönetim ve temsil yetkisi verilebilmektedir. Bir anonim şirket yönetim kurulu üyesi komandit şirkete komanditer ortak olarak girip

²⁵⁸ KALPSÜZ, s. 366.

²⁵⁹ KALPSÜZ, s. 377.

²⁶⁰ AYDOĞAN, s. 98.

²⁶¹ KALPSÜZ, s. 377.

de ticari mümessil, ticari vekil veya ticari memur olarak tayin edilirse, aynı işle uğraşan bir şirkete ortak olmaktan dolayı değil, ancak başkası ad ve hesabına işlem yapmış olmaktan dolayı yasağa tabi olurlar. Bunun yanı sıra, komanditer ortaklar bazı koşulların varlığı halinde sınırsız, yani kişisel olarak sorumludur. Bu koşullar, komanditerin adının şirket unvanına girmesi (TTK m.259) , bu kişilerin ticari mümessil, ticari vekil veya ticari memur olarak hareket ettiğini bildirmeksizin şirket adına işlemlere girişmesidir (TTK m.260)²⁶².

Ancak, bir anonim ortaklık ile örneğin bir derneğin gayesine ulaşmak için işlettiği ticari işletmenin aynı konuda faaliyet göstermesi halinde, anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin, derneğin işlettiği işletmede yönetici olmasının rekabet yasağına aykırılık oluşturabileceğini belirtmek gerekir²⁶³.

b. Yönetici Olmak

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin, halen üyesi oldukları ortaklık ile aynı türden işlerle uğraşan diğer bir ortaklığın yöneticisi olmalarının rekabet yasağının ihlali olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu konuda ilk ifade edilmesi gereken, TTK’nda yönetim kurulu üyeleri hakkında bu tür bir yasak bulunmadığıdır. Buna rağmen hakim görüşe göre, yönetim kurulu üyesinin, aynı türden işlerle uğraşan bir diğer ortaklıkta yönetici olarak göre alması rekabet yasağına aykırıdır. Diğer ortaklıkta yönetici olmak tanımının içinde, diğer bir anonim ortaklık yönetim kurulu üyesi veya müdürü, limited ortaklıkta müdür olmak bulunmaktadır²⁶⁴.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin sınırlı sorumlu bir başka ortaklıkta yönetici olmamasının sebebi sadece genel olarak sadakat borcuna aykırılık değil, TTK 335’in “... veya başkası hesabına” bu tür işlemlerin yapılamayacağını düzenleyen lafzı gereğidir²⁶⁵.

Bu konudaki diğer bir görüşe göre ise, Türkiye gibi ekonomik bakımdan az gelişmiş bir ülkede sermaye piyasasının oluşumuna yardımcı olmak ve sermaye

²⁶² POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 222.

²⁶³ AYDOĞAN, s. 98.

²⁶⁴ AYDOĞAN, s. 100; İMREGÜN, Anonim, s. 234.

²⁶⁵ HELVACI, Sorumluluk, s. 93; Yargıtayın aynı yöndeki kararı için bkz. Y. 11HD. 21.11.1985 GÜN VE E.5620 K.6350.

birikimini teşvik etmek için, mesleki bilgisi ve sermayesi olan kişilerin yatırım yapmalarının teşvik edilmesi gerekir. Ayrıca çok büyük sermayeli, birleşmiş çok uluslu teşebbüsler karşısında, milli teşebbüslerin yok olmasına engel olmak için bilgi birikimi olan sermaye sahiplerinin birkaç yerde birden yönetime katılması serbest olmalıdır. Bütün bu nedenlerden dolayı ülkemizde yönetim kurulu üyelerinin diğer bir şirkette yönetici olmasının yasağın ihlali olarak değerlendirilmemesinde fayda vardır²⁶⁶. Ayrıca bir anonim şirketin yönetim kurulu üyesi ve müdürlerin, aynı konuda faaliyet gösteren bir diğer şirkette yöneticilik yapmaları, doğrudan doğruya sadakat yükümüne ve dolayısıyla rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz. Bu yüküme aykırılık somut olaya göre belirlenmeli, her olayda kişisel menfaatlerin veya başkalarının menfaatlerinin, şirket menfaatlerine tercih edilip edilmediği araştırılmalıdır. Şirket menfaatlerinin üstün tutulduğu durumlarda, sadece sadakat yükümünün ihlali tehlikesine karşı; kanunla yasaklanmamış bir alanda faaliyet gösterilemeyeceğinin kabulü çok katı bir yorum olur²⁶⁷.

c. Denetçi Olmak

Türk Ticaret Kanunu'nun 335. maddesinde sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olmaktan söz edilmektedir. Denetçilerin anonim şirketler pay sahipleri, limited şirketlerde ortaklar arasından seçilmesi mümkündür (TTK m.347, 548). Aynı konu ile uğraşan ikinci şirkette ortak olup denetçiliği seçilen üyeler ortak olma koşulunu taşımaktadır. Ancak anonim şirketlerde pay sahipleri (ve limited şirkette ortaklar), şirkete karşı koymayı taahhüt ettikleri sermaye oranında, yani sınırlı olarak sorumlu ortak olma" koşulu gerçekleştirmiş olmamaktadır. Bu nedenle yönetim kurulu üyesinin aynı konu ile uğraşan bir şirkette denetçi olması yasak kapsamında değerlendirilemez²⁶⁸.

Denetçilerin bağlılık yükümlülüğü TTK'da özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak, denetçilerle ortaklık arasındaki ilişki vekalet veya hizmet ilişkisi olarak nitelendirildiğinden sözleşmeye hakim olan güven ilkesinin bir sonucu olarak,

²⁶⁶ DAYINLARLI, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Dayınlarlı, Ankara 1999, s. 268.

²⁶⁷ KALPSÜZ, s. 385.

²⁶⁸ KALPSÜZ, s. 381.

denetçilerin bu ilişkiden bir sadakat yükümlülüğü de doğar²⁶⁹. Buna göre, denetçi ortaklık yararına hareket etmek ve ortaklığa zarar verecek davranış ve işlemlerden kaçınmakla yükümlü ve sözleşme ilişkileri çerçevesinde ortaklık yararlarını korumak ve ön planda tutmak zorundadır²⁷⁰.

Rekabet yasağını düzenleyen kanun hükümleri incelendiğinde, rekabet yasağının genel olarak yönetici sıfatına sahip kişilere getirildiği görülmektedir. Zira bu kişiler görevleri gereği şirketle ilgili her türlü bilgiye ve sırlara ulaşma olanağına sahiptir. Denetçiler görevleri incelendiğinde (TTK m.353,354,355,356,354,341/II vb.) ise bu kişilere sınırlı sayıda yönetim hakkının kapsamına giren görevler yüklendiği görülür. Örneğin, denetçiler yönetim kurulunun ihmali (TTK m.353/I, b.8) veya zorunlu ve hemen görüşülmesi gerekli nedenlerin bulunması halinde (TTK 335) yahut azınlığın şikayeti üzerine gerek gördükleri takdirde (TTK m.356/II) genel kurulu toplantıya çağırabilir. Türk Ticaret Kanunu'na belirtilen bu sınırlı sayıdaki görevler dışında, denetçiler şirketi yönetemez ve şirket işlerine müdahale edemez. Bunun dışında istisnai hallerde denetçilerin şirketi temsil yetkileri vardır. Örneğin, yönetim kurul aleyhine açılacak davalarda şirketi denetçiler temsil eder (TTK m.341). Bu bilgiler ışığında, denetçilere Türk Ticaret Kanununun 335. maddesinin uygulanmaması doğaldır.

d. Kurucu Olmak

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin aynı konu ile uğraşan ve ortaklarının sınırsız sorumlu olduğu diğer bir şirkette kurucu olması Türk Ticaret Kanunu'nun 335/l. maddesine aykırılık oluşturur. Zira bu madde ile yönetim kurulu üyelerinin aynı konuda faaliyet gösteren ve ortaklarının sorumluluğu sınırsız olan diğer bir şirkette girmeleri açıkça yasaklanmıştır²⁷¹. Bununla birlikte öğretide yönetim kurulu üyesinin aynı konuda faaliyet gösteren ve ortakların sorumluluğunun sınırlı olduğu bir şirkette kurucu olup olamayacağı tartışmalıdır.

Anonim ya da limited ortaklık kurucularının, kuruluşla ilgili işlemlerinden dolayı TTK m.305 vd. maddeleri ile 556. maddesindeki hükümler dairesinde şahsen de

²⁶⁹ KAYA, Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 13.

²⁷⁰ AYDOĞAN, s. 84.

²⁷¹ AYDOĞAN, s. 98,99.

sorumlu olmaları, onların ortaklardan farklı bir rekabet yasağına tabi tutulmaları için yeterli bir sebep değildir. Zira TTK m.335’de, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerine yasaklanan husus diğer bir ortaklığa mesuliyeti tahdit edilmemiş olan ortak sıfatı ile girmektedir. Kurucunun kişisel sorumluluğu ise, onun ortaklık sıfatından değil, kuruculuk sıfatından kaynaklanmaktadır. Kurucunun ortak olarak sorumluluğu da, sonradan giren ortaklar gibi, sınırlı sorumluluktur²⁷².

Yine sorumluluğu sınırsız bir ortak, ortaklığa koymayı taahhüt ettiği sermaye ne olursa olsun, ortaklık alacaklarına karşı her zaman sınırsız olarak sorumludur. Kurucu ise ancak, kanunda sınırsız kişisel sorumluluğunu gerektireceği zikredilen hallerden birinin bulunması halinde ve bizzat ortaklığa, pay sahiplerine veya ortaklık alacaklılarına karşı oluşan zarar nispetinde şahsen sorumlu olur²⁷³.

Sonuç olarak bir anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin aynı tür işlerle meşgul olmak üzere kurulan diğer bir anonim veya limited ortaklığın kurucusu yahut sermayesi paylara bölünmüş bir komandit ortaklığın komandite ortak vasfındaki kurucusu olmasında hukuki bir sakınca yoktur.

3. Rekabet Yasağı Teşkil Eden Haller

TTK m.335’ te rekabet yasağı teşkil edebilecek olan muamelenin idare meclisi azası tarafından kendisi veya başkası hesabına yapılamayacağı tanzim edilerek yasak konusu muamelenin failinin tespiti yoluna gidilmiştir. Madde metninde zikredilen, kendi veya başkası hesabına ifadesini irdelediğimizde karşımıza şu ihtimaller çıkmaktadır²⁷⁴:

- İdare meclisi azası şirketin konusuna giren ticari bir muameleyi kendi adına ve kendi hesabına yapamaz.
- İdare meclisi azası şirketin konusuna giren ticari bir muameleyi başkası adına ancak, kendi hesabına, üçüncü bir şahsa yaptıramaz. Bu durumda üçüncü kişi idare meclisi azasını dolaylı veya doğrudan temsil etmiş bulunmaktadır.

²⁷² KALPSÜZ, s. 380.

²⁷³ KALPSÜZ, s. 380.

²⁷⁴ YASAN, s. 421.

- İdare meclisi azası şirketin konusuna giren ticari bir muameleyi kendi adına ve başkası hesabına yapamaz. Bu durumda idare meclisi azası üçüncü kişiyi dolaylı olarak temsil etmektedir.

- İdare meclisi azası şirketin konusuna giren ticari bir muameleyi başkası adına ve başkası hesabına yapamaz ve 3. bir kişiye de yaptırılmaz. Bu durumda idare meclisi azasının üçüncü bir kişiyi doğrudan temsili kanun tarafından yasaklanmış bulunmaktadır.

Bir Yargıtay kararına göre²⁷⁵, “Davalının, davacı anonim ortaklığın yönetim kurulu üyesi olmasına rağmen, aynı iştiğal konusu üzerinde ticari faaliyette bulunan dava dışı limited ortaklıkta müdürlük görevi kabul etmesi, davalı yönünden TTK’nun 335. maddesindeki “başkası hesabına yapamayacağı gibi” men edici hükmünü ihlal ve daha açık deyiimiyle “rekabet yasağı”nı teşkil eder”.

İdare meclisi azası TTK m. 315 gereğı geçici sıfatıyla azalık vazifesini yürütüyor olsa dahi rekabet yasağına muhatap kalmaktadır²⁷⁶. Şirket hissedarlarının ise rekabet yasağının kapsamına giren muameleleri yapmış olmalarının onlara herhangi bir mesuliyet yüklemeyeceğı aşikardır. İdare meclisi azası olmayan hissedarların TTK 335’teki rekabet yasağına tabi olmamalarına rağmen TTK 56 vd. tanzim edilen haksız rekabet hükümlerine tabi olacakları kabul edilmiştir.

TTK m. 335’te açık bir şekilde belirtildiğı üzere, rekabet yasağının kapsamına dahil olan ve idare meclisli azası tarafından gerçekleştirilen muamelenin şirketin konusuna gren muamelelerden olması gerekmektedir²⁷⁷. Doktrinde de baskın bir şekilde savunulduğı üzere madde metninde zikredilmiş bulunan şirket konusu, geniş değil, dar yoruma tabi tutulmalıdır²⁷⁸.

Ana sözleşmede yazılı olan ortaklık konusuna girmese de, ortaklığın fiilen yaptığı işlerin rekabet yasağının kapsamına dahil olacağı görüşü kabul edilmez. Öncelikle bu görüş 335.maddenin “şirketin konusuna giren ticari muamele” şeklindeki

²⁷⁵ Yargıtay 11.HD. 21/11/1985 gün ve E.5620, K.6350 (DOĞANAY, s.866, dpn.479).

²⁷⁶ Y.11.HD,11.12.1989, 988/8953 esas, 987/7012.

²⁷⁷ ÇEVİK, Orhan Nuri, Uygulamada Şirketler Hukuku, Yetkin Matbaacılık, Ankara 2002, s. 451.

²⁷⁸ ARSLAN, İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Mimoza Matbaacılık, Konya 1994, s. 117.

sözüne tamamen aykırı düşer. Bundan başka, TTK'nın 137. maddesi hükmü ile, ticaret ortaklıklarında, ortaklığın ana sözleşmesinde belirtilen konusu ile sınırlıdır. Bu konu dışında yapılan muameleler, ortaklığın medeni haklardan istifade ehliyeti dışında kalmaları itibariyle, hükümsüzdürler. Şu halde Türk hukukunda ortaklığın konusu dışına çıkararak yaptıkları için yoklukla malul olan bazı işlemlerin, yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının kapsamını genişletmesi, hiçbir şekilde söz konusu olamaz²⁷⁹. Şirketin konusunun dar yoruma tabi tutulması sebebiyle, idare meclisi azasının tabi olduğu yasağın, şirket esas mukavelesinde zikredilen her konuya giren muamelelerin değil, şirket esas mukavelesinde yazılı olmakla birlikte şirketin bilfiil işgal ettiği konulara giren muamelelerin yapılmasını anlam olarak karşılamaktadır²⁸⁰.

TTK m. 335 idare meclisi azasının rekabet yasağının teşkil edebilecek olan muamelesini ticari türden bir muamele olması gerektiği belirtilmiştir. TTK m. 335'te belirtilen işin idare meclisi azası için ticari nitelikte olması şartı, TTK m.21 f2 deki ticari iş karinesini kastetmemektedir. Kanunda rekabet yasağı için öngörülen ticari muamele şartından kasıt, söz konusu işin idare meclisi azası için bizzat ticari nitelik arz etmesi ve idare meclisi azasının rekabet yasağına aykırı muameleyi yaparken sadece ticari saik gütmesi bir başka deyişle, idare meclisi azasının rekabet yasağına aykırılık teşkil eden muameleyi kendi ihtiyaçlarını karşılamak için yapmamış olmasıdır²⁸¹.

B. Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı

TTK'nun 547. maddesine göre; müdür olan ortak, diğer ortakların muvafakati olmadıkça, şirketin uğraştığı ticaret dalında kendisi veya başkası hesabına iş göremeyeceği gibi başka bir işletmeye sorumluluğu tahdit edilmiş ortak komanditer ortak veya limited şirket ortağı sıfatıyla iştirak dahi edemez. Limited şirket müdürlerinin faaliyet konusu aynı olan bir anonim şirkette pay sahibi sıfatı kazanmalarına bir engel olmadığı halde anonim şirket yönetim kurulu üyeliği yapmalarının da rekabet yasağı kapsamına girdiği öğretide kabul edilmiştir²⁸².

²⁷⁹ KALPSÜZ, s. 373.

²⁸⁰ DOĞANAY, s. 866.

²⁸¹ ATAN, s. 98.

²⁸² TEOMAN,Ömer : Yaşayan Ticaret Hukuku, C.1, Kitap-11 (Mayıs, 2004), s. 32-33.

1. Yasağa Tabi Olanlar

a. Müdür Olan Ortak

Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde müdür olan ortakların²⁸³ rekabet yasağına tabi olduğu açıkça ifade edilmiştir. Aksi kararlaştırılmadığı sürece, bütün ortaklar müdür sıfatıyla şirket işlerini yönetmeye ve şirketi temsile yetkili olduklarından (TTK m.540/I), bütün ortakların kural olarak rekabet yasağına tabi olacağı şüphesizdir. Ancak şirket sözleşmesi veya genel kurul kararı ile şirket yönetimi ve temsili ortaklardan birine veya birkaçına bırakılmışsa (TTK mb540/II), yalnızca bu kişiler rekabet yasağına tabi olacaktır²⁸⁴. Kuruluştan sonra şirkete giren ortaklar, genel kurulun ayrı bir kararı olmadıkça şirketi yönetime ve temsile yetkili olmadıklarından (TTK m.540/III), yasak kapsamı dışındadır²⁸⁵.

Yasak müdürlerin görev süresi ile sınırlıdır. Kural olarak müdürlük sıfatı sona eren ortak bakımından rekabet yasağı kalkar. Ancak şirket sözleşmesi ile bütün ortaklar için rekabet yasağı getirilmişse, müdürlük sıfatının sona ermesi ile yasak ortadan kalkmış olmayacaktır. Bu durumda rekabet yasağı, ortaklıktan ayrılmak ile sona erer²⁸⁶.

Limited şirketlerde müdür olan ortaklar (TTK.540 I-II) "şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun" ve mecbur olduklarından (TK.540/I), onların görevlerini yaparken şirketin işlerinin özelliklerini, sınırlarını öğrenmesi çok doğal bir olaydır. Müdür olan ortağın bundan böyle hiçbir şekilde bir faaliyette bulunmamasını istemek ne kadar aşırı bir düşünce teşkil ederse, onların her türlü faaliyeti serbestçe yapmalarına izin vermek de o kadar aşırı bir düşünce teşkil eder; zira söz konusu ortakların her türlü işleri yapmasına imkan vermek, bazı bakımlardan şirketin aleyhine sonuçlar doğmasına yol açabileceği gibi; onların bundan böyle herhangi bir faaliyette bulunmasına izin vermemek hali de, şirketin zararına olmayan faaliyetlerin müdür olan ortaklara kapatılması sonucunu doğurur. Önemli olan, müdür olan ortağın şirkete zararı dokunabileceği faaliyetleri saptayıp, bunları bu tür ortaklara kapatmaktır. Başka bir

²⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. İSMAİLOĞLU, Ayşe, Limited Şirketlerde Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2007, s. 39, 40; DEMİR, Oktay, "Limidet Şirketlerde Müdür", İBD, C.73, S.10-11-12,1999,s.1019-1029.

²⁸⁴ KARASU, Limited, s. 141; ÖÇAL, Limited, s. 292.

²⁸⁵ ÖÇAL, Limited, s.292.

²⁸⁶ AYDOĞAN, s.143; ÖÇAL, Limited, s. 293.

deyişle, müdür olan ortağın yapamayacağı, daha doğrusu şirketin zararına olabileceği için yapmasının doğru olmadığı faaliyetleri ortaya koymak, bunları müdür olan ortakların yapmasına izin vermemek gerekir. Kanun TTK 547. maddesinde sorunu şöylece çözümlenmiştir: "Müdür olan bir ortak, diğer ortakların muvafakati olmadan şirketin uğraştığı ticaret dalında ne kendi ve ne de başkası hesabına iş göremeyeceği gibi başka bir işletmeye mesuliyeti tahdit edilmemiş ortak, komanditer ortak veya limited şirketin azası sıfatıyla iştirak dahi edemez. Bu yasak, mukaveleye konacak hükümle bütün ortaklara teşmil edilebilir"²⁸⁷.

Tasarıda rekabet yasağı 626.maddenin 2.fıkrasında düzenlenmiştir: "(2) Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemiş veya diğer tüm ortaklar yazılı olarak izin vermemişse, müdürler şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamazlar. Şirket sözleşmesi ortakların onayı yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilir". Bu düzenleme 6762 sayılı kanunun 547. maddesi karşılığıdır. 547. maddede açıkça yapılamaz işler sayılmış iken, tasarıda genel bir kavram bırakılmıştır. Gerekçede bu yönde kanun koyucunun bir tercihte bulunduğu, rekabet yasağı sınırının 547. maddedeki hallerle birlikte bu haller dışında kalan rekabet hallerini de kapsadığı bildirilmiştir. 547.madde dışında kalan hallere örnek gerekçede "dolaylı ve gereğinde etkisi duyulan komşu alan rekabeti" olarak gösterilmiştir. Düzenleme bu haliyle yürürlükte bulunan yasal düzenlemeden daha geniş bir rekabet yasağı kavramını hüküm altına almak istemektedir. Bu düzenlemede de şirket sözleşmesi ile yahut diğer ortakların yazılı izni ile şirketle rekabet yasağının kaldırılabilmesi kabul edilmiştir. 6762 sayılı kanunda müdürün rekabet yasağından kurtulabilmesi için diğer ortakların açık veya zımni muvafakatini ararken, tasarıda şirket sözleşmesinde hüküm yahut diğer tüm ortakların açık yazılı izin koşulunu aramaktadır. Şirket sözleşmesi ile tüm ortakların onayı yerine genel kurul kararı öngörülebileceği de tasarı ile düzenlenmiştir. Böylece oy birliği şartı yerine ekseriyet yahut nitelikli çoğunluk arama olanağı şirket sözleşmesi ile kararlaştırılabilir²⁸⁸.

Kanunda yalnızca rekabet yasağı düzenlenirken, tasarı ile birlikte rekabet yasağının yanında müdürlerin özen ve bağlılık yükümlülüğünden bahsedilmektedir.

²⁸⁷ ÖCAL, Limited , s. 290, 291.

²⁸⁸ İSMAİLOĞLU, s. 96, 97.

Bununla birlikte müdürler de ortaklar için öngörölmüş olan özen ve bağıllık yükümü ile bağılı olacaktır. Bu konuda Ticaret Kanunu'nda anonim şirketler hükümlerine atıfta bulunulmasına rağmen, Tasarı ile bu hususun da açıkça düzenlenmesi yoluna gidilmiştir²⁸⁹.

Bu yasak yenidir; eski Ticaret Kanunumuzda böyle bir hüküm yer almamıştır. TTK.547. maddesi, esas itibariyle, İsviçre Borçlar Kanununun (CO) 818.²⁹⁰ maddesini karşılamaktadır²⁹¹.

b. Müdür Olmayan Ortaklar

Borçlar Kanunumuzda ve Ticaret Kanunumuzda müdür olmayan limited şirket ortaklarının rekabet yasağının düzenleyen bir hüküm mevcut olmadığından, rekabet yasağına tabi olup olmadığı hususu ortakların sadakat yükümlülükleri incelenerek bir sonuca varılmalıdır. Şirketin ekonomik gücü ortağının kendisiyle rekabeti nedeniyle zayıflarken, ortağın konumu piyasada sadece kendi şirketine karşı değil aynı şekilde aynı alanda faaliyet gösteren piyasadaki diğer katılımcılara karşı da güçlenmektedir. Bu durum dürüst ve gerçek bir rekabetin ortadan kalkmasına sebebiyet verir²⁹². Öğretide, müdür olmayan ortakların hem şirkete, hem de diğer ortaklara karşı sadakatle yükümlü²⁹³ oldukları genel olarak kabul edilmiştir.

²⁸⁹ KOÇ, Alper, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İle Limited Şirketlerde Müdürlerin Hukuki Ve Cezai Sorumlulukları", <http://www.onurhukuk.com/makaleler/Anonim%20Şirketlerde%20Y%C3%B6netim%20Kurulu%20C3%9Cyelerin%20Sorumluluklar%C4%B1.pdf>, s. 31 (en son erişim: 10-05-2009).

²⁹⁰ CO 818. maddesinde yer alan ibare şudur: "Müdür olan bir şirket, diğer şirketlerin muvafakati olmaksızın, şirketin iş sahasında ne kendi ve ne de başkası hesabına iş göremeyeceği gibi başka bir teşebbüse mesuliyeti tahdit edilmemiş şirket, komanditer veya limited şirket azası sıfatıyla dahi iştirak edemez.

²⁹¹ ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.

²⁹² KARASU, Limited, s. 157.

²⁹³ Ortakların sadakat yükümü TTKT'nın 613. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin gerekçesi ise şöyledir. Madde 613 - 6762 sayılı Kanun, 613 üncü madde anlamında bağıllık yükümüne ve rekabet yasağına yer vermemiştir. Tasarı ortaklar için hem bağıllık yükümüne hem de rekabet yasağına yer vererek limited şirketin kişisel yönüne uygun bir düzenleme yapmıştır. Birinci fıkrada: Güçlü kişisel öğeleri haiz bir şirkette sır saklama, önde gelen ve vazgeçilmez nitelikte bir bağıllık yükümdür. Bu sebeple Tasarı, şirketin sırlarının saklanması, emredici bir biçimde düzenlemiştir. Ancak emredicilik, yükümün kaldırılmayacağına yöneliktir. Sınırlamanın geçerli olup olmadığı, sınırı ve şirket sırrı kavramı öğreti ile mahkeme kararlarıncı belirlenecektir. Sır kavramı sürekli değişir. Bu sebeple kanun tanımlamamıştır. İkinci fıkrada, bağıllık yükümü ile ilgili olarak "çıkartılmı zedeleyecek davranışlar" ibaresine yer verilmesinin sebebi yüküme geniş bir kapsam kazandırmaktır. Bu ibare dolayısıyla, inter alia, şirkete karşı, onu engelleyecek, kötüleyecek, güç duruma düşürecek, gelişmesini destekleyecek, yatırımlarına etki yapacak her çeşit davranış kapsamdadır. Tasarı, ortağın kendisine özel menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren davranışlarını bağıllık yükümünü ihlâl eden ayrı bir kategori olarak kabul etmiştir. Bağıllık yükümünün sınırı rekabet yasağıdır. Sınırlı sorumluluk ilkesiyle, ortaklık haklarının sermayeye bağlanmış olması limited şirkette

Müdürler, limited şirketle, şirketin esas mukavelesinde gösterilmiş bulunan konu ve maksadına giren bir ticari muameleyi yapamaz ticaret kanunumuz şirketi temsil eden müdürlerin, şirket konusuna giren bir ticari muameleyi, prensip itibariyle yapmasına suiistimallere yol açabileceği sebebiyle müsaade etmemiştir²⁹⁴.

2. Rekabet Yasağının Uygulanma Hal ve Şartları

a. Aynı İşle Uğraşan Bir İşletmeye Girilmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı anonim, kollektif ve komandit şirketlerdekine oranla daha geniş kapsamlıdır. Zira limited şirketlerde ortak olan müdürlerin yalnızca aynı işlerle uğraşan bir şirkete değil, başka bir işletmeye girmesi de yasak kapsamında değerlendirilmiştir²⁹⁵. Ayrıca anonim, kollektif ve komandit şirketlerde ortak ya da yönetim kurulu üyesinin aynı işlerle uğraşan bir şirkette sınırsız sorumlu ortak olması yasaklanmışken, limited şirketlerde müdürlerin ayrıca komandit şirkette komanditer ortak ve limited şirkette ortak olması da yasak kapsamında sayılmıştır. Bunun nedeninin kanun koyucunun yönetici olmasalar bile, TTK 168,247,536. maddeleri ışığında ortakların karara katılacaklarını, TTK 167,249,548/II maddeleri ışığında denetleme haklarını kullanabileceklerini ve böylece şirket aleyhine sonuç doğurabilecek durumların ortaya çıkabileceğini göz önünde tutmuş olmasıdır²⁹⁶.

Ayrıca şirkete sınırsız sorumlu ortak, komanditer ortak veya limited şirket ortağı olmanın yasak kapsamında değerlendirilebilmesi için her iki şirketinde fiilen faaliyet gösterdiği konuların aynı olması gerekir.

b. Yasağın Konusu

Türk Ticaret Kanunu'nun kararlar başlıklı 536.maddesine göre, ortak sayısı yirmiden fazla olan limited şirketlerde, anonim şirketlerin genel kurul toplantılarına ait

ortağın kanunen rekabet yasağı altına konulmasını, kural olarak haklı gösteremez. Bu sebeple şirket sözleşmesinde öngörülmemişse ortağa yönelik rekabet yasağı yoktur. Sözleşmede açık hüküm bulunmuyorsa bağlılık yükümünden hareketle yasağa varılamaz. Burada "özel menfaat sağlanması" ile "şirketin amacına zarar verilmesi" birbirini tamamlayan şartlardır.

²⁹⁴ AYHAN, s. 111

²⁹⁵ KALPSÜZ, Rekabet, s. 352; ÖÇAL, s. 297.

²⁹⁶ ÖÇAL, Limited, s.297.

hükümler uygulanır. Ortak sayısı yirmiden az olan limited şirketlerde ise kararları ortakların yazılı oylarıyla verilebilir. Ancak her iki halde de ödenmiş esas sermayenin hiç olmazsa yarısından fazlasını temsil eden ortakların tartışılan konu lehine oy vermiş olmaları gerekir. Aksi halde verilen karar hükümsüzdür (TTK m.536). Yani mutlak çoğunluğun teklif için oy kullanması şarttır. Mutlak çoğunluk ortak sayısına göre değil, esas sermayeye göre hesaplanır²⁹⁷.

Bu hüküm limited şirketlerde karar alınabilmesi için öngörülen genel bir hükümdür. Ancak kanunun 547. maddesindeki diğer ortakların muvafakati ifadesi ile bu genel kurala bir istisna getirildiği, konun özel bir hüküm ile düzenlendiği ve rekabet ilgili ortak dışındaki tüm ortakların oy birliği ile verecekleri kararlar onay verilmesi gerektiği kabul edilmelidir²⁹⁸. Rekabet yasağı kısmen veya tamamen kaldırılabilmesi gibi, ana sözleşme ile de kaldırılabilir²⁹⁹.

3. Rekabet Yasağının Gerektiren Nedenler

a. Ortaklık Sıfatı Devam Eden Ortaklar Açısından

Kanun koyucu buldukları konum gereği şirketin ticari faaliyetleri ve sırları hakkında bilgi sahibi olan müdür ortakların, şirketle doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde ticari rekabette bulunmasını, öngördüğü rekabet yasağı düzenlemesi ile engellemeye çalışmış ve şirketin zarar görmesine engel olmak istemiştir³⁰⁰.

Bilgi alma hakkının sınırlandırılması yoluyla şirket sırlarının şirket aleyhine kullanımı, çoğu zaman küçük ortaklar açısından da önlenememektedir. Bu durum özellikle bu ortakların bir araya gelmek suretiyle çoğunluk oluşturmaları durumunda kendilerine şirket ana sözleşmesi ile şirket müdürlerini seçme ve görevden alma hakkı

²⁹⁷ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 921.

²⁹⁸ Tasarının 626. maddesinin II. Fıkrasına göre “şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemiş veya diğer tüm ortaklar yazılı olarak izin vermemişse, müdürler şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamazlar. Eğer onay karar verme hakkı ana sözleşme ile ortaklar genel kuruluna bırakılmışsa, rekabete onay kararı aksi şirket sözleşmesinde veya kanununda kararlaştırılmadıkça temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunana esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması ile alınır. Bu konuda bkz TTKT m.621.

²⁹⁹ ÖÇAL, Limited, s. 298.

³⁰⁰ KARASU, “”Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme İle Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, Batider, C. XXII, S. 4, Ankara 2004, s. 80.

verildiğinde şirket kurulduktan veya şirkete ortak olmalarından bir süre sonra şirketle rekabete başlamaları hallerinde ortaya çıkmaktadır³⁰¹.

b. Şirketten Ayrılan Ortaklar Açısından

Yirmi veya daha az ortaklı limited şirketlerde müdür sıfatına haiz olmayan ortaklara adi şirket ortaklarına ait denetleme hakkı tanınmıştır. Ortakların bilgi alma veya denetleme haklarının çok geniş kapsamlı ve emredici nitelikte olması, onlara şirket sırlarını öğrenme ve bunları şirket aleyhine kullanma imkanını vermektedir. Ortağın bilgi alma hakkından kaynaklanan tehlikeler, çoğu zaman ortağın şirketten ayrılmasından sonra bir süre daha devam edebilir. Örneğin konusu patentlerin kullanılması ve satılması olan bir şirketin ortalarının şirketten ayrıldıktan sonra belli bir süre daha şirketle rekabet etmemesinde büyük yarar vardır. Zira şirketten ayrılmadan önce elde ettiği bilgiler ortaktan geri alınamadığı için, bunların kötüye kullanılması engellenememektedir³⁰².

Şirketten ayrılan ortağın ortaklık sıfatı devam eden ortakların aksine şirkete karşı sadakat yükümlülüğünün olmaması ve dolayısıyla şirkete zarar verici eylemlerden kaçınmak ve kendi menfaati ile şirket menfaati çatıştığı taktirde, kendi menfaatini şirket menfaatine feda etmek zorunda olmaması da şirketten ayrılan ortaklar için sözleşme ile belli bir süre daha rekabet yasağı öngörmeyi gerekli kılmaktadır³⁰³.

C. Kooperatifler Kanunu'nda Rekabet Yasağı

Kooperatifler Kanunu'nun 56. maddesinin I. fıkrasının 2. bendinde, bir kooperatif yönetim kurulu üyesini aynı türde başka bir kooperatifte yönetim kurulu üyesi olamayacağı belirtilmiştir. Bunun dışında bu kanunda kooperatiflerde rekabet yasağına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak kanunun 98. maddesinde, bu kanunda düzenlenmeyen ve açıklık bulunmayan hallerde anonim şirketlere ilişkin

³⁰¹ KARASU, s. 82.

³⁰² KARASU, s. 82.

³⁰³ KARASU, Limited, s. 83.

hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kooperatiflerde, anonim şirketlerde rekabet yasağına ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 335. maddesi uygulanacaktır³⁰⁴.

D. Kollektif Ortaklıklarda Rekabet Yasağı

Ortakların az sayıda olması ve şirket borçlarından sınırsız sorumlu olmaları nedeniyle rekabet yasağı düzenlenmiştir. Bir ortak, şirketin yaptığı türden bir işi, diğer ortakların rızası olmaksızın, kendisi veya başkası hesabına yapamaz. Bu tür işlerle uğraşan bir şirkete sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla giremez. Yeni kurulan bir şirkete giren ortağın, aynı konuda daha önce kurulmuş bir şirketin sınırsız sorumlu ortağı olduğunu diğer ortaklar bilmelerine rağmen önceki şirket ile ilişkisini kesmesini açıkça kararlaştırmazlar ise, bu durumu kabul etmiş sayılırlar (TTK 172) . Kanun, ortağın diğer şirketlerde sınırlı sorumlu ortak olmasını rekabet yasağı kapsamında değerlendirmez. Bu yasağı aykırı davranışların yaptırımını, TTK 173'te düzenlenmiştir³⁰⁵. TTK'nun 173. maddesinde kollektif ortaklık ortaklarından herhangi birinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde uygulanabilecek yaptırımlar belirtilmiş, bunlardan birini seçme hakkı rekabet yasağını ihlal eden ortağı değil, diğer ortaklara verilmiştir.

Kollektif şirket ortağının şirketle aynı konuda bir işi farklı bir yerde ve rekabet teşkil etmeyecek farklı bir müşteri kitlesine yönelik olarak yapmakta olması ya da böyle bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olması rekabet yasağı sayılmamalıdır. Örnek olarak Trabzon'da market işletmesi bulunan bir kollektif şirketin ortağı aynı zamanda Ankara'da bir markete sahip olabilir. Zira her iki işletme arasında rekabetten söz edilemez. Fakat farklı yerlerde dahi bulunsa bu işletmeler havayolu taşıma şirketi veya seyahat acentesi olsaydılar, faaliyet alanının kapsamı ve işin niteliği gereği doğal bir rekabetten söz etmek mümkün olabilirdi³⁰⁶.

Kanun koyucu, TTK. 250. maddesinde “kollektif ortakların şirket mevzuunu teşkil eden muamelelerin aynını yapamayacaklarına dair olan, 172. madde hükmünün komanditerler hakkında tatbik” olunamayacağını öngörmüş bulunmaktadır. Böylece “rekabet yasağı”nın tatbik alanı dışına çıkan komanditer ortakların TTK.259. maddenin

³⁰⁴ CAN, Ozan, “Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi”, Rekabet Dergisi, S.32, s. 12.

³⁰⁵ BAHTİYAR, s. 54-55.

³⁰⁶ DERYAL, Yahya, Ticaret Hukuku, Derya Yayınevi, Trabzon 2005. s. 218.

tanıdığı yetkiden yararlanmak suretiyle edindiği bilgileri şirket aleyhine kullanması halinde bunlarla şirketin menfaatleri arasında bir çatışma ortaya çıkabilecektir . Bu hususları göz önünde tutan kanun koyucu, TTK. 250. maddesinde, «komanditerler, şirket konusunu teşkil eden işlerle uğraşılacak bir işletme açar veya böyle bir işletme açan bir şahıs ile ortak olur veyahut bu mahiyette bir şirkete dahil olurlarsa komandit şirketin evrak ve defterlerini incelemek hakkını kaybederler» hükmünü kabul etmek suretiyle bu gibi durumların gerçekleşmesini önlemek istemiştir³⁰⁷.

E. Adi Komandit Ortaklıkta Rekabet Yasağı

Bilindiği gibi komandit ortaklıklarda iki tür ortak vardır. Bunlar: ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluğu sınırsız olan komandite ortak ile sorumluluğu sınırlı olan komanditer ortaktır (TTK.m.243/I,II). Bir kişi ortaklığı olan ve iki tür ortaklığı bulunan komandit ortaklıklarda, ortakların tabi olduğu rekabet yasağı da her iki ortak türü için ayrıca düzenlenmiştir. Esasen adi komandit ortaklıklarda rekabet yasağını düzenleyen TTK m.250’de³⁰⁸, komandite ortaklar hakkında bir hüküm bulunmamasıyla beraber, TTK m.247’nin atfıyla, bu ortakların rekabet yasağının, kolektif ortaklık ortaklarının tabi olduğu rekabet yasağı ile aynı olduğu belirtilmiştir. TTK m.250 metninde açıkça zikredilen komanditer ortaklar hakkında TTK m.172’nin uygulanmayacağı ifade edilmiş ve rekabet yasağı öngörülmüştür³⁰⁹.

Komanditeler, kolektif şirket ortağı gibi rekabet yasağına tabidirler (TTK 247,172-173), bu yasak komanditere uygulanmaz. Ancak komanditer, şirket konusuna giren işlerle uğraşacak bir işletme açar veya böyle bir işletmeye ortak veya aynı nitelikte bir şirkete ortak olur ise, şirket defter ve belgelerini inceleme yetkisini kaybeder (TTK 250). Fakat rekabet yasağına giren bir işle meşgul komandite ortak, olağanüstü denetim hakkını kullanabilir. Böylece komanditer ortak, yıl sonunda şirket bilançosunu ve kar-

³⁰⁷ ÖÇAL, Akar, “Komanditer Ortağın Denetleme Hakkının Kaybı”, EİTİAD 1984, C.2, S.1, s. 161, 162.

³⁰⁸ Rekabet yasağı başlığını taşıyan madde metni şöyledir: “ kolektif ortakların ortaklık mevzuunu teşkil eden muamelelerin aynını yapamayacaklarına dair olan 172. madde hükmü komanditerler hakkında tatbik olunmaz. Ancak komanditerler, ortaklık konusunu teşkil eden işlerle uğraşılacak bir işletme açar veya böyle bir işletme açan bir kişi ile ortak olur veyahut bu mahiyette bir ortaklığa dahil olurlarsa komandit ortaklığın evrak ve defterlerini inceleme hakkını kaybederler”.

³⁰⁹ AYDOĞAN, s .65.

zarar hesabını inceleyebilmekte, ancak bunların dayanağını ve ayrıntılarını içeren defter ve evraklarını inceleyememektedir (TTK m.250)³¹⁰.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından rekabet yasağı Türk Ticaret Kanunu'nun 483. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre, "Komandite bir ortak diğer komanditelerin ve umumi heyetin izni olmaksızın şirketin konusu olan ticaret nevine müteallik bir iş yapamayacağı gibi bu nevi ticaretle meşgul bir şirkette mesuliyeti tahdit edilmemiş ortak sıfatıyla de dahil olamaz". Maddenin II. Fıkrasında ise, bu hükme aykırı hareket eden komandite ortak hakkında Türk Ticaret Kanunu'nun 173. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu madde, yönetim ve temsil yetkisine sahip olan komandite ortakların, bu durumdan yararlanarak şirket aleyhine çıkar sağlamalarını önlemek amacıyla düzenlenmiştir³¹¹.

Komanditer ortaklar, yönetim ve temsil yetkisine sahip değildir. Her ne kadar şirketin envanterini, bilançonun içeriğini ve bunların geçerliliğini incelemeye yetkili olsalar da (TTK m.249), şirketle ilgili gizli ve önemli bilgilere komandite ortaklar gibi nüfuz etmeleri mümkün değildir. Ayrıca sorumlulukları yalnızca koydukları sermaye ile sınırlıdır. Dolayısıyla komanditer ortakların rekabet yasağına tabi olmadığı kabulü gerekir. Aksinin kabulü, bu kişilerin ticaret özgürlüğünü aşırı derecede sınırlandırılması ve ticaret yasağı ile karşı karşıya bırakılması anlamına gelir. Kanun koyucu, komanditerlerin Türk Ticaret Kanunu'nun 249. maddesi gereğince sahip olduğu bilgileri şirket aleyhine kullanmasını engellemek amacıyla rekabet yasağı getirmek yerine bilgi alma hakkını sınırlamak yolunu seçmiştir³¹². Ancak komanditer ortakların sözleşmeye konulacak hükümlerle rekabet yasağına tabi olması mümkündür³¹³.

F. İşçinin Rekabet Yasağı

Gerek İsviçre-Türk Hukukunda, gerekse Alman Hukukunda, işçinin iş sözleşmesi devam ederken işveren ile rekabet oluşturacak faaliyetlerde bulunması, sadakat borcuna aykırılık oluşturması sebebiyle yasaklanmıştır. İşçinin bu yükümlülüğü, sadakat borcu kapsamında ve bu borcun özel bir görünümü şeklinde ortaya çıkmaktadır.

³¹⁰PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Karahan, Adana, s. 174.

³¹¹BAŞBUĞOĞLU, s. 691.

³¹²KARASU, Rekabet, s. 155.

³¹³KARASU, Rekabet, s. 329.

İşçinin iş sözleşmesi³¹⁴ devam ederken işverenle rekabet etmesinin yasaklanmasındaki temel amaç, işverenin işyeri veya işletmesine ilişkin çıkarlarının başka bir işletme aracılığı ile ihlal edilmesini önlemektir. Bu sayede işverene işçi tarafından borçlanılan edim olan işi ifa borcunun gereği gibi yerine getirilmesi de sağlanacaktır³¹⁵.

Her sözleşme ilişkisinde sözleşenler arasında bulunması gereken karşılıklı güven duygusu süreklilik arz eden ve içinde kişisel ilişkilerin de bulunduğu bazı borç ilişkilerinde daha büyük bir önem kazanır. Hizmet akdi borç ilişkisi yanında sözleşen tarafların karşılıklı güvenine dayanan akitlerin içinde en önemlisidir. Karşılıklı güven, işverenin işçiyi iş tehlikelerine karşı koruması ve onu gözetmesi, buna karşılık işçinin de işini görürken işverene sadakatle bağlı olması, onun çıkarlarını koruması, zarar verici davranışlardan kaçınması şeklinde görünür. İşçinin asıl borcu olan işi görme, bir dizi yan borçla birlikte yerine getirilir. Yan borçlar içinde belki de en önemlisi sadakat borcudur. Doğruluk ve dürüstlük ilkesi temeline dayalı olan bu borç işçinin hizmet edimini yerine getirirken işverenin ve işyerinin korunmaya değer çıkarlarını en iyi biçimde korumak ve söz konusu çıkarlara zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmak yükümlülüğünü ifade eder³¹⁶.

İşçinin rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında, onun her türlü faaliyeti değil, sadece kendi çalıştığı işle bağlantılı olarak işveren ile rekabet oluşturacak ve bu nedenle sadakat borcunu da ihlal edecek faaliyeti yasaklanmaktadır. Örneğin; bir makine fabrikasında çalışan işçi, boş zamanlarında bir ayakkabı fabrikasında ayakkabı yapıyorsa ve makine fabrikasının işverenin ayrıca bir de ayakkabı fabrikası mevcutsa, işçinin yaptığı ikinci işin ilk işverenin korunmaya değer menfaatlerini ihlal ettiği ve rekabet etmeme borcuna aykırılık teşkil ettiği söylenemez. Rekabet etmeme yükümlülüğü, işçinin iş sözleşmesi süresince ancak işveren ile rekabet niteliği taşıyan bir iş yapmamasını, rakip bir işletmede çalışmamasını, ilişkiye girmemesini veya ortak sıfatı ile rakip işletmeye katılmamasını kapsamaktadır. Bu yasak sadece işçi için geçerli olup, onun yakınları için geçerli bir yasak değildir. Yargıtay da, üretim ve planlama

³¹⁴ iş sözleşmelerinin zaman açısından sınıflandırılması için bkz. KARAMAN, Halis, Mehmet, Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2008, s. 83 vd.

³¹⁵ TUNCAY, A. Can, "İşçinin Sadakat(Bağlılık) Yükümlülüğü", Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, Beta, İstanbul 2001, s. 1061; SÜZEK, s. 277; EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2004, s. 96-97.

³¹⁶ TUNCAY, s. 1043-1044.

teknisyeni olarak çalışan işçinin, izinli olduğu dönemde çalıştığı işyerine rakip bir firma ile iş ilişkisine girmesini doğruluk ve bağlılığa uymayan hareket kapsamında değerlendirmektedir. Bunun gibi, kendi işvereni ile çalışırken rakip firmaya malzemelerin yapılmasına katkıda bulunan veya aynı iş kolundaki başka bir firmanın montaj işlerini yapan işçinin bu hareketi de rekabet yasağı kapsamında doğruluk ve bağlılığa aykırı hareket olarak nitelendirilmektedir³¹⁷.

İsviçre BK. m. 464'e paralel bir düzenleme içeren ve Alman Ticaret Kanunu §60 ile benzerlik gösteren BK m. 455 hükmü, ticari mümessillerin ve ticari vekillerin, işletme sahibinin rızası olmaksızın, kendi adlarına veya üçüncü kişilerin adına, işletmenin faaliyet alanı da dahil olmak üzere, başka bir iş yapamayacağını belirterek ticari yaşam içinde işçinin rekabet yasağını somutlaştırmaktadır. Ancak, söz konusu hüküm tüccar yardımcılarını için geçerli olup, diğer işçilere uygulanamayacaktır. Bu hüküm, iş hukukunun özellikleri de göz önünde bulundurularak kıyas yolu ile uygulama alanı bulacaktır. İsviçre Hukukunda, işçinin rekabet etmeme borcu, OR m. 321a/3'de açık olarak düzenlenmiştir. Yan iş tutma yasağı ile yapılan iç içe düzenleme gereği, işçinin iş ilişkisi devam ederken sadakat borcuna aykırı olarak üçüncü kişilere ücret karşılığı hizmette bulunamayacağı ve özellikle de işverenle rekabet edemeyeceği belirtilmiştir. Alman Hukukunda işçinin rekabet etmeme borcu, sadakat borcu kapsamında genel bir şekilde düzenlenmemekle beraber, Alman Ticaret Kanunu §60'da, ticari mümessillerin ve tacir yardımcılarının kendi işverenlerinin faaliyet sahasında hem kendi hesaplarına, hem de başkaları hesabına ticari faaliyette bulunmaları yasaklanmıştır. Diğer işçiler ve özellikle de teknik eleman niteliği taşıyanlar ise, §60 kapsamında değerlendirilmemekle beraber, bu kişiler de sadakat borcu kapsamında, BGB § 242'den kaynaklanan bir rekabet yasağına tabi olacaklardır. İşçinin hizmet sözleşmesinin devamı sırasında rekabet etmesinin Borçlar Kanunu'nun 348-352. maddelerine tabi olmadığı ve hizmet sözleşmesinin ihlali olarak nitelendirileceği doktrinde kabul görmüştür. Bu durumda da işçi işverenle rekabet etmemekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğünün dayanağı ise sadakat yükümüdür. Diğer bir gerekçe olarak, İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. Fıkrası gösterilebilir. Buna göre, işçinin iş

³¹⁷ ERTÜRK, s.311,312. Yarg. 9. HD., 12.05.1998, E. 1998/ 3751, K. 1998/8758, Yarg. 9. HD., 15.10.1996, E. 1996/ 11408, K. 1996/19530 (ERTÜRK, s. 310).

sahibi ile rekabet etmesi, işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışı olarak nitelendirilebilir ve iş sahibi hizmet sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshedebilir³¹⁸.

Borçlar Kanunu'nun 348. maddesinde³¹⁹ öngörülen rekabet yasağının kapsamında, işçinin sözleşmesinin sona ermesinden sonra kendi adına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmaması, rakip bir müessesede çalışmaması ve böyle bir müesseseyle ortak veya diğer sıfatla girmemesi yer almaktadır. Bu yasağın geçerli olabilmesi için yazılı olması ve sözleşmenin yapıldığı tarihte işçinin reşit olması gerekir (BK m.348, f.III; 350). Yasak, işçinin ekonomik geleceğini, başka bir deyişle kişilik haklarını (MK m.24) tehlikeye sokabilir. Bu nedenle kanun koyucu yasağa bir sınırlama getirmiş, ancak bu konuda ayrıntılara girmeyerek genel bir ölçüt koymakla yetinmiştir. Buna göre, rekabet yasağı ancak işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek şekilde zaman, yer ve işin türü bakımından durumun gereklerine göre uygun bir sınır dahilinde ise geçersizdir (BK md.349³²⁰). Bu genel düzenleme ile yasağın geçerliliği, yetkili mahkemelerin takdirine bırakılmıştır. Mahkemeler sözleşme ile konulan sınırların uygunluğunu işçinin ekonomik geleceğini ve hakkaniyet esaslarını göz önüne alarak tespit edecektir³²¹.

İşçi işgörme borcunu yerine getirirken sadece bunun ifası ile kendini borçtan kurtaramaz. Hizmet akdinde asıl borç olan işgörme borcu yanında, işçinin bazı yan borçları da bulunur. Bu borçlar bazı davranış yükümlülükleri olup bazen kanundan, bazen de MK.m.2'de yer alan dürüstlük kuralından doğar. Söz konusu yükümlülükler işçinin işgörme edimi dışında kalan ve dürüstlük kuralı çerçevesinde işverenin çıkarlarını korumaya ve ona zarar verici davranışlardan kaçınmaya yönelik bazı

³¹⁸ ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Seçkin, Ankara 2007.

³¹⁹ BK'nın 348. maddesine karşılık gelen TBKT'nin 443. maddesi şöyledir: "Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir(I). Rekabet yasağı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme olanığı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir(II)".

³²⁰ bu maddeye karşılık gelen TBKT'nin 449. maddesi şöyledir: " Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz (I). Hakim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir (II)".

³²¹ KARAYALÇIN, Özel, s. 39 vd.

davranış yükümlülükleridir. İşte sadakat borcu da, hizmet ilişkisinin özünde mevcut bir yan borcu ifade eder.

Bununla birlikte işçiler, işverenin menfaatlerinden farklı olarak kendi menfaatleri doğrultusunda davrandıkları takdirde RKHK m.4 anlamında bir anlaşmanın varlığından söz etmek mümkündür. Örneğin bir işçi, eski işvereni ile rekabet etmesini sınırlayan bir sözleşme yaptığında, bu sözleşme RKHK m.4 kapsamında bir anlaşma olarak kabul edilebilir³²².

1. Hizmet Akdi Devam Ederken

Hizmet akdi devam ederken işçinin işverenle rekabet içine girmeme yükümlülüğü açık bir yasa hükmüyle düzenlenmiş olmasa bile bu esasen hizmet akdinin özünde mevcuttur. Sözleşme sona erince bu yükümlülük de sona erer. Bununla birlikte iş kanununun işverene işçinin hizmet akdini haklı nedenle sona erdirme yetkisini düzenleyen 17/II maddesinin d fıkrasındaki işçinin işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması ifadesinden bu maddenin rekabet yasağını da kapsadığı sonucuna varılabilir. Sır saklama yükümlülüğü rekabet yasağının özel bir türü sayılabilir³²³.

BK'nun ticari mümessiller ile ticari vekillere işletme sahibini izni bulunmadıkça gerek kendi adlarına, gerek üçüncü kişi adına işletmenin faaliyet alanı da dahil başka iş yapmayacaklarını öngören 455. maddesi, işçinin rekabet yasağının ticaret yaşamındaki somutlaşmış ifadesidir. Bu hüküm İsviçre BK'nun 464. maddesinin bir çevirisi olup benzeri bir hüküm Alman Ticaret kanununun 60. paragrafında da mevcuttur. Alman Ticaret Kanunu'nun 60. maddesinin karşılayan BK md. 455. hükmü tüccar yardımcılarını için getirilmiş özel bir hüküm olup bunlar dışındaki işçilere uygulanmaz. İş hukukundaki işçinin sadakat yükümlülüğünü dolayısıyla işverenle rekabetten kaçınma yükümlülüğünün temeli MK md.2'deki dürüstlük kuralıdır. Bu çerçevede içinde BK m. 455 hükmü içeriği iş hukukunun özellikleri göz önünde tutularak kıyas yoluyla uygulanabilir. İşçinin hizmet akdi devam ederken işverenle rekabet etmemesindeki

³²² ARI, s. 60.

³²³ TUNCA, s. 1061.

amaç işverenin işletmeye ilişkin çıkarlarının bir başka işletme aracılığı ile ihlal edilmemesidir³²⁴.

İş sözleşmesinin devamı sırasında rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin olarak, işçinin işverenin müşteri çevresini öğrenmiş olması hususu üzerinde de durmak gerekir. İşçinin anılan durumda, bu kişilerce kendi adına faaliyette bulunması, rekabet sayılabilecek bir davranış olarak kabul edilmelidir³²⁵.

2. Hizmet Akdi Sona Erdikten Sonra

Çalıştığı işyerinden ayrılmış, öğrendikleriyle yeni bir işyeri açarak işvereniyle yarışmaya başlayacak konumda olan çalışanlarla iş sözleşmesi yapılırken sözleşmeye rekabet yasağı konulabilir. İşçi işinden ayrıldıktan sonra belirli süre önceki işini kendisi ya da bir başka işverenle birleşerek aynı işi yapamaz ve önceki işverenine rakip olamaz. Rekabet yasağının uygulanması için sözleşmede böyle bir kuralın bulunması, işçinin işinden ayrılmış ve aynı işi yapar duruma gelmesi ön koşuldur³²⁶.

Hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra yürürlüğe girecek olan rekabet etme yasağı temelini tarafların iradelerinde bulur. Çünkü BK m. 348 ile başlayan “İşçinin Rekabet Etmeme (Yarışmama)” Borcu’na ilişkin normlar, böyle bir yükümlülüğün ancak tarafların kararlaştırmaları durumunda varolabileceğini düzenlemiştir. Bu nedenle hizmet akdi sonrasına ilişkin olan işçinin rekabet etmeme borcu, hizmet sözleşmesindeki diğer yükümlülüklerden farklı olarak tarafların (işçi ve işveren) iradelerine bırakılmıştır (BK m. 348/1)³²⁷.

İşçinin işletmeye ait sırlardan, hizmet akdi sona erdikten sonra kural olarak yararlanabileceği fikri, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 7. bendinde sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin haksız rekabet teşkil etmesini, sadece akdi ilişkinin devamı süresiyle sınırlandırmasından çıkarılabilir. Keza, aynı düşünceye paralel olarak, kanun koyucu, söz konusu maddenin 8'inci bendinde, akdi ilişkinin bitiminden sonra bizzat işçi tarafından işletme veya ticarî sırların ifşa edilmesinin dürüstlük kuralına

³²⁴ TUNCA Y, s. 1061.

³²⁵ KARAGÖZ, s. 240.

³²⁶ UZUNSOY, Evrim/ UZUNSOY, Mustafa, Evde-İşyerinde Pratik Hukuk Kılavuzu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 242.

³²⁷ TOPDEMİR, s. 6.

aykırı olması sonucunu, sadece, işçinin çalıştığı işyerinde dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde öğrendiği sırlara (örneğin, gizlice işletme evrak ve dosyalarını tetkik etmek suretiyle) hasretmiştir. Bu düzenlemelere göre, iş akdi sona erdikten sonra, işçinin sadakat borcu kalmayacak ve işçi kural olarak bu yükümlülükten kurtulacaktır³²⁸. Sadakat borcunun dolayısıyla da rekabet yasağının iş ilişkisinin sona ermesinden sonra da devamını sağlamak için ya taraflar arasında ayrı bir sözleşme veya iş sözleşmesi içinde açık bir madde bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla işçi ve işvereni arasında iş ilişkisi devam ettiği sürece rekabet etmeme yasağı zaten sadakat borcunun kapsamında mevcuttur. Bunun için bir sözleşme veya iş akdinde bir madde bulunmasına gerek yoktur³²⁹.

İşçinin rekabet yapmama borcunun hizmet akdinin bitiminden sonra da devam etmesi isteniyorsa taraflar arasında bunun ayrıca ve açıkça sözleşmeye bağlanması gerekir. Bk md 348 işverenin müşterilerini tanınması veya sırlarını öğrenmesi imkanı sağlayan bir hizmet akdinin bitiminden sonra işçinin kendi adına işverenle rekabet edecek bir iş yapmamasını ya da rakip bir işletmede çalışmamasını veyahut böyle bir işletmeye ortak ya da başka bir sıfatla ilgili olmamasını hizmet akdi taraflarının kararlaştırabileceklerini ifade etmektedir. Bu kararlaştırma ayrı bir sözleşme ile olabileceği gibi mevcut hizmet akdine konacak özel bir şartla da yerine getirilebilir. Rekabet yasağı sözleşmesini amacı, işçinin işletmede elde ettiği özel bilgileri hizmet ilişkisi sona erdikten sonra işverenle rekabet edecek şekilde kullanmasına engel olmaktır. Ancak bu sözleşmenin yapılabilmesi, daha doğrusu geçerli sayılabilmesi için işverenin korunmaya değer önemli bir çıkarı bulunması gerekir. Yasa hükmü bu şartı işçinin rekabetini iş sahibine hissolunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise caizdir (md.348/2) şeklinde ifade etmiştir³³⁰.

3. Rekabet Yasağının Geçerlilik Şartları

Rekabet yasağı sözleşmesi taraflar arasındaki hizmet akdi ile doğan ilişkinin bir ürünü olarak karşımıza çıkacaktır. Ancak burada bahsedilen hizmet sözleşmesi

³²⁸ ŞENOCAK, Kemal “İşletme Personelinin Ayarılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK Madde 56 vd.) Değerlendirilmesi”, AUHFD, C.50, S.2, Ankara 2001, s. 236, 237 .

³²⁹ SERTBULUT, s. 37.

³³⁰ TUNCA Y, s. 1065, 1066.

içinde işçinin konumu ve sözleşmenin niteliği önemlidir. Bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmek için işçinin müşterileri tanınması veya sırlara nüfuz etmesi ile iş sahibine hissolunacak derecede bir zararın verilebilmesi ihtimali bulunmalıdır (BK m. 348/2). Bu ihtimalin gerçekleşmesinin mümkün olmadığı hizmet sözleşmelerinde de rekabet yasağı kararlaştırılmayacaktır³³¹.

Müşteri çevresinin işçi tarafından bilinmesi tek başına rekabet yasağı sözleşmesi yapılması için yeterli değildir. Burada işçinin sahip olduğu bilgiyi kullanarak işverenine rakip bir faaliyette bulunması ve ona zarar vermesi ihtimali bulunmalıdır. Bunun için, işçinin işverene ait olan “müşteri çevresini tanımış olmasının kendisi açısından ileride kullanılabilir bir “iktisadi kıymet” niteliğini taşıyabilmesi önemlidir. Örneğin, aynı ürünü veya hizmeti satan rakip bir firmada çalışan işçi, önceki işyerinde edindiği “müşteri çevresi” bilgisini kullanıp söz konusu ürün veya hizmeti bu müşteri çevresine sunabilir. İşte bu durumda rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali gündeme gelecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir nokta, işçinin sonraki faaliyetlerinde kişisel nitelik ve becerileri sayesinde bir zararın doğması halinde rekabet yasağına aykırılığın bulunmayacağıdır. Bu durum özellikle serbest meslek türlerinde, yani kişilerin bireysel özellikleri ve becerilerinin ön planda bulunduğu alanlarda geçerlidir. Örneğin doktorluk veya avukatlık meslekleri için durum böyledir. İş sırrı denilen bilgilerin de kullanılması önceki işverene zarar verebilecek nitelikte ise, rekabet sözleşmesinin yapılması mümkün olabilecektir. Bu kavrama örnek olarak, söz konusu işteki üretim sırları ve tekniklerine ilişkin bilgiler, ürünlerin içerikleri, formüller, yönetim ve organizasyon bilgileri, vs. sayılabilir. Rekabet yasağı sözleşmesi yapıldığında işçi reşit olmalıdır (BK m. 348/3). Burada kanun reşit olmayı aramıştır, dolayısı ile kanuni temsilci veya vasinin onayı da bu sözleşmenin yapılmasını sağlayamayacaktır. Bunun dışında hakim kararı ile reşit olma ile diğeri arasında bir fark bulunmadığından, kazai rüşte sahip olan kimse bu sözleşmeyi yapabilecektir (MK m. 12)³³².

³³¹ TOPDEMİR, s. 7, 8.

³³² TOPDEMİR, s. 8.

G. Acentenin Rekabet Yasağı

Bağımsız tacir yardımcısı konumunda olan acente³³³ için TTK'nun 118. maddesinde rekabet etme yasağı öngörülmüştür. Buna göre acente, aynı yer ve bölge içinde, birbirleriyle rekabet halinde olan birden fazla ticari işletme hesabına aracılık yapamaz. Bu hüküm müvekkil tacir için de, aynı zamanda veya aynı yer ya da bölgede aynı ticaret dalı için birden fazla acente tayin edemeyeceği şeklinde, bir yükümlülük getirmektedir. Burada yer alan rekabet etme yasağı, acente ile müvekkili arasındaki hukuki ilişkinin niteliği gereği söz konusu olmakla birlikte, emredici hüküm niteliğinde değildir. Taraflar, aralarında yazılı olarak aksini kararlaştırmak suretiyle, müvekkil tacir tarafından acenteye tanınan bu tekel hakkını ve dolayısıyla acentenin rekabet etmeme yükümlülüğünü ortadan kaldıracaklardır³³⁴.

Öte yandan, Anayasanın 167. maddesinde devletin piyasalarda fiilen ya da anlaşma sonucunda doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevinden bahsedilmiştir. Bundan başka, ülkemizde Anayasanın bu hükmü doğrultusunda ve Avrupa Topluluğuna entegrasyon süreci içerisinde 1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiştir³³⁵. Rekabetin korunması faydalıdır fakat dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılması ve kötüye kullanılmaması gerekmektedir. İşte bunu sağlamak için rekabet özgürlüğünün sınırlarını çizmek zorunluluğu hissedilerek rekabet hakkının kötüye kullanılması yasaklanmış ve müeyyidelere bağlanmıştır (BK m.48, TTK 56-65). O halde, rekabet etme hakkı ya kanun tarafından bazı gerekçelerle sınırlandırılmış olur ya da taraflar sözleşme yolu ile belirli bir süre birbirleri ile rekabet

³³³ görüşler için bkz. FEHR, Konrad, "Acentelik Mukavelesi Hakkında Yeni Federal Kanun", BİLGE, Necip (çev.), AÜHFD, C.12, S.1-2, Ankara 1955, s. 365.

³³⁴ Acentenin rekabet yasağını düzenleyen TTKT'nin 104. maddesi şöyledir: "(1) Aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça müvekkil aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde ve aynı ticaret dalı için birden fazla acente atayamayacağı gibi, acente de aynı yer veya bölge içinde, birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticaret işletme hesabına acentelik yapamaz". Ayrıca acentenin sözleşmesel rekabet yasağı ile ilgili olarak TTKT çeşitli sınırlamalar getirmiştir. Tasarının 123. maddesine göre: "Acentenin, işletmesine ilişkin faaliyetlerinin, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonrası için sınırlandırılan anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve anlaşma hükümlerini içeren ve müvekkil tarafından imzalanmış bulunan bir belgenin acenteye verilmesi gerekir. Anlaşma en çok, ilişkinin bitiminden itibaren iki yıllık süre için yapılabilir ve yalnızca acenteye bırakılmış olan bölgeye veya müşteri çevresini ve kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin taalluk ettiği konulara ilişkin olabilir. Müvekkilin, rekabet sınırlaması dolayısıyla, acenteye uygun bir tazminat ödemesi şarttır. (2) Müvekkil sözleşme ilişkisinin sona ermesinden önce, rekabet sınırlamasının uygulamasından yazılı olarak vazgeçebilir, bu halde müvekkil, vazgeçme beyanından itibaren altı ayın geçmesiyle tazminat ödeme borcundan kurtulur. (3) Taraflardan biri, diğer tarafın kusurlu davranışı nedeniyle haklı sebeplerle sözleşme ilişkisini feshederse, fesihden itibaren bir ay içinde rekabet sözleşmesi ile bağlı olmadığını diğer tarafa yazılı olarak bildirebilir. (4) Bu maddeye aykırı şartlar, acentenin aleyhinde olduğu ölçüde geçersizdir".

³³⁵ MÜFTÜOĞLU, Tamer, "Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması", Rekabet Dergisi, S.1, Ankara 2000, ss.8,9.

yapmayacaklarını kararlaştırabilirler. Bunun gibi, kanun bazı durumlarda birbirleri ile sözleşme akdeden kimseler için aralarındaki sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece rekabet yasağı öngörülebilir. İşte TTK m.118 acentelik sözleşmesi için bu şekilde bir prensip getirmektedir³³⁶.

Ayrıca müvekkil şayet isterse acente ile bir anlaşma yaparak acentenin diğer rakip işletmeler hesabına çalışmasına rıza gösterebilir fakat anlaşma yazılı şekilde ihtiyaç duyar. Acente müvekkilinin rızası olmaksızın rakip işletmelerin acenteliğini üstlenmemeli ve şayet müvekkili bu yönde onay vermiş olsa bile bu onayı müvekkilinin menfaatlerine zarar verecek şekilde kötüye kullanmamalı fakat ayrı ticaret dallarında faaliyet gösteren birden fazla işletmenin acenteliğini müvekkilinin muvafakatini olmaksızın da müvekkilinin menfaatlerine zarar vermemek koşulu ile üstlenebilmelidir³³⁷.

Türk Ticaret Kanunumuzda acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra acenteyi müvekkiline karşı rekabet oluşturacak faaliyetlerden kaçınmakla yükümlü kılan rekabet yasağı sözleşmesi öngörölmüş değildir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde acente ile müvekkili sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin bir anlaşmayı her zaman yapabilirler. Hizmet sözleşmesinde olduğu gibi (BK m348-352) acentelik sözleşmesi için de bu konuda özel hükümle getirilmesi gerekmektedir. Ancak TTK'na bu yönde bir hüküm getirilene kadar acentelik sözleşmesini bitmesinden sora hüküm doğurmak üzere yapılan böyle bir sözleşmeye, İsviçre acentelik hukukunda olduğu gibi (OR Art 418d/f2) hizmet sözleşmesinde sözleşme sonrası yapılan rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin hükümler acentelik sözleşmesinin bünyesine uygun düştüğu ölçüde kıyasen uygulanabilmelidir³³⁸.

Borçlar Kanununun m.349 hükmü, ekonomik geleceğin hakkaniyete aykırı olarak zorlaştırılmasını önlemek üzere, rekabet yasağının yer, zaman ve konu bakımından sınırlandırılması gerektiğini öngörmektedir. Bu hükmü de kıyasen uygulamamız mümkündür. Ancak bu hükmü uygularken esnek davranmamız gerekmektedir. Konumuza ilişkin olarak yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri sadece yer açısından

³³⁶ KAYIHAN, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 101.

³³⁷ KAYIHAN, s. 103, 104.

³³⁸ KAYIHAN, s. 105.

yapılabileceği gibi, hem yer hem de zaman açısından ya da her üç sınırlama açısından da yapılabilmelidir. Burada bizim bakmamız gereken nokta yapılan sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil edip etmediği noktası olmalıdır (BK 19/2 m.20 TMK m.24). Bu itibarla taraflar acentenin örneğin sadece İstanbul'da rekabet yapmayacağını kararlaştırmışlar ise bu sözleşme geçerli sayılmalıdır. Ancak hemen belirtelim ki sözleşme ile rekabet yasağı için belirli bir süre öngörülmemişse ya da öngörülmüş olası bile bu süre acentenin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak güçleştirmiş ise bir ihtilaf vukuunda hakimin sözleşmeye müdahale edip bu yasağı sınırlandırması gerekir. Bu yönde BK'nda açık bir hüküm olmadığı için hakimin takdiri burada da geniş rol oynar. Bu itibarla örneğin rekabet yasağı sözleşmesi on yıl süre ile yapılmış veya süresiz öngörülmüş ya da sözleşmede bu yönde hiç süre belirlememiş ise hakim rekabet yağına ilişkin uygun bir süre takdir etmelidir. Bu bağlamda aşırı uzun rekabet yasağı sözleşmeleri geçerli sayılmamalıdır³³⁹.

Şüphesiz rekabet yasağı sözleşmesiyle acentenin sadece rekabet oluşturacak faaliyetleri yasaklanabilir. Bunun anlamı yasağın konu bakımından kapsamının müvekkile ait çalışma alanı ile sınırlı kalmak zorunda olmasıdır. Zira bunun dışındaki alanda müvekkile karşı rekabetten söz etmek mümkün değildir. Öte yandan acente müvekkilin bu yönde korunmaya değer bir yararının olmadığını ispatlayarak rekabet yasağına uymaktan kendini kurtarabilir (BK m.352/f.2)³⁴⁰.

Rekabet yasağının ihlali halinde acenteye ödenen karşılık (bekleme tazminatı), sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilir (BK m.61). Müvekkil başkaca zarara uğramış ise bu zararını BK m.96 vd. hükümleri çerçevesinde talep edebilir³⁴¹.

Rekabet Hukuku açısından, acente ile müvekkil arasındaki ilişki rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak kabul edilmez. Acente müvekkilinden ayrı ve bağımsız bir risk üstlenmemektedir. Acente ve müvekkil hukuken ayrı kişiler olsalar dahi aralarında bir çeşit temsil ilişkisinin varlığı nedeniyle ekonomik olarak bir bütün oldukları kabul edilir. Rekabet Hukuku bakımından bağımsızlık “hukuki bağımsızlık” değil, “ekonomik

³³⁹ KAYIHAN, s.106.

³⁴⁰ KAYIHAN, s.106, 107.

³⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZ, M.Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme : Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, Kazancı, İstanbul 1990.

bağımsızlık”tır. Kurul birçok kararında ekonomik bağımsızlık için şu tanımı kullanmıştır: “Bir işletmenin ekonomik bakımdan bağımsız sayılabilmesi için, o işletmenin yönetim ve muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim finansman ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısacası başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması gerekmektedir”. Ekonomik bağımsızlığının göstergeleri olarak ekonomik faaliyetin yürütülmesi için gerekli finansal kaynağa, teknolojiye, işgücüne ve teknik bilgi kaynaklarına sahip olması aranmaktadır³⁴².

Sözleşmenin sona ermesinden sonraki süre için de rekabet etmeme yükümlülüğü öngörülebilir. Ticaret Kanunu’muzda, sözleşme sonrası kabul edilecek rekabet etmeme yükümlülüğünün süresine değinilmemiştir. Fakat Rekabet Kurulu’nun 2002/2 sayılı Tebliği konuyla ilgili açık bir düzenleme getirmiştir. Anılan tebliğ hükümlerine göre, genel olarak, dikey anlaşmalardaki rekabet yasağıyla ilgili yükümlülüklerin beş yıllık süreyi aşmaması şart koşulmuştur (2002/2 sayılı Tebliğ m.5)³⁴³.

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’da şöyle belirtilmiştir: Acentelik sözleşmeleri genellikle acente ile müvekkil arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümleri de içerir. Bu sözleşmeler özellikle müvekkilin sözleşme konusu işlemler için müşteri veya bölge düzeyinde başka acente atamasını engelleyen (münhasır acente şartı) ve/veya acentenin rakip teşebbüslerin acenteliğini, dağıtıcılığını yapmasını engelleyen (rekabet etmeme şartı) sınırlamaları içerebilir. Münhasır acentelik şartı sadece marka içi rekabetle ilgilidir ve genellikle rekabeti sınırlayıcı etki doğurmaz. Ancak sözleşme sonrası rekabet yasağı da dahil olmak üzere rekabet etmeme yükümlülüğü markalar arası rekabet ile ilgilidir ve şayet sözleşme konusu mal veya hizmetlerin satıldığı ilgili pazarda kapama etkisine yol açıyorsa rekabeti sınırlayıcı etki doğurabilir ve sonuçta bu hüküm Kanun’un 4. maddesi kapsamına girebilir³⁴⁴.

³⁴² GÜZEL, s. 44.

³⁴³ TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Asil Yayın, Ankara 2006, s. 29.

³⁴⁴ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s.7 (tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr).

Tebliğ'in 5 (b) maddesinde anlaşmanın ortadan kalması sonrasına ilişkin rekabet yasağı sözleşmelerinden bahsetmiştir. Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak alıcıya getirilen, mal ya da hizmet üretmeme, satın almama, satmama ya da yeniden satmama şeklindeki her türlü yükümlülük, kural olarak, grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Fakat buna bazı istisnalar getirilmiştir. Sağlayıcının alıcıya know-how aktarmış olması, yasaklamanın sadece anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal veya hizmetlere ilişkin olması, yasaklamanın sadece anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması, yasaklamanın süresinin anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmaması, sağlayıcının alıcıya know-how aktarmış ve yasaklama da bu knowhow'ın korunması için zorunlu olması gibi şartlar getirilen istisnalardır³⁴⁵.

Alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi büyük önem taşımaktadır. Süresi beş yıldan uzun olan rekabet etmeme yükümlülüğünün grup muafiyetinden yararlanması Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzun 38. paragrafında belirtilen istisna dışında mümkün değildir. Şayet alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi belirsiz³⁴⁶ ise yine grup muafiyeti uygulanamayacaktır. Beş yıllık süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebilen rekabet etmeme yükümlülükleri de grup muafiyeti kapsamında değildir³⁴⁷.

³⁴⁵ ayrıntılı bilgi için bkz. GURZUMAR, Berat, Osman, "2002/2 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu,-1, Kayseri 2003, s. 129 vd.

³⁴⁶ 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5(a) bendinin ikinci paragrafında, Rekabet etmeme yükümlülüğünün bu fıkrada belirtilen süreleri aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır." kuralı getirilmiştir. Bu açıdan rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin beş yıla sınırlı olması ya da süresinin beş yıla kadar zımnen uzatılabilmesi 2002/2 sayılı Tebliğ tarafından kabul edilen bir uygulamadır. Beş yıldan sonraki uzatma işleminin ise her iki tarafın açık iradesi ile gerçekleşmesi gerekmektedir. "Bayilik Sözleşmesi"nin 3. maddesinde "Bayi, gerek münferiden ve gerekse herhangi bir ortaklık tesisi suretiyle olsun, başka markalarda olan ve KUFNER'in ithal ettiği mamullerle aynı ve benzer ürünleri satamaz. Satış noktalarında hiçbir ayrıcalık yapamayacak ve haksız rekabete neden olmayacaktır". Rakip malların satımını engelleyen söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi sözleşmede ayrıca belirtilmediği için, sözleşmenin süresi aynı zamanda rekabet etmeme yükümlülüğünün de süresini oluşturacaktır. Sözleşmenin 7. maddesinde "İş bu sözleşme aşağıda yazılı tarihten başlamak üzere bir yıl süre ile geçerli olup bu tarihin bitimine iki ay kala taraflar sözleşmeyi fesh edeceklerini yazılı bir şekilde karşıya bildirmedikleri takdirde bir yıl daha kendiliğinden uzamış olacaktır." hükmü yer almaktadır. Madde metni, rekabet etmeme yükümlülüğünün 5 yılı aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğini öngörmesi nedeniyle belirsiz sürelidir. Bu nedenle bayilik sözleşmesinin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanması söz konusu değildir. Bununla birlikte "Bayilik Sözleşmesi"nin 3. maddesindeki rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin beş yıla sınırlandırılması ya da en fazla beş yıl uzatılabilmesine imkan tanıyacak şekilde düzenlenmesi halinde 2002/2 sayılı Tebliğ'den yararlanabilecektir (RKK, Karar Sayısı: 05-20/232-68, Karar Tarihi: 31-03-2005, kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1119.pdf>).

³⁴⁷ Sözleşmenin süresi iki aşamada ele alınabilir. Birinci aşamada, taraflardan herhangi birinin sözleşmenin sona ermesinden 30 gün önceden itiraz etmemesi halinde yenilenmiş olması söz konusudur. Kılavuzda açıklandığı üzere, başvuru konusu sözleşme belirsiz sürelidir. Ancak zımnî biçimde yenileme 5 yıl ile sınırlandırılarak, grup

Müvekkil ile acente arasındaki ilişkiye Kanun'un 4. maddesinin uygulanmaması için acentenin kılavuzda sayılan risk veya maliyetleri yüklenmemesi gerekmektedir. Burada sayılan risk ve maliyetler örnek niteliğindedir ve bu listeye yenilerini ilave etmek mümkündür.

Tacir yardımcıları içindeki yeri ve fonksiyonu gereği, acente ile müvekkili arasındaki rekabet ilişkisi sorunu, tek yönlü değerlendirmelerle çözümlenemez. Bu yüzden acentenin, özellikle sözleşme sonrası ticaret özgürlüğünün gereğinden fazla kısıtlanıp kısıtlanmadığı; müvekkile ait olması gereken yükümlülükleri, hasar ve zararı paylaşp paylaşmadığı; acentenin sözleşmesinin üçüncü kişileri etkileyip etkilemediği sorularına verilecek cevaplar, konuyla ilgili incelemenin yönünün belirleyecektir³⁴⁸.

H. 5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu Hükümleri

Basın İş Kanunu'nda, bu kanuna tabi olarak çalışan gazeteci için genel anlamda sadakat borcunu öngören bir hüküm mevcut olmamakla beraber, m. 14 hükmünde "rekabet memnuiyeti" başlığıyla, sadakat borcunun özel görünümlerinden biri olan rekabet yasağı düzenlenmiştir. Buna göre gazeteci, iş sözleşmesinde aksine bir düzenleme yapılmadığı müddetçe, basınla alakalı olsun olmasın, başka bir iş tutmakta serbesttir. Şöyle ki, Kanunda asıl olan, yan iş tutma serbestisi olmakla beraber, taraflar diledikleri takdirde, aralarındaki sözleşmeye hüküm koymak suretiyle gazetecinin yan iş tutmasını yasaklayabileceklerdir. Basın İş Kanunu'ndaki düzenleme, İş Kanunu ile getirilen "yan iş tutma yasağı" ve "rekabet yasağı" ile tümüyle örtüşmemektedir. Zira Basın İş Kanunu m. 13 hükmü, İş Kanunu kapsamında yer alan işçinin rekabet etmeme borcundan farklı bir mantık içermektedir. İş Kanunu kapsamındaki işçi açısından esas olan, işçinin iş sözleşmesi devam ederken işvereni ile rekabet etmemesidir. Bunun için işçi ile işverenin iş sözleşmesi ile özel bir düzenleme yapmasına ihtiyaç yoktur. Ancak Basın İş Kanunu'nda tam tersi bir düzenleme getirilmiştir; Taraflar ancak aksini iş

muafiyetinden yararlanma olanağı sağlanmıştır. 5 yıllık yenilemeden sonraki dönem ise ikinci aşamayı oluşturmaktadır. 5. yılın sona ermesinden en az 30 gün önce taraflardan birinin sözleşmenin uzatılması yönündeki kararını karşı tarafa bildirmesi halinde sözleşme 1 yıl süre ile yenilenmiş sayılacaktır. İkinci aşamada ise sözleşme belirli süreli hale getirilmiştir. Gerek 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5(a) maddesi, gerekse Kılavuz'un 34. paragrafı bağlamında, sözleşmenin rekabet yasağı ve süresine ilişkin düzenlemelerinin Tebliğ hükümlerine uygun olduğu ve grup muafiyetinden yararlandığı anlaşılmıştır (RKK, Karar Sayısı: 05-14/170-62, Karar Tarihi: 11.03.2005, kararın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1109.pdf>).

³⁴⁸ TOPÇUOĞLU, Acente, s. 208.

sözleşmesi ile kararlaştırmışlarsa, işçinin rekabet etmeme borcu söz konusu olacak, böyle bir düzenleme yok ise işçi, basınla ilgili ve diğer işveren için rekabet niteliği taşıyan bir işte de çalışabilecektir³⁴⁹.

I. Sermaye Piyasası Mevzuatında Rekabet Yasağı

Anonim şirketlerin tüm dünya çapında ulaştıkları nokta, bunların sıradan bir ekonomik birim olarak ele alınmasını güçleştirmektir. Bu tür şirketlerin gücü, etkisi ve önemi ulusal ve uluslararası alanda gittikçe artmaktadır. Bu nedenle tüm dünyada anonim şirketlerin yönetimi üzerinde durulmuş, özellikle bu şirketlerin başarısız olmalarına ve buna bağlı ekonomik krizlere yol açan yönetim hatalarının giderilmesi için çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bunlar sonucunda anonim şirketlerin nasıl yönetilmesi gerektiği konusunda “kurumsal yönetim” olarak adlandırılan özel bir yönetim sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır. Kurumsal yönetim, özellikle halka açık anonim şirketlerde görülen mülkiyet-kontrol (bu kavram kısaca anonim şirketin mülkiyetini elinde bulunduranlarla (pay sahipleri) kontrolünü elinde bulunduranların (yönetim kurulu üyeleri, Murahhas üye ve müdürler, icra organı müdürler) farklı kişiler olmasını ifade eder) ayrımının ortaya çıkardığı sorunları en az düzeye indirmeyi amaçlayan, şirketin yönetim esaslarını temel kurallara bağlayan özel bir yönetim sistemidir³⁵⁰.

Ülkemizde de Kurumsal Yönetim İlkeleri Sermaye Piyasası Kurulu tarafından tespit edilmiştir. Nitekim Sermaye Piyasası Kurulu Teşkilat , Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliği'nin³⁵¹ “Karar Organının Görev ve Yetkileri” başlıklı 13. maddesinde Kurul mensuplarınca hazırlanan görüş-öneri nitelikli etüt, inceleme, araştırma ve diğer çalışmaları, Kurul’ca derlenen istatistik verileri, en üst düzeyde değerlendirerek, gerekli görülenlerinin yayımlanması, Kurul bakan ve üyelerinden oluşan karar organının görevleri arasında sayılmıştır³⁵².

³⁴⁹ ERTÜRK, s. 130, 131.

³⁵⁰ PASLI, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (corporate governance) Çağa Hukuk Vakfı, İstanbul 2005, s. 23.

³⁵¹ Bakanlar Kurulu Karar Numarası ve tarihi: 8/4644-26.04.1982. Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 2499-28.07.1981, Resmi Gazete ile Neşir ve İlanı: 24 Haziran 1982- Sayı:17734

³⁵² TTKT'nın 1529. maddesine göre, “ (1) Halka açık anonim şirketlere kurumsal yönetim ilkeleri, yönetim kurulunun buna ilişkin açıklamasının esasları ve şirketlerin bu yönden derecelendirme kural ve sonuçları Sermaye

Bu ilkelerin “Yönetim Kurulu” başlığını taşıyan dördüncü bölümünün 2.8. maddesinde rekabet yasağı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, yönetim kurulu üyesi kural olarak şirketle rekabet edemez. Böyle bir durum ortaya çıktığı veya öğrenildiği takdirde ilgili yönetim kurulu üyesi derhal yönetim kurulunu ve denetim kurulunu yazılı olarak bilgilendirir. Yapılacak ilk genel kurul toplantısında bu konuda ayrıca pay sahiplerine bilgi verilir, durum kamuya açıklanır ve faaliyet raporunda yer alır. Yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet edebilmesi ancak pay sahiplerinin ¾’ünün onayı ile mümkündür. Bu husus şirket ana sözleşmesinde düzenlenir.

Yine Kurumsal Yönetim İlkeleri’nin dördüncü bölümünün “Yöneticiler” başlıklı 6.12. maddesine göre, “şirketin menfaatlerini korumak için yöneticilerin görevlerinden ayrılmaları durumunda şirketin rekabet ettiği başka bir şirkette belli bir süre çalışmayacağı ve bu hükme uyulmaması halinde yaptırımlar sözleşme maddelerinde belirtilir” ifadesi yer almaktadır.

Ayrıca “pay sahipleri” başlığını taşıyan birinci bölümün 3.4.3. maddesinde ise, genel kurulun yönetim kurulu üyelerine rekabet konusunda onay vermesi durumunda, ilgili yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları işlemler ve şirket ile rekabet edilen filer hakkında genel kurulu bilgilendireceği ifade edilmiştir.

İlkeler öncelikle halka açık anonim şirketler için hazırlanmıştır. Ancak bu İlkelerde yer alan prensiplerin kamuda veya özel sektörde faaliyet gösteren diğer anonim şirketler ve kuruluşlar tarafından da uygulama alanı bulabileceği düşünülmektedir. İlkelerde yer alan prensiplerin uygulanıp uygulanmaması isteğe bağlıdır. Ancak, bu İlkelerde yer alan prensiplerin uygulanıp uygulanmadığına; uygulanmadı ise buna ilişkin gerekçeli açıklamaya, bu prensiplere tam olarak uymama dolayısıyla meydana gelen çıkar çatışmalarına ve gelecekte şirketin yönetim uygulamalarında İlkelerde yer alan prensipler çerçevesinde bir değişiklik yapma planının olup olmadığına ilişkin açıklamaya, yıllık faaliyet raporunda yer verilmesi ve ayrıca kamuya açıklanması gerekmektedir. Sermaye Piyasası Kurulu tarafından

Piyasası Kurulu tarafından belirlenir. Sermaye piyasası Kurulunun uygun görüşü alınmak şartıyla, diğer kamu kurum ve kuruluşları sadece kendi alanları için geçerli olabilecek kurumsal yönetim ilkeleriyle ilgili, ayrıntıya ilişkin sınırlı düzenlemeler yapabilirler”.

yapılacak düzenlemeler çerçevesinde, kurumsal yönetim derecelendirmesi yapan derecelendirme kuruluşları İlkelerin uygulanma durumunu saptayacaklardır³⁵³.

İlkelerde yer alan ana prensipler “uygula, uygulamıyorsan açıkla” prensipleridir. Ancak bu prensiplerin bazılarının yanında “T” harfi bulunmakta olup, bu prensipler tavsiye niteliğindedir. Diğer bir ifade ile tavsiye niteliğindeki prensiplere uyulmadığı takdirde herhangi bir açıklama yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, orta ve uzun vadede, tavsiye niteliğindeki bu prensiplerin de “uygula, uygulamıyorsan açıkla” kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir³⁵⁴.

J. Adi Ortaklıklarda Rekabet Yasağı

Adi ortaklıkta rekabet yasağı, BK'nun 526. maddesinde, adi şirket ortaklarının birbirlerine karşı sorumluluklarına ilişkin hükümler arasında, düzenlenmiştir. Aksi kararlaştırılmadıkça, adi ortaklıkta, ortaklığı idare, temsil ve denetleme, bütün ortaklar için hem bir hak hem de bir görevdir. Adi ortaklıkta, affectio societatis (ortaklık iradesi) ilkesinin sonucu olarak, bütün ortakların, ortaklık gayesine ulaşmak konusunda eşit derecede özen ve gayret göstermeleri gerektiğinden, BK'nun 526'ncı maddesinde ortakların, ortaklığın amacına aykırı olabilecek veya zarar verebilecek işleri kendi hesaplarına yapamayacakları belirtilmiştir. Bu hükmün temelinde ortakların birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülükleri yer almaktadır. Bu hükmün eksik ifade edildiği, ortakların, ortaklığın gayesine aykırı işleri, yalnız kendi hesabına değil, başkası hesabına da yapmaması şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir³⁵⁵. Adi ortaklıkta, ortaklık ilişkisinden kaynaklanan ve tüm ortaklar için öngörülen bu yükümlülüğün, taraflarca açıkça veya zımnen aksini kararlaştırmak suretiyle bertaraf edilmesi mümkündür.

Adi şirketlerde ortaklar, "müşterek bir gayeye erişmek için" bir araya gelmiş olup (BK. 520/I), şirket muamelelerinin idaresi, kural olarak bütün ortaklara aittir (BK. 525). Öte yandan "idare salâhiyetini haiz olmasa bile her şerikin şirket işlerinin nasıl gittiği hakkında şahsen malûmat almağa ve şirketin defterlerini ve evrakını tetkike ve

³⁵³ Kurumsal Yönetim İlkeleri (KYİ), s. 4 (tam metni için bkz.

<http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=66&fn=66.pdf>).

³⁵⁴ KYİ, s. 4.

³⁵⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 58.

kendine mahsus olmak üzere şirketin mali durumu hakkında malumat çıkarmaya hakkı vardır" (BK. 531). Bu nedenlerle ortakların, işleri yürütürken şirketin iş sırlarında da haberdar olmaları doğaldır. Müşterek bir gayeyi gerçekleştirmek üzere bir araya gelen ortakların, iş sırlarını şirket aleyhinde kullanmaları, bu gayenin gerçekleşmesini engeller . Ortaklar, mademki müşterek bir gayeye erişmek için bir araya gelmişlerdir; öyleyse onların bu gayenin gerçekleşmesine çalışmaları ve buna aykırı hareketlerden kaçınmaları gerekir. Aksine davranış akde muhalefet teşkil eder . Bu hususu göz önünde tutan kanun koyucu BK. 526. maddesinde "şeriklerden hiç biri kendi hesabına şirketin gayesine muhalif veya muzır işleri yapamaz" hükmünü öngörmek suretiyle "şirket işlerini daima kontrol imkanına sahip adi şirket ortaklarının, şirketin iş sırlarını suiistimal etmesini" önlemek istemiştir³⁵⁶ .

Rekabet yasağı kanun tarafından getirilmiştir; bu nedenle şirket sözleşmesinde bu konuda bir açıklık yer almasa dahi rekabet yasağı söz konusu olur. Bu yasağın sözleşme ile daha da genişletilmesi kuşkusuz mümkündür . Rekabet yasağının şirket sözleşmesi ile daraltılması ya da kaldırılması konusuna gelince: Bazı yazarlar , bu yasağın şirket düşüncesine sıkı sıkıya bağlı olduğunu, bu nedenle rekabet yasağına ilişkin hükmün emredici bir karakter taşıdığını, bu yasağa aykırı sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu ileri sürmektedirler. Rekabet yasağına ilişkin olarak öteki şirket tipleri için öngörülen hükümlerde, bu yasağın,"öteki ortakların muvafakati olmaksızın" (TTK. 172/I; 547); ya da "umumi heyetin müsaadesi olmaksızın" (TTK. 335; 483/I) yapılan işlere hasredildiği hatırlanırsa, adi şirketlerde de, ortakların izin vermesi halinde (BK. 524), rekabet yasağına dahil olan işlerin yapılması mümkün olmalıdır. Rekabet yasağı, ortağın, şirketle olan ilişkileri bakımından söz konusudur. Başka bir ifadeyle ortağın yaptığı bir işin şirketin yaptığı iş karşısındaki durumu bir değerlemeye tabi tutulmakta; ortağın yaptığı işin şirketin yaptığı işle bir rekabet durumu teşkil edip etmediği araştırılmaktadır. Yoksa bir ortağın yaptığı işin başka bir ortak tarafından yapılan işle karşılaştırılması söz konusu değildir. Bu nedenle bir ortağın yaptığı bir işin bir başka ortağın yaptığı işle rekabet durumu yaratması mümkündür ve bunun değerlemesi BK. 526. maddesine göre yapılmaz. Rekabet yasağı, idareci olsun olmasın

³⁵⁶ ÖÇAL, Adi Şirket, s. 432.

(BK. 525) bütün ortaklar hakkında uygulanır ve kural olarak ortak sıfatının yitirilmesi (BK. 532/II) de sona erer³⁵⁷.

K. Avukatlık Ortaklıkları

Her ne kadar konumuz şirketler hukuku ile ilgili olsa da son olarak rekabet yasakları açısından avukatlık ortaklıklarına değinmekte yarar var.

Bu husus Avukatlık Kanunu'nun 44/B-a.3'de ifade olunmaktadır. Aynı durum, Alman PartGG'nin § 9 (3)'de de belirtilmektedir. Avukatlık ortaklığında ortağın, kişi ortaklıklarında olduğu gibi, sadakat borcu kapsamında "müşterek" bir amacın gerçekleşmesi için kollektif gayret sarfetmesi icap eder. Sadakat borcunun özel hali, ise rekabet yasağıdır. Tüm ortaklar, ortaklık aracılığıyla kazanç sağlama ve bunu bölüşmek amacıyla biraraya geldiklerinden, tüm ortakların sadakat borcunun özel bir hali olan rekabet yasağına uymaları gerekir. Bu konu da kollektif ortaklıkta ortakların ortaklıkla kendi namına, başkası hesabına bu tür meslekî faaliyetlerle uğraşan bir ortaklığa girememesi anlamına gelir. Rekabet yasağına aykırı olan davranışların müeyyidesi ise, kollektif ortaklıklarda olduğu gibi (TTK m.173) diğer ortaklara ortaklığın feshini isteme hakkını tanıma, ortaklıktan çıkarma, ortaktan tazminat isteme, çıkarmaktan vazgeçip yapılan işleri ortaklık hesabına sayma olabilir. Avukatlık ortaklığı bu haklardan dilediğini kullanabilmelidir³⁵⁸. Diğer taraftan, rekabet etme yasağının bazı koşullar altında yarattığı etkinlikler 4. maddeden muaf tutulmasını sağlayabilir³⁵⁹.

L. Gerçek Kişi Sigorta Eksperleri için Rekabet Yasağı

5684 Sayılı Sigortacılık Kanununun (SK) "Sigorta Eksperleri" başlığını taşıyan 22. maddesinin 12. fıkrasında tüzel kişi sigorta eksperleri nezdinde çalışan sigorta eksperlerinin, tüzel kişilerden bağımsız olarak iş kabul edemeyeceği, ücretli veya maaşlı bir görevde bulunamayacağı ve hiçbir şekilde bir başka tüzel kişi sigorta eksperinin nam ve hesabına çalışamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle sigorta eksperleri hakkında bir rekabet yasağı hükmü getirilmiştir. Tüzel kişi sigorta eksperlerine bağlı

³⁵⁷ ÖÇAL, Adi Şirket, s. 433,434.

³⁵⁸ TURANBOY, Asuman, "Avukatlık Ortaklığı", AÜHFD, C.50, S.4, Ankara 2001, s. 60.

³⁵⁹ GÖZLÜKAYA, Fatma, Teknoloji Transferi Sözleşmelerine İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması, Rekabet Kurumu, Ankara 2006, s. 55.

olarak çalışan sigorta eksperleri, genellikle iş sözleşmesi çerçevesinde faaliyette bulunmaktadır. Dolayısıyla işçi statüsünde bulunan gerçek kişi sigorta eksperlerinin rekabet yasağı da işçinin sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak değerlendirilmelidir. Ancak kanun koyucunun bu rekabet yasağına ilişkin düzenlemesinin sebebi, ilk planda işçinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarını önlemek değildir. Kanun koyucunun amacı sigorta sözleşmesinde yer alan kişilerin hak ve menfaatlerini korumak ve sigortacılık sektörünün güvenli ve istikrarlı bir ortamda etkin bir şekilde çalışmasını temin etmektir. Dolayısıyla sigorta eksperleri için getirilmiş olan bu hüküm mevzuatımızda düzenlenmiş olan diğer rekabet yasağı hükümlerinden amaç ve hükümlerin niteliği açısından farklı bir özellik taşımaktadır³⁶⁰.

M. Franchise Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı

Ülkemizde, herhangi bir dar ve teknik anlamda kanunda, genel olarak tüm franchise sözleşmelerini kapsayan bir tanım ve yine tüm franchise sözleşmelerinin hüküm ve sonuçlarını doğrudan ele alan bir düzenlemenin mevcut olmadığını söyleyebiliriz. Franchise sözleşmesi, bu bağlamda, dar ve teknik anlamda bir kanunda özel olarak tanımlanmamış ve doğrudan düzenlenmemiş olan bir karma sözleşmedir. Bu sözleşmeye, Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanabileceği gibi, bu Kanun'da düzenlenmiş vekalet, adi kira, hasılat kirası vb. iş görme ve kullandırma sözleşmelerine ilişkin özel hükümlerin kıyasen uygulanması da mümkündür. Ayrıca, Türk Sınai Mülkiyet Hukukuna ilişkin Kanun Hükmünde Kararnamelerin lisans sözleşmelerini kısmen düzenleyen hükümleri de franchise sözleşmelerinin lisansla ilgili kayıtları açısından uygulama alanı bulur. Ve elbette ki, bütün franchise sözleşmeleri, rekabeti sınırlayan kayıtları nedeniyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'a da tabidir³⁶¹.

Franchise sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmamış olmadıkça, franchise alanın sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra franchise veren ile rekabet etmeme borcu yoktur³⁶². Bununla birlikte, sözleşme ilişkisi ortadan kalktıktan sonra franchise alanın franchise

³⁶⁰ CAN, s.13.

³⁶¹ GÜRZUMAR, Berat, Osman, "Franchise Anlaşmaları Ve Rekabet Hukuku", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara Ekim 1999, s. 108.

³⁶² GÜRZUMAR, Franchise Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem" lerin Hukuken Korunması, Beta Basım, İstanbul 1995, s. 175-176.

sistemine ait know how ve pazarlama anlayışını kullanarak aynı çevrede ve aynı sektörde başka bir iş kurmasını önlemek ve böylece müşteri çevresini paylaşmamak amacıyla franchise verenler genellikle sözleşmeye, sözleşme sonrası rekabet yasağı şartı koymaktadırlar. Sözleşme sona erdikten sonra yürürlükte olacak bir rekabet yasağının kanuni sınırı, borçlar hukuku açısından Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20'nci maddeleri ile Rekabet Hukuku açısından Rekabet Kurumu'nun Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti'nin getirdiği kısıtlamalardır. Buna göre sözleşmede kararlaştırılan bu tür bir rekabet yasağı, yapmama borcunu üzerine alan sözleşme tarafının ekonomik varlığının temellerini tehlikeye sokarak, onun ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırdığı veya büyük oranda kısıtladığı ölçüde batıldır³⁶³.

Kuskuşuz franchise sisteminin isleyişı açısından zorunlu ve gerekli olan kısıtlamalar hoşgörü ile karşılanacak ve anlaşmanın grup muafiyetinden faydalanmasını engellemeyecektir. Ancak, rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması gerektiğı de unutulmamalıdır. Örnek olarak, franchise alana getirilen rekabet etmeme yasağı onun girişim özgürlüğünü ortadan kaldıracak nitelikte olmamalıdır. Aynı şekilde, franchise veren tarafından franchise alana bildirilen yeniden satış fiyatları, tavsiye niteliğinde olmalı, franchise alanın satış fiyatını belirleme özgürlüğünü ihlal etmemelidir. Franchise alana münhasır bölge tayin edilen durumlarda ise, franchise alanın aktif satışları kısıtlanabilirken pasif satışları kısıtlanmamalıdır³⁶⁴.

Tebliğde öngörülen sınırları aşan şekilde rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi durumunda, bu yükümlülüğü içeren anlaşma hükümleri anlaşmanın diğere bölümlerinden ayrılabilir ise, bu hükümler grup muafiyetinden yararlanamayacak, anlaşmanın kalan maddeleri ise grup muafiyetinden yararlanacaktır. Aksi halde yani rekabet etmeme yükümlülüğü içeren hükümlerin anlaşmanın diğere bölümlerinden ayrılabilmesi halinde, söz konusu franchise anlaşmasının tamamı grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Taraflarca kararlaştırılan rekabet etmeme yükümlülüğü franchise alana getirilmiş olabileceğı gibi, sözleşmede franchise veren için de rekabet etmeme yükümlülüğü kararlaştırılmış olabilir.

³⁶³ GÜRZUMAR, Franchise, s.175.

³⁶⁴ ayrıntılı bilgi için bkz. ARI, s. 179; aktif pasif satışlar için bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, "İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık Ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif Ve Pasif Satışlar", Rekabet Dergisi, S.18, Ankara 2004, s. 32 vd.

Dikey anlaşmalara ilişkin kılavuzda bir know-how devri genellikle, franchise anlaşmalarında olduğu gibi arz (tedarik) anlaşmasının süresi boyunca rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesini haklı gösterilebileceği, .Franchise alanın satın aldığı mal ve hizmetlerle ilgili olarak rekabet etmeme yükümlülüğü, bu yükümlülüğün franchise ağının ortak kimliğini ve prestijini korumak bakımından gerekli olduğu hallerde Kanun'un 4. maddesinin kapsamı dışında olacağı ve böyle bir durumda, rekabet etmeme şartının süresi de, franchise anlaşmasının süresini aşmadığı taktirde 4. madde kapsamında bir sorun yaratmayacağı belirtilmiştir.

Kurul'un vermiş olduğu bazı kararlar şöyledir:

Pilsa Kararında Kurul. Sözleşme ile getirilen 1 yıllık rekabet yasağını, tüketicilere yarar sağlaması ve teknik açıdan gelişmelere sebep olması açısından zorunlu olandan fazla kısıtlamadığı için kabul etmiştir. Konu ile ilgili olarak PILSA'nın üretici bayisi konumundaki Narin İnşaat Turizm San. ve Tic. Ltd. Şt. adına Temsilcisi tarafından başvuruda bulunularak, söz konusu sözleşmenin 2.4.4 maddesinde yer alan 1 yıllık rekabet etmeme yasağının 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. 1998/7 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında, franchise anlaşmalarında sürenin sona ermesinden sonra en fazla bir yıl süre ile franchise alan üzerine rekabet yasağı getirilmesine izin verilmiştir. Anılan Tebliğ hükmü çerçevesinde, franchise alan bir teşebbüs üzerine getirilen rekabet yasağına izin verilmesinin amacı, franchise verenin franchise alana aktardığı know-how ya da marka imajı gibi unsurların korunmasının sağlanmasıdır. Bu çerçevede, PILSA'nın da oluşturduğu sistemin franchise benzeri bir sistem olduğu dikkate alındığında, söz konusu 1 yıllık rekabet yasağının makul bir kısıtlama olduğu ve PILSA'nın üretici bayisi konumundaki Narin İnşaat Turizm San. Ve Tic. Ltd. Şt.'nin sözleşmenin 2.4.4 maddesinin iptaline yönelik başvurusunun kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu kararın karşı oy gerekçesinde ise, yasaklamanın anlaşma konusu mal ya da hizmetle ilgili bulunması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da toprakla sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için "zorunlu" olması, koşuluyla alıcıya anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı asmamak kaydıyla rekabet yasağı getirilebileceği

öngörüldüğü, dosya konusu bayilik anlaşmasında alıcıya know-how devredileceğine dair bir tespit olmadığı gibi, know-how söz konusu olsa bile bunu korumak için rekabet yasağı getirilmesinin “zorunlu” olduğuna dair bir tespit de mevcut olmadığı, bu tespitler yapılmış olsaydı dahi, bu defa rekabet yasağının, her bir bayi için, anlaşma süresince faaliyette bulunduğu tesis ya da toprakla sınırlı olması gerektiği belirtilerek rekabet yasağının bu şartlara uygun olmadığı belirtilmiştir³⁶⁵.

Rekabet Kurulu **Mc Donald's** kararında sözleşme sırasında ve sonrasında getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün 2002/2 sayılı Tebliğ ile getirilen grup muafiyetinin kapsamı dışında kaldığını ifade ettikten sonra, sözleşmeye şu gerekçelerle bireysel muafiyet tanımıştır: “Tebliğ’in 5’inci maddesine göre süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğüne grup muafiyeti tanınmamaktadır. Bu bağlamda, sözleşmede tanınan ve franchise alana getirilen sözleşme süresi olan 20 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü grup muafiyeti kapsamı dışındadır. Sözleşmede ayrıca franchise alana sözleşmenin bitiminden itibaren 12 aylık rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu hususta; 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5’inci maddesinin (b) bendi uyarınca, genel olarak anlaşmanın bitiminden sonraki dönem için franchise alana rekabet etmeme yükümlülüğü getirmek mümkün olmamakla birlikte, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal veya hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve franchise veren tarafından franchise alana devredilen know how’ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, franchise alana, anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı asmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmektedir. Sözleşme bu koşullar açısından değerlendirildiğinde öncelikle söz konusu rekabet yasağının anlaşma konusu mal ve hizmetlerle rekabet halinde olan mal ve hizmetlerle sınırlı olduğu görülmektedir. Üstelik sistemin kendisinin yoğun bir know how aktarımı içerdiği dikkate alındığında bir yıl süreyle getirilen rekabet yasağının makul olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak söz konusu rekabet yasağı alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olmalıdır. Bu hüküm ise mevcut haliyle Tebliğ’in ilgili maddesi ile uyumlu değildir. Ancak söz konusu iki hükmün 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu olmaması, her iki hükmün bireysel muafiyet kapsamında değerlendirilmesine engel oluşturmamaktadır.

³⁶⁵ 2002-1-51 Karar Sayısı: 02-36/399-167 Karar Tarihi: 6.6.2002 Kararın tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr.

(...) Lisans anlaşmasının ilgili hükümleri incelendiğinde, sözleşmenin 1'inci maddesinin (c) bendinde franchise alanların ilk 3 yılda (...) restoran açacaklarının hükme bağlandığı görülmektedir. Bu hüküm dolayısıyla, açılacak yeni restoranlar ile markalar arası rekabetin artacağı, bu artan rekabetten tüketicilerin de olumlu etkileneceği açıktır. Ayrıca aktarılan know how ile de fast food hizmetinin sunulmasında etkinlik yaratılacaktır. Bu bağlamda, incelemeye konu olan ana lisans anlaşması Kanun'un 5'inci maddesinin her iki olumlu koşulunu da sağlamaktadır. Kanun'un 5'inci maddesindeki ilk olumsuz koşul, (c) bendindeki ilgili piyasanın önemli bölümünde rekabetin ortadan kalkmamasıdır. Tablo 3'te fast food pazar yapısına ilişkin bilgiler bulunmaktadır. (...) Tablodan da görüldüğü üzere Mc Donald's'ın pazar payı son üç yıl içinde % (...) 'lar civarında seyretmiştir. Araştırmaya konu olan restoranların H.1.1'de yapılan ilgili ürün pazarı tanımının içinde kalan tüm restoranları kapsamadığı ve McDonald's'ın geleneksel olarak ağırlıklı olduğu üç büyük ilde yapıldığı da dikkate alındığında, Mc Donald's'ın gerçek payının % (...) 'un daha altında olduğu söylenebilir. İlgili ürün pazarında Mc Donald's'dan sonraki en büyük paya sahip zincirin (.....) olduğu, pazarın kalanınınsa her biri % (...) 'in altında paya sahip küçük zincirler ve diğer restoranlar arasında paylaşıldığı görülmektedir. Bu itibarla, fast food restoran pazarının rekabetçi bir yapıda olduğu açıktır. Kanun'un 5'inci maddesinin (d) bendindeki son şart, (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için, yani üretimin, dağıtımın gelişmesi ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması için zorunlu olandan fazla oranda rekabetin sınırlanmamasıdır. Sözleşme ile franchise alanlara sözleşme süresi boyunca (20 yıl), sözleşme bitiminden sonra da 1 yıl rekabet yasağı getirilmektedir. Sözleşme süresi boyunca ve bitiminden itibaren 1 yıl süre ile rekabet yasağı uygulamasının Mc Donald's restoran sisteminin korunması ve geliştirilmesi için önemli olduğu açıktır. 2002/2 sayılı Tebliğ ile en fazla 5 yıllık rekabet yasağı getirilmesi ile korunan amaç piyasanın rakip firmalara kapatılmasının önüne geçilmesidir. Fast food pazarında oldukça yoğun rekabetin olması, rakip firmaların (Burger King gibi) tüketicilere ulaşmak için franchise alan teşebbüslerin restoranlarına ihtiyaç duymamaları, söz konusu kapatma etkisinin bu pazarda geçerli olmadığını

göstermektedir. Dolayısıyla, sözleşme süresi boyunca ve sözleşme bitiminden sonraki 1 yıllık rekabet yasağı gereğinden fazla bir rekabet sınırlaması yaratmayacaktır”³⁶⁶.

Rekabet Kurulu **Starbucks** kararında franchise alana getirilen sözleşme sonrası rekabet yükümlülüğünü şu şekilde değerlendirmiştir: “Bildirim konusu “Bölge Geliştirme ve İşletme Sözleşmesi”nde dikkat çeken bir diğer husus, sözleşmenin sona ermesi ya da feshinden sonraki dönem için Shaya’ya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğüdür. Anılan sözleşmenin, “Rekabet Etmeme Taahhüdü” başlıklı 20.6’ncı maddesine aşağıda yer verilmektedir: “İşbu sözleşmenin sona ermesi ya da feshi üzerine, sona erme ya da feshin yürürlüğe giriş tarihini ya da işbu Madde 20.6 ile bağlı tüm kişilerin işbu Madde 20.6 hükümlerine tam olarak riayet etmeye başladığı tarihi (bunlardan daha sonra vuku bulanı geçerli olmak şartıyla) izleyen bir (1) yıl boyunca, gerek Geliştirici, gerekse Bağlı Kuruluşları, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak: (a) Geliştirme Bölgesi içinde bulunan ya da yürütülen bir Rakip Faaliyette doğrudan doğruya veya dolaylı olarak herhangi bir mülkiyet hissesine sahip olmayacak veya bu tür bir faaliyette mali ya da sair bir destek sağlamayacak; ya da (b) Geliştirme Bölgesi içinde bulunan ya da yürütülen herhangi bir Rakip Faaliyette yönetim kurulu üyesi, müdür, memur, personel, danışman, temsilci veya vekil olarak veya sair bir sıfatla hizmet vermeyecektir.” Görüldüğü üzere, Shaya’ya sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönem için 1 yıl boyunca, ‘Geliştirme Bölgesi’ olarak ifade edilen ve sözleşmenin “Tanımlar” kısmında Türkiye Cumhuriyeti’ni ifade ettiği belirtilen bölgede rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir. (...) Anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal veya hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve franchise veren tarafından franchise alana devredilen know how’ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, franchise alana, anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebildiği hükme bağlanmıştır. Başvuru konusu sözleşmenin, yukarıda yer verilen 20.6’ncı maddesinin bu üç koşul bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu maddede, Shaya’ya, sadece “Rakip Faaliyetler” olarak tanımlanan alanlar bakımından rekabet etmeme yükümlülüğünün

³⁶⁶ RKK, 05-53/811-221 sayılı ve 01.09.2005 tarihli karar (karar tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1331.pdf>).

getirildiği görülmektedir. Anılan sözleşmenin “Tanımlar” bölümünde “Rakip Faaliyetler”, genel olarak, perakende alanında toplam gelirin %15 ya da daha fazlasını, toptan satışlarda toplam gelirin %5 ya da daha fazlasını kahve, kahveyle ilişkili içecek veya kahve öğütücüsü ya da filtreleri gibi kahve yapma malzemesi satışlarından elde eden işler olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, Shaya’ya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü Tebliğ’de belirtilen ilk koşulu sağlamaktadır. Sözleşme süresince Starbucks Mağazalarının ortak kimliğine uygun olarak işletilmesini sağlamak amacıyla Shaya’ya, genel olarak ürünlerin işlenmesi, imali ya da bunlarla ilgili hizmetlerin yerine getirilmesi hakkında teknik bilgiler, yöntemler, formüller ve bilgi birikimi aktarılmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme ile know how devri gerçekleştiği ve Tebliğ’de belirtilen ikinci koşulun da sağlandığı anlaşılmaktadır. Ancak, alıcıya sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönemde rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmesine imkan tanıyan son koşul bakımından durum farklıdır. İnceleme konusu sözleşme ile, Shaya’ya sadece Starbucks Mağazalarının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi bakımından değil, tüm Türkiye dahilinde rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir. Dolayısıyla, sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğünün, bölge bakımından 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumsuz olması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanması mümkün değildir”³⁶⁷.

Rekabet Kurulu **Arçelik** kararında “Model Mağaza İşletme Sözleşmesi”ni franchise sözleşmesi olarak nitelendirdikten sonra kamuya mal olmamış know how’ın kullanılması ve açıklanmasının süresiz olarak yasaklanabileceğini ifade etmiştir³⁶⁸.

N. Lisans Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı

Lisans alanın lisans konusu ürüne rakip malları üretmemesi ya da satmaması ile ilgili sözleşme yükümlülükleridir. Rekabet etmeme yasağı genellikle lisans konusu korunan hakkın varlığından çıkan hak olarak görülmemekte ve buna ilişkin şartlar Rekabet Hukukunun getirdiği yasaklar içinde değerlendirilmektedir³⁶⁹. Lisans veren

³⁶⁷ RKK, 04- 26/286-64 sayılı ve 15.04.2004 tarihli karar (karar tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar804.pdf>).

³⁶⁸ RKK, 02-02/17-2 sayılı ve 15.01.2002 tarihli karar (karar tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar327.pdf>).

³⁶⁹ ÖZDEMİR, Oktay, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta Basım, İstanbul 2002, s. 230.

lisans sözleşmesiyle, sözleşme konusu patent ve knowhow'ını geliştirirken yapmış olduğu yatırım harcamasının karşılığını lisans alanın rekabetçi varlıkları ve kaynakları sayesinde geri almayı hedeflemektedir. Bu sebeple, sözleşme süresince lisans alanın rakip faaliyetlere yoğunlaşarak lisanstan beklenen faydaları azaltmayacağı garantisini aramaktadır³⁷⁰.

Beck's anlaşmasında, "Beck'in yazılı onayını almadan Efesin anlaşma süresince Beck's birasının benzer tipinde herhangi bir diğer Avrupa birasını üretmesi, ithal etmesi, dağıtması, satması ya da bunlarla ilgili yatırımlarda bulunmasını" yasaklayan hükmü bu çerçevede değerlendirilmiştir. Bu tür yasakların, RKHK'nun 4. maddesini ihlal ettiğine, rekabeti sınırlayıcı ve anlaşmayı menfi tespit belgesi almaktan alıkoyan bir yükümlülük olduğuna karar verilmiştir. Bununla birlikte Kurul, yine bu kararlarda rekabet etme yasağının bazı koşullar altında yarattığı; yeni bir markanın piyasaya girebilmesini, yeni ürününün pazarda tutunabilmesini sağlaması gibi etkinlikler sebebiyle, belirli bir süre için, 4. madde uygulamasından muaf tutulabileceğine hükmetmiştir. Beck's kararı ile Nine West Group Inc. ve Park Bravo Dış Ticaret A.S. arasında yapılan "Dağıtım ve Lisans Anlaşması"na menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebinde, sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönem için lisans alana rekabet etme yasağı getiren hükümler de rekabet ihlali olarak kabul edilmiştir. Ancak 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalar Hakkındaki Tebliğ'in 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; üç koşulun varlığı halinde buna izin verilebileceği ifade edilmiştir. Bu koşullar; anlaşma konusu mal ya da hizmetlerin rakip olması, yasaklamanın anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması, aktarılan know how'ın korunması için zorunlu olmasıdır³⁷¹.

Kurul, Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayii A.S. ile Carlton and United Beverages Limited ve Foster's Group Limited arasında imzalanan Foster's markalı bira üretimi ve dağıtımına dair inhisarı marka lisansı anlaşması hakkında verdiği kararda³⁷² da rekabet etmeme yükümlülüğünü incelemiştir. Kurul, bu kararda inceleme konusu anlaşmanın RKHK'nun 5. maddesi uyarınca muafiyetten yararlanabilmesi için içerdiği

³⁷⁰ ANGI, Gözlükaya, Fatma, "Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması", Rekabet Dergisi, S.23, s. 18.

³⁷¹ ANGI, s. 19.

³⁷² 31.3.2005 tarih, 05-20/234-69 sayılı karar.

rekabet etmeme yükümlülükleri ile ilgili bazı koşulların uygulanmasını zorunlu tutmuştur. Anılan lisans sözleşmesinde, Foster's Grubu'nun Türkiye'de Foster's dışında başka bir bira türünü satmayı düşündüğünde öncelikle bu işi Efes'e teklif edeceği, anlaşma sağlanamazsa ancak o zaman başka bir teşebbüse teklif götürebileceği düzenlenmiştir. Efes'e tanınan bu öncelik hakkı, Foster's Grubu ile Efes arasında kurulacak sıkı ticari ilişkinin ve sözleşme süresince teşebbüslere getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün bir neticesidir. Bununla birlikte, Foster's Grubu'nun Efes'e götürdüğü teklifin Efes tarafından kabul edilmemesi durumunda, Foster's Grubu'nun başka bir teşebbüse sunduğu teklifin Efes'e sunulan tekliften daha avantajlı olmayacağı da sözleşmede düzenlenmektedir. Böylece, Efes, Foster's Grubu'nun Foster's haricinde başka bir birayı, Efes dışındaki bir kanalla, Türkiye pazarına sunmasını önemli ölçüde engelleyebilme olanağını elde etmektedir. Söz konusu düzenlemenin, bildirim konusu anlaşmadan beklenen faydanın sağlanabilmesi için zorunlu olandan daha fazla rekabeti kısıtlayıcı olduğu sonucuna ulaşılmıştır³⁷³.

Kurul, Bimaş'ın kuruluş sözleşmesine ilişkin muafiyet/menfi tespit talebiyle ilgili olarak; sözleşmeye, sözleşmenin rekabet yasağı başlıklı 34. maddesinin sözleşmeden çıkarılması ve fiilen uygulanmaması şartıyla muafiyet verilebileceğine karar vermiştir³⁷⁴.

Nitekim, **Pınar Süt** (Sodima)³⁷⁵ kararında Kurul, uzun süreli rekabet etme yasaklarının rekabet üzerinde olumsuz etkiler doğurabileceğini belirttikten sonra yeni bir markanın piyasaya girebilmesi ve yeni ürününün pazarda tutunabilmesi amacıyla lisans alanın belirli bir süre rakip ürünler ile ilgili faaliyetlerde bulunmama yükümlülüğü altına sokulabileceğine karar vermiştir.

³⁷³ ANGI, s. 20

³⁷⁴ Bu kararın yerinde olmadığını savunan yazar, sözleşmenin, sadece "rekabet yasağı" başlıklı maddesinin çıkarılarak hükmün uygulanmaması şartına bağlı olarak, 4054 sayılı Kanun m. 5'teki şartları taşır hale geldiğinin kabul edilmesi ve böylece sözleşmeye muafiyet tanınması eleştirilmesi gerektiğini belirterek, m. 5 ile getirilmiş olan muafiyet sisteminin esasen m. 4 kapsamındaki anlaşmalara uygulanabilmesi için söz konusu anlaşmanın bu maddede dört bent halinde sayılmış olan koşulların tümünü taşıması gerekmektedir. Söz konusu sözleşmede ise, sözü edilen rekabet yasağı maddesinin çıkarılması halinde bile özellikle rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması şartının gerçekleşmesinin kesinlikle mümkün olmadığı ve ilgili piyasada teşebbüsler açısından herhangi bir etkinliğin sağlanmadığı, her ne kadar Kurul böylece sözleşmenin amacını ve anlamını yitireceğini varsayarak bu yaklaşımı sergilemiş olsa da, bir anlaşmanın kendisi ile uygulamasını birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesinin sağlıklı sonuçlar doğurmayacağı kanaatindedir (GEÇGİL, Ali, Bayram, Medya Piyasalarında Hukuki Düzenlemeler Ve Rekabet Hukuku Uygulamaları, Rekabet Kurumu, Ankara 2005, s.64,65).

³⁷⁵ 04-46/594-145 sayılı 08-07-2004 Tarihli karar. Kararın tam metni için bkz: www.rekabet.gov.tr.

III. DİĞER REKABET YASAKLARI

Yukarıda anlatılan rekabet yasakları dışında taraflar kendi aralarında sözleşme özgürlüğü çerçevesinde farklı sözleşmeler yapabilirler. Rekabet etmeme yükümlülüklerine ek olarak, yan sınırlama olarak geçerliliği incelenmek üzere Rekabet Kurulu'nun önüne, rekabeti sınırlayan nitelikte, personel istihdam etmeme yükümlülüğüne³⁷⁶, sır saklama yükümlülüğüne, üretime³⁷⁷ ve münhasır lisans devrine³⁷⁸ ilişkin anlaşmalar da gelmiştir. Kurul, bunları da rekabet yasaklarıyla aynı ölçütler çerçevesinde değerlendirerek, somut olayın koşullarına göre, bunların da geçerli birer yan sınırlama teşkil edebileceğine hükmetmiştir³⁷⁹.

A. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Hukuk düzeni iki özgürlük, sözleşme serbestisi (Ay. m. 48/1, BK m. 19/1) ve teşebbüs hürriyeti (Ay. m. 48) arasındaki çatışan ilişkileri törpülemek suretiyle, taraflar için menfaatleri dengeleyici bir rol üstlenir. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin temelini irade özerkliği doktrini oluşturmaktadır. İrade özerkliği, ilk olarak devletin sosyal hayattaki koruyucu politikalarına karşı ortaya atılmış, yaşamın her alanında özgürlüğü savunan bir hareket olarak ortaya çıkmış daha sonra hukuksal boyut kazanmıştır³⁸⁰.

³⁷⁶ Yönetici Hissedarlar ve Kalan Hissedarlar'ın hiçbir, kapanış tarihinden önceki altı ay içinde herhangi bir zamanda Şirket'te kalifiye bir iste veya yönetici kadrosunda çalışmış bulunan herhangi bir Kişi'yi, Tamamlanma Tarihi'nde veya daha önce, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, Şirket'ten ayrılmaya teşvik etmeyecek veya böyle bir kimseye is teklif etmeyecek, bu kişiyi istihdam etmeyecek, herhangi bir hizmet sözleşmesi teklif etmeyecek veya böyle bir hizmet sözleşmesi akdetmeyecektir." Şeklindeki sınırlamaya Kurul; Devralan konumundaki teşebbüslere getirilen rekabet etmeme yükümlülükleri (rekabet yasağı) yan sınırlama olarak değerlendirilebilecek kısıtlamaların başında gelmektedir. Bunun yanı sıra, rakip teşebbüslere ortak olmama, devredilen şirketin müşterilerini çekmeme, personelinin istihdam etmeme ve ticari bilgilerin gizli tutulması gibi yükümlülükler de yan sınırlama olarak değerlendirilebilmektedir" şeklinde açıklama yaparak kabul etmiştir (03-45/519-230 Sayılı Rekabet Kurulu Kararı. Kararın tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr).

³⁷⁷ Bkz. 11.12.2003 tarih ve 03-78/954-395 sayılı Pfizer Animal Health S.A./Bayer A.G. kararı (RG. 03.04.2004, S. 25422). Olayda, arzın devamının sağlanabilmesi ve Pfizer'ın, Bayer'den devraldığı varlıkları tam değeri ile iktisap edebilmesi için gerekli görülün; süresi 36 aya kadar uzayabilecek ve Kurul tarafından, "bir mal veya hizmetin, ana firma tarafından ilişkide bulunduğu yan firmaya, ana firma adına sipariş verilmesi ve yan firmanın da istenen şartlara uygun mal ve hizmet üretmesi" biçiminde tanımlanan bir "fason üretim sözleşmesi", geçerli bir yan sınırlama olarak kabul edilmiştir.

³⁷⁸ Bkz. Rekabet Kurulu'nun Coşkunöz Holding A.Ş./DS Beteiligungs GmbH. kararı (Karar No. 03-58/674-307, www.rekabet.gov.tr). Sözleşme maddesinde öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğü hissedarlığın devamı müddetince ve hissedarlığın sona ermesinden itibaren 2 yıllık bir süre için geçerlidir. Kurul münhasır lisans verilmesine ilişkin düzenlemenin yoğunlaşma işleminin yürütülmesi için doğrudan ilgili ve gerekli olması nedeniyle yan kısıtlama niteliğinde olduğu kanaatine varmıştır.

³⁷⁹ ERDEM, s. 130.

³⁸⁰ KÜÇÜKYALÇIN, Arzu, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması", AÜHFD, 2004, C. 53, S. 4, s. 105.

Sözleşme özgürlüğü liberalizmin ve bireyciliğin dayandığı irade özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Hem 1961 Anayasası (m.40) hem de 1982 Anayasasında (m.48) sözleşme özgürlüğü prensibine, anayasal bir hak olarak fakat temel haklar içerisinde değil, ekonomik ve sosyal haklar içerisinde yer verilmiştir. Anayasamızın 48/I. maddesi uyarınca herkes dilediği alanda çalışma, sözleşme yapma ve özel teşebbüsler kurma özgürlüğüne sahiptir. Aynı şekilde BK'nın 19/I. maddesine göre, bir sözleşmenin konusu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde, serbestçe tayin olunabilir. BK 19/II ve 20/I maddelerinde ise, bir akdin konusunun imkânsız, hukuka, kişilik haklarına ve ahlâka aykırı olamayacağı belirtilerek, sözleşme hürriyetinin sınırları belirlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin Almanca metni, BK'nın 20. maddesinden farklı olarak sadece konusu ahlâka aykırı akitlerin değil, daha geniş bir ifade ile "ahlâka aykırı akitlerin" bâtil olacağını belirtmektedir. BK'nın 20. maddesi de Türk doktrininde, kanunun ruhuna uygun düştüğü için haklı olarak böyle yorumlanmaktadır³⁸¹.

Hukuk araştırmalarında sık sık bahsedilen iradenin özerkliği ilkesinin Borçlar Hukuku alanında bir uygulamasını sözleşme yapma alanında görüyoruz. Borçlar Kanunumuz bireylerin iradesine geniş ölçüde yer vererek, onları diledikleri gibi sözleşmeler yapmaları bakımından serbest bırakmıştır. İşte tarafların sözleşmeyi yapıp yapmamakta yani onu meydana getirip getirmemek, karşı sözleşeni (akidi) istediği gibi seçmek, sözleşmeyi diledikleri içerik (konu) ve şekilde yapmak veya yaptıkları sözleşmeyi değiştirmek ve ortadan kaldırmak hususundaki serbestilerine "sözleşme (yapma) serbestisi denilmektedir³⁸².

Hukuk kuralları bir yandan kişilere, davranış ve eylem özgürlüğü tanır, diğer yandan da bu özgürlüğün sınırlarını belirterek, sınırlara uyulmasını, bu sınırların gözetilmesini düzenler. Bu cümleden olmak üzere, Anayasamızın 48. maddesinde "Çalışma ve sözleşme hürriyetine" yer verilmiş ve 13. maddede ise bu hürriyetlerin sınırlanması düzenlenmiştir. Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve

³⁸¹ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz, İstanbul 2006, s. 76; HATEMİ, Hüseyin, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle BK. m. 65 Kuralı, İstanbul 1976, s. 83 vd.

³⁸² İNAN, (Bankacılar), s. 35, 36.

ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Doktrinde sözleşme özgürlüğünün çeşitli tanımları yapılmıştır. Bugün yaygın kabul gören tanıma göre sözleşme özgürlüğü, fertlerin özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisidir³⁸³.

Liberal hukuk düzeninde sözleşme özgürlüğü temel ilke olup, bu özgürlüğe getirilen sınırlamalar istisnai niteliktedir³⁸⁴. İrade özerkliği, fertlerin özel hukuk ilişkilerini kendi özgür iradelerine göre bizzat düzenleme yetkisini ifade etmektedir. İrade özerkliği, felsefi, ahlaki ve ekonomik temellere dayanmaktadır. Bireysel ve kişisel menfaat ekonomik hayatın itici gücüdür. Devletin teşebbüs iradesini her türlü engelden arındırması ve serbest rekabeti sağlaması, ancak irade özerkliğine dayalı piyasa ekonomisiyle mümkün olmaktadır³⁸⁵. Doktrinde sözleşme özgürlüğünün çeşitli tanımları yapılmış olmakla birlikte, hakim görüşe göre, fertlerin özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisine sözleşme özgürlüğü adı verilmektedir³⁸⁶. Sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüklerini kapsamaktadır³⁸⁷. Sözleşmenin içeriğini düzenleme serbestisi uyarınca taraflar, sözleşmenin tipini, sözleşmenin içeriğini, edimlerin miktarını, konu ve içeriğini, süre ve tarzını serbestçe tayin edebilirler³⁸⁸.

Sözleşme serbestisi kişinin istediği konuda devletin müdahalesi olmaksızın sözleşme yapabilme imkanını ihtiva eder. Bu serbestlik; sözleşme konusu, kanunların emredici hükümlerine, kamu düzenine, genel ahlak ve adaba, şahsiyet haklarına aykırı olmadığı müddetçe sınırsızdır (BK m. 19/2). Rekabet yasağı sözleşmesiyle işçi, işverene karşı iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamayı yükümlenmektedir. Fakat bu yükümlülük işçinin iktisadi istikbalini tehlikeye sokacak derecede yer, zaman ve işin

³⁸³ SAYHAN, s. 9.

³⁸⁴ BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, s. 17.

³⁸⁵ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 1994, s.276.

³⁸⁶ KARAHASAN, Reşit Mustafa, Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 1992, s. 276.

³⁸⁷ EREN, s. 279.

³⁸⁸ EREN, s. 293

nevi bakımından hakkaniyet sınırlarını aşacak derecede kararlaştırılmaz (BK m. 349). Bu sınırı aşan rekabet yasağı şartı, hakim tarafından kanuni sınırlara indirilebileceği gibi hal ve şartlara göre tamamen de kaldırılabilir³⁸⁹.

“Sözleşme serbestisi” ilkesine kanundan kaynaklanan istisnalar getirilebileceği gibi daha önceden verilmiş olan bir taahhülden kaynaklanan istisnalar da getirilebilir. “Zorunlu unsur” (essential facilities) kavramı Borçlar Hukukunda yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile, Rekabet Hukukundaki; piyasalarda etkin bir rekabet ortamının sağlanması ve sürdürülebilmesi, iktisadi etkinliğin sağlanması amacıyla piyasalara yapılan müdahalenin kesiştiği noktada bulunan bir kavramdır. Rekabet Hukuku açısından “zorunlu unsur” kavramının önemi, kabulü halinde teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesidir³⁹⁰.

B. Sözleşme Yapma Hürriyeti

Borçlar Hukuku’nda kural, sözleşme yapma hürriyeti ve buna bağlı olarak da ferdin dilediği sözleşmeyi herhangi bir dış baskıya maruz kalmadan yapabilmesidir. Ancak kural bu olmakla birlikte bu hürriyetin kanundan ve hukuki işlemde doğan bir takım sınırlamaları (sözleşme yapma mecburiyeti) vardır. Miras sözleşmesi yapma mecburiyeti, müşterek mülkiyet durumunda taksim sözleşmesi ve elektrik dağıtım şirketlerinin vatandaş ile bu maddeleri sağlama yönünde yaptıkları abonelik sözleşmesi kanundan doğan sözleşme yapma mecburiyeti doğuran hallerden bazılarıdır³⁹¹.

C. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü

Kural olarak herkesin sözleşme ilişkisini kurmak istediği kişiyi seçebilme hürriyetinin ifadesidir. Bir başka deyişle, hiç kimse istemediği bir kişiyle sözleşme yapmak zorunda değildir ve bu durum sözleşmenin tarafları için karşılıklıdır. Sözleşme yapma özgürlüğüne bizim hukuk sistemimiz içinde getirilen belli başlı sınırlar “kişi ya

³⁸⁹ KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku : Genel Hükümler, Öğreti Yargı Kararları İlgili Mevzuat, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 267.

³⁹⁰ zorunlu unsur kavramı hakkında bilgi için GÜVEN, Pelin, “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Haziran 2004, s.3 vd.; TEKDEMİR, Yaşar, AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu Ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü Ya Da Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.

³⁹¹ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 52, 53.

da kurumun iznine tabi tutulan hukuki işlemler” ile “sözleşme yapma mecburiyeti hallerinde” kendisini göstermektedir.

D. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Hürriyeti

Sözleşme özgürlüğüne bağlı diğer kısmi özgürlük olan şekil özgürlüğü prensibi ise, kanun veya taraf iradeleriyle (BK m. 16/I) özel bir şekle tabi tutulmadıkları müddetçe şekil serbestliği ilkesinin var olduğunu (BK m. 11/I) yani şeklin sözleşmeler için bir geçerlilik şartı olmadığını ifade eder. Gerçekten de, usul hukuku bakımından ispat meselesi bir yana bırakıldığında, belli bir hukuki işleme yönelik tarafların, iradelerini ortaya koyarken kural olarak, şekle tabi olup olmamayı özgürce seçebilme hakları vardır. Ancak bu özgürlük de sınırsız ve mutlak bir özgürlüğün ifadesi değildir ve bazı hukuki işlemler, gerek geçerlilik, gerekse ispat yönünden kanun koyucu ya da bizzat taraflarca şekil şartına bağlanabilir³⁹².

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da anlaşmanın kuruluşu ve şekli konusunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle Rekabet Hukuku anlamında anlaşma kavramının kuruluş ve şekli için genel hükümlere yani Borçlar Hukuku hükümlerine bakmamız gerekmektedir. BK md. 1 hükmüne göre “iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur. Rızanın beyanı sarih olabileceği gibi zımni dahi olabilir”.

E. Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Hürriyeti

Sözleşme hukukuna ve özgürlüğe temel olan “düzenleme özgürlüğü” ise öncelikle “sözleşmenin içeriğini belirleme” özgürlüğünü kapsar. Aslında en temel anlamıyla, sözleşme özgürlüğünün taraflara sağladığı da bu; yani, iradelerinin konusunu belirleyebilme imkânıdır. Bu özgürlük tarafların, sözleşme içinde bulunması doğal kabul edilen her şeyi, sözleşmeye dâhil edebilmelerini ifade eder.

³⁹² ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2006, s. 80.

F. Sözleşmenin Tipini Belirleme Özgürlüğü

Kişilerin sözleşmenin içeriğini düzenlemekte özgür olmaları, tip serbestisi olarak da ifade edilmektedir. Buna göre tarafların, istedikleri içerik veya tipte, kanunun düzenlediği (tipik) veya düzenlemediği (isimsiz - atipik) her türlü sözleşmeyi yasal sınırlamalara aykırı düşmemek şartıyla- bağitlaması mümkündür³⁹³. İsimli sözleşmeler, karma³⁹⁴ ve kendine özgü (*sui generis*) sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılırlar.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile getirilmiş olan düzenleme serbestisi sınırlamasının kapsamı, borçlar hukukundaki düzenleme serbestisine getirilen sınırlamalardan daha geniştir. Çünkü borçlar hukukunda sadece sözleşmeler için getirilmiş bir sınırlamadan bahsedilirken, RKHK 4. maddesinde teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasak olduğu ifade edilmiştir. Rekabet hukukundaki bu anlaşma terimi de geniş yorumlanmaktadır. Bu geniş yorumun içine centilmenlik anlaşmaları, karşılıklı niyet açıklamaları, taahhütler, müşterek beyanlar ve yine bu çerçevede teşebbüsler arasındaki ekonomik özgürlükleri sınırlandıran, karşılıklı görüş bildiren, taahhütler içeren, hukuken bağlayıcı veya olmayan her davranışlar girmektedir³⁹⁵.

G. Sözleşmeyi Değiştirme ve Ortadan Kaldırma Özgürlüğü

Sözleşmeyi sona erdirme serbestisi, tarafların sözleşme yapma, şeklini belirleme ve muhtevasını tayin etme serbestisine dayanarak yaptıkları sözleşmeyi diledikleri zaman anlaşmak suretiyle veya tek taraflı olarak ortadan kaldırebilmeleri yetkisidir. İrade hürriyetinin bir sonucu olarak, fert, hiçbir suretle, menfaati yoksa yapmış olduğu bir sözleşme ile bağlı kalmak zorunda değildir. Sona erdirme serbestisi, sözleşme yapıp yapmama serbestisinin tabii sonucudur. Nasıl ki fert hür irade ile sözleşmemeyi dilediği şekil ve muhtevada yapmaya karar vermişse, dilediği zaman da

³⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku : Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008

³⁹⁴ Karma sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 11 vd.

³⁹⁵ ÜNAL, Akın, "Rekabet Hukukunun Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğüne Müdahalesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VII, s. 8.

ortadan kaldırmaya karar verebilmelidir. Ancak, sona erdiren taraf, bunu hukuki sonuçlarına katlanmak zorundadır³⁹⁶.

Sözleşmeyi değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlüğü ile daha önceden kurulan sözleşmelerde değişiklik yapmak ya da aralarındaki ilişkiye son verme imkânı taraflara sağlanır. Bu bağlamda düzenleme özgürlüğünün sınırlarını Medeni Kanun'un 23. ve Borçlar Kanunu'nun 19 ile 20. maddeleri ortaya koyar. Böylece taraflar arasında kurulan sözleşmenin içeriği hukuka, kamu düzenine, genel ahlâk kurallarına ve kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız olamayacaktır. Dürüstlük kuralları ile aslında, dürüst, makul, davranışlarının sonucunu bilen, orta zekalı insan davranışı temel alınarak; bu kişiye ait hareket tarzı objektif ve genel bir hukuk ilkesi haline getirilmeye başlanmıştır. Dürüstlük kurallarına paralel olarak MK m. 2 hükmünün ikinci fıkrasında ise, yine temelini Roma hukukunda hakkı kötüye kullanılan kişiye tanınan hile def'inden alan "hakkın kötüye kullanımı yasağı" düzenlenmektedir. Türk ve İsviçre hukukuna göre kavram, kişiye hukuken tanınan bir hakkın, açıkça dürüstlük kurallarına aykırı kullanılması sonucunda bir başkasına zarar vermesi ya da zarar verme tehlikesi yaratması durumlarında ortaya çıkan üstün ve genel bir hukuk ilkesidir. Dürüstlük kurallarıyla birbirini tamamlayan hakkın kötüye kullanımının varlığı, genel olarak bir hakkın amacı dışında kullanıldığı, bu kullanımdan hak sahibinin hiç menfaatinin bulunmadığı ya da çok az menfaatinin bulunduğu hallerde söz konusu olur. Ancak sözleşme özgürlüğü bakımından kuralların yeri incelenirken dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Özgürlüğün sınırını ortaya koyan BK m. 19 ve m. 20 düzenlemeleri bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan "geçerlilik şartlarını" düzenler. Oysa MK m. 2 hükmünde yer bulan dürüstlük kuralları ise, sözleşmeye ait bir geçerlilik şartı değil; tarafların hak ve borçlarının kapsamını belirlemede, sözleşmenin yorumlanmasında, tamamlanmasında ve güven ilişkisinin anlam bulmasında ihtiyaç duyulan bir ilkedir. Bu sebeple sadece taraflar arasında kurulmak istenilen sözleşme ilişkisi içinde yer almazlar; aynı zamanda bu hukuki ilişkiden ayrı olarak taraflar arasında güven ilişkisine dayalı bağımsız bir borç ilişkisi de yaratırlar. İşte bu ikinci hukuki bağ sözleşmeden, hatta sözleşmenin geçersizliğinden ayrı ve bağımsız bir varlık

³⁹⁶ SÜMER, Binnur, İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 1992, s. 19, 20.

gösterebilir³⁹⁷. Bu sebeple sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanmasında dürüstlük kuralları esas alınırken, içerik denetiminde hakkın kötüye kullanımı temel alınmaktadır³⁹⁸.

H. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları

Akitlerin toplum düzenine ve yararına aykırı hükümleri açısından bir takım kısıtlara tabi kılınarak böylelikle sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması gerektiği şüphesizdir. Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırma yöntemlerine bakılarak, hukuk düzenleri ve dayandıkları iktisadi doktrinler hakkında genel değerlendirmeler yapmak mümkündür³⁹⁹.

Sanayileşmenin hızla geliştiği devrede sözleşme serbestisi ilkesinin uygulanmasının bazı faydaları olmuştur. Ancak bunun yanında bir takım sakıncaları da ortaya çıkmıştır. İktisadi açıdan kuvvetli olan işveren taraf, çok geniş sözleşme serbestisine dayanarak iktisadi açıdan zayıf olan işçiyi istismar etmeye başlamıştır. İşçi ücretlerinin en düşük düzeye getirilmesi, uzun çalışma süreleri uygulanması, iş güvenliğinden yoksun bir ortamda çalışmaya zorlanmaları gibi çalışma şartları uygulanmıştır. Dolayısıyla sözleşme serbestisi ilkesinin hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan geniş ölçüde uygulanması işçinin aleyhine çalışma ve toplum hayatında dengesizliklerin doğmasına yol açmıştır⁴⁰⁰.

Zira sözleşme yapma özgürlüğü kural olmakla birlikte, bu kuralın mutlak şekilde uygulanması çeşitli problemlerin doğmasına yol açabilir. Felsefesi, “Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” olan liberalizm uygulaması, güçlünün ayakta kalmasına, zayıfın ezilmesine sebep olmuştur. Mutlak bir sözleşme özgürlüğü prensibi için toplum içinde yaşayan bireylerin eşit şartlar altında toplumsal faaliyetlerden faydalanmaları ve zararlarına katlanmaları gerekir. Ancak bu mümkün olmadığından, sözleşme yapma özgürlüğünün istisnasız uygulanması da doğru olmayacaktır. Bu nedenle kanun koyucular, bazı alanlarda sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlandırma veya ortadan

³⁹⁷ ATEŞ, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TBB Dergisi, S.72, Ankara 2007, s. 74 vd.

³⁹⁸ ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.

³⁹⁹ ERDENK, Erdem, İş Hukukunda İsimli Sözleşmeler, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir 2007, s. 15.

⁴⁰⁰ SÜMER, s. 21, 22.

kaldırma yoluna gitmişlerdir⁴⁰¹. Zira bir taraftan bir hukuk süjesinin hürriyeti diğerinki tarafından sınırlanmıştır. Toplum hayatı, o topluma iştirak edenlerin hürriyetlerinden karşılıklı fedakârlık etmesini gerektirir⁴⁰².

BK' nun 19. maddesi tüzel kişiler için de uygulama alanına sahip olduğundan akit serbestisini kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve adaba, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması gibi durumlarla sınırlandırmıştır. Tüzel kişiler arasında yapılan ve konusu rekabet yapma yasağı olan sözleşme gereği, rekabet yapma yasağı borçlu tüzel kişinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokması hallerinde hakim, tarafların ekonomik durumlarını dikkatli bir şekilde ve bilirkişiler aracılığıyla saptayarak gerektiğinde MK. m.23 gereğince akdin geçersizliği yönünde karar verebilmelidir. Zira tüzel kişilerin kişiliklerini, ekonomik varlıklarının temellerini, ahlaki anlayışla bağdaşmayacak bir şekilde ekonomik bakımdan tehlikeye sokan sınırlamaların, aşırı olması halinde bu sınırlamaları öngören sözleşmeler geçersiz sayılmalıdır⁴⁰³.

Konuyu ahde vefa ilkesi açısından değerlendirmek gerekirse, ahde vefa ilkesi ile sözleşme adaleti ve hakkaniyeti karşı karşıya gelmektedir. İrade serbestisi açısından bakılınca, sözleşmenin herhangi bir değişikliğe uğraması düşünülemez; zira, sözleşme, ya bir sona erdirme anlaşması ya da ifa ile sona erer. Ancak, geniş bir hakkaniyet açısından bakılır ise, sözleşme daima yeni durumlara kendini uydurmak zorundadır. Çünkü, taraflar arasındaki karşılıklı ilişki devam ettiği sürece, menfaat dengesi korunmalıdır⁴⁰⁴. Başka bir deyişle, aşırı güçlülere yol açan olgular, dürüstlük kuralına göre borçludan sözleşmeye aynen devam etmesini beklenemez bir duruma getirmişse, edimler arasında denge sağlanmalı veya sözleşme sona erdirilebilmelidir⁴⁰⁵. Rekabet yasağı sözleşmelerinde de yapıldığı anda günün şartlarına uyan anlaşmalar, bir süre

⁴⁰¹ AKAR, Esin, İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir 2007, s. 21.

⁴⁰² ESENER, Turhan, İş Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 32.

⁴⁰³ TAŞKIN, Âlim, "Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1991-92, C.42, S. 1-4, s. 20.

⁴⁰⁴ ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2), İstanbul Üniversitesi, 1979, s. 3.

⁴⁰⁵ CEVİZLİKOYAK, Mahmut, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2007, s. 45.

sonra uymuyorsa örneğin süresi daha önce makul olurken bir süre sonra bu zamanı beklemeye gerek kalmıyorsa, sözleşme sona erdirilebilmelidir.

Sözleşmede değişen durum (şartlar) nedeniyle ortaya çıkan dengesizliğin giderilmesi amacıyla, Doktrin ve Yargı’da değişik teori ve görüşlerle sorunun çözümü bulunmaya çalışılmıştır. Gerek Yasama, gerekse Yargı içtihatları ile ahde vefa ilkesinin katılığını, sertliğini giderecek çözümlere başvurulmuş olup bu çözümleri haklı göstermek için Doktrinde bir çok hukuki ilke (teori) ortaya atılmış ve geliştirilmiştir⁴⁰⁶. Sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin doğurabileceği adaletsizliği önlemek amacıyla ortaya atılan ilkelerin (teorilerin) başında “Clausula Rebus Sic Stantibus” teorisi⁴⁰⁷ gelmektedir. Özellikle, Devletler Genel Hukukunda uygulama alanı bulan bu teori, sözleşmenin yapıldığı zamanki durumun sonradan değişmesi halinde, imkansızlık hükümlerinin uygulanmasını reddeden en eski görüştür⁴⁰⁸.

Sözleşme özgürlüğü sınırsız değildir ve bunu belli sınırlar içinde gerçekleştirmek gerekmektedir. İşçinin temel hakkı olan çalışma ve sözleşme özgürlüğünü tümüyle ortadan kaldıracak veya söz konusu hakkın özüne dokunacak nitelik taşıyan mali ve ekonomik sınırlandırmaların ise geçersiz olacağı şüphesizdir. Örneğin, işçinin hiçbir şekilde ticaretle uğraşamayacağı yolundaki bir iş sözleşmesi hükmü geçersizdir. İşçinin söz konusu kişisel ve temel haklarına karşı sadakat borcu lehine getirilecek olan sınırlandırmalarda da taraflardan birinin öncelik taşıyan haklı bir menfaatin varlığının aranması da yerinde olacaktır. Burada, ölçülülük⁴⁰⁹ esası egemen olmalıdır. Söz konusu ilke gereği, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin dengeli ve ölçülü bir şekilde yürümesi amacından hareket edilecek ve bu amaca ulaşmak için de uygun araçlar kullanılacaktır. Dolayısıyla, işçinin başka bir işte çalışması sonucunda elde edeceği çıkarlar ile başka bir işte çalışmasının işverenin menfaatlerine etkisi

⁴⁰⁶ CEVİZLİKÖYAK, s. 19.

⁴⁰⁷ ayrıntılı bilgi için bkz. SİRMEN, Lale, “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku”, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1972, s. 470, 471.

⁴⁰⁸ sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hakkında bkz. CEVİZLİKÖYAK.

⁴⁰⁹ ölçülülük ilkesi ile ilgili geniş bilgi için bkz., METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi : Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin, Ankara 2002; OĞURLU, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi : (Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak), Seçkin, Ankara 2002; ATASOY, Adil, Ömer, “Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcıları Açısından Uyuma Zorunluluğu”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.19-2002, s.123 vd.; RUMPH, Chistian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.10-1993, s. 25 vd.

arasında bir denge kurulmak suretiyle, bir başka işte çalışma hakkının var olup olmadığı ve bunun sınırları tespit edilecektir⁴¹⁰.

Mal ve hizmetlerin kalitesini yükselten, kaynakların dağılımında optimum etkinliği sağlayan, fiyatları ve maliyetleri düşüren, teşebbüslere eşit ve serbest olarak yarışabilme, tüketicilere ucuz ve kaliteli mal bulma imkanı sunan ve böylelikle tüm toplumun refah seviyesini yükselten rekabet düzenlemeleri, birey özgürlüklerinden ve kamu yararından ayrı düşünülemez. Rekabet mevzuatı, piyasa ekonomisinin hukuka bağlanmasıdır. Piyasa düzeni kendi başına bırakıldığında, kamu yararı ve birey özgürlükleri ciddi ve olumsuz biçimde etkilenmektedir⁴¹¹.

Sözleşme özgürlüğünün sınırları çizilmediğinde, bu özgürlük farklı olarak algılanıp güçlü tarafın keyfi anlaşmalar yapmasına neden olabilecektir. Kanunlarda kişinin korunmasından sıkça bahsedilse de, rekabet hukukunun, sözleşme özgürlüğünün sınırlarının aşılması açısından büyük önemi olduğu açıktır. Özetlemek gerekirse sözleşme özgürlüğüne, Anayasanın 13. maddesi uyarınca “kanun”la sınırlama getirilebilir. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne Borçlar Kanunu dışında diğer kanunlarla da sınırlama getirilebilir. 4054 sayılı RKHK, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 1475 sayılı İş Kanunu, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ile de sözleşme özgürlüsüne sınırlamalar getirilmektedir.

1. Sözleşmenin İçeriği İmkansız Olmamalıdır

Buradaki imkansızlık, sözleşmenin edimlerinden birinin başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız olmasıdır. Eğer sözleşmenin içerdiği edimlerden biri, başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız ise sözleşme batıldır (Bk. Md. 20)⁴¹².

2. Sözleşmenin Konusu Ahlaka Aykırı Olmamalıdır

Ahlâk ve âdab terimlerine hem BK. m. 19, hem de m. 20 de rastlanır. Hangi muamelelerin ahlâk ve âdaba aykırı olduğu, ihtilâf halinde yapılacak bir yorum ile

⁴¹⁰ CENTEL, Tankut, Kısmi Çalışma, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1992, s. 62, 63.

⁴¹¹ ÖZTÜRK, Ebru, Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunu Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 39.

⁴¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. YÜCER, İpek, Zeynep, Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerde Başlangıçtaki İmkansızlık, Hüküm Ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi SBE, Ankara 2006.

çözülmesi, yer ve zamanın şartlarına göre değişen bir meseledir. Ferdin şahsî ve iktisadî hürriyetini kabul edilemeyecek şekilde fahiş surette tahdit eden mukaveleler de âdaba aykırıdır⁴¹³.

3. Sözleşmenin Konusu Kişilik Haklarına Aykırı Olmamalıdır

Şahsiyet hakkı, kavram olarak, her şahsın esaslı niteliklerinden olan şahsi varlıklarında, hayatı, sıhhati, vücut bütünlüğü ve keza manevi ve fikri değerleri, mesela, hürriyeti, şeref ve şöhreti, özel hayat çevresi üzerinde korunmasını gerektiren mutlak bir hakkını ifade eder⁴¹⁴.

Bazı durumlarda, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine konu edim yada tarafların doğrudan veya dolaylı amaçlarını incelemeye gerek olmadan bizzat sözleşme ilişkisinin kurulması genel ahlâk kurallarının ihlali için yeterlidir. Çünkü objektif hukuk düzeni hiçbir zaman, ahlaki güveni, kamusal vicdanı ya da kişisel özgürlükleri aşırı derecede sınırlayan ve bu sınırlar ile tarafları bağlayan bir sözleşme ilişkisinin kurulmasını istemez. Bilhassa MK.m.23/2 hükmüne aykırı içerikli taahhütler ile kurulan sözleşmelerde durum böyledir. Dolayısıyla ister hareket özgürlüğünde olduğu gibi kişinin maddi bütünlüğüne dahil olsun; ister karar özgürlüğünde olduğu gibi kişinin manevi bütünlüğüne dahil olsun; isterse de ekonomik özgürlükte olduğu gibi sosyal bütünlüğüne dahil olsun, bir kimseye ait özgürlüklerin genel ahlâk kurallarına aykırı sınırlanması, kanun koyucu tarafından kesin olarak engellenmektedir. İşte tam bu noktada asıl sorun, kişilerin özgürlüklerinin hangi şartlarda genel ahlâk kurallarına aykırı sınırlanmış olacağı ve bu aykırılığı belirleyecek olan kriterlerin bulunup bulunmadığıdır. Doktrin ve içtihatlarda temel alınan ve genel ahlâka aykırılık sonucunu doğuran ilke “özgürlüklerin aşırı derecede ihlal” edilmesidir⁴¹⁵. Kişi özgürlüklerini konu alan bir taahhüdün kabul edilebilirliğini belirlemek için esas alınan ilk temel kriterler “taahhüdün yoğunluğu veya şiddeti” yani borç altına giren kişinin özgürlüğüne

⁴¹³ ESENER, Turhan, Borçlar Hukuku, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1969, s. 204.

⁴¹⁴ İMRE, Zahir, “Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı Ve İsim Hakkının Korunması”, Dr.A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s. 801.

⁴¹⁵ Örneğin, Yarg.1.HD, 6.3.2002 T, E.2001/10578, K.2002/2892 kararında su ifade yer alır: “Kişisel veya ekonomik hürriyeti kabul edilemez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler ahlâka ve adaba aykırı düşer. Sözleşmeye bağlanan sınırlamalar, borçlunun kişilik ve bekası için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun için katlanılmaz ve çöktürücü bir düzeye gelmemelidir. Yoksa kişi ekonomik özgürlüğünü yitirir ve alacaklının mutlak iradesine tabi duruma gelir” (ATEŞ, Borçlar Hukuku, dpn.681).

verilen zararın ne kadar fazla olduğudur. Bu anlamda yoğunluğu belirlenirken; özgürlüğüyle ilgili borç altına giren kişinin, bu taahhüt neticesinde “elinde kalan tercihleri ve seçimleri” de önemli olacaktır. Özgürlükleri yönünden taahhütlerdeki kabul edilebilir sınırı belirleyebilecek bir diğer kriter ise “taahhüdün süresidir”. O halde bir kimsenin karar özgürlüğünden tamamen vazgeçmesi mümkün olmayacağı gibi; kişilerin bu konudaki taahhütlerinin mutlaka, süre, yer ve kapsam olarak sınırlarının belirlenmiş olması gerekir⁴¹⁶. İşletmeler arasındaki rekabetten kaynaklanan toplumsal çıkarlar karşısında, bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak için diğer kanunlarla birlikte özellikle rekabet yasalarının gerekli olduğu söylenebilir.

4. Sözleşmenin Konusu Hukuka Aykırı Olmamalıdır

Belirtmek gerekir ki, hukuka aykırılık ile kastedilenler arasında sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması da bulunmaktadır. Öte yandan, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşmanın sonuçları ise yine BK md.20’de düzenlenmiştir. Buna göre, “Bir sözleşmenin konusu imkânsızsa ya da hukuka veya ahlâka aykırı ise, o sözleşme batıldır” denilmektedir⁴¹⁷. Aynı zamanda dürüstlük kurallarına uymak maddi hukukun bir parçasıdır ve taraflarca ileri sürülmesi bile hakim, resen bunları uygulamakla yükümlüdür⁴¹⁸.

5. Sözleşmenin Konusu Kişinin Ekonomik Geleceğini Tehlikeye Düşürmemelidir

Ekonomik özgürlük, bir kişinin ekonomik faaliyetlere katılabilmesine, bu faaliyetlere son verebilmesini, mesleki ve ticari itibarı, kredisi ile sınırları üzerinde sahip olduğu her türlü haklarını ve yetkilerini ifade etmektedir. Bu anlamda, bir kişinin ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırma, ağır şekilde kısıtlama, ekonomik geleceğini tehlikeye sokma ve ekonomik hareketliliğini alacaklının sınırsız keyfiyetine tabi kılma noktasına getiren tüm taahhütler genel ahlâka aykırıdır. Bu aykırılık kendisini her şeyden önce “aşırı ekonomik taahhütlerle” gösterir. Aşırı ekonomik taahhütler yönünden , BK.m.349’de hükme bağlanan işçinin akdi nitelikteki rekabet yasağı örnek

⁴¹⁶ ATEŞ, Borçlar Hukuku, s. 274.

⁴¹⁷ YAVUZ , Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (özel hükümler), 3.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s.6.

⁴¹⁸ ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN, Kemal, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları : Genel Esaslar-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

olarak verilebilir. Madde ağır edim yükümlülüklerinin geçerli olamayacağını hükme bağlar. Bir başka deyişle işçinin ekonomik geleceğini, zaman, yer ya da işin niteliği gereği dürüstlük kurallarına aykırı tehlikeye sokan rekabet yasağı geçerli değildir⁴¹⁹.

Rekabet yasağı sözleşmelerinde amaç çok önemlidir. Bir sözleşmenin amacı, “taflara o sözleşme ilişkisini kurma kararı verdiren niyet” şeklinde tanımlanabilir. Ancak bu kararı sağlayan ve taraf iradelerine yansıyarak sözleşme ilişkisini kurmalarına neden olan amaç, sadece ilişkinin geçerli olarak kurulabilmesi için üzerinde anlaşmaları şart ve doğal olanı değil; aynı zamanda, her iki tarafın da istediği ve sözleşmenin sonucunda ulaşmaları mümkün olan başka hedefleri de işaret edebilir.

Ekonomik hayattaki sözleşme ilişkilerinde, tarafların özgürlüklerinin karşılıklı olarak sınırlanması her zaman için kaçınılmaz ve bir o kadar da kabul edilebilirdir. Ancak, bir tarafın ekonomik özgürlüğünün, aşırı derecede ihlal edilip edilmediği mutlaka, “her somut olayın özelliklerine göre” belirlenmelidir. Dolayısıyla bir kimsenin taahhütlerinin sonucunda, yaşam alanını kısacak, bazı fedakarlıklarda bulunacak ya da bazı ihtiyaçlarından vazgeçecek olması tek başına ekonomik varlığının tehlikeye düştüğünü göstermeye yetmez⁴²⁰.

6. Sözleşmenin Konusu Kamu Düzenine Aykırı Olmamalıdır

Borçlar hukuku sistemi yönünden önemli olan nokta kişisel iradenin bir müeyyide niteliği taşıyan kamu düzeni tarafından sınırlandırılmış olmasıdır. Bazen, kişiler belirli bir alanda diledikleri bir akdi yapabilirler; fakat varılan sonuç, kamu düzeni düşüncesiyle yasaklanmış ise yine o kişinin yaptığı işlem hükümsüz kalır⁴²¹. Uyulmasında toplumun genel yararı bulunan hukuk kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilir ve bu türden hükümlerin toplamı kamu düzenini oluşturur. Kamu düzeni nispidir; devletten devlete, devirden devire değişebilir. Kavram, “sosyal kamu düzeni” ve “ekonomik kamu düzeni” olarak başlıca iki kısımda incelenmektedir. Sosyal kamu düzeni gereği yapılan müdahalelere örnek olarak iş sözleşmeleri ya da kira

⁴¹⁹ ATEŞ, Borçlar Hukuku, s. 294 vd.

⁴²⁰ KARAHASAN, Mustafa, Reşit, Sorumluluk Hukuku, 6. Basım, Beta Basım, İstanbul 2003, s. 265 vd.

⁴²¹ ESENER, s. 203.

sözleşmeleri gösterilebilir. Söz konusu müdahaleler sözleşmelerde zayıf olan tarafın güçlü olan taraf karşısında korunması için gerçekleştirilir⁴²².

İşletmeler arasında yapılan rekabeti sınırlayıcı veya tekel oluşturmaya yönelik sözleşmelere ilişkin engelleyici rekabet yasaları gösterilebilir. Belirtilen kuralların amacı serbest piyasa düzenini daha az eşitsizliğe sahip ve kabul edilebilir hale getirmektir⁴²³. Peritz kamu yararı ve sözleşme özgürlüğü üzerinde durmuş ve kamu yararı gibi bir unsurun olmadığı takdirde, rekabetin doğal olarak işlediği piyasanın özel teşebbüslerle yok edileceğine, sözleşme özgürlüğüne müdahalenin aslında kamunun doğal rekabet düzenine müdahalesi olduğuna, her ne kadar sözleşme ile taraflar arasındaki ticaret engellense dahi, sözleşme özgürlüğünün mantıksal bir sonucu olarak rekabetin görüleceğini belirtmiştir⁴²⁴.

Bir tarafta rekabet etme özgürlüğü diğer tarafta sözleşme serbestisi karşılaştırılırken, değerlendirmesi yapılan uygulamanın haklı gerekçeleri olarak pazarın yapısına bağlı bazı unsurlar da dikkate alınmaktadır⁴²⁵. Öte yandan her toplumda, o toplumun temelini teşkil eden hususları koruyan klasik kamu düzeni anlayışının yanında; özellikle bir yandan ekonomik yönden zayıf tarafı koruyucu, diğer yandan milli ekonominin muayyen bir yöne gitmesini sağlayan ve buna engel olacak özel sözleşmelere karşı olan ekonomik kamu düzeni anlayışı da bulunmaktadır. O halde, örneğin serbest piyasa ekonomisini benimseyen, liberal ekonomik sistemimiz içinde, bu özgürlüğü kısıtlayıcı ve tehdit edici sözleşmeler de her zaman kamu düzeninin ihlali sonucu doğuracaktır⁴²⁶.

7. Sözleşme Amacı Aşılmamalıdır

Sözleşmenin amacıyla ifade edilmek istenilen ilk olarak, tarafların söz konusu hukuki ilişkiyi kurarak direk ulaşmak istedikleri amaçtır ki buna doğrudan amaç veya

⁴²² ÖZDEMİR, Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.3, Ankara 2005, s. 96, 97.

⁴²³ AKINCI, Müslüm, Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, S.5, Ocak-Şubat-Mart 2001, s.4, 5; ÖLMEZ, Suat Hakan, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulanması, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s.9.

⁴²⁴ PERITZ, J. R. Rudolph, Competition Policy in America, Oxford 1996, s. 20,21.

⁴²⁵ CENGİZ, Süleyman, Alman Hukuk Işığında Pazarda Görelî Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 59.

⁴²⁶ ATEŞ, Borçlar Hukuku, s. 206.

vasıtasız amaç da denir. Aslında doğrudan amaç, tarafların taahhütlerinin tamamen ifası sonucunda ortaya çıkacak hukuki ya da fiili duruma ait düşüncelerini içeren objektif bir amaçtır. Bunun içindir ki, sözleşmenin doğrudan amacı, Türk ve İsviçre hukuku bakımından, tarafların bu amaçlarına vasıta olan sözleşmeye konu sebebe de işaret eder⁴²⁷. Kurulan sözleşme ilişkisinin sonucunda ulaşılabilecek her iki tarafın da hedeflediği amaca ise, dolaylı amaç (uzak amaç veya takip edilen amaç) denir. Bu amaç, tarafların elde etmeyi bekledikleri ve gerçekleşmesi için sözleşmenin yerine getirilmesinin şart olduğu hukuki yada fiili en son durumu ifade eder. Böylece sözleşme ilişkisiyle tarafların ulaşacakları doğrudan amaç dışında onları yönlendiren bir başka sübjektif menfaat daha söz konusudur⁴²⁸.

Rekabet yasağı açısından olaya bakacak olursak eğer anlaşmaya taraf olanların, amaçlarına daha az sınırlayıcı bir anlaşma ile ulaşamayacağıının ispat etmeleri gerekir. Eğer, elde edilecek yarara daha az kısıtlayıcı nitelikte bir anlaşma ile ulaşılabilirse, sınırlama niteliği daha fazla olan anlaşmaya izin verilmemelidir. Bu durum her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Taraflar arasında yapılan rekabet yasağı sözleşmelerinde amaç, piyasanın ekonomik işleyişinin kötü niyetli bir şekilde bozulmasını önlemek ve rekabet ortamını geliştirmek olmalıdır. Rekabet yasağı için çizilen sınırlar (süre, yer, kapsam açısından makul olması) göz önünde bulundurularak, yapılan sözleşmenin amacını aşmış olmadığı olaya göre belirlenebilir.

I. Sözleşme Özgürlüğüne Aykırılığın Yaptırımı: Geçersizlik

Sözleşmeyi geçersiz kılan sebepler; sözleşmenin içeriğinin imkansız olması, sözleşmenin içeriğinin hukuka ve ahlaka aykırı olması, taraflardan birinin sözleşme ehliyetine sahip olmaması, şekil şartına uyulmaması, muvazaa⁴²⁹, gerekli icazetin verilmemesi, hata, hile, iptal, ikrah, gabin⁴³⁰ olarak sayılabilir⁴³¹.

Türk Hukuku'nda BK. md.20/II uyarınca, kanunen emredici hükümlere uygun olmayan genel işlem şartları ihtiva eden sözleşmeler, diğer sözleşmelerde olduğu gibi,

⁴²⁷ ATEŞ, Borçlar Hukuku, s. 275.

⁴²⁸ ATEŞ, Borçlar Hukuku, s. 278.

⁴²⁹ Muvazaa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ESENER, Borçlar Hukuku, s.84 vd.

⁴³⁰ Gabin hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan/ EMİROĞLU, Haluk, "Roma Hukukunda Ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde laesio enormis (Gabin)", AÜHFHD, C.53, S.1, Ankara 2004.

⁴³¹ KILIÇOĞLU, s. 61 vd.

geçersiz kabul edilir. Türk hukukunda sözleşme içeriğine ilişkin sınırlamalardan biri ahlâka aykırılıktır. Toplumda var olan temel değer yargıları, ahlâk düzenine atıf yapan normlar vasıtasıyla hukukî yaptırımlarla donatılarak sözleşme içeriğini denetlemektedir. Türk hukukunda buna en iyi örnek, BK. md. 19'dur. (Alman Medenî Kanunu md.138; İsviçre md.19/2'dir). Kurumların dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılmasının tespiti yoluyla, sözleşme içeriği denetlenebilir. Türk hukukundaki örneği, MK. md.2'dir (Alman Medenî Kanunu md.24/2). Sözleşmeye dayanan edimi tek taraflı belirleme yetkisinin sınırlandırılması da söz konusu olabilmektedir. Türk hukukunda, BK. md. 70'de, çeşit borcunun ifasında seçim hakkını kural olarak borçlu kullanır ve bunu kullanırken de ortalama bir vafsa sahip maldan aşağı mal veremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere, taraflardan birine, hakkaniyete uygun şekilde, sözleşmeyi şekillendirme hakkı tanınmıştır (Alman Medenî Kanunu md.315). Sözleşmeyi düzenleme yetkisinin karşı tarafa bırakılması halinde, bu yetkinin nasıl kullanılacağını göstermektedir (İsviçre Medenî Kanunu md.71; Alman Medenî Kanunu md.315). Türk hukukunda sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak kamu düzenine aykırılık hali, BK. md.19/II'de düzenlenmiştir. Sözleşme özgürlüğünün kamu düzeni kavramı ile sınırlandırılabilmesi için kamunun bir menfaatinin tehdit altında olması ve bu menfaatin daha üstün bir menfaat olarak belirmesi gereklidir⁴³².

Sözleşme özgürlüğünün sınırlarının aşılması durumunda uygulanacak olan yaptırım, geçersizliktir. Bir hukuki işlem, yöneldiği hukuki sonuçları meydana getirebilme gücünden yoksun olduğu veya yoksun bırakılabildiği takdirde bu işlemin hükümsüzlüğünden (geçersizliğinden) bahsedilir. Bu noktada, özel hukuk doktrininde farklı anlamlarda kullanılan yokluk⁴³³ ve geçersizlik kavramlarının arasındaki farka değinmek gerekmektedir. Bu kavramlar arasındaki temel farklılık, yokluk yaptırımının sözleşmenin kurulmasına, buna karşılık geçersizlik yaptırımının ise sözleşmenin geçerli hukuki sonuç doğurmasına ilişkin olmasıdır⁴³⁴.

⁴³² KÜÇÜKYALÇIN, s. 112-114.

⁴³³ Kavramlar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş-Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Us Yayıncılık, Ankara 1998, s. 101

⁴³⁴ EREN, s. 307.

J. Sözleşme Kurma Zorunluluğu

Türk Borçlar Hukuku'nda hakim olan ilke sözleşme özgürlüğüdür. Bu özgürlük kişilerin kuracakları sözleşme ilişkilerini, sınırlarına uymak kaydı ile, diledikleri gibi düzenleme yetkisi tanımaktadır. Bu haliyle Anayasamızda yerini bulan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme özgürlüğünün bir ifadesidir. Ekonomik gelişmeler ve devletin niteliklerinin değişmesi, devletlerin çeşitli alanlarda eskisine göre farklı tavır almalarına sebebiyet vermiştir. Bunun sonucu olarak devletin paraya, servet ve mal mübadelesine, iş piyasasına herhangi bir etkide bulunmaksızın hareketsiz durması imkansız hale gelmiştir. Sözleşme kurma zorunluluğunun bulunduğu hallerde, ya yükümlü kendisi ile kurulmak istenen bir sözleşmeyi reddedememekte, ya da sözleşmenin muhtevasını dilediği gibi düzenleyememektedir. Sözleşme kurma zorunluluğunun kabul edilme nedenlerinden biri, serbest piyasa ekonomisinde taraflardan birinin gücünü kötüye kullanmasını engellemektir. Sözleşme kuracak olan taraflardan birinin belirgin bir güce sahip olmasına bağlı olarak, bu tarafın kendi menfaatleri için yaptığı davranışlar hakkaniyete aykırı olabilir. O halde sözleşme kurma zorunluluğu piyasa ekonomisinin zararlı etkilerini önlemek ve ekonomi düzenini kontrol etmek açısından önem arz etmektedir⁴³⁵.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'unun 4'üncü maddesine göre "Belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır". Aynı Kanununun 6'ncı maddesine göre hakim durumda bulunan bir veya birden fazla teşebbüsün bu hakim durumunu kötüye kullanması yasaklanmıştır. Düzenlemeye göre örneğin hakim durumda bulunan bir teşebbüs eşit durumdaki alıcılara eşit yükümlülükler ve sözleşme şartları koyabilir. Bu şekilde davranmayan işletme ayrımcılık yapma yasağını ihlal etmiş olur. Rekabet hukukundan kaynaklanan sözleşme kurma zorunluluğunda, hakim durumun kötüye kullanılması söz konusudur. Hakim durumunu kötüye kullanan işletme, karşısında bulunan zayıf durumdaki kişinin sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır. Haksız

⁴³⁵ AYRANCI, Hasan, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", AÜHFD, C.52, S.3, Ankara 2003, s. 229-239.

engellemelerin veya talep sahipleri arasında farklı uygulamaların bulunduğu durumlarda sözleşme kurma talebinin veya sözleşmenin mutad ya da uygun şartlarda kurulması talebinin reddi sözleşme kurma zorunluluğunu doğurur. Makul sebepler bulunmadığı sürece piyasada hakim durumda bulunan işletme talep sahibi ile sözleşme kurmak zorundadır. Bu tür bir talebin reddi hakim durumun kötüye kullanılmasına yol açmaktadır⁴³⁶.

Rekabet hukukunun gelişmesi ile kişilik hakkının ihlaline dayanan sözleşme kurma zorunluluğu önemini yitirmeye başlamıştır. Ancak rekabet hukukunun düzenleme konusu yapmadığı alanlarda kişilik hakkının ihlali unsuru önem arz etmektedir⁴³⁷.

⁴³⁶ Avrupa Birliği'nde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, TÜSİAD Yayını, Ankara 1998, s. 60.

⁴³⁷ AYRANCI, s. 246.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNA AYKIRI REKABET YASAKLARININ SONUÇLARI

RKHK'nun gerçekten rekabeti sağlayacak şekilde uygulanabilmesi uygun bir yaptırım sisteminin kabul edilmesini gerektirir⁴³⁸. Bu yaptırımlar çeşitlidir. İlerleyen bölümlerde rekabet yasaklarına karşı uygulanacak para cezaları, tazminat, geçersizlik gibi yaptırımların bahsedilmiştir. Fakat öncelikle , Kurul'un önüne gelen ve rekabet yasağı şartı içeren bazı sözleşmelere Kurul'un düşüncelerinin anlaşılması için değinmekte yarar var. Kurul kimi anlaşmalarda süre bakımından uygun bulmamış, kimi anlaşmalarda kapsam veya içerik bakımından uygun bulmayarak belli sınırlar çizmiştir.

I. SÜRE BAKIMINDAN SONUÇLARI

Rekabet hukuku anlamında bir devralma sayılan işletmenin veya ortaklık hisselerinin devri halinde, bu devralma, müşteri çevresinin de devrini de kapsadığı için, devreden, devrettiği işletme ile rekabet etmeme yükümlülüğü altına girebilmektedir. Böyle bir durumda, bu rekabet etmeme yükümlülüğünün sınırı nasıl çizilecektir? Bu hallerde, sözleşme ile taraflar, örneğin süresiz olarak rekabet etme yasağı öngörebilecekler midir?⁴³⁹.

Birleşme ve devralmalara ilişkin bir rekabet kısıtlamasının zorunlu, objektif ve makul olması bunun bir yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için yetmez. Ayrıca bu sınırlamanın makul bir süre için öngörülmesi de gerekir. Makul süre her somut olayda veya olay kategorisinde değişebilir. Rekabet Kurulu, Avrupa Topluluğu Komisyonu ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında benimsenen kıstasları uygulamaktadır⁴⁴⁰.

⁴³⁸ ASLAN, İbrahim, Rekabet Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Ankara 2006, s. 209.

⁴³⁹ ÖZ, s. 35.

⁴⁴⁰ ERDEM, s. 131.

“... sürenin her olaya göre farklılık göstermekle birlikte, iki ile beş yıl arasında değişebileceği anlaşılmaktadır. Sadece müşteri portföyünün devredildiği durumlarda iki yıl, müşteri portföyünün yanında know-how, lisans, isim hakkı, marka ve şirket itibarı ve imajı gibi maddî olmayan diğer unsurların da devredildiği durumlarda bu sürenin beş yıla kadar uzayabileceği değerlendirilmektedir”⁴⁴¹.

Bu çerçevede Rekabet Kurulu **Royal Packaging Industries** N.V./Eskinazi Ailesi kararında ve Essex Speciality Chemicals Products Inc./Gurit-Heberlein AG kararında ⁴⁴² beş yıllık; Ocean Overseas Holdings ⁴⁴³, Lawson Mardon Group International Limited/ Bakioğlu Holding A.Ş. ve Bakioğlu Ailesi kararında ⁴⁴⁴ ve Vateks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş./PGI Nonwovens B.V. kararında ⁴⁴⁵ üç yıllık süreleri makul bulmuştur.

Rekabet Kurulu, **BP** Kararında sözleşmenin kaç yıl için yapıldığı değil de, kararlaştırılan rekabet yasağının kaç yıl kaldığını incelemiştir⁴⁴⁶. “...Şayet Tebliğ’in yürürlüğe girdiği tarihte, anlaşmadaki rekabet etmeme yükümlülüğünün kalan süresi 5 yıl veya daha kısa ise, anlaşma bu kalan süre boyunca geçerli olacaktır, dolayısıyla teşebbüsün herhangi bir değişiklik yapmasına gerek bulunmamaktadır.” Görüldüğü üzere, burada anlaşmanın ne zaman yapıldığı değil, kalan sürenin beş yıla uyumlaştırılması ön planda tutulmaktadır. 2003/3 sayılı Tebliğ’in uygulanmasında da rekabet etmeme yükümlülüğünün kalan süresinin esas alınması gerekmektedir”.

Rekabet Kurulu **Uzel Holding** A.Ş./Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. kararında⁴⁴⁷ ise 10 yıllık bir süreyi makul bulmayarak, sürenin 3 yıla indirilmesini istemiştir. “... Öte yandan, hisse Devir Sözleşme Taslağı'nın 11. maddesinde, "Anlaşma tarihinden itibaren on (10) yıl içinde Satıcı ve/veya onların bağlı şirketleri müştereken veya münferiden dolaylı veya dolaysız olarak üretim, satış, dağıtım, pazarlama, araştırma, geliştirme ve lisans alıp verme faaliyetinde bulunmayacaklardır" ifadeleriyle

⁴⁴¹ Bkz. Royal Packaging Industries N.V / Eskinazi Ailesi kararı (Karar No. 99-21/170-89, RG, 01.07.2000, S. 24096).

⁴⁴² Bkz. Rekabet Kurulu'nun 21.12.2000 tarih ve 00-50/547-302 sayılı kararı, RG, 04.12.2002, S. 242956.

⁴⁴³ 18.9.2001 tarih ve 01-44/436-114 sayılı karar. Kararın tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr.

⁴⁴⁴ Rekabet Kurulu'nun 00-7/62-29 sayılı kararı, RG, 28.08.2000, S. 24146. (ERDEM, s. 131).

⁴⁴⁵ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 03.03.1999 tarih ve 99-12/94-36 sayılı Vateks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş. PGI Nonwovens B.V. kararı, RG, 10.09.1999, S. 23812.

⁴⁴⁶ Karar Sayısı: 08-09/105-33, Karar Tarihi: 31.1.2008, kararın tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr.

⁴⁴⁷ Rekabet Kurulu'nun 99-31/284-173 sayılı kararı, RG, 14.02.2002, S. 24671.

yer verilen rekabet etmeme taahhüdü, içerik olarak devralma işleminin ayrılmaz bir parçasını oluşturmakla birlikte, söz konusu 10 yıllık süre bu yasağı makul olmaktan çıkartmaktadır. Bu nedenle anılan sürenin 3 yıl olarak değiştirilmesi durumunda sözleşmede yer alan rekabet sınırlaması makul bir yan sınırlama olarak kabul edilecektir. ...”.

Rekabet Kurulu **Cargill Inc./PNS** Pendik Nişasta Sanayi A.Ş, kararında “... müşterilerin satıcıya olan sadakatinin iki yıldan daha fazla süreceğini veya know-how’ın kapsamı ve doğası gereği korunmasının üç yıldan fazla bir süre gerektireceğini tarafların kanıtlaması halinde, anılan sürelerden daha uzun kısıtlamalara izin ...” verilebileceğini de kabul etmiştir⁴⁴⁸. Kurul’un işte bu istisnai durumlarda eski uygulamasına uygun bir şekilde beş yıllık rekabet yasağı süresini makul olarak değerlendirdiği görülmektedir⁴⁴⁹.

Belirtilmelidir ki, yukarıda sayılan bütün durumlardan ayrıık şekilde, Kurul, 12.02.2002 tarih ve 02-08/58-27 sayılı Littlejohn Fund II L.P./Goodyear kararında 10 yıl süre için öngörülen rekabet etmeme ve sır saklama yükümlülüklerini geçerli birer yan sınırlama olarak kabul etmiştir⁴⁵⁰.

Kurul’un başka bir kararı⁴⁵¹ ise şöyledir: ...Diğer taraftan, söz konusu “Rekabet Yasağı Anlaşması”yla getirilen 10 yıllık faaliyet yasağının hem ilk yatırım maliyetlerinin çok yüksek olduğu çimento üretimi ve pazarlamasına, hem de çimentoya göre nispeten daha basit ve ucuz süreçlerde elde edilebilen hazır beton, kireç ve agrega için getirilmesi, belirtilen sürenin sözü edilen ürünler ve bunlara ilişkin hedeflere ulaşmak için gerekenden fazla olmasına yol açmakta, dolayısıyla bu sürenin sınırlandırılması gereğini ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu yasağın kapsamına çimento ve bu faaliyetlerle aynı bütünlük içerisinde yer alan hazır beton, agrega ve kireç üretim ve satışının dahil edilmiş olması, bildirim konusu anlaşma çerçevesinde taraflara

⁴⁴⁸ Bkz. 02-36/402-169 sayılı Cargill Inc./PNS Pendik Nişasta Sanayi A.Ş. kararı, RG. 06.03.2003, S. 25040.

⁴⁴⁹ Aynı yönde diğer kararlar için bkz.30.10.2003 tarihli 03-70/854-370 sayılı Jantas Jant kararı; 25.03.2004 tarih ve 04-22/248-53 sayılı Pfizer Inc./CSL Limited (www.rekabet.gov.tr); 26.02.2004 tarih ve 04-17/149-32 sayılı Koch Industries Inc./E.I. DuPont de Nemours and Co. Kararı. (www.rekabet.gov.tr); 05.09.2002 tarih ve 02-52/683-277 sayılı HSBC Bank A.Ş./Boyer Holding A.Ş. kararı, RG, 21.04.2003, S. 25041, (ERDEM, s. 132).

⁴⁵⁰ Bkz. RG, 04.03.2003, S. 25038.

⁴⁵¹ 06.10.1999 Tarih ve 99-45/476-301 sayılı Societé de Participations Financieres et Immobilières “Parficim” Kararı (Kararın tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr).

taşımacılık ile ilgili herhangi bir sınırlama getirilmediği de göz önünde bulundurularak, İsmail.T'a getirilen 10 yıllık rekabet yasağının 5 yıl süre ile sınırlandırılmasına karar vermiştir.

Aynı şekilde, Kurul, 30.12.2003 tarih ve 03-84/1020-408 sayılı **Bobst Group S.A./Metso Paper Inc.** kararında, on beş yıl süre için öngörülen gizlilik hükmünü “sözleşme konusunu oluşturan makinelerin üretimi ve montajı sürecinde yoğunlukla know-how’ın bulunması, üretim aşamasından önce dizayn ve tasarım süreçlerinin hayli zaman ve maliyet gerektirmesi, makinelerin spesifik olması ve müşteri portföyünün sınırlı olması ... rekabet yasağının iki yıl süreyle devam etmesi ... ve gizlilik yükümlününün sadece üçüncü kişilere karşı geçerli olmaya devam edeceği ...” gerekçeleriyle geçerli bir yan sınırlama olarak kabul etmiştir⁴⁵².

Sonraki kararlarında, Rekabet Kurulu’nun süre konusundaki yaklaşımı, genel olarak, Avrupa Topluluğu Komisyonu’nun “Yoğunlaşma İşlemlerinin Gerçekleşmesi ile Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkındaki 2001/C 188/03 sayılı Duyurusuna paralel bir seyir izlemiştir. Bu çerçevede, yoğunlaşma sonucunda sadece ticari itibarın devri söz konusu ise, iki yıl; ticari itibar ile know-how devrinin söz konusu olduğu hallerde ise üç yıllık rekabet yasağı süresi makul bulunmaktadır⁴⁵³.

Bu konuda İngiliz hukukunda, mahkeme kararları ışığında ortaya çıkan bir ilke, rekabet hukuku ile doğrudan ilişkilidir. İngiltere’de, rekabet yasağı ile getirilen sınırlamalarının, hangi şartlarla geçerli olacağı sorununun tartışılmasının tarihçesi onaltıncı yüzyıla kadar uzanmaktadır. İngiltere’de mahkemeler, rekabet etmeme yükümlülüğü getiren böyle bir hükmün, sözleşmenin esaslı unsurları arasında olup olmadığını, bir başka deyişle, böyle bir yasağın öngörülmüş olmasındaki temel hedefin ne olduğunu ve sözleşmenin amacına, bu sınırlandırıcı hüküm olmadan da ulaşılabileceğini değerlendirmek suretiyle karara bağlamışlardır. Başka bir deyişle rekabet yasağı şartı veya sözleşmesi, esas itibarıyla rekabet kurallarını ihlal edebilecek nitelikte olabilir. Türk rekabet hukuku bakımından mehz düzenleme sayılan AT

⁴⁵² Bkz. RG, 20.04.2004, S. 25439 (ERDEM, s. 133).

⁴⁵³ Bkz. Rekabet Kurulu’nun 26.05.2004 tarih ve 04-38/426-106 sayılı Borsig Energy GmbH./Catterpillar Overseas S.A. kararı, www.rekabet.gov.tr; 02-36/402-169 sayılı Cargill Inc./PNS Pendik Nişasta Sanayi A.Ş. kararı (RG. 06.03.2003, S. 25040); 02-24/242-97 sayılı Cadbury Schweppes/Kent Gıda kararı (www.rekabet.gov.tr); 02-14/150-66 sayılı Tamek/Pepsi Inc kararı (RG. 06.03.2003, S. 25040) (ERDEM, s. 132).

rekabet hukukunda da rekabet etmeme yükümlülüğü (non-competition clause/restrictive covenant) ile rekabet hukuku arasındaki ilişki, AT Komisyonu ve Avrupa Adalet Divanı kararları çerçevesinde tartışılmış ve rekabet yasağının hangi hallerde rekabet hukukuna uygun olacağı konusunda genel ilkeler belirlenmiştir. İngiliz hukukundaki yaklaşıma paralel olarak AT hukukunda da rekabet yasağı sözleşmesinin, rekabet hukukuna aykırı olup olmadığı belirlenirken, söz konusu yasağın, bu yasakla hedeflenen amacı aşmamasını öngörmektedir. Bu genel ilke çerçevesinde, rekabet etme yasağı sözleşmesi, ancak kısıtlamanın süresi, kapsamı, konusu ve buna muhatap olacak kişiler bakımından makul bir şekilde belirlenmiş ve açıkça belirtilmiş olduğu takdirde geçerli olacaktır. BK. 349. maddede düzenlenmiş olan rekabet yasağının sınırları da bu ilkeyi esas almıştır. AT Komisyonu, rekabet yasağı ile rekabet hukuku arasındaki ilişkiyi, Komisyon⁴⁵⁴ ve Adalet Divanının⁴⁵⁵ bu konuya ilişkin kararlarında ortaya çıkan ilkeleri de göz önüne alarak, 1990 tarihli Yoğunlaşmalara İlişkin Tali (Yan) Sınırlamalar Hakkında Genelge'de⁴⁵⁶ düzenlemiştir. Buna göre AT rekabet hukukunda, rekabet etmeme yükümlülüğü, AT Komisyonunun belirlediği ilkelere uygun olduğu takdirde, R.A'nın 85/1 inci maddesi⁴⁵⁷ kapsamında olmayacağı kabul edilmektedir. Bu görüşün gerekçesi, rekabet yasağı şartı gibi bazı sınırlamaların, işletme veya hisse devri anlaşmaları, franchise anlaşmaları, teknoloji transferi anlaşmaları, ortak girişim anlaşmaları gibi, bir kısım anlaşmalarla hedeflenen amaçlara ulaşılabilmesi için, objektif olarak varlığı gerekli olan makul sınırlamalar olmasıdır. AT Komisyonu, rekabet yasağı şartı gibi bir kısım sınırlamaları, ilgili oldukları anlaşma ile amaçlanan sonuçlara ulaşılabilmesi açısından varlığı objektif olarak gerekli olup, söz konusu sınırlama da makul olduğu ölçüde rekabet hukukuna aykırı görmemektedir⁴⁵⁸.

Komisyon'un uygulaması ve tecrübeler uyarınca, teşebbüsün devrinin müşteri çevresini ve know-how'ı da kapsadığı hallerde rekabet yasağı sözleşmelerinin/

⁴⁵⁴ Reuter/Basf EC Commission Decision OJ (1976) L 254/40; Nutricia OJ (1983) L 376/22 (ÖZ, s.35).

⁴⁵⁵ Case 42/84 Remia BV and Verenigde Bedrijven Nutricia V EC Commission (1985) ECR 2545 (ÖZ, s.36).

⁴⁵⁶ AT'nda Yoğunlaşmalarda Tali (Yan) Sınırlamalar Hakkında 90/C 203/05 sayılı Komisyon Genelgesi, OJ C 203, 14.8.1990 sayılı AT Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır.

⁴⁵⁷ Roma Antlaşmasının rekabet kuralları olan 85-90. maddelerin madde numaraları, Roma Antlaşmasını ve Avrupa Birliği (Maastricht) Antlaşmasını tadil eden Amsterdam Antlaşmasının 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe girmesiyle rekabet kurallarının madde numaralarında değişiklik olmuştur. Buna göre eski 85. madde yeni 81, eski 86. madde yeni 82, eski 89.madde yeni 85.madde, eski 90. Madde yeni 86. madde, eski 92.madde yeni 87.madde ve eski 177.madde yeni 234.madde olarak değişmiştir.

⁴⁵⁸ ÖZ, s. 35, 36.

şartlarının 3 yılı⁴⁵⁹, sadece müşteri çevresini kapsadığı hallerde ise 2 yılı aşmadığı durumlarda makul olduğu kabul edilmektedir⁴⁶⁰. Bununla beraber, bu süreler mutlak değildir ve özel koşulların varlığında ve sınırlı hallerde daha uzun bir rekabet yasağı süresinin öngörülmesini de engellemez. Örneğin müşteri çevresinin devredene 2 yıldan daha uzun bir süre sadık kalacağı veya know-how'un kapsamı veya niteliğinin üç yıldan daha uzun süreli bir korumayı gerektirdiği ortaya konulabilirse, daha uzun bir sürenin kararlaştırılması da olasıdır⁴⁶¹.

Uygulamada bu sürelerle uyumla ilgili basit bir yaklaşım sergilenmektedir. Komisyon, daha az kısıtlayıcı alternatiflerin var olup olmadığını sorgulamaksızın uzun süreli rekabet yasağı düzenlemelerini 2 veya 5 yıllla sınırlandırmakta ve kısa süreli düzenlemeleri aynen onaylamaktadır. **“General Re/Kölnische Rück”** Kararı'nda 12 yıllık rekabet yasağı 5 yıllla sınırlandırılırken; **“UAP/Provincial”** Kararı'nda 5 yıllık, 24.10.1997 tarihli **“Alcoa/Inespal”** Kararı'nda⁴⁶² ise 3 yıllık rekabet etmeme koşulları, süreler orantılılık ilkesi çerçevesinde tartışılmaksızın aynen yan sınırlama sayılmıştır⁴⁶³.

Yeni Duyuru'da⁴⁶⁴ getirilen en önemli değişiklik rekabet yasağı düzenlemelerinin makul bulunan süresiyle ilgilidir. Komisyon'un son birkaç yılda aldığı kararlardaki değerlendirme yönünde, know-how ve ticari itibarın birlikte transfer edileceği devirlerde onaylanan rekabet yasağı süresi 5 yıldan 3 yıla çekilmiştir. Ortak girişim kurulmasında ise ana teşebbüslere beş yıla kadar rekabet etmeme koşulu getirilebilecek ve üç yılı aşan düzenlemelerin gerekliliğinin kendi özel koşulları çerçevesinde açıklanması beklenecektir⁴⁶⁵.

⁴⁵⁹ Bkz. Komisyon'un 02.04.1998 tarihli Nestlé/Dalgety kararı, ATRG, 08.05.1998, C 143, s. 28 § 33; Komisyon'un 01.09.2000 tarihli Clayton Dubilier & Rice /Itel tel kararı, ATRG, 08.12.2000, C 352, s. 7, § 15; Komisyon'un 02.03.2001 tarihli Vodafone Group plc/Eircell kararı, ATRG, 28.04.2001, C 128, s. 3 § 21-22. Halbuki Komisyon önceki Duyuru'sunda bu süreyi beş yıl olarak öngörmekteydi (ERDEM, s.144).

⁴⁶⁰ Bkz. Komisyon'un 12.04.1999 tarihli KingFisher/Grosslabor kararı, ATRG, 22.06.1999, C 176, s. 12 § 26; Komisyon'un 14.12.1997 tarihli KNP BT/BunzL/Wilhelm Seiler kararı, ATRG, 09.04.1997, C 110, s. 9 § 17.

⁴⁶¹ Bkz. Komisyon'un 01.09.2000 tarihli Volvo/Renault V.I. kararı, ATRG, 22.10.2000, C 301, s. 23 § 56. (GÜLERGÜN, s. 21).

⁴⁶² OJ C 29/7,1998 (GÜLERGÜN, s. 21).

⁴⁶³ GÜLERGÜN s. 21.

⁴⁶⁴ “Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu” uzun süre (11 yıl) rehberlik yapmıştır. Ancak uygulama, belirsizlik arz eden noktalarda Duyuru'dan ayrılmıştır. Bu çerçevede, mevzuatın uygulamaya uygun hale getirilmesi amacıyla “Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu Hakkında Taslak Duyuru” tartışmaya açılmış ve 04.07.2001 tarihinde “Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu” başlıklı yeni Duyuru çıkarılmıştır.

⁴⁶⁵ GÜLERGÜN, s. 57.

Komisyon'un yan sınırlamalara ilişkin yaklaşımının oluşmasında, 26.07.1976 tarihli “**Reuter/BASF**” Kararı oldukça önemlidir⁴⁶⁶. Karar, BASF tarafından malvarlığı devralınan Dr.Reuter'e 8 yıl süreli rekabet yasağı getirilmesiyle ilgilidir. Komisyon, satıcıya getirilen rekabet yasağını 5 yıla sınırlandırarak 81/1'inci madde kapsamında bulmazken, özetle şu değerlendirmeleri yapmıştır:

- Bazı durumlarda, satıcının devralmanın hemen ardından alıcının yeni rakipleriyle işbirliğine giderek eski müşterilerini kazanmasının önlenmesi gerekmektedir. Buna yönelik düzenlemelere 81/1'inci maddenin uygulanması, yasak olmayan işlemlerin yaşama geçirilmesini olanaksızlaştırabilmektedir. Ancak bu gerçek, alıcının satıcıya karşı sınırsızca korunmasını gerektirmemektedir. Koruma, devralınan teşebbüsün işlem öncesindeki konumuna ulaşmasına yetecek süre ve kapsamla sınırlı tutulmalıdır.

- Devredilen işletmenin değerinin önemli bir kısmı teknik bilgiden oluştuğunda, işlemin etkin bir şekilde yaşama geçirilebilmesi için ek koruma düzenlemeleri gerekli görülebilmektedir. Çünkü transfer edilen teknik know-how'a vakıf olan satıcı, bundan doğan rekabet avantajıyla, işletmenin tam değeriyle alıcıya geçmesi sürecine zarar verebilecek konumdadır. Bu nedenle, satıcının teknik bilgiyi kullanmasından alıcının belirli bir süre korunması gereklidir⁴⁶⁷.

Rekabet yasağının, rekabet üzerindeki etkisini incelediği bir kararında Komisyon⁴⁶⁸, işletme devri sözleşmesinde öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğünün, AT rekabet kurallarına açıkça aykırı olduğunu belirtmiştir. Bu olayda, herhangi bir coğrafi sınır belirlenmeksizin, işletme konusunu oluşturan alanda, araştırma ve geliştirmeyi de kapsayacak şekilde on yıl için rekabet yasağı şartı öngörülmüştür. Söz konusu anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi talebiyle yapılan bildirimde Komisyon, bu rekabet yasağı şartının süresi ve kapsamı bakımından makul olmadığını, bu sınırlamanın üye devletlerarası ticareti etkiler nitelikte olduğunu, işletmesini devreden bir kimsenin bu kadar geniş kapsamlı bir rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmesinin ve üstelik araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin de sınırlandırılmış olmasının,

⁴⁶⁶ OJ L 254/40,1976 (GÜLERGÜN, s. 7).

⁴⁶⁷ GÜLERGÜN, s. 7.

⁴⁶⁸ Reuter/BASF EC Commission Decision OJ (1976) L 254/40 (ÖZ, s. 37).

pazarda potansiyel rekabeti ortadan kaldırmak anlamına geleceğini ve bu nedenle bu anlaşmanın R.A.'nın 85/1 inci maddesi kapsamında olduğunu belirtmiş ve muafiyet talebini de reddetmiştir. Komisyonun konuyla ilgili olarak yapmış olduğu bu değerlendirme, Adalet Divanı tarafından da benimsenmiştir. Adalet Divanı kararında, bu tür bir anlaşmanın R.A.'nın 85. maddesi kapsamında olup olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle böyle bir şart olmasaydı, o piyasada rekabetin koşullarının nasıl olabileceğinin değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamış ve somut olayın şartları çerçevesinde, tarafların anlaşma ile bekledikleri menfaatleri sağlayabilmelerinin, daha dar kapsamlı ve daha kısa süreli bir rekabet yasağı şartı ile mümkün olduğu kanaatine varmıştır. İşletme devri anlaşması çerçevesinde rekabet yasağının öngörüldüğü bir sözleşmeye ilişkin muafiyet talebinin reddedilmesi üzerine açılan bir başka davada Adalet Divanı⁴⁶⁹, rekabet yasağı öngörülen sürenin, işletme değerinin korunabilmesi için makul sayılabilecek olan süreden çok daha fazla ve rekabet yasağı ile hedeflenen amacın ötesinde olduğunu belirtmiş, bu nedenle muafiyet talebinin reddedilmesine ilişkin Komisyon kararını haklı bulmuştur. AT Komisyonu, birleşme ve devralmalara ilişkin yeni tarihli izin kararlarında da ilgili sözleşmede yer alan rekabet sınırlamalarının tali (yan) sınırlama olup olmadığını yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde değerlendirmektedir⁴⁷⁰.

Uygulamada bu sürelerle uyumla ilgili basit bir yaklaşım sergilenmektedir. Komisyon, daha az kısıtlayıcı alternatiflerin var olup olmadığını sorgulamaksızın uzun süreli rekabet yasağı düzenlemelerini 2 veya 5 yıllla sınırlandırmakta ve kısa süreli düzenlemeleri aynen onaylamaktadır.

“General Re/Kölnische Rück” Kararı’nda⁴⁷¹ 12 yıllık rekabet yasağı 5 yıllla sınırlandırılırken; **“UAP/Provincial”** Kararı’nda 5 yıllık, 24.10.1997 tarihli **“Alcoa/Inespal”** Kararı’nda⁴⁷² ise 3 yıllık rekabet etmeme koşulları, süreler orantılılık ilkesi çerçevesinde tartışılmaksızın aynen yan sınırlama sayılmıştır. Imation bünyesindeki tıbbi görüntüleme faaliyetlerinin Kodak tarafından devralınmasını konu

⁴⁶⁹ Case 42/84 Remia BV and Others V EC Commission (1985) ECR 2545 (ÖZ, s.38).

⁴⁷⁰ Örneğin bkz. Case No. IV/M.1137 Exxon/Shell dated 08.07.1998; Case No. COMP/M.1538 Dupont/Sabancı dated 24.11.1999; Case No.IV/JV.14 Panagora/DG Bank dated 26.11.1998 (ÖZ, s.37,38).

⁴⁷¹ OJ C 312/5,1994 (GÜLERGÜN, s. 21).

⁴⁷² OJ C 29/7,1998 (GÜLERGÜN, s. 21).

alan “**Kodak/Imation**” Kararı’nda, satıcıya getirilen 7 yıllık rekabet yasağı değerlendirilirken farklı bir yol izlenmiştir. İşlemin ticari itibarla birlikte teknik know-how devrini içerdiğini dikkate alan Komisyon, ürünün ekonomik ömür döngüsü ve ilgili know-how itibarıyla özel korunma gerektiren kuru dijital teknoloji alanına yönelik 5 yıllık, diğer faaliyetlerde ise 3 yıllık rekabet yasağını makul bulmuştur. Böylece, faaliyetlerin bir kısmının devrinde daha az kısıtlayıcı bir alternatif yeterli bulunmuştur. Rekabet yasağı, satıcının devir öncesinde ilgili ürün veya hizmet konusundaki coğrafi faaliyet alanıyla sınırlı olmalıdır. Devralanın satıcının işlem öncesinde faaliyet göstermediği coğrafi alanlarda korunmasına gerek yoktur. Nitekim, 04.02.1993 tarihli “**Tesco/Catteau**” Kararı’nda⁴⁷³, satıcıya getirilen ve devralınan faaliyetlerin bölgesinden daha geniş bir alanda geçerli olacak şekilde getirilen rekabet yasağı sınırlandırılmıştır. Şöyle ki, Kuzeydoğu Fransa’da ve Belçika’nın bir kısmında etkinlik gösteren Catteau’nun Tesco Plc (İngiltere) tarafından devralınmasında, Catteau’nun faaliyet bölgesi dikkate alınarak rekabet yasağının coğrafi sınırı Fransa ve Belçika’nın belirli bölgeleri olarak belirlenmiştir⁴⁷⁴.

Yukarıda anılan kararlardan Kurul’un süre açısından, Komisyon uygulamasını izlediği ancak somut olayın özelliklerini de dikkate alarak farklı uygulamalara izin verdiği sonucuna ulaşılabilir. Bu açıdan bir ile beş yıl arasındaki rekabet etmeme yükümlülüğü, piyasadaki rekabet düzeyinde yarattığı olumsuz etkileri dengeleyecek olumlu etkilerin varlığı durumunda makul kabul edilecektir. Bu değerlendirmede; ticaretin seviyesi, giriş engelleri, sağlayıcının pazardaki konumu, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi ve kapsamı esas alınmaktadır⁴⁷⁵.

Son olarak şunu söylemekte fayda var rekabet yasağının süresinin tespitinde çalışanın yaşı, şirketteki hizmet süresi, çalışması karşılığında aldığı ücret miktarı, emekli aylığı ve şirketle rekabet yapamamasından doğan zararı için karşılaştırılan bedel de dikkate alınmalıdır⁴⁷⁶.

⁴⁷³ OJ C 45,1993 (GÜLERGÜN, s. 22).

⁴⁷⁴ GÜLERGÜN, s. 28.

⁴⁷⁵ KARAKURT, Alper, Ekonomik Ve Hukuki Açından Piyasa Kapama Etkisi, Rekabet Kurumu, Ankara 2005, s. 69, 70.

⁴⁷⁶ KARASU, Rekabet, s. 12.

II. KAPSAM BAKIMINDAN SONUÇLARI

Rekabet kurallarının uygulanabilmesi için yapılması gereken ilk analiz talep ve arz ikame edilebilirliğinin incelenerek ilgili ürün ve coğrafi pazarların belirlenmesidir⁴⁷⁷. Pazar tanımlama, öncelikle mevcut ve potansiyel rekabetin tespiti bakımından önemli iken; ikinci olarak pazar payının ölçülmesi bakımından anlamlıdır⁴⁷⁸.

Rekabet yasağı, devreden devirden önce ürünlerini veya hizmetlerini verdiği bölge ile sınırlı olmalıdır. Rekabet yasağının, devreden daha önce hiç girmediği bölgelere de yayılmasının objektif olarak bir gereği yoktur, meğer ki devralan, somut olayın özel koşulları gereği böyle bir korumanın gerekli olduğunu gösterebilsin. Örneğin, alıcının devir sırasında yerleşmeyi düşündüğü bölgeler de, alıcının bu amaçla gerekli yatırımları yapması koşuluyla, coğrafi uygulama alanına dahil edilebilir⁴⁷⁹.

Ayrıca, şirketten ayrılan üyelerin şirketin faaliyet gösterdiği yer ve müşteri çevresi ile hiçbir ilgisi bulunmayan başka bir yerde aynı ticaret dalında faaliyet göstermesi yasaklanamaz. Özetle, Kırıkkale’de otel işleten ve başka bir şubesi de olmayan bir şirketten ayrılan üye, Elazığ’da otel işletmeciliği yapabilir. Zira şirket menfaatlerinin şirketin faaliyet gösterdiği çevre dışında tehlikeye maruz kalması söz konusu olamaz. Buna karşılık örneğin Avrupa’nın bütün ülkelerinde rekabet halinde bulunan bir şirketin, şirketten ayrılan üyelerine, Avrupa’nın bütün ülkelerinde şirketle rekabet etmelerini yasaklamasında haklı menfaati bulunmaktadır⁴⁸⁰.

Rekabet incelemesine konu işlem ya da eylemin değerlendirilmesinde, pazar tanımı başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Rekabetin gerçekleştiği alanı çizen ilgili pazar kavramı, bu alanda firmaların gücünün ve yapılan işlem ya da eylemlerin etkisinin değerlendirilmesi açısından önem arz etmektedir. Bundan dolayı, ilgili pazarın tanımlanması, rekabet hukuku uygulayıcılarının ele almak zorunda oldukları temel sorunların başında gelmektedir⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ SARIOĞLU, Ilgaz, Dijital Ücretli TV Yayıncılığı ve Rekabet Hukuku, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s.26.

⁴⁷⁸ YANIK, Mehmet, Rekabet Hukukunun Hakim Durum Ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 21.

⁴⁷⁹ ERDEM, s. 144.

⁴⁸⁰ KARASU, Rekabet, s.12.

⁴⁸¹ DEMİRÖZ, Ali, Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 31.

Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu kararlarda, süre açısından olduğu gibi kapsam açısından da Komisyonun verdiği kararlar göz önünde bulundurulmuştur. Bu nedenle konuyu komisyonun verdiği bir karar ile örneklemek gerekirse; Birmingham Havaalanı'nın bir ortak girişim tarafından devralınmasını konu alan **“Birmingham International Airport”** Kararı'nda⁴⁸², ana teşebbüslerden birine getirilen rekabet yasağının coğrafi sınırının kesin olarak tanımlanmamış ve değişikliklere açık oluşunu göz önüne alan Komisyon, bu düzenlemeyi yan sınırlama saymamıştır. Rekabet yasağı, satıcının devir öncesinde ilgili ürün veya hizmet konusundaki coğrafi faaliyet alanıyla sınırlı olmalıdır. Devralanın satıcının işlem öncesinde faaliyet göstermediği coğrafi alanlarda korunmasına gerek yoktur⁴⁸³.

Yeni Duyuru'da, rekabet yasağının konu ve coğrafi alan bakımından kapsamı daha anlaşılır ve geniş bir şekilde açıklanmıştır. Buna göre, devralanın ya da ortak girişimin, transfer edilmeyen faaliyetler veya önceden faaliyet gösterilmeyen bölgelerde korunmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak geliştirme sürecinin ileri aşamalarında olan yahut tam olarak geliştirilmiş olmakla birlikte pazarlanmasına henüz geçilmemiş ürünler veya hizmetler ile işlem sırasında tarafların girmeyi planladığı ve bu yönde yatırım yaptığı coğrafi alanlar rekabet yasağının kapsamına dahil edilebilecektir⁴⁸⁴.

A. İlgili Pazar Kavramı

Rekabet hukuku ile ilgili bir çok konunun incelenmesinde ilgili pazar kavramına çokça değinileceğinden, konunun daha iyi anlaşılması için kısaca değinmekte fayda var. İlgili pazar tanımı rekabet hukuku açısından büyük öneme sahiptir⁴⁸⁵.

Rekabet analizlerinde temel nokta, pazarda halihazırdaki davranışlara veya davranışlardaki değişimlere bağlı olarak rekabetin bozulma ihtimalinin incelenmesidir. Bunun için, ilgili pazar belirlenerek, firmaların pazar güçleri tespit edilmektedir. Yani,

⁴⁸² OJ C 201,1992 (GÜLERGÜN, s. 18).

⁴⁸³ GÜLERGÜN, s. 18.

⁴⁸⁴ GÜLERGÜN, s. 58.

⁴⁸⁵ GÜÇER, Sülün, Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu, Ankara 2005, s. 34; ayrıca bkz. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz5.pdf>; ilgili pazar hakkında ayrıca bkz. ÇETİNKAYA, Murat, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.

İlgili pazar, potansiyel pazar gücünü kullanabilecek en küçük ilgili üretici grubundan oluşurken, ekonomik pazarlar arbitraja dayanmaktadır. Bu sebeple genellikle ilgili pazar ekonomik pazardan daha dar olma eğilimindedir. Ancak bu her zaman için geçerli değildir. Aslında ikisi arasındaki fark, fiyatlar üzerinde önemli bir etkisi bulunabilecek bir grup firma ile fiyatları belirleyen bir grup firma olarak düşünülebilir⁴⁸⁶.

İlgili pazar tanımlaması, bütün rekabet davalarında merkezi bir öneme sahiptir. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ele alınacak olursa, ‘Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar’ başlıklı 4. madde kapsamına girebilecek, "belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler", ‘Hakim Durumun Kötüye Kullanılması’ başlıklı 6. madde kapsamında, "bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması", ‘Birleşme veya Devralma’ başlıklı 7. madde kapsamına girebilecek, "bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarını tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması" hukuka aykırı bulunarak yasaklanmıştır. Görüldüğü üzere, hukuka aykırı bulunarak yasaklanan bu yaptırım maddelerinin hepsi, ilgili pazar tanımlamasını gerekli kılmaktadır. İlgili pazar, sektörün durumu ve incelemenin içeriğine göre davadan davaya değişen bir kavramdır. Bu sebeple pazarın belirlenmesinde genel kurallar çizmek güçtür. Bir davada bir faktörün incelenmesi, diğerinde ise başka bir faktörün ele alınması yapılan pazar tanımlarının yanlış olduğunu göstermez. Çünkü ilgili pazar, temel olarak firmaların pazar güçleri ve tüketicilerin tepkilerine göre değişkenlik gösterebilmektedir. Firmaların pazar güçlerinin ve tüketici

⁴⁸⁶ AKTAŞ, Cihan, “İlgili Pazar Kavramı”, Rekabet Dergisi, S.2, Ankara 2000, s. 41.

tercihlerinin zamana göre değişmesi ilgili pazar tanımlamasındaki farklılıklara sebep olabilmektedir⁴⁸⁷.

1. İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarının belirlenebilmesi açısından, birbiri ile ikame edilebilir olup olmadığı incelenen mal ve hizmetler, birbirini tümüyle değil, ancak bazı özellikleri yönünden ikame ediyorsa ilgili ürünlerin ayrı ayrı pazarlar oluşturma olasılığı göz önüne alınmaktadır. Nitekim bu nedenlerle ATAD ve Komisyon içtihat hukuku oluşturmak yoluyla ilgili pazarın tespiti konusunda bazı esaslar belirlemişlerdir. Her şeyden önce ikame edilebilirlik her olayın özelliğine göre ele alınmakta ve sınırlı bir ikame edilebilirlikten fazla bir esnekliğin bulunması aranmaktadır⁴⁸⁸.

2. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili pazarın belirlenmesinde, pazarın oluşturduğu yer itibarıyla coğrafi faktörlerin tamamlayıcı bir rolü vardır. Aynı ilgili pazar içinde farklı coğrafi ortamların olması ve coğrafi açıdan arz ve talep esnekliğinin çok değişik olması hallerinde, ilgili pazarın yer itibarıyla belirlenmesinin önemi ortaya çıkmaktadır⁴⁸⁹.

Coğrafi pazar değerlendirmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır. RKHK'un 2. maddesi "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde" ibaresini kullanmıştır. 4. maddede doğrudan doğruya coğrafi pazarla ilgili bir ibare yer almamaktadır. Bununla birlikte coğrafi pazarın ülkenin tamamı veya bir bölümü olduğuna hiç şüphe yoktur. Ancak bazı hallerde ilgili coğrafi Pazar dünya veya birkaç ülke pazarları da olabilir. Ülkenin bir bölümü geri kalanından yalıtılmış, homojen Pazar koşullarına sahipse Kanun'un 4,6 ve 7. maddeleri açısından sadece bu bölüm ilgili coğrafi Pazar olarak kabul edilebilir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ AKTAŞ, Pazar, s. 55.

⁴⁸⁸ GÜÇER, s. 35.

⁴⁸⁹ MUGAMİNYA, Muhammed, "Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Egemen Durumun Tespiti Yönünden "İlgili Pazar" Kavramı", http://www.ceterisparibus.net/ab/ab_makaleler.htm#2 (son erişim tarihi: 10-10-2008).

⁴⁹⁰ ASLAN, Ders Kitabı, s. 33.

4054 sayılı Kanun'un 'Kapsam' başlıklı 2. maddesinde 'Türkiye Cumhuriyeti Sınırları içinde' denilerek, coğrafi pazarın üst sınırı belirlenmiştir. Avrupa Birliği'nde bu sınır, Roma Anlaşmasının 82. maddesinde ifade edilen 'ortak pazar ya da önemli bir kısmı' şeklinde çizilmiştir. ABD'de Sherman Yasası'nın 2. maddesinde 'eyaletler arasında veya yabancı milletlerle' ifadesi yer almaktadır. Ancak, global ekonominin ulaştığı boyutlar, bu sınırları zorlamaktadır. Bunun en taze örneği, ABD Hükümetinin Microsoft firmasına açtığı soruşturmada, firmanın ilgili ürünü bütün dünyada kontrolü altında bulundurması gerekçesiyle, ilgili coğrafi pazarı 'bütün dünya' olarak belirlemesidir⁴⁹¹.

3. İlgili Zaman Dilimi

İlgili pazar tanımında, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar ayrımları üzerinde durulsa da, kimi kaynaklarda ilgili zaman dilimi de bu kavramlarla birlikte ele alınmaya başlamıştır. Bu nedenle kısaca tanımını vermek de yarar var. İlgili pazar tanımı zamanla değişebilir. Piyasalarda zamanla meydana gelen değişiklikler, arıza durumlar ve teknolojik gelişmelerin piyasalara etkisini rekabet hukuku uygulamalarına isabetli olarak yansıtılabilmek bakımından, bu değişiklikleri dikkate almak önemlidir. Çünkü zamanla bazı sektörlerde yapısal değişiklikler olmakta, bu da pazarın yeniden tanımlanmasını gerektirmektedir. Bu konuya bilgisayar yazılımcılığının son yirmi yılda başka sektörlerde dikey yapılanmanın bir parçası olması, siberetik gelişmelerin son yıllarda telekomünikasyon sektöründe kullanılmaya başlaması örnekleri verilebilir⁴⁹². Rekabet yasakları açısından bakılacak olursa, sözleşme sırasında kararlaştırılan belirli süreli rekabet yasağı her ne kadar makul gibi görünse de, hızla gelişen piyasa koşulları nedeniyle bir süre sonra bu yasak uygulanması gereksiz bir yükümlülük olarak kalabilmektedir. Yukarıda bahsettiğim gibi özellikle teknoloji konusunda gelişmelerin çok hızlı olduğu günümüzde, kararlaştırılan rekabet yasağının bir anlam ifade etmemesi, ilgili ürün pazarı için çizilen sınırların zamanla anlamını kaybetmesi normal karşılanmalıdır. Bu nedenle ilgili zaman dilimi de dikkate alınabilmelidir.

⁴⁹¹ SU, Tahir, Kemal, Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 14.

⁴⁹² SU, s. 14.

III. İÇERİK BAKIMINDAN SONUÇLARI

Şirket ana sözleşmesinde yazılı olmayan konular, rekabet yasağı kapsamı dışındadır. Ayrıca ana sözleşmede yazılı olmakla beraber, şirketin fiilen uğraşmadığı ticari işlerin şirketten ayrılan üyeler tarafından yapılması da yasak kapsamı dışında mütalaa edilmelidir. Aksine bir hüküm, RKHK'nın 4/I. maddesine aykırılık teşkil eder. Zira, rekabet yasağının amacı, şirketin iş sırlarını yakından bilmek durumunda olan kimselerin, edindiği bilgileri kullanmak suretiyle, kendisi ya da başkasına çıkar sağlayarak şirkete zarar vermelerini önlemek olduğuna göre, şirketin fiilen ilgilenmediği alanlarda yapılacak muamelelerin şirkete zarar vermesi söz konusu olmaz⁴⁹³.

Ürünler ve hizmetler açısından, rekabet yasağı sadece devre konu teşebbüste üretilen ürünler veya verilen hizmetlerle (bunların geliştirilmiş şekilleri, yeni modelleri veya bunların yerine geçenlerle) sınırlı olmalıdır⁴⁹⁴. Henüz pazara sürülmemesine rağmen, devir anında geliştirilmesi tamamlanmış veya önemli bir ileri aşamaya getirilmiş olan ürün ve hizmetler de bu kapsam da kabul edilir. Devralanın, devredilen teşebbüsün devirden önce faaliyette bulunmadığı ürün pazarları açısından devreden rekabetine karşı korunmasına gerek yoktur⁴⁹⁵.

Ayrıca rekabet yasağının kapsamı devralınacak faaliyetlerle sınırlı olmalıdır. Kısmi devirlerde, satıcıda kalan (devre konu olmayan) ürün veya hizmetlerde alıcının korunması gerekli değildir. Satıcı ve bunun bağlı işletmeleri ile temsilcileri dışındakileri bağlayan sınırlamalar kabul edilmemektedir. Kaldı ki, üçüncü kişilere kısıtlama getiren düzenlemelerin yan sınırlama sayılmayacağı genel ilkeler arasında yer bulmuştur. Duyuru'da, satıcının korunmasına yönelik düzenlemelerin kural olarak yan sınırlama sayılmayıp 81 ve 82'nci maddeler karşısında değerlendirileceği ifade edilmiştir⁴⁹⁶.

⁴⁹³ ÇAMOĞLU, s. 357, s. 29; KARASU, Limited, s. 164.

⁴⁹⁴ Komisyon'un 14.12.1997 tarihli KNP BT/BunzL/Wilhelm Seiler kararı, ATRG, 09.04.1997, C 110, s. 9, § 17; Komisyon'un 12.04.1999 tarihli King Fisher/Grosslabor kararı, ATRG, 22.06.1999, C 176, s. 12 § 26 (ERDEM, s. 145).

⁴⁹⁵ Komisyon'un 06.04.2001 tarihli Dow/EnichemPolyurethan kararı, ATRG, 11.05.2001, C 138, s. 11 § 28; Komisyon'un 04.08.2000 tarihli CDC /Banco Urquijo/JV kararı, ATRG, 30.01.2001, C 29, s. 8 § 18 (ERDEM, s. 145).

⁴⁹⁶ GÜLERGÜN, s. 22, 23.

IV. YAPTIRIMLAR

A. Cezai Şart

Sözleşme tarafları sözleşmenin ihlal edilmesine karşı yine sözleşme hürriyetinden faydalanmak suretiyle önleyici bir takım düzenlemeler yapabilmektedirler. Böylece hem ihlali önlenmeye çalışılmakta hem de ihlalin hukuki sonuçlarına karşı kendi hukuklarını korumuş olmaktadır. Sözleşmenin ihlaline karşı, tarafların sözleşmede belirledikleri özel müeyyidelerden birisi de sözleşme ile cezai şart konulmasıdır. Cezai Şart, akdin ifa edilmemesi, haksız ve sebepsiz olarak fesh edilmemesini önlemesi amaç edinir. Rekabet yasağının ihlaline karşı bir müeyyide olarak cezai şart öngörülmekte ve bu yasakla beklenen hedefe ulaşılmaya çalışılmaktadır. Rekabet yasasının ihlali halinde bir zarara uğranıldığını ispatlamak her zaman kolay olmadığı için, sözleşmeye cezai şart koyma yoluna gitmek işveren açısından büyük bir pratik önem taşımaktadır. Çünkü, bu takdirde işverenin, herhangi bir zararı ispatlamak zorunda olmaksızın cezai şartı talep edebilme imkanı vardır⁴⁹⁷. Keza işçinin işverenle yapacağı rekabet yasağı mukavelesi yazılı şekilde hazırlanmak icap ettiğine göre , ona bağlı cezai şart sözleşmesinin de yazılı olması bir muteberlik şartıdır. Yargıtay içtihadının da bu yolda olduğu söylenebilir⁴⁹⁸.

Hizmet sözleşmelerine cezai şart konulmasıyla, hizmet ilişkisi sırasında çalışana mesleki eğitim ve benzeri nedenlerle yapılan harcamaların garanti altına alınması da mümkündür. Yargıtay da⁴⁹⁹ bu gibi durumlarda tek taraflı olarak çalışanı cezai şartla yükümlü tutulmasını kabul etmektedir. Çünkü, bu eğitim sonucu çalışan vasıf kazanmakta, işgücü piyasasında pazarlık gücü artmakta, bundan parasal yararlar sağlayacak duruma gelmektedir⁵⁰⁰.

İşyerinin devredilmesi açısından bakılacak olursa Cenevre mahkemesinin bir kararına göre: «bir ticarethane devir edildiğinde onunla ilgili rekabet yasağından doğan

⁴⁹⁷ ARICI, Kadir, “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, GÜHFD, C.1, S.1, Ankara 1997, s. 44 vd. ; ESENER, s. 158.

⁴⁹⁸ BİLGE, s.77.

⁴⁹⁹ Y. 9 HD., 29.3.2000, E. 507, K. 4100 (SOYER, Polat, “ Karar İncelemesi”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2000, s. 19-25).

⁵⁰⁰ BAŞBUĞ, Aydın, “Tacir İşveren Ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim”, KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.2, s. 9, 10.

haklar da intikal eder. Böylece yasağa bağı cezaî şart da ticarethanenin yeni malikine devredilmiş olur. Yasağa riayet edilmesini veya riayet edilmemesi halinde cezanın ödenmesini yeni malik, borçludan isteyebilir”⁵⁰¹.

Herhangi bir anlaşmanın, rekabeti sınırlayıcı etki taşıyıp taşımadığı, ancak, o anlaşmanın yapıldığı ve uygulandığı (veya uygulanacağı) somut iktisadi koşulların (yani, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar, bu pazara giriş engellerinin bulunup bulunmadığı, eğer böyle engeller mevcut ise incelenen anlaşma veya anlaşmaların söz konusu engellerin doğması ve/veya devamı yahut güçlenmesi bakımından herhangi bir etkisinin olup olmadığı vb. parametrelerin) belirlenmesi neticesinde ve bu koşullar dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme ile anlaşılabilir⁵⁰².

B. Geçersizlik Yaptırımı

AB Rekabet Hukuku sisteminden esinlenerek hazırlanan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Avrupa Topluluğu Anlaşması’nın düzenlemesi (ATA md. 81/2) esas alınmış ve bu Kanun’a aykırı her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararları geçersiz sayılmıştır (RKHK md. 56). Ancak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da bu geçersizliğin niteliği belirtilmemektedir. Bu nedenle geçersizliğin niteliğini tespit ederken genel hükümlerden, dolayısıyla, Borçlar Hukuku’ndan yola çıkmak gerekecektir. AB Rekabet Hukuku sisteminde bu yaptırımın uygulanması ulusal mahkemelere üye devletlerin hukuk sistemine bırakılmıştır. Bu nedenle Avrupa Birliği uygulamasında geçersizliğin niteliği konusunda yeknesak bir uygulama mevcut değildir⁵⁰³.

Rekabet Kanununun "Rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları" başlığını taşıyan 56’ncı maddesinin ilk cümlesinde "Kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir." hükmü yer almaktadır. Rekabet Kanununun birinci kısmında, "Yasaklanan Faaliyetler" başlığı altında rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu davranışların yanı sıra hakim

⁵⁰¹ BİLGE, Necip, “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatrasına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, s. 74.

⁵⁰² GÜRZUMUR, s. 31.

⁵⁰³ ORTAÇ, Orbay Nurdan, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a Aykırı Anlaşma ve Kararları Geçersizliğinin Hukuki Niteliği, Kırkkale 2006 (Yüksek Lisans Tezi), s. 52.

durumun kötüye kullanılması da yasaklanmıştır⁵⁰⁴. Geçersizlik, sözleşmenin tarafların istediği hüküm ve sonuçları doğurmadığı tüm halleri içeren bir üst kavramdır . Geçersizlik yaptırımının uygulandığı hallerde sözleşme kurulmakta; ancak, hukuk düzeni bu sözleşmenin hukuken hüküm ve sonuç doğurmasını engellemektedir⁵⁰⁵.

Bununla birlikte Kanunun yasaklama öngören hükümlerine aykırı herhangi bir anlaşma ya da kararın, BK 20. md. gereğince geçersizliği söz konusu olduğundan 56. maddede bu hüküm yer almasaydı da BK 20. maddesinden hareketle aynı sonuca ulaşmak mümkün olacaktır⁵⁰⁶.

Hukukumuzdan farklı olarak, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'na temel olan Roma Antlaşması'nda, özel hukuka ait doğması muhtemel neticeler etraflıca düzenlenmemiş ve sadece 85.maddenin 2.fikrasında, 85/1.maddeye aykırı anlaşmaların geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte mevcut uygulama itibarıyla, Roma Antlaşması'nda yer alan rekabet yasaklarına aykırı eylem ve işlemlerin özel hukuk alanında geçersizlik ve haksız fiil sorumluluğuna yol açtığı hususunda hiçbir şüphe yoktur. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da daha ayrıntılı olarak düzenlenen bu yaptırımlar, esasen büyük ölçüde Avrupa Birliği Hukukundaki uygulama esas alınarak kaleme alınmıştır⁵⁰⁷.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Kanun'un 56. maddesi ve BK 20. madde gereğince anlaşma ya da kararın Kanun'a aykırı olan hükümleri geçersizdir. Kanun'un 56. maddesinde Kanun'un emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle öngörülen geçersizliğin, mutlak geçersizlik olması nedeniyle, bu durum, yalnız hukuki ilişkinin taraflarınca değil, 3. kişiler tarafından da ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından da re'sen dikkate alınır.

Geçersiz bir işlem genel olarak şu özellikleri taşır:

-İşlem baştan itibaren ve kendiliğinden hukuki sonuçlarını doğurmaz.

⁵⁰⁴ Rekabet Kanununun 4-6.maddeleri.

⁵⁰⁵ BAŞPINAR, s. 20; ayrıca bkz. İNAN, Nurkut, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", Rekabet Kurumu Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri 2004, s. 43 vd.

⁵⁰⁶ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 142-143.

⁵⁰⁷ SANLI, Cem, Kerem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümle ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Ankara 2000, s. 388.

-İşlemin geçersizliğine yalnız taraflar değil üçüncü şahıslar da ileri sürebilir.

-Herhangi bir uyuşmazlıkta taraflar, işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmemiş olsalar bile hakim resen dikkate alır.

-Geçersiz işlem belli bir zamanın geçmesi veya hükümsüzlük sebebinin ortadan kalkması ya da edimlerin ifasıyla geçerli hale gelmez. İşlem yeniden Kanuna aykırı olmayacak şekilde yapılmalıdır.

-Geçersizlik yaptırımına maruz kalan bir işlemde taraflar, yerine getirdikleri edimlerini⁵⁰⁸, duruma göre ya doğrudan aynı hakka dayanan bir istihkak davasıyla⁵⁰⁹ veya sebepsiz zenginleşme⁵¹⁰ hükümlerine göre geri isteyebileceklerdir.

-Anlaşmanın yapılmasına kusurlu davranışı ile sebep olan kimse kusursuz olan tarafın menfi zararını (anlaşma hiç yapılmamış olsa idi uğramayacağı zararı)⁵¹¹ tazmin etmekle yükümlüdür⁵¹².

Rekabeti kısıtlayan anlaşmaların geçersizlik yaptırımlarından hangisi olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Kimi yazarlar⁵¹³ bazı koşullarda askıda geçersizlik yaptırımının uygulanabileceğini ileri sürerken, kimi yazarlar⁵¹⁴ bunları tam geçersiz olarak görmüştür. Bunlar dışında geçersizlik yaptırımı tartışılırken, MK. m. 4

⁵⁰⁸ Edimlerin geri verilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SEROZAN, Rona, “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, Prof. Dr. Necip Kocayusupaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

⁵⁰⁹ Verilen şeyin mülkiyeti karşı tarafa geçmemiş ise malik sebepsiz zenginleşmeyle değil istihkak davasıyla bu şeyin iadesini isteyebilecektir. Bu durumda iade borcunun kapsamı MK m. 906-908 kurallarına göre tayin edilecektir. Eğer mülkiyet karşı tarafa geçmişse eski malik aynı hakkını kaybettiğinden istihkak davası açılmayacaktır. Fakat karşı taraf sebepsiz zenginleştiği için sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade isteyebilecektir.

⁵¹⁰ Sebepsiz zenginleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TURANBOY, Nuri, Kürşad, “Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, Ankara 1997, s.94 vd.

⁵¹¹ KARAHASAN, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s. 63.

⁵¹² EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 406, 407.

⁵¹³ SANLI s. 401-402; ARI, s. 201; GÜRZUMAR, Berat Osman, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”, Rekabet Dergisi, S.12, Ankara 2002, s. 49 vd.

⁵¹⁴ Topçuoğlu, „Kurul’un muafiyet talebini olumlu ya da olumsuz sonuçlandırmasına kadar geçen süreyi “topal muamele” olarak nitelendirmiş ve askıda geçersiz teriminin kullanımını uygun bulmamıştır (TOPÇUOĞLU, s.289-292); Aksoy’a göre ise, kanuna aykırı anlaşmaların başlangıçta askıda geçersiz muafiyet ile askıda geçerli olduğuna ilişkin görüş, RKHK’daki geçersizlik yaptırımını karmaşık bir hale getirir ve Borçlar Hukuk kavramlarına da olduğundan farklı anlamlar yükler (AKSOY, Nazlı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004, s.45-46).

anlamında bir takdir yetkisinin hakime tanındığı, bu nedenle bazı hallerde takdiri geçersizliğin söz konusu olabileceği de ileri sürülmüştür⁵¹⁵.

Son olarak şunu söylemekte yarar var; teşebbüsler arasındaki anlaşma, başlangıçta yasak kapsamına girmemesine rağmen sonradan piyasa koşullarındaki değişiklik sonucu Kanuna aykırı hale gelmişse, bu durumda geçersizlik başlangıçtan itibaren değil, aykırılık halinin gerçekleştiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur.

1. Mutlak Geçersizlik

Borçlar hukuku ilişkilerinde anlaşmanın bir bölümünün geçerliliğini muhafaza etmesi, anlaşma lehine yorum ilkesine dayanmaktadır⁵¹⁶. Kısmi hükümsüzlüğün kabulü, işlemdeki sakatlığın sadece bir kısma inhisar ettiği ve diğer kısmı muteber tutmak tarafların farazi arzusuna uygun düştüğü ölçüde mümkün olacaktır. Fakat hükümsüz sayılan kısım olmadıkça ilgili tarafların anlaşma yapmayacakları hal ve şartlardan anlaşılabilirse, anlaşma tamamen hükümsüz sayılacaktır⁵¹⁷.

2. Kısmi Geçersizlik

Sözleşmeler yapılırken, bazı hallerde sözleşmenin bazı hükümlerinde birtakım sakatlıklar bulunabilir. Sözleşmenin bazı hükümlerinde kanunilik ilkesine veyahut da kamu düzenine aykırılıklar bulunabilir. Bunların yanı sıra, tarafların iradelerinde, sözleşmenin tamamına ilişkin olmayıp, sadece belirli hükümlerine ilişkin sakatlıklar da bulunabilir. Sözleşmelerin hükümlerinin birbirinden ayrılabilirliği, sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmayıp, sadece sakatlık bulunan kısmın geçersiz sayılmasını sağlar⁵¹⁸. Bir idari işlem tesis edilirken, onun hazırlanış ve yapılış aşamasında ortaya çıkan ve ondan bağımsız olarak, onun varlığına ihtiyaç duymaksızın, ondan ayrı bir kişiliğe sahip olarak yeni birtakım hukuki durumlar oluşturan işlemler ayrılabilir

⁵¹⁵ Gürzumar, eğer bir sözleşmenin amacının veya etkisinin rekabeti sınırlandırmak olduğuna karar verilmişse, artık bu sözleşmenin geçerli olup olmadığına takdiren karar vermenin söz konusu olmayacağı, buna karşın AB Hukuku uygulamalarından yola çıkılarak, rekabeti sınırlayıcı etkinin pazarda hissedilir ölçüde olup olmaması konusunda incelemeye yetikili makama tanınmış bir takdir yetkisinin söz konusu olduğunu savunmaktadır (GÜRZUMAR, s.38).

⁵¹⁶ EREN, s. 409.

⁵¹⁷ Geniş bilgi için bkz. BAŞPINAR, s. 54 vd.

⁵¹⁸ ÇALIŞKAN, Ziya, Ahmet, İdari Sözleşmelerin Geçersizliği, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2005, s. 71.

işlemlerdir⁵¹⁹. Fakat bu tür bir sonuca gitmek için, geçersiz sayılacak hükmün sözleşmenin elzem bir hususuna ilişkin olmaması gerekir.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarda kısmi butlan hükümlerinin uygulanması, özellik arz eden bir konudur. Zira tek amacı rekabeti sınırlamak olan anlaşmalarda (fiyat tespiti, piyasa paylaşımı, kota, boykot gibi hallerde) batıl olan kısım olmasa idi anlaşmanın yapılıp yapılmayacağı gereğini araştırmak anlamsızdır. Fakat doğrudan amacı rekabeti kısıtlamak olmayan anlaşmalardaki birtakım kayıtlar, Kanuna aykırı ise, bu kısım hükümsüz sayılarak anlaşma ayakta tutulabilecektir⁵²⁰. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin kısmen geçersiz kılınmasının mümkün olduğuna dair bir hükme yer vermemekle birlikte, bunun aksi yönde ilişkin bir kural da öngörmemektedir⁵²¹.

Hukuki işlemin geçerliliğine ilişkin olarak, butlan sebeplerinden birinin bulunmasına rağmen, bu sebebin işlemi kısmen etkilemesi de mümkündür. Bu gibi hallerde Borçlar Kanunu'nun 20/2.maddesi, hukuki işlemin tamamen değil, kısmen geçersiz sayılmasına ve sakatlıktan etkilenmeyen kısmın geçerli kalmasına imkan vermektedir. "Kısmi geçersizlik" olarak adlandırılan bu yaptırım, özellikle hukuki işlemlerin ayakta tutulması veya sözleşme lehine yorum prensibine uygunluk arz etmektedir. Örneğin, sözleşmede fahiş bir cezai şartın⁵²² kararlaştırılmış olması veya taraflardan birinin iktisadi özgürlüğünü olağandışı nispette kısıtlayacak bir sürenin tespit edilmesi halinde, sözleşmenin tamamının değil, bu kayıtların geçersiz addedilmesi daha akılcı ve amaca uygun bir çözüm tarzı olacaktır. Şüphesiz kısmi geçersizlik yaptırımının söz konusu olabilmesi için, geçersizliğe tabi olan kısım çıkarıldığı takdirde, geriye bir hukuki işlemi meydana getirmeye yeterli muhteva unsurlarının kalmış olması gerekir. Bundan da önemlisi, Borçlar Kanunu'nun 20/2.maddesi gereğince, batıl sayılan kısım olmaksızın tarafların bu işlemi yapmayacakları kabul edilebiliyorsa, o takdirde kısmi butlan değil, ancak tam butlan söz konusu olacaktır. Kısmi butlanın subjektif

⁵¹⁹ Ayrılabilir işlemler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 55 vd.

⁵²⁰ Bkz. GÜRZUMAR, Perşembe Konferansları, s. 124.

⁵²¹ ÖZ, Turgut, Yönetim (Management) Sözleşmesi, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1998, s. 63,64.

⁵²² Fahiş Cezai Şart hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERNAŞ, Bülent/ YALÇINTAŞ, Simin, "Fahiş Cezai Şartın Tacirler Bakımından Uygulanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara 2008.

şartını teşkil eden bu farazi irade ise, güven teorisi esas alınarak objektif bir değerlendirme ile tespit edilmelidir. Kanun, tarafların hukuki işlemi ilgili kısım atıldıktan sonra dahi ayakta tutacakları karinesinden hareket ettiğinden ötürü, kural olarak, böyle bir iradenin bulunmadığının ispatı edilmesi, tam butlanı iddia eden tarafa ait olacaktır⁵²³.

4. maddenin katı geçersizlik yaptırımının sınırlandırılmasında kısmi geçersizlik prensibinin yaygın bir şekilde uygulanması büyük önem taşımaktadır. Hukuki işlemin tamamen geçersiz olması, bazı hallerde ticari ilişkiye girenleri daha zararlı hale getirebilir. Örneğin, sözleşme yapabilmek için birtakım ek yükümlülükler katlanan bir teşebbüs, kötüye kullanma sayılan ek yükümlülükler nedeniyle hukuki işlem tamamen geçersiz olduğunda daha fazla zarar görecektir. Bu nedenle, rekabete aykırılık, hukuki işlemin sadece bir kısmında söz konusu ise ve hukuki işlemin diğer kısmını geçerli kılmanın tarafların farazi iradelerine uygun düşeceği kabul ediliyorsa BK m.20/II anlamında kısmi geçersizlik uygulanabilmelidir⁵²⁴.

Konunun başında sözü geçen ayrılabilirlik kavramı AB Hukukunda da özellikle rekabet yasakları söz konusu olduğunda dikkate alınmıştır. Şöyle ki AB Hukukunda, herhangi bir dikey anlaşmada, Tüzüğün 5'inci maddesinde caiz görülen sınır ve tanımlamaları aşan bir rekabet yasağı (*rekabet etmeme yükümlülüğü*) kararlaştırılmışsa ve bu anlaşmada yer alan (ve ağır sınırlama niteliğinde olmadığı için m.4 hükmündeki kara listeye de girmeyen) diğer rekabet sınırlamaları da rekabet yasağından ayrılabilir nitelikte iseler, rekabet yasağı dışındaki söz konusu sınırlamalar muafiyetten yararlanabilecek; buna karşın anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı bütün kayıtları grup muafiyeti kapsamı dışında kalacaktır⁵²⁵. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da, kısmi geçersizlik prensibinin tatbik edilebileceği, Adalet Divanının vermiş olduğu kararlar neticesinde Birlik hukuku düzeyinde çözüme bağlanmış,

⁵²³ SANLI, s. 392.

⁵²⁴ ŞİMŞEK, Tolga Alp, Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Koşulları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2003, s. 107, 108.

⁵²⁵ GÜRZUMAR, s. 65.

bununla birlikte, kısmi geçersizliğin tatbikinde izlenecek esaslar ulusal hukuklara bırakılmıştır⁵²⁶.

Bu konuyu Türk Hukuku bakımından inceleyecek olursak eğer 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliğ üzerinde durmak gerekir. Eğer herhangi bir dikey anlaşmada Tebliğ m.5 hükmünde caiz addedilen sınır ve tanımlamaları aşan bir rekabet yasağı (rekabet etmeme yükümlülüğü) yer alıyorsa, bu anlaşmada bulunan (ve ağır sınırlama niteliğinde olmadığı için m.4 hükmündeki kara listeye de girmeyen) diğer rekabeti sınırlayıcı kayıtlar, bunların rekabet yasağı ile doğrudan bir bağlantısı bulunmaması şartıyla, grup muafiyeti kapsamında yer alırken, söz konusu rekabet yasağı grup muafiyetinden yararlanamayarak geçersiz olacak ve BK m.20/II hükmünün uygulanabilirliğine ilişkin olarak doktrinde (genel olarak *kısmi butlan* bakımından) yapılan değerlendirmelerin bu geçersizlikle ilgili olarak ne derecede cari olduğunun araştırılması gerekecektir⁵²⁷.

Kanunda açıkça belirtilmemiş olan fakat doktrinde kabul edilen bazı kısmi butlan çeşitleri vardır. BK m.20/II'de getirilmiş olan düzenleme 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin geçersizliği bakımından da uygulama alanı bulabileceği gibi, doktrinde kısmi geçersizlikle ilgili olarak geliştirilen ve incelenen (değiştirilmiş kısmi geçersizlik, genişletilmiş kısmi geçersizlik vb.) kavram ve kurumların 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılıktan kaynaklanan geçersizlikte de dikkate alınması sözkonusu olabilir⁵²⁸.

a. Basit Kısmi Geçersizlik

Hakimin, tarafların farazi iradelerine göre, yalnız bir kısmı sakat olan sözleşmenin, sakat kısmının butlanına karar verdiği, buna karşılık sakat olmayan kısım veya kısımlarını ise hiçbir değişikliğe uğramadan aynen geçerli saydığı kısmi butlana basit kısmi butlan adı verilir.

⁵²⁶ SANLI, s. 433.

⁵²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRZUMAR, s. 66-69.

⁵²⁸ GÜRZUMAR, s. 71.

b. Değiştirilmiş Kısmi Geçersizlik

Sözleşmenin sakat olan kısmının yerine ikame bir kuralın geçirilmesi suretiyle muhafaza edilmesine değiştirilmiş kısmi butlan denir. Değiştirilmiş kısmi butlan, sözleşmenin sakat kısmının yerine, kanunun emredici veya tamamlayıcı bir hükmünün veya hakim, tarafların farazi iradelerine göre tespit ettiği ikame bir hükmün (anlaşmanın) geçirilmesi esasına dayanır. Kanunun emredici hükümlerinin sakat kısmın yerini alması halinde taraflar, söz konusu kısmın sakat olduğunu bilselerdi, sözleşmeyi yapmayacaklarını iddia ederek sözleşmenin tam butlanını ileri süremezler⁵²⁹.

c. Genişletilmiş Kısmi Geçersizlik

Tarafların farazi iradelerinden, sözleşmenin bir kısmına ilişkin sakatlığın bu kısım olmaksızın geçerli kısımlardan bazılarının da yapılmayacağı sonucuna varılarak, sakat kısım ile birlikte söz konusu geçerli bazı kısımların da batıl kabul edilmesine genişletilmiş kısmi butlan adı verilir⁵³⁰. Genişletilmiş kısmi butlanda, tam butlandan farklı olarak, hala muhafaza edilen geçerli bir kısmın mevcut olması söz konusudur.

d. En Yüksek Yasal Hadde İndirme

Kanunlar veya yetkili makamlarca tespit edilen en yüksek haddi aşan sözleşmelerin, en yüksek hadde indirilmesi de değiştirilmiş kısmi butlan uygulamasının bir türüdür⁵³¹. Türk Ticaret Kanunu, bu konuda özel bir düzenleme getirmiştir. TTK.m.1466'da şu hüküm yer almaktadır: "Ticari hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususi bir hüküm bulunmadıkça, batıldır; şu kadar ki, bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya yetkili makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hallerde Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz." Bu hükmün sonucu olarak, en yüksek haddi aşan sözleşmeler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılmaktadır.

⁵²⁹ BAŞPINAR, s. 153-155.

⁵³⁰ BAŞPINAR, s. 172.

⁵³¹ BAŞPINAR, s. 163.

Doktrinadaki hakim görüşe göre, TTK.m. 1466'da kanuni bir indirim, yani değiştirilmiş kısmi butlan söz konusudur. En yüksek haddi aşan anlaşmanın, bölünmeden, bir bütün olarak sakat olduğu kabul edilmekte, ancak burada sakat kısmın yerini ikame bir anlaşma almaktadır. Örneğin kanunların süre olarak en fazla on yılı öngördüğü bir konuda tarafların otuz yıl süreli bir sözleşme yapmaları halinde, sözleşmenin süresine ilişkin anlaşma, emredici hükümlere aykırı olduğu için kısmen (on yılı aşan kısım) değil, tamamen batıldır. Bu durumda sakat anlaşmanın yerini on yıllık süreyi öngören yeni bir anlaşma alır. On yıllık süreyi öngören anlaşma, otuz yıllık süreyi öngören anlaşmanın, yirmi yılının atılması suretiyle geri kalan kısımlarıyla muhafaza edilen bir anlaşma olmayıp, aksine en yüksek had üzerinden yapılmış yeni bir anlaşmadır⁵³².

3. Askıda Geçersizlik

Geçersizlik türlerinden biri de askıda geçersizliktir⁵³³. Bu tür geçersizlikte sözleşmenin hüküm ifade edip etmeyeceği belli değildir. Bu belirsizlik değişik nedenlerden kaynaklanabilir. Askıda geçersizlik; işlemdeki eksiklik, mevcut hükümsüzlüğün ortadan kalkabilmesi, iptal kabiliyeti gibi ayrımlara tabi tutulmalıdır. Rekabet Kanunu'nun kabul ettiği geçersizlik özel bir geçersizlik türüdür ve genel hükümler bakımından yapılan ayırmada askıda geçersizlik kapsamında değerlendirilebilir. RKHK m.4/1 ve RKHK m.56/1'in ilk bakışta kesin geçersizliği kabul etmiş olduğu sanılabilir. Bununla birlikte kesin geçersizliğin RKHK m.4/1 bakımından uygun bir müeyyide olmadığı kabul edilmektedir. Çünkü muafiyet ile ilgili RKHK m.4 hükmünün kabul edilmesi olması, bu geçersizliğin kesin geçersizlik olmadığı için yeterli olmalıdır. Kesin geçersizlik halinde işlem hiçbir zaman geçerli hale gelemez. Halbuki rekabet ihlallerinde anlaşma, RKHK m.5'de yer alan koşulların varlığı halinde geçerli

⁵³² BAŞPINAR, s. 169.

⁵³³ Bazı hallerde, hukuki işlem kurulmuş olmakla beraber, kanunun öngörmüş olduğu geçersizlik sebeplerinin birinin bulunması nedeniyle geçersiz olabilir. Bununla birlikte geçersizliğin ortadan kalkması ve işlemin tekrar geçerli hale gelmesi de mümkündür. Dolayısıyla buradaki geçersizliğin de askıda olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin hata, hile ve korkutma hallerinde hukuki işlem geçersiz ve sakat olarak doğmuştur (BK.md.23, md.28, md.29). Fakat Kanun, hata, hile ve ikraha uğrayan tarafın, bir yıl içinde işlem ile bağlı olmadığını bildirmemesi halinde işlemin geçerli hale geleceğini öngörmektedir (BK.md.31). İlgili taraf, bu süre içerisinde hakkını kullanmaz veya kullanmayacağını açıkça bildirirse işlem baştan itibaren geçerli hale gelecek, bildirirse baştan itibaren geçersiz olacaktır. Kural olarak, ilgili tarafın bu yenilik doğurucu beyanını bildirmesi bir şekle tabi olmadığı gibi, dava açması da gerekmez. Öyleyse burada, baştan sakat olan bir işlemin tekrar geçerli hale gelebilmesi, bir başka deyişle geçersizliğin düzelebilmesi imkanı bulunmaktadır. (bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 381,382).

hale gelebilmektedir. bu nedenle rekabet hukukunda geçerli olan geçersizliğin kesin geçersizlik olmadığını kabul etmek gerekir⁵³⁴.

Burada önemle dikkate alınması gereken bir başka nokta ise, muafiyet kararlarında söz konusudur. Muafiyet kararının süreyle sınırlı olmasına bağlı olarak, Kurul'un vereceği bir "*geri alma kararı*" bulunmasa dahi, muafiyet süresinin dolmasına rağmen Kurul'un pasif davranışının da, hukuki işlemin geçerliliğini sona erdirebileceğidir. Fakat geri alma kararından farklı olarak, burada hukuki işlem muafiyet süresince geçerliliğini korumakta ve geçersizlik ancak ileriye etkili olmaktadır. Bu açıdan aslında muafiyet, 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin geçersizliğini ancak süreyle sınırlı geçerli kılmakta, bir başka anlatımla, "sınırlı süreli bir geçerlilik" söz konusu olmaktadır. Özetle, 4. maddeye aykırı bir sözleşme veya karar bireysel muafiyetten yararlanarak geçerli kılınsa dahi, bu geçerlilik, gerek "*geri alma kararı*", gerekse süresi sona ermiş bireysel muafiyetin "*yenilenmesi kararının alınmamış olması*" hallerinde ortadan kalkmaktadır. Netice olarak, bireysel muafiyet hükmü karşısında, 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin esas itibarıyla "*butlan*" yaptırımına tabi olduğunu iddia etmek mümkün gözükmemektedir. 4. madde sistemi içerisinde öngörülen muafiyet hükümleri, bu maddeye aykırı işlemlerin tabi olduğu geçersizliğin kesinliğini ortadan kaldırmakta ve "*butlan*" yaptırımını bertaraf etmektedir. Dolayısıyla 4. maddeye aykırı olan bir hukuki işlemin geçersizliği, muafiyet şartına bağlı olarak askıda kalmakta ve doğal olarak geçersizliğin türü de, "*askıda geçersizlik*" olmaktadır. Bu durumda "*kesin geçersizlik*" veya "*butlan*" yaptırımını ise, ancak Kurul tarafından muafiyet incelemesi yapılarak muafiyet talebi reddedilen veya hakkında muafiyetin geri alınması kararı alınan hukuki işlemler için söz konusu edilebilir. Bu itibarla "*butlan*", genellikle kabul edildiğinin aksine, 4. madde kapsamına giren hukuki işlemler için istisnai bir geçersizlik türü olmaktadır. Kanun'un 4. maddesine aykırı, fakat grup veya bireysel muafiyetten yararlanan bir sözleşme veya karar ise, kural olarak geçerli olmakta, bununla birlikte, bu geçerliliğin geçersizliğe dönüşebilmesi olasılığı

⁵³⁴ ARI, s.201-202; SANLI, Cem, Kerem, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", Rekabet Dergisi, S. 30, s. 16.

bulunmaktadır. Bu açıdan, bir anlamda muafiyetten yararlanan hukuki işlemlerin “askıda geçerli” (veya geçersiz) olduğunu söylemek dahi mümkündür⁵³⁵.

C. Tazminat

RKHK 57. maddesine göre Kanuna aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan kimseler bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdurlar. Kanunun bu sorumluluk ilkesi dışında, rakip teşebbüsleri veya doğrudan tüketicileri hedef alan rekabeti kısıtlayıcı davranışlar (piyasaya girişin engellenmesi, ayırıcı uygulamalara gidilmesi, bağlayıcı kayıtlar konulması, boykot, üretimin sınırlandırılması, fiyat tespiti vs.), haksız fiil sorumluluğuna da yol açacaktır⁵³⁶. Özellikle ahlaka aykırı bir fiil ile bilerek başkasının zararına sebep olan şahıs, bu kimselerin zararını tazmin etmek zorundadır (BK m. 41/2)⁵³⁷.

TTK 58. madde çerçevesinde haksız rekabet halinde açılan tazminat davalarında, Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatları, henüz uygulamada sık karşılaşılmayan Rekabet Kanununun 58. maddesi çerçevesinde Kanun'a aykırılıktan kaynaklanan tazminat talepleri incelenirken, özellikle "mahrum kalınan kar"ın⁵³⁸ değerlendirilmesi açısından önem arz etmektedir. Ortaya çıkan zararın bir anlaşma, karar ya da ağır ihmalden kaynaklanması hallerinde, hakimin, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olan teşebbüs ya da teşebbüslerin elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata karar verebileceği hükmünü içeren 58/2. maddesi birkaç açıdan önem taşımaktadır⁵³⁹.

58. maddenin ikinci fıkrası tazminat hukukuna oldukça yabancı bir hüküm getirmiştir. Bu fıkraya göre ortaya çıkan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde edebileceği karların üç katı oranında tazminata hükmedilebilir. Yalnız

⁵³⁵ SANLI, s. 401.

⁵³⁶ POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ TEKİNALP, Gülören, “Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1982, ss.380-381.

⁵³⁷ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 145.

⁵³⁸ Tazminat ve mahrum kalınan kar terimleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHBAZ, Ussal, Ahmet, ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini, Rekabet Kurumu, Ankara 2008, s.44 vd.

⁵³⁹ ÖZ, s. 200.

bu hükmün uygulanabilmesi için ortaya çıkan zararın, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanması zorunludur. 58. maddenin ikinci fıkrası Türk Hukuk sistemine ilk kez, Amerikan sisteminde yer alan ve bir çeşit cezai tazminat olan “üç kat tazminatı” nı sokmuştur. 58/2. maddede üç kat tazminata esas olacak miktar ya davacının uğradığı maddi zarar ya da karşı tarafın elde etmesi muhtemel olan kardır. Zarar miktarının veya karşı tarafın kazandığı ya da kazanabileceği kar miktarının ne olduğunu davacı ispat edecektir. Davacı iki hususu ispatla mükelleftir. Bunlardan ilki Kanun’a aykırı bir davranış olduğu ve ikincisi de bu davranış neticesinde ne miktar zarara uğradığıdır. Bununla birlikte istenebilecek tazminatlar belirtilirken, 58. maddenin ilk fıkrasında zarar görenlerin kendi gördükleri zararı istemekten vazgeçerek, karşı tarafın elde ettiği karların kendisine tazminat olarak verilmesini isteyebileceği belirtilmemiştir Kanun, davacının yapacağı Kanun’a aykırılığın ispatı ile ilgili bir karine getirmiştir. “İspat Yüğü” başlıklı 59. madde bu konuya ayrılmıştır⁵⁴⁰. Bu maddeye göre: “Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir”.

1. Zarar Şartı

Tazminat borcunun en önemli unsuru zarardır. Gerçekten, sorumluluk hukukunda tazminat talep edebilmek için belirli bir zararın ortaya çıkması gerekir. Şu halde rekabet kısıtlanmasaydı malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, söz konusu durumla halihazırdaki (rekabetin kısıtlanmasından sonraki) durum arasındaki fark zararı ifade eder⁵⁴¹.

Rekabet Hukukunun ihlali nedeniyle açılan tazminat davalarında hiç şüphesiz ki zararın tespit edilmesi yargılamanın en önemli ve belki de en güç safhasıdır. Zararın

⁵⁴⁰ BADUR, s. 162, 163.

⁵⁴¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 545-548; EREN, s. 41.

tespit edilmesi, sadece tazminat miktarının hesaplanması açısından değil; davacı sıfatının belirlenmesi açısından da büyük önem taşımaktadır. Rekabet Hukukunun ihlalinden kaynaklanan zararların tümünün tazmin edilememesi karşısında, davacı, sadece zararın varlığını değil, bu zararının tazmin edilebilir türden bir zarar olduğunu da ayrıca ispatlamak, hakimi bu yönde ikna etmek zorundadır. Rekabet Hukukunun ihlalinden kaynaklanan zararın tespiti, neredeyse olayların tamamında, rekabetin sınırlanmadığı varsayımsal piyasa koşullarının kurgulanmasını gerektirir. Yani davacı Rekabet Hukukunu ihlal eden bir davranışı hiç gerçekleştirmemiş olsaydı, piyasanın ve dolayısıyla kendisinin içinde bulunacağı durumu araştırmak ve ortaya koymak zorundadır. Burada esas alınması gereken ise zararın verildiği andır. Pek çok parametreye bağlı olan bu araştırmanın ise hiç de kolay bir faaliyet olmadığı açıktır. Bununla birlikte Borçlar Kanunu'nun 42/2. maddesi bu noktada davacının isini büyük ölçüde kolaylaştırmaktadır. Hüküm, zararın kesin miktarının ispatlanmasının mümkün olmadığı hallerde, hakimin halin mutad cereyanını ve mağdurun aldığı tedbirleri dikkate alarak, zararın miktarını takdir etmesine imkan tanımaktadır. Bu hükmün, Rekabet Hukukunun ihlalinden doğan tazminat davalarında uygulama alanı bulacağı söylenebilir⁵⁴².

2. Zararın Çeşitleri

a. Müspet Zarar

Genel olarak müspet zarar, bir anlaşmada alacaklının borcun ifasındaki menfaatinin gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zararı ifade eder. Yani anlaşma geçerli olarak ifa edilse idi zarara maruz kalan alacaklının malvarlığının alabileceği durumla, halihazırdaki malvarlığı arasındaki fark müspet zararı ifade eder⁵⁴³. Ancak Rekabet Kanununa aykırı anlaşma veya kararların "geçerli" olarak ifa edilebilmesi mümkün olmadığından "müspet zarar" kavramının rekabet hukuku uygulamasında yer bulamayacağı söylenebilir.

⁵⁴² SANLI, Cem, Kerem, "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2003, s. 251.

⁵⁴³ TUNÇOMAĞ, s. 806; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 855.

b. Menfi Zarar

Başlangıçtaki imkansızlık sebebiyle tazmin yükümlüsünün sorumluluğu, sözleşmenin başlangıçtan itibaren kısmen veya tamamen batıl olmasından doğan menfi zarardır. Yani anlaşmanın muteber olacağına güvenen kimsenin, anlaşma hiç yapılmamış olsa idi uğramayacağı zarar menfi zarardır. Başlangıçtaki imkansızlık, sözleşmenin hukuka ve ahlaka aykırılık nedeniyle kısmen veya tamamen batıl olması hakkında da geçerlidir. Bir anlaşma konusunun hukuka aykırı olduğunu önceden bilen veya bilmesi gereken taraf, bu durumu bilmeyen veya bilmemekte kusuru bulunmayan karşı tarafın, anlaşmanın geçerli olmamasından doğan (menfi) zararını tazmin etmesi gerekir⁵⁴⁴.

Fakat Rekabet Kanunu'na aykırı anlaşmaların hükümsüz sayıldığıının bilinmemesi sorumluluğu kaldırmayacaktır. Menfi zarar kapsamına; yerine getirilmiş olan edim, ifa edilen edimden elde edilebilecek menfaat (kullanma değeri, kira, faiz vs.), geçersiz anlaşmaya güvenilerek başka bir anlaşma yapma fırsatının kaçırılmış olması gibi haller girer⁵⁴⁵.

c. Fiili Zarar

Rekabeti kısıtlayan veya bozan faaliyetler neticesinde bir kimsenin malvarlığının aktifinde azalmaya ya da pasifinde artışa yol açan zarar fiili zarardır. Özellikle yasak faaliyetler neticesinde rakip teşebbüslerin, tüketicilerin veya diğer alıcı konumundaki (ara) teşebbüslerin uğradıkları zararlar bu kapsama girer. Şu halde teşebbüsler arasındaki fiyat anlaşması sonucu, tüketici veya ara teşebbüslerin anlaşma konusu ürüne, gerçek değerinin üzerinde ödemede bulunmaları durumunda, aradaki fazlalık, bu kimselerin malvarlığında azalmaya yol açacağından fiili zarar olarak nitelendirilecektir⁵⁴⁶.

Zarar görenin yoksun kaldığı kâr nedeniyle tazminat talebinin kabul edilebilmesi için elde edilecek kazancın çok muhtemel olması gerekir. Zarar görenin, zarar verici olay olmasaydı bir gelir elde edeceğini, bu olay yüzünden gelir elde

⁵⁴⁴ BAŞPINAR, s. 179.

⁵⁴⁵ Bkz. KARAHASAN, s. 64, 65.

⁵⁴⁶ TOPÇUOĞLU, s. 297.

etmesinin önlendiğini ispat etmesi gereklidir. Bu durumda zarar görenin elde edeceği kâr ile bu kârın elde ilmesine engel olan olay arasında illiyet bağının bulunması zorunludur. Yoksun kalınan kârdan bahsedilebilmesi için, beklenen kârın ahlaka ve hukuka uygun olması şarttır⁵⁴⁷.

Ayrıca RKHK 4. maddesine aykırı bir anlaşma ilişkisine hile yoluyla taraf olan kimsenin anlaşmaya güvenerek yapmış olduğu harcama veya masraflar, hileye maruz kalanın malvarlığının pasifinde artışa yol açacağından fiili zarar olarak kabul edilecektir⁵⁴⁸. RKHK m. 58/I/1 "de; "Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler ödedikleri bedelle rekabet sınırlanmasaydı ödemekle yükümlü olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler." ifadesi yer almaktadır. Alıcıların normal değerinden fazla bir bedel ödemek durumunda kaldıkları dikkate alındığında bu zarar, malvarlıklarında meydana gelen fiilî zarardır⁵⁴⁹. Ayrıca tüketicilerin fazla bedel ödemek durumunda kaldıkları için uğradıkları bu zararın türü, malvarlıklarında meydana gelen fiili zarardır⁵⁵⁰.

d. Manevi Zarar

Manevi zarar, malvarlığındaki bir azalmayı değil, şahsiyet haklarına yönelmiş tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu cismani ve manevi acı ve ızdırabı, elemi ve böylece yaşama zevkindeki azalmayı ifade eder. Bu yönüyle kişinin iç huzurunun, manevi bütünlüğünün ihlal edilmesi, manevi zarar ile ifade edilir. Bu hallerde ortada teknik ve gerçek anlamda bir zararın bulunmadığı açıktır. Hukuk düzeni parayı, iç huzuru bozulan kimseye manevi tatmin sağlayacak ve bir ölçüde de faillere "özel hukuk cezası" olacak bir araç olarak kabul etmiştir⁵⁵¹.

Öte yandan, manevi zararın Kanunun 57. ve 58. maddelerinde ifa edilen her türlü zarar kapsamının içinde yer alıp almadığının belirlenmesinde yarar vardır.

⁵⁴⁷ KILIÇOĞLU, s. 214.

⁵⁴⁸ İNAN, Bankacılar, s. 287.

⁵⁴⁹ AKINCI, s. 376.

⁵⁵⁰ AKSOY, s. 57.

⁵⁵¹ KAPLAN, Gürsel, "Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu", AÜHFD, C.55, S.2, Ankara 2006, s. 121 vd; HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 102; KARAHASAN, Tazminat Hukuku, s. 835; ÜNAL, Mehmet, "Manevi Tazminat Ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHFD, C. 35, S. 1-4, Ankara 1978, s. 397 vd.; GÜRSOY, Tahir, Kemal, "Manevi Zarar Ve Tazmini", AÜHFD, C. XXX, S.1-4, Ankara 1973, s. 7 vd.

Doktrinde bu hususta iki görüş mevcuttur. Bu görüşlerden ilki, rakip teşebbüsleri piyasa terke zorlamak veya piyasaya giriş engelleri oluşturulması teşebbüslerin ekonomik faaliyeti kadar iç huzurunu, girişim özgürlüğü cesaretini ihlal ettiğinden manevi zararı kapsadığı yönündedir⁵⁵².

ASLAN, rekabet sınırlamalarının manevi zarar doğuracağı kabul ediliyorsa, kanun koyucunun iradesinin niçin manevi zararı kastetmediğini anlamının zorlaşacağı gerekçesi ile diğer görüşü eleştirmektedir⁵⁵³. TOPÇUOĞLU, boykotla rakip teşebbüs faaliyetlerinin kısıtlanması, ayırmacı davranışlarla teşebbüslerin piyasayı terke zorlanması veya piyasaya giriş engelleri oluşturulması (m. 4/1-d) gibi haller rakip teşebbüslerin, iktisadi faaliyetleri kadar iç huzurunu, girişim özgürlüğünü ve cesaretini ihlal ettiğinden manevi tazminat şartlarının gerçekleştiğinden kuşku duymamak gerektiği ve kanunda, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden zarar görenlerin, her türlü zararlarının tazmini gereğinden bahsettiğine göre, manevi tazminatın⁵⁵⁴ da bu kapsama gireceğinin belirtir⁵⁵⁵. Ayrıca doktrinde, manevi zararın tazmin edilip edilmeyeceğinin “her türlü zarar” ifadesinin yorumuyla bulunup bulunmayacağı yönündeki tartışmalara gerek olmadığını, RKHK m. 4 ve 6 hükümlerini ihlal eden davranış aynı zamanda BK m. 49 hükmünün de uygulanmasını gerektirecek şekilde ortaya çıkmış ise manevi tazminat istenebileceğinden tereddüt etmemek gerektiğini belirten fikirler de mevcuttur.

İkinci görüş ise, Kanunda kastedilenin sadece "maddi zarar"lar olduğu, rekabetin korunmasını ve ekonomide verimliliği amaçlayan bir Kanunun, manevi zararların giderilmesine dair düzenleme içermesi makul olmadığı yönündendir⁵⁵⁶. ATİLA, kanunda zararın hesaplanmasına ilişkin düzenlemeler de dolaylı olarak sadece maddi zararın kastedildiğine işaret ettiği, manevi zararların karşılanıp karşılanmayacağı meselesi ise, Türk Hukukundaki genel esaslara (BK. m.49) tabi olduğu, Rekabet Hukukuna aykırı olan bir fiilin, aynı zamanda şahsiyet hakkına tecavüz teşkil ettiği ve bunun da manevi zarara yol açtığı ispat edilebilirse, manevi tazminat talebinde

⁵⁵² ATİLA, Hakan, Metin, “Rekabet Hukuku Açısından Zarar”, Rekabet Haber Bülteni, S.15, Ankara 2005, s. 8.

⁵⁵³ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 388.

⁵⁵⁴ Manevi tazminat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARIDEMİR, Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2008.

⁵⁵⁵ TOPÇUOĞLU, s. 300.

⁵⁵⁶ SANLI, s. 235.

bulunması mümkün olduğu ancak, Rekabet Hukuku ile herhangi bir ilgisi bulunmadığını belirtmiştir⁵⁵⁷.

Rekabeti kısıtlayıcı eylemler piyasadaki rekabet şartlarını değiştirmeye yönelik faaliyetlerdir. Bunların sonucu olarak ortaya çıkan zarar, tüketici bakımından fazladan ödenen bir miktar para, rakip teşebbüsler bakımından ise elde edilemeyen kâr zararı ve nesnenin kullanım olanağından yoksun kalma zararlarıdır. Mağdurun uğradığı bu zararlar için manevi tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Fakat, bu durum rekabet yasağı söz konusu iken farklı algılanabilmelidir. Şöyle ki, çalışan ile işveren arasında yapılan ve sınırları (kapsam, yer, süre) aşan rekabet yasakları da kişilik haklarına saldırı şeklinde algılanabilir. Kanaatimce, eğer rekabetin kısıtlanması manevi tazminat taleplerini de karşılıyor ise, RKHK 57. maddesinde belirtilen her tür zarar kapsamına manevi zararın da girdiği kabul edilebilir.

e. Yoksun Kalınan Kâr

RKHK 58. maddesinin son cümlesi ise “mahrum kalınan kar”ı ifade etmektedir. Yoksun kalınan kar, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmadır. Şu halde mahrum kalınan kar, yasak işbirliği faaliyetlerinden sonraki durum ile çoğalma ihtimali gerçekleşseydi (yasak fiiller olmasaydı) malvarlığının arz edeceği farazi durum arasındaki farka tekabül eder⁵⁵⁸.

Rekabet Hukukunun ihlaline dayalı tazminat davalarının, uygulamada genellikle rakip teşebbüsler ya da davalının satış ağı içerisinde yer alan dağıtıcı ve satıcılar tarafından açılması çok muhtemeldir. Bu kişilerin uğradıkları zararlar ise genellikle kazanç kaybı ya da mahrum kalınan kâr şeklinde ortaya çıkacaktır. Bu tür zararların nedeni ise, hakim durumdaki teşebbüsün ya da kartelin veya dağıtım ağında yer alan teşebbüs veya teşebbüslerin dışlayıcı ya da ayırımçı uygulamalarda bulunmasıdır. Maliyetlerin altında satış yapmak, mal vermeyi kesmek, sözleşmeyi feshetmek, kelepçeleme uygulaması yapmak ve tekelden alım anlaşmaları yapmak,

⁵⁵⁷ ATILA, s.9; AKINCI, s. 389.

⁵⁵⁸ İNAN, Bankacılar, s. 287; EREN, C. II, s. 43, 44; KARAHASAN, Borçlar Hukuku, s. 79, 80.

rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yapmak bu tür uygulamalara örnek gösterilebilir. Davacı bu hallerde dışlayıcı ya ayırıcı uygulama nedeniyle satışlarının düştüğünü veya piyasa payının azaldığını ya da maliyetlerinin arttığını ileri sürecektir. Burada da esasen zararın ortaya konması ve miktarının hesaplanmasında aynı temel prensip ve benzer yöntemler uygulama alanı bulacaktır. Davacı uygulama olmasaydı, piyasanın alacağı muhtemel koşullar çerçevesinde elde edebileceği gelir ya da kar ile mevcut durumu arasındaki farkı zarar olarak talep edecektir. Muhtemel piyasa koşulları ise, benzer piyasalar ile yapılacak mukayese ile veya uygulamadan önceki ve sonraki durumun kıyaslanması ile belirlenebilir. Bunların dışında kullanılacak bir başka yöntem ise, uygulama neticesinde davacı teşebbüsün piyasa payında veya arz miktarında yaşanan değişimlerin mukayese edilerek zararın tespit edilmesidir⁵⁵⁹.

Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır (m. 58). Gerçekten yasak faaliyetlerin belirgin etkileri rakip teşebbüsler üzerinde görülür. Yasak faaliyetler rakip teşebbüslerin piyasa paylarını azaltabileceği gibi, bütünüyle piyasayı terke de zorlayabilir. Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler sonucunda rakip teşebbüsler zorunlu olarak üretim miktarını düşürecek ya da atıl kapasite çalışacaklardır⁵⁶⁰. Kanunun 58. maddesinde, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören rakip teşebbüslerin, bütün zararlarının tazminini, rekabeti kısıtlayan teşebbüs ya da teşebbüs birliklerinden talep edebilme imkanı kabul edildiğine göre, mahrum kalınan kar kaybı da tazmin edilmesi gereken zarar miktarı içerisine dahil edilecektir.

f. Yansıma Zarar

Yansıma zarar, hukuka veya ahlaka aykırı bir fiil dolayısıyla mağdurun malvarlığında ortaya çıkmayan bir kazanç kaybı veya masraf yapılması sonucunda ortaya çıkan bir malvarlığı eksilmesi zararıdır. Yansıma zarar⁵⁶¹ bir ya da birden fazla kişinin, doğrudan zarar gören kişi ile özel bir ilişkisi nedeniyle, aynı zarar verici

⁵⁵⁹ SANLI, Haksız Fiil, s. 235, 254.

⁵⁶⁰ AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 460.

⁵⁶¹ öğretilerde verilen yaygın örneklerden biri: Küçük ölçekli bir işletme sahibinin vasıflı işçilerinden birisi, üçüncü kişi tarafından yaralanır. Bu yaralanma neticesinde iş göremez hale gelen işçinin belirli bir süre içinde iş sahibine teslim edilmesi gereken makineyi zamanında yetiştirememesi dolayısıyla işi yüklediği kişiye tazminat ödemek zorunda kalan işletme sahibinin uğradığı zarar, yansıma zarardır.

davranış yüzünden uğradığı, ancak bu kez dolaylı biçimde ortaya çıkan zarar olarak da nitelendirilir⁵⁶². Yansıma zararın sözleşme dışı sorumluluk kurallarına göre gideriminin istenebilmesi için bu konuda açık bir giderim yükümlülüğü getiren kural aranır. Örneğin esasını BK m. 45/2'de bulan "destekten yoksun kalma zararı"⁵⁶³ bu nitelikte bir kuraldır. Aksi halde böyle bir kural yoksa kazanç kaybı veya masraf yapılması şeklinde ortaya çıkan (yansıma) zararları tazmin yükümlülüğü doğmaz⁵⁶⁴.

Rekabetin kısıtlanması rakip teşebbüslerin ve tüketicilerin doğrudan zarar görmelerine yol açarken, bu kişiler ile hukuki ilişki içinde bulunan başka üçüncü kişilerin de zarar görmeleri söz konusu olabilir. Örneğin, piyasa dışına itilen ve piyasa payı düşen bir teşebbüse mal satmakta olan bir teşebbüsün de rekabetin kısıtlanmasından etkilenmesi ve arz ettiği mala olan talebin düşmesi söz konusu olabilir. Ya da, Rekabet Hukukunun doğrudan korumayı hedeflediği menfaat sahibi kişiler dışında kalan, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören teşebbüslerin paydaşları, alacaklıları gibi kişiler de zarar görürler. Ancak bu zararlar tüketicilerin ve rakip teşebbüslerin uğradıkları zararlar gibi doğrudan değil, yansıma yolu ile ortaya çıkan zararlardır. Rekabetin kısıtlanmasından doğrudan zarar gören belirli kullanıcıların da, toplumsal zarardan yansıma yolu ile zarar görmeleri mümkündür. Yansıma yolu ile ortaya çıkan zarar Rekabet Hukuku kapsamı dışında kalır ve yansıma yolu ile zarar görenlere giderim talep hakkı tanınmamıştır⁵⁶⁵. Bunda, doğrudan zarar gören kişilere dava hakkı tanınmış olmasının, rekabetin şartlarının gerçekleştirilmesi için yeterli olduğu görüşü kadar, yansıma yolu ile zarar görenlerin belirlenmesindeki zorluklar ve bu kişilerin Rekabet Hukuku ile korunmayı hedeflenen menfaat sahipleri dışında olması, yansıma yolu ile uğranılan zararın giderilmesi sorununun çözümünde, belirleyici rol oynamıştır⁵⁶⁶.

⁵⁶² ÖZEL, Çağlar, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", Ankara Üniversitesi Dergisi, C.50, S.4, Ankara 2001, s. 84.

⁵⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Çağlar, s. 97.

⁵⁶⁴ HATEMİ, Sözleşme, s. 47, 48; OĞUZMAN/ÖZ, s. 494, 495.

⁵⁶⁵ Farklı görüşler için bkz. TOPÇUOĞLU, s. 299.

⁵⁶⁶ AKINCI, s. 381.

g. Fazladan Ödenen Bedel

Fiyat karteli, tekelci fiyatlandırma, tekrar satış fiyatının belirlenmesi, kelepçeleme uygulamaları ve alım kartelleri kural olarak, fiyatların olması gereken fiyat seviyesinden daha yüksek (ya da düşük) seyretmesine neden olur. Bu durum alıcıların aynı mal için, etkin rekabetin hakim olduğu piyasa şartlarında ödemeleri gereken fiyattan daha fazla ödemede bulunmaları nedeniyle zarara yol açar. Bu gibi hallerde zarar, bu tür uygulamaların olmadığı piyasa koşullarında fiyat alacağı muhtemel seviye ile mevcut seviye arasındaki farktan ibarettir (yani aslında marjinal maliyetler ile mevcut fiyat arasındaki fark)⁵⁶⁷.

3. Uygun İlliyet Bağı

4. maddeye göre, üçüncü kişilerin tazminat talep hakkının doğması için, zarar ile Rekabet Hukuku kurallarına aykırı eylem arasında illiyet bağının bulunması aranmaktadır⁵⁶⁸. Hukuki sorumluluğu doğuran şartlar arasında illiyet bağı büyük bir önem taşır. İlliyet bağı, sorumluluğun aslî şartı, tazminat hukukunun temel ilkesi olarak görülür. Bu şart olmaksızın bir şahsın sorumluluğu düşünülemez. Hukuka aykırı bir fiilin, haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için, fiil ile zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisinin olması gerekir. Fiil ile herhangi bir ilişkisi olmayan ya da fiilden ziyade başka etkenlerden kaynaklanan zararların tazminat sorumluluğuna yol açması mümkün değildir. Türk Hukukunda bu koşul, “illiyet bağı” olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık fiil ile sebep sonuç ilişkisi içerisinde değerlendirilebilecek olan her türlü zararın tazminat sorumluluğuna yol açması adaletli görülmemiş ve sorumluluğun sınırlandırılması yönünde teoriler ortaya atılmıştır. Bugün Türk Hukukunda “uygun illiyet bağı” teorisi hakimdir. Buna göre, hukuka aykırı fiilin, ancak hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında meydana getirdiği zararların tazmin edilebileceği kabul edilmekte, bunun dışında kalan zararın, zarara uğrayan kişi tarafından katlanması gerektiği belirtilmektedir⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ SANLI, Haksız Fiil, s. 252.

⁵⁶⁸ AKINCI, s. 360.

⁵⁶⁹ Uygun illiyet bağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Fikret, Uygun İlliyet Bağı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 52 vd.

Rekabet Kanunu'nda illiyet bağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Haksız rekabetle ilgili ulaştığımız sonuç, Rekabet Kanunu uygulamasında da geçerli olacaktır. Özellikle tazminat taleplerinde, rekabeti kısıtlayıcı uygulamalarla meydana gelen zarar arasında, uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Kanunun 4. maddesi, teşebbüsler arası işbirliği davranışlarının hukuka aykırı kabul edilmesinde, söz konusu davranışların, "doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme amacını taşıması veya bu etkiyi doğurması yahut doğurabilecek nitelikte olması" ölçüsünü getirmiştir. Bu ifade tarzından işbirliği davranışlarının rekabeti sınırlayıcı kabul edilebilmeleri için, söz konusu davranışlarla rekabetin sınırlandırılması olgusu arasında mantıki illiyet bağının değil uygun illiyet bağının aranması gerektiği sonucuna ulaşılabilir⁵⁷⁰.

4. Zarar Miktarı

RKHK 58. maddesinde, rekabetin kısıtlanması veya bozulmasından zarar görenlerin, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmamış olsa idi ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilecekleri belirtilmiştir. Bu hal, tüketicilerin ve yasak faaliyetlerin tarafı olan teşebbüslerden ürün veya üretim araçları satın alan teşebbüslerin uğramış oldukları zararı (para kaybını) formüle etmektedir. Fiyat uygulamaları dışındaki işbirliği faaliyetlerinde (kalitenin düşürülmesi, satış sonrası hizmetlerin kısıtlanması, garanti şartları kapsamının daraltılması) tüketici veya diğer kullanıcıların maruz kaldıkları zarar (nihai olarak para kaybına sebep olacağından) bu yolla giderilebilecektir.

Rakip teşebbüslerin maruz kaldıkları bütün zararlar açısından bu formül yetersizdir. Örneğin rekabetin ortadan kaldırılması sonucunda teşebbüslerin piyasa paylarındaki azalma, satış miktarındaki düşüşler, fazla ürünlerin depo veya muhafazasına yönelik bakım masrafları göz önüne alınırsa, söz konusu zararların bu formülle ortaya çıkarılabilmesi mümkün değildir. Bu yüzden yine Kanunun 58. maddesinde, rakip teşebbüslerin, maruz kaldıkları bütün zararlarını talep edebilmeleri imkanı kabul edilmiştir. Bu anlamda zararın kapsamı, zarar gören teşebbüslerin, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler olmasa idi elde edebilecekleri muhtemel kazançla göre belirlenecektir. Tarafların muhtemel kazançları geçmiş yıllara ait bilançolar dikkate

⁵⁷⁰ TOPÇUOĞLU, s. 50.

alınarak hesaplanacaktır. Ticaret Kanunu'nda, zararın miktar ve kapsamının ispatındaki zorluktan dolayı hakime, haksız rekabet sonucunda, haksız rekabet failinin elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilme yetkisi verilmiştir. Bu yetki davacının, haksız rekabet sonucu satamadığı ürün miktarı üzerinden, karşı tarafın bu tutarda mal satmasından dolayı elde etmesi muhtemel menfaate hükmedilebilmesini ifade eder. Rekabet Kanunu bu prensibin üç kat tazminat miktarının hesabında nazara alınacağını belirtmiş, fakat (üç kat tazminat şartlarının bulunmadığı) normal haldeki zararın hesabında bu yola rağbet etmemiştir⁵⁷¹.

a. Zarar Miktarının Tayininde Kusurun Rolü

aa. Üç Kat Tazminat Talebi ve Hukuki Niteliği

Rekabet ihlali neticesi meydana gelen zararın giderilmesi amacıyla sınırlı olan geleneksel tazminat anlayışı, zarar görenleri dava açma konusunda yeterince teşvik etmemekte ve rekabet ihlalleri ile mücadele yetersiz kalabilmektedir. Bu nedenle, ABD gibi bazı ülkelerde tazminat davalarını teşvik etmek ve ihlaller üzerindeki caydırıcılığı artırmak amacıyla zarar görenler lehine üç kat tazminata hükmedilebilmektedir⁵⁷².

Kanunumuza Amerikan Rekabet Hukukundan esinlenerek alınan üç katı tazminata (RKHK 58/2) ilişkin bu düzenleme ile tazminat hukukunun temelini teşkil eden ve zarar görenin zararını gidermeyi amaç edinen ilkenin dışına çıkıldığı görülmektedir. Zira hukuk sistemimizde tazminat davası sonucunda hükmedilecek miktarın, uğranılan zararı aşamayacağı ilkesi geçerlidir. Üç katı tazminatı öngören bu düzenleme, tazminat hukuku ilkeleri ile bağdaşmayan bu kuralın, maddede her ne kadar “üç katı tazminat” ifadesi kullanılsa da, tazminat değil bir tür cezai yaptırım niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. 58. maddenin son fıkrasında, üç katı tazminata hükmetme konusunda mutlaka zarar görenlerin bu yönde bir taleplerinin

⁵⁷¹ TOPÇUOĞLU, s. 302.

⁵⁷² KORTUNAY, Ayhan, “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları Ve Türk Hukuku Bakımından “De Lege Ferenda” Düşünceler”, Rekabet Dergisi, S.1, Ocak 2009, s. 102.

bulunması gerektiği belirtilmekle birlikte, “hükmedebilir” şeklindeki ifadeden bu konuda hakime takdir yetkisi tanındığı görülmektedir⁵⁷³.

Teşebbüsler rekabet ihlallerini iki şekilde yapabilirler; bunlardan birincisi direk piyasadaki rekabet ortamını zedelemek ve rekabet düzenini ihlal amacı taşıyabilirler, bu durumda kasıtları mevcuttur. Bir diğer olasılık ise amaçları rekabet ortamını bozmak olmadığı halde rekabet düzenini ihlal amacı taşımadan yapmış oldukları davranış veya anlaşma sonucunda ihlallere neden olması ihmalleri söz konusu olacaktır⁵⁷⁴. Kanun koyucu böylece, kasten⁵⁷⁵ veya ağır ihmal⁵⁷⁶ yoluyla, rekabetin kısıtlanmasına dolayısıyla teşebbüslerin zarara uğramasına sebep olan kimseleri (teşebbüsler) üç kat tazminat tehdidiyle caydırmak, zarara maruz kalan kimseleri de kanun yoluna başvurmak açısından cesaretlendirmek veya teşvik etmek istemiştir⁵⁷⁷.

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerde kusuru ağır bulunan taraflar (TK m. 58/1'den farklı olarak), hakim tarafından resen üç kat tazminat ödemeye mahkum edilemez. Üç kat tazminata karar verilebilmesi için zarar görenlerin talebi şarttır. Üç kat tazminata esas olacak zarar miktarı, ya uğranılan maddi zarar karşılığıdır ya da zarara sebep olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kazançtır. Bu hallerden hangisi ispat edilebiliyorsa üç kat tazminatın hesaplanmasında bu miktar esas alınmalıdır⁵⁷⁸.

⁵⁷³ AKSOY, s. 59; ayrıca üç kat tazminat hakkında görüşler için bkz. SANLI, Cem, Kerem, “Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bakış”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Mart 2008, s. 19.

⁵⁷⁴ TAŞPINARLI, Caner, Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi SBE, Ankara 2007, s.101.

⁵⁷⁵ **Kast:** Kast, kişinin hukuka aykırı zararlı sonucu öngörmesi ve istemesidir (SANLI, Cem, Kerem, Hukuk Ve Ekonomi Öğretisi Ve Haksız Fiil Hukukunun Temel Kavramlarının Ekonomik Analizi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2006, s. 221); Tarafların yasak faaliyetleri ihlalin (hukuka aykırı sonucun) bilincinde oldukları ve bunun sonuçlarını (rekabetin kısıtlanması veya tüketicilerin sömürülmesi) istediklerini ifade eder. Doğal olarak taraflar, ihlal ettikleri kaidenin (Rekabet Kanununun ilgili hükümleri) varlığını bilmeseler dahi meydana getirdikleri sonuç Kanuna aykırı ise kastın varlığı kabul edilecektir (EREN, C.II, S.119).

⁵⁷⁶ **Ağır ihmal:** Ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gereken en basit tedbirlerin alınmamış olması veya herkesin bilmesi gereken özen kurallarına uyulmamış olması demektir (TİFTİK, Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.56). Kusurun kıstası objektif ölçülere göre değerlendirilecektir. Yani somut olayla ilgili olarak makul, orta seviyede bir insanın göstereceği dikkat ve özen ölçü alınacaktır. Ancak tacirler, ticari işlerde basiretli bir işadamı gibi hareket etmek zorundadırlar (TK m. 20/2). Normal tazminat talebinden farklı olarak, genel kurallardan hareketle, üç kat tazminat talebi müstahdem ve işçilerin davranışlarından kaynaklanmakta ise istihdam eden BK m. 55'teki kurtuluş beyyinesine dayanmak suretiyle (objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek) tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilecektir. (TOPÇUOĞLU, s. 303).

⁵⁷⁷ TOPÇUOĞLU, s. 303

⁵⁷⁸ TOPÇUOĞLU, s. 305.

"Kanuni ceza şartı" olarak nitelendirdiğimiz üç kat tazminat talebi, ancak " tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin" (RK m. 58/2) bulunduğu durumlarla sınırlı olarak geçerli kabul edilecektir. Yani kanun koyucu sadece üç kat tazminat talebi için tarafların kusurlu hareketlerini şart koşmuştur. Halbuki RK m. 57'de "kusur"dan hiç söz edilmemiştir. Kanun koyucunun iradesi, rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki faaliyetlerden kaynaklanacak sorumluluğu "kusur" sorumluluğu olarak kabul etmek yönünde idi ise haksız fiillerle ilgili BK m. 41'e atıfta bulunmakla yetinebilirdi. Şu halde Kanunumuzun tazminat sorumluluğunda "kusur" şartını, sadece üç kat tazminat hali ile sınırlı olarak dikkate aldığı söylenebilir. Bu yüzden kanun koyucunun bilerek ve isteyerek "kusur" şartına yer vermediği kabul edilmektedir⁵⁷⁹.

bb. Üç Kat Tazminat Talebinde Bulunabilecek Kişiler

Kanunda üç kat tazminatı talep edebilecek olanlar "zarar görenler" şeklinde belirtilmiştir (RKHK m. 58/2). Doktrinde bir görüş, zarar görenler tabirinin herkesi kapsadığını savunmaktadır. Bu görüşü RKHK m. 58/1 ve m. 58/2 ise, birlikte bir değerlendirme yapmak gerekir. Şöyle ki; birinci fıkrada rekabet ihlallerinin iki grubu zarara uğrattığı belirtilmiştir. Birincisi, zarar görenler, ikincisi, rakip teşebbüslerdir. Eğer kanun koyucu birinci fıkradaki kavramlarla uyumlu olarak ikinci fıkrada zarar görenleri tercih etmiş ise, zarar görenlerden rakip teşebbüslerin dışında kalanları anlamak gerekir. Öte yandan, RKHK m. 58/1'de yoksun kalınan kâr sadece rakip teşebbüsler bakımından ele alınırken, RKHK m. 58/2'de zarar görenler bakımından ele alınmıştır. O halde, zarar görenler kavramından sadece tüketicilerin değil, rakip teşebbüslerin de kastedildiği sonucuna ulaşılabilir⁵⁸⁰.

Fakat bu sonucun, rekabet ihlallerinden etkilenen herkesi kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının, hükmün (m. 58/2) caydırma amacını aşacaktır. Rekabet ihlallerinden başta rakip teşebbüsler olmak üzere, tüketiciler, ara teşebbüsler, zarara maruz kalan teşebbüs alacaklıları, pay sahipleri, bütünüyle milli ekonominin etkileneceği düşünülürse, üç kat tazminat alacaklılarının sınırının daraltılması zarureti ortaya çıkar. Bu yüzden üç kat tazminat talebinde bulunmaya yetkili olan kimseler,

⁵⁷⁹ TOPÇUOĞLU, Metin, "Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri", AÜHFD, C.50, S.4, s. 147.

⁵⁸⁰ ARI, Zekeriyya, "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", Rekabet Forumu, S.26, Ankara 2006, s. 10.

rekabet ihlallerinin doğrudan kendilerini hedef aldığı teşebbüs veya kişilerle sınırlandırılmalıdır. Örneğin yıkıcı fiyat uygulamalarında rakip teşebbüslerin, fiyat artışlarını konu edinen anlaşmalarda ise tüketicilerin bu faaliyetlerin muhatabı oldukları ve doğrudan zarar gördükleri sonucuna varılabilir. Fakat bu sınırın, yani rekabet ihlallerinin doğrudan muhataplarının belirlenmesi her zaman kolay olmayabilir. Örneğin piyasa paylaşımını konu edinen anlaşmalarda, bu bölgedeki tüketicilerin ve paylaşılmış piyasalara girmeleri engellenen rakip teşebbüslerin zarar görecekleri muhakkaktır. Bu durumda rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden doğrudan etkilenen kimselerin üç kat tazminat talebinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Bu sonuç kabul edilmediği takdirde, Kanunun zararın tarafların kastı veya ağır ihmalinden kaynaklanmış olması (m. 58/2) şeklindeki ifadesi sebebiyle, diğer kimselere karşı (bunlar duruma göre tüketiciler, ara teşebbüsler, pay sahipleri, alacaklılar olabilir) özellikle kastın bulunmadığı iddiası ileri sürülebilecektir. Yasak faaliyetler sonucunda zarara maruz kaldığını iddia eden kimse, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Fakat davacı uğradığı zarardan önce, Kanuna aykırı bir davranışın varlığını ispat etmek zorundadır. Kanun ispat yüküyle ilgili özel bir düzenleme getirmekle birlikte, söz konusu düzenleme, zararın değil yasak faaliyetlerin ispatına ilişkindir. Bu anlamda davacı, bir anlaşmanın varlığını veya (davalı) taraflar arasındaki teması (tarafların toplantı tertip etmeleri, uyumlu hareketlere yön veren plan, belge, tutanak düzenlemeleri) doğrudan ispat edemiyor fakat, piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren birtakım emarelerin (eş zamanlı ve aynı miktarlarda fiyat artışı, belirli satıcıların boykot edilmesi gibi) varlığını gösterebiliyor veya bu olguları destekleyen delilleri ibraz edebiliyorsa, (davalı) teşebbüsler, aralarındaki paralel davranışların uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyeceğini ispat etmekle yükümlüdürler (m. 59/1). Zarar miktarının ispatına ilişkin özel bir kural bulunmadığına göre tazminat davalarındaki ispat yükümlülüğüne ilişkin genel kural burada da uygulanacaktır. Bu mealde tüketici ve ara teşebbüsler, halihazırda ödedikleri bedel ile rekabet kısıtlanmadan önceki ödedikleri bedel arasındaki farkı ispat etmelidirler. Rakip teşebbüsler ise, elde edecekleri muhtemel kazancı geçmiş yıllara ait bilançolarına veya diğer delillere dayanmak suretiyle gösterebilmelidirler. Ayrıca üç kat tazminat şartlarının gerçekleştiği durumlarda mağdur teşebbüsler (veya tüketiciler) zarara sebep olan teşebbüslerin elde

ettiği ya da elde etmeleri muhtemel olan kazancı göstermeye yarayacak her türlü delille ispat edebileceklerdir⁵⁸¹.

cc. Tazminat Davasında Taraflar

Rekabet Kanununun tazminat hakkını düzenleyen 57. maddesi, Rekabet Kanununa aykırı anlaşma, karar ya da uyumlu davranışlarla rekabetin bozulmasından veya hakim durumun kötüye kullanılmasından zarar gören herkesin, bu zararın tazminini isteyebileceğini açıkça hükme bağlamıştır. Dolayısıyla tazminat talep edebilmek açısından, burada 3. kişiler ya da anlaşmanın tarafı olanlar arasında herhangi bir ayırım yapılmamış, tazminat talep edebilme zarar görme koşuluna bağlanmıştır. Hakim durumda olan bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanması halinde, bundan zarar gören üçüncü kişiler, örneğin rakipler veya tüketiciler de tazminat talep edebileceklerdir. Bu durum, özellikle tüketiciler açısından fahiş fiyat uygulamalarına, rekabet hukuku aracılığıyla müdahale edildiği ya da tüketicinin zararına olacak şekilde üretimin, pazarlama ve satışın sınırlandırıldığı hallerde, tüketicilerin zararının telafisi açısından özel önem taşımaktadır⁵⁸².

Tazminat davasında davacı, rekabeti kısıtlayan faaliyetlerden zarara uğradığını iddia eden kimsedir. Doğrudan zarara uğrayanların dava hakkında herhangi bir kuşku yoksa da yansıma yoluyla zarara uğrayanların (rakip teşebbüs ürünlerinin bakım hizmetlerini veya bu teşebbüslere hammadde, araç gereç temin eden teşebbüsler) uygun illiyet bağı içerisinde kalan zararlarının tazminini isteyebilme haklarında da tereddüt edilmemelidir. Topyekün piyasaları, rekabet şartlarının muhafazasını koruma amacını güden rekabet hukuku bakımından bu sonucun kabulü gerekir. Fakat yine yansıma yoluyla zarar görenler arasında kabul edilmesi gereken teşebbüslerin pay sahipleri ve alacaklılarının maddi kayıplarının tespiti ve kişiselleştirilebilmesi hayli zordur. Hukuka aykırı davranıştan zarar gören bir tüzel kişi ise, tazminat davası yetkili organ tarafından tüzel kişi adına açılır. Genel kurallardan hareketle rekabet ihlallerinden zarara uğrayan kimse, tazminat isteme hakkını (alacağını) başkasına temlik edebilir veya ölümü halinde tazminat hakkı mirasçılara geçer (MK m. 24/a). Tazminat isteme hakkına bu yollarla

⁵⁸¹TOPÇUOĞLU, s. 305, 306.

⁵⁸²ÖZ, s. 181.

sahip olan kimseler de dava açabileceklerdir. Tazminat davası, rekabet ihlallerinin yol açtığı zararı tazminle yükümlü teşebbüslere karşı açılacaktır. Özellikle teşebbüsler arası işbirliği faaliyetlerini konu edinen Kanununun 4. maddesindeki ihlaller, iki veya daha fazla teşebbüsün varlığını gerektirdiğinden ve her bir teşebbüs müteselsilen sorumlu olduklarından dava, teşebbüslerden birine, birkaçına veya hepsine karşı açılabilir. Bağlı teşebbüslerin sorumlu olduğu ihlallere karşı, bu konuda yaptığımız açıklamalar göz önünde tutularak, dava ana teşebbüse veya yasak faaliyetlerdeki rolüne göre yavru teşebbüse karşı açılabilir⁵⁸³.

Özetle, tazminat isteyebilecekler teşebbüsler ve tüketicilerdir. Teşebbüs ve tüketicilerin mutlaka bir sözleşmenin tarafı olmaları gerekmez. Ancak RKHK m. 4 kapsamında bir anlaşmadan kaynaklı ve BK m. 63 ve 64'e dayalı talep hakkı için mutlaka anlaşmanın karşı tarafı olmak gerekir. Ayrıca RKHK'ye aykırı davranışlarda idari para cezalarına ilişkin olarak gerçek ve tüzel kişiler, şikâyet yoluyla Rekabet Kurulu'na başvuruda bulunabilir. Ayrıca Kurul re'sen inceleme yaparak, idari para cezası da verebilir⁵⁸⁴.

dd. Zamanaşımı Süresi

RKHK'na göre belirlenmiş olan hukuka aykırı davranışlarda geçerli olan talep hakları için geçerli olan zamanaşımı süresi ise rekabet yasağındaki zamanaşımı sürelerinden farklıdır. Zira rekabet sınırlandırmaları hükümlerine aykırı davranış dolayısıyla zarara uğrayanların tazminat taleplerinin (maddi, manevi ve üç kat tazminat) dayanağı haksız fiil olacağı için haksız fiildeki zamanaşımı süresi olan 1 ve 10 yıllık zamanaşımı süresi geçerli olmaktadır. Ayrıca geçersiz sözleşmeden dolayı sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade taleplerinde ise BK. 66/1 gereği, fakirleşenin iadeyi isteyebilme hakkını öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde on yıllık zamanaşımı süresi geçerli olacaktır⁵⁸⁵.

Özellikle 1 senelik süre, rekabet hukuku ihtilafları açısından kısa olabilir. Zarar görenin, dava açmadan önce Kurul kararını beklemesi durumunda, (diğer şartlar

⁵⁸³ TOPÇUOĞLU, s.309, 310.

⁵⁸⁴ CAN, s. 29.

⁵⁸⁵ CAN, s. 34.

gerçekleşiyorsa) zamanaşımını süresinin dolması yüksek olasılıktır. Kurum'a yapılacak şikâyetin veya Kurul kararının zamanaşımı süresi üzerinde bir etkisi olmadığına göre, zarar görenin Kurul kararını beklemeksizin dava açmasında (zamanaşımını kesecek olması itibarıyla) yarar vardır⁵⁸⁶.

Hukuka aykırı faaliyetler sonucunda rakip teşebbüslerin (ara teşebbüslerin), tüketicilerin maruz kaldıkları zararların tazmini taleplerine ise, öz itibarıyla haksız fiil sorumluluğuna dayandığından, haksız fiil tazminatına ilişkin zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

V. İDARİ PARA CEZALARI

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden arındırılmış bir piyasa düzeni oluşturulması hedefi her şeyden önce caydırıcı niteliği bulunan bir yaptırım sisteminin varlığını zaruri kılar. Bütünüyle yaptırım gücünden yoksun yahut caydırıcı niteliği bulunmayan bir sistem içerisinde rekabet ihlalleriyle başarılı bir şekilde mücadele edebilmek mümkün değildir⁵⁸⁷. Rekabet, hukuk sistemlerinin tümünde olduğu gibi, RKHK'da da, rekabet yasalarına aykırı eylem ve işlemleri temel olarak idari yaptırımlara tabi kılmış ve bu yaptırımların etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, geniş yetkilere sahip olan mali ve idari özerkliğe haiz Kurum'u münhasır olarak görevlendirmiştir⁵⁸⁸.

Piyasa ekonomisinin sürdürülebilirliği ve etkinliği, işleyebilir rekabet düzenine bağlıdır. Böyle bir ortamda, rekabet düzenini koruyan ve bu düzenin devamlılığını sağlayan rekabet otoritelerinin, tüketici tercihlerinin artmasına, kaynak dağılımında etkinliğin sağlanmasına ve toplumsal refahın çoklanmasına büyük katkıları bulunduğu kabul edilmektedir. Rekabet otoriteleri, firmaların rekabet kurallarına aykırı davranışlarını önlemek üzere farklı araçlara sahip olmakla birlikte, bunların en

⁵⁸⁶ SANLI, Haksız Fiil, s. 65.

⁵⁸⁷ TOPÇUOĞLU, s. 271.

⁵⁸⁸ SANLI, s. 385.

önemlilerinden biri para cezalarıdır. Uygulamada da, rekabet ihlallerine uygulanacak yaptırımlarla caydırıcılığın sağlanması, temel amaç olarak benimsenmektedir⁵⁸⁹.

RKHK’da öngörülen, idari yaptırımlar incelendiğinde, bunların iki farklı kategoriye ayrıldığı görülmektedir. Birbirleriyle eş zamanlı olarak tatbik edilmesi mümkün olan bu yaptırımlardan ilki, teşebbüslerin belli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararlar, diğeri ise, idari nitelikli para cezalarıdır. İlk kategori içerisindeki kararlar rekabetin yeniden tesis edilmesi ve ihlalden önceki durumun korunmasını sağlamak amacıyla, teşebbüslere belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu davranış yükümlülüğü, genellikle müspet olmakla birlikte, menfi yani kaçınma şeklinde de olabilir. Kanun, teşebbüslerin bu nevide bir karara aykırı davranması ya da kararın gereğini yerine getirmemesi halinde ise, kararın cebren icra edilmesine olanak sağlayan bir düzenlemeye yer vermemiş, buna karşılık teşebbüslerin bu kararlara uymalarını sağlamak üzere, Kurul’a “sürelî para cezaları” tatbik etme olanağı tanımıştır (m. 17)⁵⁹⁰. Bu itibarla, RKHK’nu, yasak faaliyetler gerçekleştiren teşebbüslere karşı “kapatma”, “faaliyetten men”, “fesih” gibi cezalar öngörmemiş, sadece “para cezası” ile yetinmiştir. Ayrıca, RKHK’da Kurul kararlarının yerine getirilmesine hizmet edecek adli ve inzibati tedbirlere de yer verilmemiştir⁵⁹¹.

Kanun’da öngörülen bu idari para cezalarını, “konu” ve “nitelik” açısından iki farklı kategoride incelemek mümkündür. Konu açısından idari para cezaları, ihlal edilen kuralın mahiyetine göre, “usul” veya “esasa” ilişkin olarak ikiye ayrılabilir. Kanun sadece rekabet yasaklarının ihlalini değil, bildirimde bulunulmaması, yanlış ve yanıltıcı bildirim, bilgi isteme ve yerinde inceleme halinde eksik, yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesi gibi usul (düzen) kurallarına aykırı davranışları da idari para cezası yaptırımına tabi tutmuştur. Buna karşılık usuli nitelikteki para cezalarının koruduğu menfaatin niteliği dikkate alınarak, bu tür cezalar Kanun’da sabit ve nispeten düşük bir miktar olarak öngörülmüş ve bu hususta Kurul’a herhangi bir takdir hakkı tanınmamıştır. Ayrıca Kanun’un sistemi çerçevesinde, tüzel kişiliği haiz teşebbüsler açısından Kanun’da öngörülen usul yükümlülüklerinin yerine getirilmemiş olması, teşebbüslerin

⁵⁸⁹ AYGÜN, Esin, Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama, Rekabet Kurumu, Ankara 2008, s. 1-4.

⁵⁹⁰ SANLI, s. 385.

⁵⁹¹ TOPÇUOĞLU, s. 88-112.

yanı sıra, bunların yönetim organlarında görev alan gerçek kişilerin de kişisel sorumluluğuna yol açmakta ve bunlara verilen cezanın %10'na kadar para cezası tatbik edilebilmektedir (RKHK.md.16/3). Bunun yanı sıra usuli para cezalarının zamanaşımı süresi, üç yıl olarak öngörülmüştür (RKHK.md.19.a)⁵⁹².

Nitelik açısından ise, para cezalarını “sürelî” ve “anı” olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Ani para cezaları, esas amacı cezalandırma ve caydırma olan klasik anlamdaki idari cezalardır. Bunlar, belirli bir davranışın ortaya çıkması halinde uygulanır ve uygulanmakla sona erer. Kanun'da öngörülen idari para cezalarının büyük bir kısmı bu niteliği haizdir. Sürelî para cezaları ise, Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararın, gerektiği gibi uygulanmasını sağlamak üzere, kararda belirtilen hususların yerine getirilmediği her gün için ayrı ayrı tatbik edilen para cezalarıdır. Kolaylıkla anlaşılabilmesi üzere bu cezanın öngörülmesindeki asıl amaç, karara uymayan teşebbüslerin cezalandırılması değil, kararlara uyulmasının sağlanması, bir başka deyişle, kararın tazyik edilmesidir. Bunların dışında idari para cezalarının tümünde görülen ortak bir özellik, bu cezaların Kanun'a aykırı hareket eden tarafların her birine ayrı ayrı tatbik edilmesi, bir başka anlatımla, rekabete aykırı bir eylem veya işleme birden fazla teşebbüsün taraf olması halinde, bunların tümüne tek bir para cezası tatbik edilmemesi ve bu teşebbüslerin, Kurul'un takdiri çerçevesinde, birbirlerinden bağımsız olarak cezaya muhatap olmasıdır. Para cezaları Kanun'da Türk Lirası cinsinden belirtilmiş, bununla birlikte, Lira'nın zaman içinde değer kaybetmesi gerçeği karşısında, 765 s. Türk Ceza Kanun'a 1988 yılındaki değişiklikle eklenen ek 2.maddedeki usul çerçevesinde, bu para cezalarının, Kurul'un yayınlacağı tebliğler vasıtasıyla uyarlanması esası getirilmiştir. Bu idari yaptırım kararlarının yargısal denetiminin Danıştay tarafından yerine getirileceği öngörülmüştür (RKHK.md.55). Rekabet yasaklarının çiğnenmesi halinde tatbik edilen esasa ilişkin para cezaları ise, muayyen bir miktar olarak belirtilmemiş ve bunun yerine, gayri safi geliri esas alan bir üst sınır ve usuli cezalardan daha yüksek bir alt sınır öngörülmüştür. Dolayısıyla Kurul, bu sınırları aşmamak koşuluyla idari para cezasını serbestçe takdir edecek; bununla birlikte, ihlale taraf olan teşebbüs veya teşebbüslerin kusuru, cezaya maruz kalan teşebbüslerin pazar içerisindeki ekonomik gücü ve rekabetin sınırlanmasından doğan

⁵⁹² SANLI, s. 385.

zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacaktır. Belirtmek gerekir ki, rekabete aykırı davranışlarda bulunan teşebbüslere verilecek cezada, kar değil, bir önceki mali yıldaki cironun esas alınabileceğini öngören bu sistem, oldukça ağır para cezalarının verilmesine yol açabilecektir. Esasa ilişkin para cezalarında zamanaşımı süresi ise, ihlalin gerçekleşmesinden itibaren beş yıl olarak öngörülmüştür⁵⁹³.

VI. MUAFİYET

Rekabet kanununun amacı rekabet edilmesini sağlamaktır, rekabet etmeme şartının bu kanuna aykırı bir rekabet sınırlaması teşkil edeceği açıktır. Ancak belirli koşullarla bu gibi yükümlülükler izin verilebilmektedir⁵⁹⁴.

Rekabet yasağına ilişkin sözleşme süresince konulan rekabet yasakları genellikle muafiyet kapsamı içine girebilirken sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet etme yasağının daha dikkatli incelenmesi gerekmektedir. Bazı hallerde rekabet yasağının sözleşmenin sona ermesinden sonra da bir süre daha devam etmesine izin verilir. Bu gibi durumlarda daima rekabet yasağının iyi tanımlanmış olması ve gereğinden uzun olmaması aranır⁵⁹⁵.

Dikey Anlaşmalara İlişkin Tebliğ'in 5. maddesi, 2790/1999 Sayılı Tüzüğe paralel olarak, 'rekabet etmeme yükümlülüğü'nü, anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkararak sınırlama olarak değil, yalnızca hükmün kendisinin grup muafiyetinden yararlanamaması şeklinde düzenlemiştir. Nitekim Tebliğ'in 5. maddesindeki; "Bu Tebliğ ile tanınan muafiyet anlaşmada yer alan, aşağıda belirtilen yükümlülükler uygulanmaz." ifadesi, anlaşmanın rekabet etmeme yükümlülüğü dışında kalan kısımlarının grup muafiyetinden yararlanmaya devam edebileceğine işaret etmektedir⁵⁹⁶.

⁵⁹³ SANLI, s. 386.

⁵⁹⁴ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 154.

⁵⁹⁵ ASLAN s. 156.

⁵⁹⁶ KARAKURT, Avrupa Topluluğu Ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 199.

A. 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği

Dikey Anlaşmalar Tebliği'nin yasakladığı ve m.5 hükmünde düzenlenen diğer dikey kısıtlamalar, rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin kısıtlamalardır. 5'inci madde hükmü, bu kısıtlamaları Tebliğin kapsamından çıkarmaktadır. Ancak, m.4'de sayılan ağır sınırlamalardan farklı olarak, anlaşmanın bu yükümlülüklerle ilişkin bölümü dikey anlaşmadan ayrılabilir nitelikte ise, anlaşmanın geri kalan bölümü grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Tebliğin başlangıcında, rekabet etmeme yükümlülüklerine ilişkin hükümlerin belli koşullarda grup muafiyeti kapsamı dışında bırakılmasının amacı "ilgili pazara girişi sağlamak veya işbirliğini önlemek" olarak açıklanmaktadır. Grup muafiyetinden yararlanamayacak rekabet etmeme yükümlülükleri şunlardır⁵⁹⁷ :

a) Belirsiz süreli olan veya süresi beş yılı aşan doğrudan veya dolaylı bir rekabet etmeme yükümlülüğü. Beş yılı aşacak bir süre için zımnen uzatılabilecek olan bir rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli kabul edilir.

b) Anlaşmanın sona ermesinden sonra alıcının, mal veya hizmetleri üretmemesi, almaması, satmaması veya yeniden satmamasına yol açan herhangi bir doğrudan veya dolaylı yükümlülük⁵⁹⁸.

c) Seçici dağıtım sistemi üyelerinin, belirli rakip sağlayıcıların markalarını satmasını yasaklayan herhangi bir doğrudan veya dolaylı yükümlülük. Belirli rakiplere ilişkin rekabet yasakları yatay işbirliğini kolaylaştırabilecektir. Seçici dağıtım sistemlerinde bu tür bir rekabet etmeme yükümlülüğünün grup muafiyeti kapsamı dışında tutulmasının amacı, aynı seçici dağıtım satış noktalarını kullanan sağlayıcılar tarafından, bir veya birkaç spesifik rakibin bu satış noktalarını kullanmalarının doğrudan veya dolaylı olarak engellenmesini (bir tür kolektif boykot yoluyla belirli rakip sağlayıcıların rekabetine pazarın kapatılmasını) önlemektir. Buna karşın, bir seçici dağıtım üyesinin genel olarak rakip ürünleri satmasının yasaklanması, Tüzük m.5(a)'da belirlenen şartlar çerçevesinde grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Bir başka deyişle,

⁵⁹⁷ KOÇ, Fuat Ali, AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları, Rekabet Kurumu, Ankara 2005, s. 55, 56.

⁵⁹⁸ Tüzük'te, belli koşullarda anlaşma sona erdikten sonra bir yıllık süreyi aşmamak şartıyla, rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, know-how'ın kamuya mal olmadığı sürece kullanılmasına ve açıklanmasına yasaklama getirme hakkı saklıdır.

bir seçici dağıtım sisteminde rekabet yasağı, ya rakiplerin tümü için getirilebilecek ya da hiçbiri için getirilemeyecektir .

Alıcıya 5. maddede izin verilen sınırları aşan rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi durumunda, bu yükümlülüğü içeren sözleşme hükümleri sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılabilir ise, bu hükümler grup muafiyetinden yararlanamaz; sözleşmenin kalan maddeleri grup muafiyetinden yararlanabilir. Şayet rekabet etmeme yükümlülüğünü içeren sözleşme hükümleri sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılamıyor ise sözleşmenin tamamı grup muafiyetinden yararlanamaz. Tebliğ'in 3. maddesinde "Rekabet Etmeme Yükümlülüğü", alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan ya da dolaylı yükümlülük olarak tanımlanmıştır. Tebliğ'deki anlamıyla rekabet etmeme yükümlülüğü alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetleri kendisinin üretmemesini ve sağlayıcı dışındaki başka bir kaynaktan tedarik etmemesini öngören bir yükümlülüktür. Ancak Tebliğ'de, alıcının ihtiyacı olan ya da yeniden satışını yaptığı mal veya hizmetlerin tamamını sağlayıcıdan almak zorunda olması durumu ile büyük bir bölümünü (%80'den fazlasını) almak zorunda olması durumu arasında bir fark gözetilmemiştir. Diğer bir deyişle, sağlayıcının alıcıya alımlarının küçük bir kısmını (%20'den azını) rakip teşebbüslerden yapma imkanı tanınması, konuya ilişkin hükmün rekabet etmeme yükümlülüğü sayılmasına engel teşkil etmeyecektir. Bu oranların hesaplanmasında alıcının bir önceki takvim yılına ait alımları esas alınacaktır. Alıcının bir önceki takvim yılına ait alımlarının miktarı belli değil ise, alıcının yıllık toplam ihtiyacı tahmin edilerek bu miktar kullanılabilir. Alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi büyük önem taşımaktadır. Süresi beş yıldan uzun olan rekabet etmeme yükümlülüğünün grup muafiyetinden yararlanması bu Kılavuzun 38. paragrafında belirtilen istisna dışında mümkün değildir. Şayet alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi belirsiz ise yine grup muafiyeti uygulanamayacaktır. Beş yıllık süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebilen rekabet etmeme yükümlülükleri de grup muafiyeti kapsamında değildir. Ancak, süresi beş yılı aşmayan veya beş yıldan sonraki uzatmanın her iki tarafın açık iradesi ile mümkün olduğu ve alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme şartına son vermesini engelleyen herhangi bir durumun olmadığı hallerde rekabet etmeme yükümlülüğü grup

muafiyetinden yararlanacaktır. Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeleri bir örnek yardımıyla açıklamakta fayda vardır: Alıcıya anlaşma geçerli olduğu sürece rekabet etmeme yükümlülüğü getiren ve taraflardan herhangi biri belli bir süre önceden itiraz etmedikçe her yıl yenilenmiş kabul edilen bir yıllık bir dağıtım anlaşması belirsiz süreli olarak kabul edilecektir. Ancak, bu anlaşmanın her yıl yenilenebilmesi için tarafların açıkça iradelerini birbirlerine bildirmeleri zorunlu ise anlaşma belirsiz süreli sayılmayacaktır. Başka deyişle, belirli bir süre içerisinde taraflar bu anlaşmayı devam ettirmek istediklerini birbirlerine açıkça bildirmedikçe anlaşmanın uzamadığını kabul eden bir düzenlemeye dayanan rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli kabul edilmeyecektir. Beş yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin hesaplanmasında başlangıç tarihi olarak, taraflar arasında süregelen rekabet yasağına dayalı dikey ilişkiye başlangıç teşkil eden ilk anlaşmanın yapıldığı tarih esas alınacaktır. Taraflar arasındaki, rekabet yasağı içeren bayilik, işleticilik, tedarik vb. sözleşmeler ile birlikte bu sözleşmelerin süresine etki eden intifa, tapuya şerh edilmiş kira, ekipman gibi sözleşmelerin hepsinin aynı anda ortadan kalktığı tarih ise, rekabet yasağının sona erme tarihi olarak değerlendirilecektir. Bayilik, işleticilik, tedarik vb. sözleşmeler sürmekteyken intifa, kira, ekipman vb. sözleşmelerin sona erdirilmesi veya tam tersine; intifa, kira, ekipman vb. sözleşmeler sürmekteyken mevcut bayilik, işleticilik, tedarik sözleşmeleri sona erdirilerek bu nitelikte yeni bir sözleşme yapılması hallerinde dikey ilişkinin kesintiye uğramadığı kabul edilecek ve beş yıllık süre bu doğrultuda hesaplanacaktır. Bu çerçevede, tarafların yeniden sözleşme yapmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamakla birlikte, taraflar arasında kesintisiz olarak süregelen rekabet yasağına dayalı dikey anlaşmalar 5 yıllık sınırlamayı aşmaları halinde muafiyetten yararlanamayacaktır. Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin diğer bir önemli husus da, alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyen, taraflar arasındaki esas sözleşme ile bağlantılı kredi sözleşmeleri, ekipman sözleşmeleri, uzun süreli kira sözleşmeleri gibi sözleşmeler ya da uzun süreli intifa hakkının tanınması gibi şahsi ya da aynı haklar kapsamında çeşitli şekillerde ortaya çıkabilen herhangi bir fiili durumun olmaması zorunluluğudur. Örneğin, sağlayıcı alıcıya kredi temin etmiş ise bu kredinin geri ödemesi, alıcının beş yıl sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyecek şekilde düzenlenmemelidir. Alıcı, beş yıllık rekabet etmeme şartının süresinin dolmasından

sonra varsa kalan borçları geri ödeme olanağına sahip olmalıdır. Benzer şekilde, sağlayıcının alıcıya bazı ekipmanlar sağladığı hallerde, alıcının beş yıllık rekabet etmeme süresinin sonunda bu ekipmanları piyasa değeri üzerinden devralabilme imkanına sahip olması gerekmektedir. İntifa ve kira sözleşmeleri ile bayilik, işleticilik, tedarik vb. sözleşmelerin süre açısından uyumlu olmaması ya da süre bakımından uyumlu olmakla birlikte bu sözleşmelerden birinin diğerinden önce feshedilmesi halinde rekabet yasağı bakımından uygulanacak muafiyetin süresi yine beş yılı geçemez. Bu durumda beş yıllık sürenin hesaplanmasında da rekabet yasağına dayalı dikey ilişkinin kurulduğu ve sona erdiği tarihler dikkate alınır. Alıcıya en fazla beş yıllık süre için rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebileceğine ilişkin düzenlemenin bir istisnası bulunmaktadır: Alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesis tümüyle sağlayıcıya ait ise sağlayıcının kendisine ait olan bir tesiste kendi izni olmadan rakip malların satılmasına izin vermemesinin mantıklı bir sınırlama olduğu görüşünden hareketle, alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğü herhangi bir şekilde süre sınırlamasına tabi tutulmamıştır. Buna göre, söz konusu tesisi kullandığı süre boyunca alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmektedir. İlke olarak, anlaşmanın sona ermesinden sonraki dönem için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirmek mümkün değildir. Ancak, belirli koşulların yerine getirilmesi durumunda anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir. Bunun için, yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet eden mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması gerekmektedir. Kamuya mal olmamış know-how'ın kullanılması ve açıklanması süresiz olarak yasaklanabilmektedir⁵⁹⁹.

2002/2 sayılı Tebliğ'in "Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar" başlıklı 4. maddesinde yer verilen rekabet sınırlamalarını içermeyen anlaşmalar grup olarak Kanun'un 4. maddesindeki yasaklamadan muaftır. Diğer yandan Tebliğ'in "rekabet etmeme" başlıklı 5. maddesinin (a) bendine göre, bu Tebliğ tarafından sağlanan muafiyet "Alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğüne" uygulanmaz. Bir başka ifade ile teşebbüs belirsiz

⁵⁹⁹ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, s. 12-14.

sürelî olmayan ve/veya süresi 5 yılı aşmayan münhasır tedarik anlaşmaları yapabilecektir. Kurulun incelediği bazı davalarda konusu dosyaya ilişkin olarak kullanılan “münhasırlık” kavramı 2002/2 sayılı Tebliğ’de düzenlenen “rekabet etmeme” kavramı ile aynı anlamda kullanılmıştır.

Rekabet Kurulu’nun vermiş olduğu bazı kararlar şöyledir:

Rekabet Kurulu Kufner Tekstil kararında rekabet yasağına ilişkin olarak şu şekilde karar vermiştir: “Rekabet etmeme yükümlülüğünde önemli olan, bu hükmün süresidir. 2002/2 sayılı Tebliğ esas olarak beş yıla kadar olan rekabet etmeme yükümlülüğüne izin vermektedir. Bunun dışında alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi belirsiz ya da beş yıldan uzun ise grup muafiyeti uygulanamayacaktır. 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5(a) bendinin ikinci paragrafında, “Rekabet etmeme yükümlülüğünün bu fıkrada belirtilen süreleri aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır.” kuralı getirilmiştir. Bu açıdan rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin beş yıla sınırlı olması ya da süresinin beş yıla kadar zımnen uzatılabilmesi 2002/2 sayılı Tebliğ tarafından kabul edilen bir uygulamadır. Beş yıldan sonraki uzatma işleminin ise her iki tarafın açık iradesi ile gerçekleşmesi gerekmektedir. Bayilik sözleşmesinin 3’üncü maddesinde “Bayi, gerek münferiden ve gerekse herhangi bir ortaklık tesisi suretiyle olsun, başka markalarda olan ve Kufner’in ithal ettiği mamullerle aynı ve benzer ürünleri satamaz. Satış noktalarında hiçbir ayrıcalık yapamayacak ve haksız rekabete neden olmayacaktır”. Rakip malların satımını engelleyen söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi sözleşmede ayrıca belirtilmediği için, sözleşmenin süresi aynı zamanda rekabet etmeme yükümlülüğünün de süresini oluşturacaktır. Sözleşmenin 7’nci maddesinde “İşbu sözleşme aşağıda yazılı tarihten başlamak üzere bir yıl süre ile geçerli olup bu tarihin bitimine iki ay kala taraflar sözleşmeyi feshedeceklerini yazılı bir şekilde karşıya bildirmediikleri takdirde bir yıl daha kendiliğinden uzamış olacaktır.” hükmü yer almaktadır. Madde metni, rekabet etmeme yükümlülüğünün 5 yılı aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğini öngörmesi nedeniyle belirsiz sürelidir. Bu nedenle bayilik sözleşmesinin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanması söz konusu değildir. Bununla birlikte bayilik

sözleşmesinin 3'üncü maddesindeki rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin beş yılla sınırlandırılması ya da en fazla beş yıl uzatılabilmesine imkan tanıyacak şekilde düzenlenmesi halinde 2002/2 sayılı Tebliğ'den yararlanabilecektir⁶⁰⁰.

Rekabet Kurulu Praktiker kararında sağlayıcıya getirilen rekabet yasağını şu şekilde değerlendirmiştir: “İlgili Tebliğ anlamında rekabet etmeme yükümlülüğü ancak alıcıya getirildiği zaman Tebliğ kapsamında inceleme konusu yapılabilmektedir. Dolayısıyla sağlayıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü ender görülen bir durum olup, bu Tebliğ kapsamında herhangi bir düzenlemeye konu olmamıştır. Söz konusu anlaşmanın ilgili Tebliğ'in 4'üncü maddesinde yer alan anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamalardan herhangi birini içermediği de dikkate alınarak anılan anlaşmanın ilgili Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı kanaatine varılmıştır”⁶⁰¹.

1. Alıcıya Getirilen Belirsiz Süreli veya Süresi Beş Yılı Asan Rekabet Etmemeye Yükümlülüğü

Alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi büyük önem taşımaktadır. Süresi beş yıldan uzun olan rekabet etmeme yükümlülüğünün grup muafiyetinden yararlanması bu Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzun 38. paragrafında⁶⁰² belirtilen istisna dışında mümkün değildir. Şayet alıcıya getirilen

⁶⁰⁰ RKK, 05-20/232-68 sayılı ve 31.03.2005 tarihli karar (karar tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1119.pdf>).

⁶⁰¹ RKK, 06-19/236-59 sayılı ve 16.03.2006 tarihli karar (karar tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1531.pdf>).

⁶⁰² (38) Alıcıya en fazla beş yıllık süre için rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebileceğine ilişkin düzenlemenin bir istisnası bulunmaktadır: Alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesis tümüyle sağlayıcıya ait ise sağlayıcının kendisine ait olan bir tesiste kendi izni olmadan rakip malların satılmasına izin vermemesinin mantıklı bir sınırlama olduğu görüşünden hareketle, alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğü herhangi bir şekilde süre sınırlamasına tabi tutulmamıştır. Buna göre, söz konusu tesisi kullandığı süre boyunca alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmektedir. Ancak, hali hazırda zaten alıcıya ait olan bir tesisin sağlayıcıya kiralanması veya intifa hakkı tanınması ve sağlayıcının da bu tesisi tekrar asıl sahibi olan alıcıya kullandırması durumunda, bu istisnadan yararlanmak mümkün değildir. Bir başka deyişle, sağlayıcı tesisin mülkiyetini alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden sağlanan bir aynı veya şahsi hak (kira, ariyet, üst ve intifa gibi) çerçevesinde elinde bulunduruyor ise ancak o zaman beş yıldan daha uzun bir süre için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirebilir. Bu istisnanın dışında rekabet etmeme yükümlülüğünü Tebliğ'de izin verilen süre sınırlaması aşacak şekilde genişleten doğrudan ya da dolaylı her türlü sözleşme ve/veya uygulama Tebliğ'e aykırı olacaktır. Tebliğ'in 5 inci maddesi ile getirilen bu istisna, “öncelikle ve özellikle” ilişkinin başlangıcından itibaren üçüncü şahıslardan aynı ya da şahsi haklar kapsamında taşınmazın kullanma ve/veya yararlanma hakkının alınması ve bunu müteakiben tesisin bizzat sağlayıcı tarafından işletilmesi ya da kullanma/yararlanma hakkı veren ile hiçbir bağlantısı olmayan şahıslarla bayilik ilişkisinin kurulması ile sınırlıdır. Muafiyet kapsamındaki beş yıllık süre dolmadan; faaliyetlerin sona erdirilmesi, devralma vb. yollarla dikey anlaşmanın taraflarında değişiklik ortaya çıkması halinde muafiyetten yararlanılabilecek sürenin uzaması söz konusu değildir.

rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi belirsiz ise yine grup muafiyeti uygulanamayacaktır. Beş yıllık süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebilen rekabet etmeme yükümlülükleri de grup muafiyeti kapsamında değildir. Ancak, süresi beş yılı aşmayan veya beş yıldan sonraki uzatmanın her iki tarafın açık iradesi ile mümkün olduğu ve alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme şartına son vermesini engelleyen herhangi bir durum olmadığı hallerde rekabet etmeme yükümlülüğü grup muafiyetinden yararlanacaktır. Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeleri bir örnek yardımıyla açıklamakta fayda vardır: Alıcıya anlaşma geçerli olduğu sürece rekabet etmeme yükümlülüğü getiren ve taraflardan herhangi biri belli bir süre önceden itiraz etmedikçe her yıl yenilenmiş kabul edilen bir yıllık bir dağıtım anlaşması belirsiz süreli olarak kabul edilecektir. Ancak, bu anlaşmanın her yıl yenilenebilmesi için tarafların açıkça iradelerini birbirlerine bildirmeleri zorunlu ise anlaşma belirsiz süreli sayılmayacaktır. Başka deyişle, belirli bir süre içerisinde taraflar bu anlaşmayı devam ettirmek istediklerini birbirlerine açıkça bildirmedikçe anlaşmanın uzamadığını kabul eden bir düzenlemeye dayanan rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli kabul edilmeyecektir. Beş yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin hesaplanmasında başlangıç tarihi olarak, taraflar arasında süregelen rekabet yasağına dayalı dikey ilişkiye başlangıç teşkil eden ilk anlaşmanın yapıldığı tarih esas alınacaktır. Taraflar arasındaki, rekabet yasağı içeren bayilik, işleticilik, tedarik vb. sözleşmeler ile birlikte bu sözleşmelerin süresine etki eden intifa, tapuya şerh edilmiş kira, ekipman gibi sözleşmelerin hepsinin aynı anda ortadan kalktığı tarih ise, rekabet yasağının sona erme tarihi olarak değerlendirilecektir. Bayilik, işleticilik, tedarik vb. sözleşmeler sürmekteyken intifa, kira, ekipman vb. sözleşmelerin sona erdirilmesi veya tam tersine; intifa, kira, ekipman vb. sözleşmeler sürmekteyken mevcut bayilik, işleticilik, tedarik sözleşmeleri sona erdirilerek bu nitelikte yeni bir sözleşme yapılması hallerinde dikey ilişkinin kesintiye uğramadığı kabul edilecek ve beş yıllık süre bu doğrultuda hesaplanacaktır. Bu çerçevede, tarafların yeniden sözleşme yapmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamakla birlikte, taraflar arasında kesintisiz olarak süregelen rekabet yasağına dayalı dikey anlaşmalar 5 yıllık sınırlamayı aşmaları halinde muafiyetten yararlanamayacaktır.

2. Anlaşmanın Sona Ermesinden Sonraki Döneme İlişkin Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Tebliğ'in 5(b) maddesinin ilk paragrafında; “Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak alıcıya getirilen, mal ya da hizmet üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını yasaklayan doğrudan ya da dolaylı herhangi bir yükümlülük” grup muafiyetinin faydalarından yoksun bırakılmıştır. Genel ilke, anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilemeyeceği şeklinde olmakla birlikte, Tebliğ'in 5(b) bendinin ikinci paragrafında istisnai bir durumdan bahsedilmiştir. Buna göre, “Ancak yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, alıcıya, anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir. Kamuya mal olmamış know-how'ın kullanılması ve açıklanmasına ilişkin süresiz yasaklama hakkı saklıdır”.

Buna göre yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet eden mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması durumunda anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yıllık rekabet yasağına izin verilebilecektir⁶⁰³.

3. Sağlayıcı ya da Alıcıya Devredilen Know-How'un korunması

Çok uluslu şirketler, ürünlerini bir ülkede piyasaya sunmak üzere yerleşik teşebbüslerle çalışırken, onlarla paylaşacakları knowhow, patent gibi fiziki olmayan maddi varlıkların bu teşebbüslerce kendilerinininkine rakip ürünlerin üretilmesinde kullanılmasını istemezler. Ulusal rekabet otoriteleri, bu kısıtlamaların rekabeti ortadan

⁶⁰³ KARAKURT, Avrupa, s. 203.

kaldırmayacak ve ancak meşru hakların korunmasını sağlamaya yetecek seviyelerde kalması yönünde önlemler almalıdır⁶⁰⁴.

Sağlayıcının alıcıya know-how devretmesi durumunda müşteriye özgü yatırımların garanti altına alınmasına benzer bir sorun gündeme gelecektir. Sağlayıcı, alıcı tarafından kolaylıkla elde edilemeyecek olan ve aynı zamanda anlaşmanın yürütülebilmesi için esaslı ve zorunlu olan bir know-how'ı alıcıya devrettiğinde, söz konusu know-how'ın rakip sağlayıcılar tarafından kullanılmasının dikey kısıtlamalar yoluyla engellenmesi ihtiyacı doğar. Bu durumda Kurul, rekabet etmeme tarzı bir kısıtlamanın hayata geçirilmesini haklı görmektedir⁶⁰⁵.

4. Muafiyetin Şartları

Gerek RKHK 5. maddesi olsun, gerek Roma Antlaşması 81(3). madde olsun muafiyetin şartları 4 madde halinde sayılmıştır. Rekabeti sınırlayıcı işbirliği anlaşmalarına muafiyet tanınması gereği, bir takım anlaşmaların zararlı sonuçları yanında tüketicilere yarar sağlaması, ekonomik ve teknik gelişmeye katkıda bulunması gibi olumlu sonuçlardan doğar. Fakat rekabeti kısıtlayıcı işbirliği anlaşmalarının muafiyetle izlenen bu olumlu sonuçları gölgeleyecek ve ilgili piyasadaki rekabeti tamamen bertaraf edebilecek nitelikte olmaması gerekir (RK m. 5).

ATA 81/1 maddesi, ABD antitröst hukukunda Sherman Kanunu 1. maddesiyle aynı paralelde hükümler taşır. Fakat Sherman Kanunu ATA m. 81/3'teki muafiyet hükmüne benzer bir düzenlemeye yer vermez. Zira Kanunun ilk döneminde istenilen sonuçların gerçekleşmesinde rekabetin en etkin yol olduğu varsayımı geçerli idi. Ancak sonradan haklı sebep kuralıyla (rule of reason) bu eksiklik giderilmiş ve amacı rekabete aykırı olmayan hatta rekabete katkıda bulunan veya haklı sebeplere dayanan işbirliği uygulamaları Sherman Kanunu uygulaması dışında tutulmuştur. Ayrıca bu yaklaşım tarzı AB sisteminde de etkili olmuş ve ATA m. 81/3'teki koşulları taşımamakla birlikte, piyasa koşulları (belirli bir sektörde veya genel olarak kriz dönemlerinde) ya da kamu

⁶⁰⁴ AYBER, Murat, Markaîçi ve Markalararası Rekabetin Dengelenmesi Gereken Hallerde Rekabet Otoritelerinin Yaklaşımları, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 39.

⁶⁰⁵ KARAKURT, Avrupa, s. 21.

yararı gereği rekabeti kısıtlayan anlaşmaların yasak ilkesi kapsamında çıkarılabileceği düşüncesi doktrin ve uygulamada benimsenmiştir⁶⁰⁶.

a. Malların Üretim veya Dağıtımını Gelişimine Katkı

Rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar ihtiva eden ve bu yönüyle rekabet sürecine zarar veren fakat aynı zamanda da mal veya hizmet üretimi ya da dağıtımına ilişkin Kanunun aradığı olumlu sonuçları ihtiva eden bir anlaşma, muafiyet hükmünden yararlanabilecektir. Teşebbüsler arası işbirliği uygulamalarının üretime veya dağıtımın iyileştirilmesine önemli derecede katkı yapmış olması zorunludur. Örneğin üretim maliyetlerinin azaltılması, üretimin veya üretim kapasitesinin artırılması, kalitenin yükseltilmesi, ekonomik olmayan üretim tekniklerinin terk edilmesi gibi. Yine ortak standartlar (kalite, ürün, üretim) koyan işbirliği anlaşmalarının üretimde iyileşmeye yol açacağı kabul edilebilir⁶⁰⁷.

Tarafların anlaşmadan elde ettikleri her fayda, üretim ya da dağıtımın gelişmesinin göstergesi değildir. Gelişmeye katkıda bulunulduğunun ispatı için, anlaşmanın rekabet alanında ortaya çıkardığı olumsuzlukları telafi edecek nitelikte objektif avantajlarının varlığı ortaya konulmalıdır. Muafiyet talebinin reddedilmesi ya da muafiyetin geri alınması aşamalarında kullanılan bu ana unsur, anlaşmanın altında yatan subjektif ticari gerekçelerin muafiyet şartını sağlamak için yeterli olmadığını göstermektedir. Madde bağlamında bir “gelişmenin” söz konusu olabilmesi için anlaşmanın faydalarının anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı dezavantajlarından büyük olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile anlaşmanın objektif faydalarının, anlaşmadan doğan rekabetçi kısıtlamaları telafi etmesi gereklidir⁶⁰⁸.

Oldukça geniş bir kapsama sahip olan söz konusu şart, kısaca, ekonomik açıdan olumlu etkiler doğuran her türlü anlaşmanın, diğer şartların da varlığı halinde, muafiyet almasına imkan verecek şekilde kaleme alınmıştır. Dolayısıyla bu koşulu dar yorumlamak ve ancak danışıklı ilişki sonrasında elde edilecek somut ekonomik fayda ve

⁶⁰⁶ TOPÇUOĞLU, s. 244.

⁶⁰⁷ TOPÇUOĞLU, s. 253.

⁶⁰⁸ KARAKURT, Avrupa, s. 69.

iyileşmenin, rekabetin sınırlanmasından dolayı oluşan zarardan daha ağır bastığı hallerde, koşulun yerine getirildiğini kabul etmek gerekir⁶⁰⁹.

b. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

Öncelikle, tüketici, bir hukuki ilişkide o hukuki ilişkinin zayıf tarafını oluşturan kişi olarak görülmüş ve bu nedenle özel olarak koruma altına alınmıştır. Ancak zamanla, "sözleşmenin zayıf tarafı" ya da "korunmaya layık olan tarafı" kavramına verilen anlam değişmiş, tüketici sözleşmenin zayıf tarafı gibi salt bir statüyü ifade eden kavramsal yaklaşım yerine, tüketici, hukuki ilişkiye girerken takip ettiği amaç açısından ele alınmaya başlanmıştır. Tüketici, somut hukuki ilişkiye girerken özel bir amaç takip eden, yani mal ya da hizmeti elde ederken, kişisel, ailevî veya özel kullanıma özgü bir amaç taşıyan kişi olarak kabul edilmiştir⁶¹⁰.

Sağlıklı bir rekabet ortamının bulunduğu piyasalarda üreticiler, mallarını satabilmek için birbirleriyle yarışa girerler. Daha çok müşteri çekmek isteyen üreticiler, reklamın yanı sıra fiyatları da indirmek (en azından aşırı şekilde yükseltmemek) ve kaliteyi artırmak zorunda kalırlar. Bu kurallara uymayan üretici ve satıcıların piyasada tutunabilmeleri ise bir hayli güçtür. Halbuki tekel piyasalarında ve tekele yakın piyasalarda durum çok daha farklıdır. Tekel piyasalarında piyasaya hakim olan firma, piyasa talebinin çizdiği sınırlar içinde kendisi için en uygun kararı almak hususunda hareket serbestliğine sahiptir. Bu durumda tekel piyasasındaki üretici firma hem malın fiyatını, hem de kalitesini istediği gibi ayarlayabilir ki, bu tüketici aleyhine bir durum ortaya çıkarır⁶¹¹. Kanun'un 4. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir danişıklı ilişkinin muafiyet alabilmesi için aranan ikinci şart, yukarıda ifade ettiğimiz ekonomik yararlılardan, tüketicilerin de faydalandırılmasıdır. Bir başka deyişle, ekonomik açıdan yarar sağladığı söylenebilecek olan bir anlaşma, bu yararı tüketicilere

⁶⁰⁹ SANLI, s. 127.

⁶¹⁰ OZANOĞLU, Seçkin, Hasan, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)", AÜHFD, C.50, S.1, Ankara 2001, s.71.

⁶¹¹ ALTUNKAYA, Mehmet, "Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1-2, Ankara 2004, s. 102.

yansıtamadığı sürece, muafiyetten faydalanamaz. Bu koşul, muafiyet rejiminin sadece ekonomik verimliliği dikkate almadığını açıkça göstermektedir⁶¹².

Tüketiciye sağlanan yararın fiilen hemen gerçekleşmesi gerekmemektedir. Potansiyel olarak bu faydanın elde edileceğine olan inanç da ilgili anlaşmaya muafiyet verilmesi için yeterli olabilir. Örneğin, bir araştırma geliştirme anlaşmasının sonuçlarının tüketiciye yansması uzun bir zaman alabilir. Önemli olan, uzun vadede de olsa tüketicinin bu anlaşma sonucunda (teknoloji gelişimi, fiyat düşüşü gibi) bir yarar elde edebilmesidir. Yine benzer şekilde, bir dağıtım anlaşmasına verilecek olan bir muafiyet (özellikle tekeli bir piyasada), rekabeti artırması nedeniyle tüketicinin yararına da olacaktır⁶¹³.

Rekabet Hukuku'nun "iktisadi etkinliğin korunması yoluyla toplumsal refahın ve buna bağlı olarak tüketici refahının sağlanması" dışında, doğrudan sosyal sahada yer alan genel bir "tüketicinin korunması" amacı yoktur. Her ne kadar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Madde Gereççeleri içerisinde RKHK'nun 5. maddesinin gerekçesini açıklayan kısımda "Ortaya çıkan yarardan tüketicinin adil bir pay alması suretiyle rekabet hukukunun sosyal yönü de ortaya çıkmaktadır" cümlesine yer verilmekte ise de, Genel Gereççe'de de diğer madde gerekçelerinde de yukarıda tarif edilen türde bir "tüketicinin korunması" amacına yer verilmemiş ve daima tüketici refahının artırılması amacıyla bahsedilmiştir. Nitekim, 1. maddenin gerekçesinde yer verilen "fiyatların düşüşü ve kalitenin artışı ise toplumun tamamını yani tüketicileri korumak gibi sosyal bir fayda sağlar" cümlesi, gerekçede tüketici refahının artırılması yerine "tüketicinin korunması"na gönderme yapılan iki yerden biridir ve aslında sosyal sahada tanımlanan ayrı bir tüketicinin korunması amacının değil tüketici refahının kastedildiğini belirginleştirmektedir⁶¹⁴.

Rekabet Hukuku, sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması açısından çok önemlidir. Daha önceki bölümlerde belirttiğim gibi, rekabet yasağı ve rekabet hukuku farklı amaçlara hizmet ediyor gibi görünse de aslında ikisi de rekabet ortamının düzenli

⁶¹² SANLI, s.128.

⁶¹³ Anadolu LPG Temin ve Dağıtım AŞ., RKK. KN. 00-39/434-240, 17.10.2000 (ARI, s. 152).

⁶¹⁴ bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRKAJNAK, Gönenç, Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden, "Amaç" Tartışması. Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 26

bir şekilde işleyişi içindir. Rekabet yasağının söz konusu olmadığı durumlarda bu rekabet ortamının bozulma olasılığı çok fazladır. Ticari hayatta öğrendiği sınırlar sayesinde rekabette bulunduğu şirketler arasında üstünlük sağlayan bir şahıs, dolaylı da olsa tüketicileri etkilemektedir. Şöyle ki, rekabet ortamı piyasada fiyatların düşmesine, teknolojinin gelişmesine, hizmetlerin daha kaliteli bir şekilde yürütülmesine olanak sağlar. Dolaylı olarak da tüketiciler piyasanın bu olumlu havasından etkilenir ve sosyal bir refah sağlanmış olur. Bir önceki paragrafta anlatıldığı gibi, rekabet hukukunun amacı kanaatimce de tüketiciyi korumaktan ziyade, iktisadi etkinliğin korunması yoluyla toplumsal refahı ve buna bağlı olarak da tüketici refahını artırmaktır. Bu açıdan bakıldığında rekabet yasağının, tüm bu gelişmelere hizmet etmesi açısından, tüketicilere de faydası olduğu ortadadır. Özetle, rekabet hukuku etkin rekabet ortamının korunmasına hizmet eder, rekabet yasağı haksız olarak elde edilen bilgiler ile rekabet ortamının bozulmasını engellemek suretiyle rekabet ortamına katkıda bulunur, rekabetin olduğu bir ortam ise fiyatlar ve kalite açısından yarar sağlar ve sonuç olarak tüketici refahı bu sayede artar.

Kurul'un bu konuda vermiş olduğu Rowenta-Tefal⁶¹⁵ Kararındaki açıklaması şöyledir: Yapılan anlaşma sonucundaki kazanımdan pratikte belli oranlarda tüketicinin de pay alması beklenmektedir. Tüketici yararı genel anlamda sunumu yapılan mal ve hizmetlerin fiyatlarındaki düşüşler olarak algılsa da, arzın sürekliliği, ürün kalitesindeki artış, yeni bir rakibin piyasaya girmesi vb. şeklindeki kazanımlar da bu koşulun sağlanmış olması anlamına gelebilmektedir. Bildirim konusu anlaşmalar sonucu tüketicilerin elde edeceği fayda, fiyatlardaki düşüşten çok arzın sürekliliği ve özellikle ürün kalitesindeki artış ve markalar arası rekabetin artması şeklinde kendini göstermektedir. Bunun yanı sıra, anlaşmanın diğer maddelerinde yer alan, lisans verenin teknik desteğinin yanısıra eğitim gibi konularda da destek vermesi, söz konusu ürünlerin üretim süreçlerinde uzmanlaşma sağlanarak yüksek verim elde edilmesine olanak sağlayacaktır. Sağlanan yüksek verimin tüketiciler üzerinde iki türlü etki yaratması beklenir. Birincisi artan verimlilikle birlikte maliyetlerin düşmesi ve bunun fiyatlara yansmasıyla tüketici daha kaliteli hizmeti daha ucuza elde etme imkanı

⁶¹⁵ Karar Tarihi: 28.9.1999, Karar Sayısı: 99-44/467-296.

bulacaktır. İkincisi ise, sağlanan teknik ve eğitim desteği ile hem hizmetin sunumunda süreklilik ve güven tesis edilmiş olacak hem de kalitede artış temin edilecektir.

Özetlemek gerekirse rekabetin olmadığı bir ekonomik düzende⁶¹⁶ iktisadi verimlilik sağlanamazken, tüketici refahının optimal değerlere ulaşması da mümkün olmamaktadır. Rekabet, firmaları değişikliklere uymaya ve yeni buluşlar aramaya iter. Aynı zamanda tüketici yararına fiyatları düşürerek kaliteyi de yükseltir. Bu da sanayinin dinamizmini artırarak yeni istihdam olanakları ortaya çıkaracaktır. Rekabetin varlığı tüketici refahını doğrudan etkileyen unsur olarak önem kazanmaktadır⁶¹⁷. Bu çerçevede; fiyatlar seviyesindeki düşüş, satış sonrası etkin hizmetler, ürün çeşitliliğinin artması, tüketicinin ürüne daha kolay ulaşabilmesi, malın arzında devamlılığın sağlanması gibi koşullar tüketicinin elde edeceği menfaat kapsamında değerlendirilebilmektedir.

c. İlgili Pazarın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

Muafiyetin üçüncü şartı, anlaşmanın teşebbüse ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırma imkanı tanımamasıdır. Bu şartın amacı, rekabetin kısmen sınırlandırılmasına izin verilen piyasalardaki reel ve potansiyel rekabetin devamının teminidir. ATAD pek çok kararında fiyat rekabetinin oldukça önemli olduğunu ve hiçbir şekilde ortadan kaldırılamayacağını vurgulamıştır. Şartta yer verilen “ilgili pazarın önemli bir bölümü”, anlaşmanın tarafları arasındaki rekabeti kapsadığı gibi taraf teşebbüs ile piyasadaki diğer aktörler arasındaki rekabeti de içine alacaktır⁶¹⁸.

d. Rekabetin Zorunlu Olandan Fazla Kısıtlanmaması

Muafiyetin dördüncü şartı; anlaşmanın, birinci şarta konu olan faydanın ortaya çıkması için zorunlu olanın ötesinde rekabet sınırlaması içermemesidir. Bu gereksinim, sınırlama ile söz konusu fayda arasında basit bir nedensellik bağı kurmanın ötesinde bir şarttır. Anlaşmanın taraflarının, ortaya çıkacağı iddia edilen faydanın mevcut durumdan daha az rekabeti sınırlayıcı bir yöntem ile elde edilemeyeceğini göstermesi gerekmektedir. Örneğin teşebbüsün dağıtıcıları ile yaptığı dikey anlaşmalarda yer

⁶¹⁶ ekonomik düzen hakkında bilgi için bkz. TAN, Turgut, “Anayasal Ekonomik Düzen”, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C.7, Ankara 1990, s. 161 vd.

⁶¹⁷ KAYNAK, Selahattin, Tüketicinin Korunmasında Rekabetin Önemi, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi SEB, Erzurum 2001, s.70.

⁶¹⁸ KARAKURT, Avrupa, s. 75.

verdiği uzun süreli rekabet etmeme yükümlülüğünün ortaya çıkardığı fayda, daha kısa süreli bir rekabet kısıtlaması ile de mümkün oluyorsa bu durumda, söz konusu anlaşmanın muafiyetin dördüncü şartını yerine getirmediği kabul edilecektir⁶¹⁹. Bu şartın öngörülmesi, ekonomik gelişme ile tüketici yararı arasındaki temel ilişkiden daha ileri bir durumu göstermektedir. Buna göre, anlaşmaya taraf teşebbüslerin, amaçlarına, daha az sınırlayıcı bir anlaşma ile ulaşamayacağını ispat etmeleri gerekir. Eğer, tüketicinin elde edeceği yarara daha sınırlayıcı nitelikli bir anlaşma ile ulaşabiliyorsa, sınırlama niteliği daha fazla olan anlaşmaya izin verilmeyecektir. Bu durumu her somut olay için ayrı ayrı değerlendirmek gerekir⁶²⁰.

B. Araştırma Ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2003/2)

Şirketler arasındaki müşterek araştırma ve geliştirme faaliyetleri, ticari hayata olumlu katkıları nedeni ile desteklenmiştir. Araştırma ve geliştirmenin, pahalı ve uzun süren bir faaliyet olması ve çoğunlukla tek bir teşebbüsün mali kaynaklarının üstünde harcamalar gerektirmesi ve elde edilecek sonucun taşıdığı ticari riskin yüksekliği, teşebbüsleri ortak araştırma yapmaya zorlayan nedenlerdir. Teknolojik ve ticari bilgilerin yaygınlaştırılmasının, yeniliklere ve gelişmeye katkıda bulunacağı ve maliyet giderlerinin düşmesine yol açacağı düşüncesi, rakip teşebbüsler arasındaki araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin daha serbestçe değerlendirilmelerinde etkili olmuştur. Ancak bu, aynı piyasada faaliyet gösteren rakip firmalar arasındaki araştırma ve geliştirme anlaşmalarının hiç bir kısıtlamaya tabi olmadığı anlamına gelmez. Beklenen yarar ve amacın dışında kalan konulara yönelik araştırma ve geliştirme faaliyetleri, Rekabet Hukukunun uygulama alanı içine girer. Araştırma ve geliştirme anlaşmalarından beklenen, araştırma ve geliştirmede artıştır. Bu artışı gerçekleştirilmeyen ve rekabetin kısıtlanmasına yol açan anlaşmalar Rekabet Hukuku yaptırımları ile karşılaştacaklardır⁶²¹.

Her ne kadar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun rekabeti sınırlayıcı işlemleri yasaklasa da, anlaşma bütün olarak incelendiğinde anlaşmanın şartlarının eğer

⁶¹⁹ KARAKURT, Avrupa, s. 74.

⁶²⁰ ARI, s. 154.

⁶²¹ AKINCI, s. 238, 239.

rekabeti kısıtlama etkisinden daha çok rekabet ortamını sağlamaya yönelik olduğu kabul edilirse muafiyet verilebilmektedir. Arge muafiyet tebliğinde de bu belirtilmiştir.

AR-GE sonuçlarının ortak kullanımını kapsayan anlaşmalar, taraflara, geliştirilen ürünlerin nasıl üretileceğini ya da geliştirilen üretim süreçlerinin nasıl uygulanacağını ve fikri hakların veya know-how'ın ne şekilde kullanılacağını birlikte belirleme imkanı verdiği için, çoğu zaman rekabeti sınırlayıcı yükümlülükler içermekte ve Kanun'un 4. maddesi kapsamına girmektedir. Taraflar arasındaki işbirliğinin sınai uygulama aşamasına taşınması nedeniyle, sonuçların ortak kullanımını da içeren bu tür anlaşmalara sağlanan grup muafiyeti, anlaşma konusu ürünlerin ya da anlaşma konusu üretim teknikleri kullanılarak üretilen ürünlerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde pazara ilk olarak sürüldüğü tarihten başlamak üzere beş yıl ile sınırlandırılmıştır.

Bu Tebliğ ile rekabetin etkin bir şekilde korunmasının yanısıra, AR-GE konusunda işbirliğine giden teşebbüslerin hukuki bakımdan tereddütlerinin giderilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaçların gerçekleştirilmesine yönelik uygulamalarda ve düzenlemelerde mümkün olduğunca basit bir idari denetimin ve net bir yasal çerçevenin sağlanması önem kazanmaktadır. Bu nedenle, bu Tebliğ'de, makul görülen rekabet sınırlamalarının da (beyaz liste) yer alması yaklaşımı yerine, yalnızca, teşebbüslerin grup muafiyetinden yararlanabilmesi için gerekli önkoşullara ve anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaracak rekabet sınırlamalarına (kara liste) yer verilmesi yaklaşımı benimsenmiştir. Bu şekilde, belirli konularda işbirliğine giden bazı teşebbüslerce grup muafiyeti kapsamındaki rekabet sınırlamalarına ilişkin hükümlerin anlaşmada bulunması gereken unsurlar olarak değerlendirilmesinin ve böylece zaman zaman anlaşmalarda taraflarca gerek duyulandan daha fazla rekabeti sınırlayıcı yükümlülükler yer verilmesinin önüne geçilmesi kısmen mümkün olabilecektir. Rekabet hukuku bakımından makul görülemeyecek sınırlamaların belirlenerek, işbirliğine yönelik diğer düzenlemelerde teşebbüslere serbestlik tanınması, teşebbüsler arası anlaşmaların ilgili pazarda yaratacağı iktisadi etkilerinin değerlendirilmesine öncelik ve ağırlık verilmesine yönündeki son dönemde benimsenen yaklaşıma da uygun düşmektedir. Bu çerçevede, Tebliğ'de belirtilen türdeki anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran haller 6. maddede sıralanmıştır.

Tebliğın 2. maddesine göre; 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi ve bu Tebliğ'de yer alan hükümler çerçevesinde,

a) yeni ürünlerin veya üretim tekniklerinin ortak bir şekilde araştırılması ve geliştirilmesi ile sonuçların ortak kullanımı veya,

b) sonuçların ortak kullanımı aşamasını içermeyecek şekilde yalnızca ürünlerin veya üretim tekniklerinin araştırılması ve geliştirilmesi veya,

c) ürünlerin veya üretim tekniklerinin araştırılması ve geliştirilmesine yönelik olarak daha önce aynı taraflar arasında yapılmış bir anlaşma çerçevesinde elde edilmiş sonuçların ortak kullanımı amacıyla teşebbüsler arasında yapılan rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşmalar bu Tebliğ kapsamındadır.

AR-GE içeren anlaşmalara bu Tebliğ ile tanınan muafiyet, anlaşma süresince geçerlidir. AR-GE sonuçlarının ortak kullanımının da söz konusu olması halinde, muafiyet, anlaşma konusu ürünlerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde pazara ilk olarak sunulduğu tarihten başlamak üzere beş yıl için daha geçerli olur.

C. Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği

Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde de rekabetin sınırlanmasından bahsedilmiştir. Buna göre sigorta sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşmalar, bu Tebliğde düzenlenen koşullara uymak kaydıyla, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki yasaklamadan 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak grup olarak muaf tutulmuştur. Ayrıca grubun hiçbir üyesi veya grubun ticari politikası üzerinde belirleyici etkiye sahip olan hiçbir teşebbüs, aynı ilgili pazarda faaliyet gösteren bir başka grubun da üyesi olmamalı veya böyle bir grubun ticari politikası üzerinde belirleyici etkiye sahip olmaması gerektiği de belirtilmiştir.

**D. Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği
(Tebliğ No: 2008/2)**

Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Tebliğ'de de rekabeti sınırlayıcı işlemlerden bahsetmiştir. 6. madde de sıralanan açıklamalar göre; lisans verene ve/veya lisans alana getirilen, lisansı verilen teknolojiyle, bir ya da daha fazla teknik kullanım alanı, ürün pazarı veya bölgede üretim yapma veya yapmama yükümlülüğü, lisans verene getirilen, belirli bir bölgede üçüncü bir kişiye lisans vermeme ve kendisinin de lisans konusunu kullanmama yükümlülüğü, lisans verenin ve/veya lisans alanın diğer tarafa ayrılan bölge veya müşteri grubuna aktif satışlarının sınırlanması, ancak tarafların kendi bölgelerinde bulunan ve ülke içindeki başka bölgelere veya müşteri gruplarına satış yapacak üçüncü kişilere satış yapmaları doğrudan veya dolaylı olarak sınırlanamayacağı, bir lisans alanın, lisans veren tarafından başka bir lisans alana tahsis edilen bölge veya müşteri grubuna yapacağı aktif satışların sınırlanması, ancak tarafların kendi bölgelerinde bulunan ve ülke içindeki başka bir bölge veya müşteri grubuna satış yapacak üçüncü kişilere satış yapmaları doğrudan veya dolaylı olarak sınırlanamayacağı, lisans alana getirilen anlaşma konusu ürünleri sadece kendi kullanımı için üretmesi yükümlülüğü, lisans alanın anlaşma konusu ürünleri kendi ürünlerinin yedek parçası olarak aktif veya pasif şekilde satmasının sınırlanmaması gerektiği, belirli bir müşteri için alternatif arz kaynağı oluşturmak amacıyla lisans verilmesi halinde, lisans alanın anlaşma konusu ürünleri yalnızca söz konusu müşteri için üretmesi yükümlülüğü gibi haller hariç olmak üzere pazarların veya müşterilerin paylaşılmasını yasak kapsamında değerlendirmiştir.

Teknoloji lisansı bağlamında rekabet etmeme yükümlülükleri, lisans alana getirilen, lisansı verilen teknolojinin rakibi konumunda olan üçüncü kişilerin teknolojilerini kullanmama yükümlülüğü şeklinde olmaktadır. Rekabet etmeme yükümlülüğünün lisans veren tarafından tedarik edilen ürün veya ek teknolojileri kapsamaması halinde, söz konusu yükümlülük bağlama ile ilgili açıklamalar içeren bir önceki bölümde ele alınmaktadır. Tebliğ uyarınca rekabet etmeme yükümlülüğü rakipler arasındaki anlaşmalar için %30, rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalar için ise %40 pazar payına kadar muafiyet kapsamındadır. Rekabet etmeme yükümlülüğünün

doğurduğu esas tehlike, pazarın üçüncü kişilerin teknolojilerine kapanmasıdır. Rekabet etmeme yükümlülüğünün diğer lisans verenlerce de kullanılması, bu kişiler arasında danışıklılığı kolaylaştırabilmektedir. Rekabet etmeme yükümlülükleri rekabeti artıran etkiler de doğurabilir. İlk olarak, bu tür yükümlülükler lisansı verilen teknolojinin, özellikle de know-how'ın, suiistimali riskini azaltarak teknolojinin yayılmasını teşvik eder. Bir lisans alanın üçüncü kişilerden rakip teknolojiler için lisans alma yetkisi varsa, özellikle lisansı alınan know-how'ın rakip teknolojilerden yararlanılması sırasında kullanılması ve dolayısıyla rakiplerin bundan faydalanması tehlikesi vardır. Bir lisans alanın, rakip teknolojileri de kullanması, genellikle lisans bedeli ödemelerinin izlenmesini zorlaştırır ve bu da lisans verme konusunda caydırıcı rol oynayabilir⁶²².

E. Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar Ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No : 2005/4)

Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar Ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin tanımlar başlıkla 3. maddesinde rekabet yasağı “ Rekabet etmeme yükümlülüğü, alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden malları veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını veya yeniden satmasını engelleyen doğrudan ya da dolaylı her türlü yükümlülüktür. Ayrıca alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %30'undan fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın almasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir. Dağıtıcının istihdam ettiği markaya özel satış personelinin maliyeti sağlayıcı tarafından karşılanmadıkça, dağıtıcıya farklı marka araçlar için ayrı satış personeli istihdam etme yükümlülüğü getirilmesi bu Tebliğ'e göre rekabet etmeme yükümlülüğü anlamına gelir. Markalar arası karışıklıktan kaçınmak için başka sağlayıcıların motorlu araçlarını teşhir yerinin ayrı bölümlerinde satmasına dair dağıtıcıya getirilen yükümlülük, bu Tebliğ bakımından rekabet etmeme yükümlülüğü anlamına gelmemektedir” şeklinde tanım yapılmıştır.

⁶²² 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 5 inci Maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, (sayı: 09-22/486/ tarih: 18.06.2009), s. 45-47.

Tebliğ; teşebbüslerin pazarlara erişimini sağlamayı ve özellikle dağıtıcılara ve yetkili servislere, farklı sağlayıcıların araçlarını satma ve onarma olanağı vermeyi yani “çok markalılığı” amaçlamaktadır. Böylece araç satışı, bakım ve onarımı veya yedek parçaların satışı ile ilgili olarak getirilebilecek doğrudan veya dolaylı her türlü rekabet etmeme yükümlülüğü Tebliğ’in 6. maddesi ile yasaklanmıştır. Bu bağlamda dağıtım ağı üyesinin yalnızca sağlayıcının mallarını satmasına veya sözleşme konusu mallarla rekabet eden malları satmamasına neden olan faydalar veya teşvikler de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilecektir. Tebliğ, dağıtıcıları veya yetkili servisleri, aynı ilgili pazara ait araç veya yedek parça alımlarının %30’dan fazlasını tek bir sağlayıcıdan almak zorunda bırakan doğrudan veya dolaylı yükümlülükleri yasaklamaktadır. Ancak bu durum, dağıtıcının veya yetkili servisin, belirtilen miktarı (alımların %30’una kadar) doğrudan sağlayıcıdan almasının istenebileceği anlamına gelmemektedir. Söz konusu işletmeler aynı malları, dağıtım sistemine dahil olan teşebbüsler gibi, sağlayıcının gösterdiği diğer kaynaklardan da alabilir. Bir sağlayıcının dağıtım ve servis ağındaki üyelerin, ikame edilebilir mal veya hizmet alımlarının %70’ini rakip mallar üreten diğer sağlayıcılardan almalarını engellemeyen genel yükümlülükler grup muafiyetinden yararlanmaktadır. Pazar rakip sağlayıcılara kapatılmadığı sürece, bu yükümlülükler rekabet açısından sorun yaratmayabilir. Örneğin, bir alıcının alımlarının belirli bir oranına (%30’dan fazla) dayanan sadakat indirimleri dolaylı bir rekabet etmeme yükümlülüğü kabul edilebilecekken, satın alınan miktarlara dayanan ve ölçek ekonomileriyle bağlantılı olan indirimler böyle değerlendirilmeyecektir. Doğrudan veya dolaylı rekabet etmeme yükümlülüklerinin belirli durumlarda farklı markaların satışını engelleyip engellemediğine ilişkin uyumsuzluklar, bağımsız bir üçüncü şahsa veya hakeme havale edilebilecektir. Markaya özgü olarak verilecek eğitimin, eğitim süresince gerçekleşecek konaklama masraflarının, markaya özgü kıyafetlerin ücretlerinin karşılanması gibi unsurlar grup muafiyetinden yararlanabilecekken, markaya özgü personelin maaşının veya sigorta primi gibi masraflarının karşılanması rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilecek ve grup muafiyetinden yararlanamayacaktır.

Kılavuzda yetkili servis ve sağlayıcı arasında ya da yetkili servis ve yedek parça sağlayıcısı arasında yapılan, rekabet etmeme yükümlülüğü olarak bilinen bu tür

düzenlemeler grup muafiyetinden yararlanamayacağı ancak yetkili servisin, malları sağlayıcıdan ya da sağlayıcı tarafından belirlenen diğer kaynaklardan satın almasının serbest olduğu durumlarda, belirli bir tür yedek parça alım miktarının %30'una kadarının belirli bir markadan satın alma yükümlülüğü getirilmesinin rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilebileceği, doğrudan veya dolaylı olarak yetkili servisin başka marka araçlara hizmet vermesini engelleyen böyle bir kısıtlama grup muafiyetinden yararlanamayacağı, yetkili servisler, diledikleri takdirde, talepte bulunduğu sağlayıcı tarafından getirilen koşulları sağlamak kaydıyla birden fazla markaya yetkili servis olarak hizmet verebilmelerinin gerektiği ve bu bağlamda, satışta olduğu gibi ek maliyetleri karşılamak kaydıyla bazı çalışanların sadece belirli bir markaya hizmet vermeleri koşulunun yetkili servisler bakımından kabul edilmediğın belirtilmiştir.

2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde de 82 muafiyetin genel şartlarını düzenleyen 4. maddesinde, sağlayıcı ile dağıtıcı veya yetkili servis arasında yapılan anlaşmanın en az beş yıl süreli olması ve anlaşmada yer alacak olan yenilememe isteğini, anlaşmanın sona ermesinden asgari altı ay önce bildirmeyi her iki tarafın da kabul etmesi veya anlaşmanın belirsiz bir süre için yapılması halinde feshi ihbar süresinin her iki taraf için de en az iki yıl olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu sürenin; sağlayıcının anlaşmaya son vermesi durumunda kanundan veya anlaşmadan dolayı uygun bir tazminat ödemek zorunda olduğu veya dağıtım sisteminin önemli bir kısmını ya da tamamını yeniden düzenlemesinin zorunlu olması nedeniyle sağlayıcının anlaşmayı sona erdirmesi hallerinde en az bir yıla indirilmesi, şartlarıyla uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu durum, taraflardan birinin ana yükümlülüklerinden birini yerine getirmemesi nedeniyle diğer tarafın anlaşmaya son verme hakkını etkilemeyecektir. 2005/4 Sayılı bu Tebliğ'de yer alan hüküm, isin niteliği gereği büyük yatırımlar yapan yetkili satıcı ve sevişlerin ekonomik bağımsızlığını garanti altına almak amacıyla getirilmiştir. Bu kapsamda 2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin Açıklanmasına Dair Kılavuz'da, RKHK'nın 4. maddesi kapsamında yer alan bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için bu maddedeki tüm koşulları taşımasının gerekli

olup olmadığı sorusuna verilen cevapta, sözleşmelere ve tebligat sürelerine ilişkin asgari sürelerin sadece yeni motorlu taşıt sağlayıcıları ile bunların dağıtıcıları ya da yetkili servisleri arasındaki anlaşmalar için geçerli olup, diğer anlaşma türleri için uyulması zorunlu olan bir şart olmadığı vurgulanmıştır. Bu kapsamda bu sürelere uyulmaması halinde taraflar arasındaki sözleşme muafiyet kapsamında değerlendirilmeyecektir⁶²³.

Kurulun 07-61/716-248 sayılı kararında, Goodyear Lastikleri Türk A.Ş. ile bayileri arasında bir franchising şebekesi kurmaya yönelik olarak hazırlanan Premio Franchise Anlaşması'na 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, lastik ürün grubuna ilişkin olarak öngörülen rekabet yasağının 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 6. maddesi kapsamında yer alması nedeniyle bu Tebliğ ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacağına, lastik dışı ürün gruplarında tesis edilen satın alma zorunluluğu içeren ortak satın alma sisteminin yatay rekabet kısıtlaması niteliği taşıması nedeniyle 2005/4 sayılı Tebliğ kapsamında yer almadığına, kurulması tasarlanan sistemin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen şartları sağladığı tespit edildiğinden 3 yıl süre ile bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.

Dikey Anlaşmalara İlişkin 2002/2 sayılı Tebliğ'in aksine, Tebliğ, ne belirli süreli rekabet etmeme yükümlülüklerini kapsamakta ne de sağlayıcının sahip olduğu veya kiraladığı bina ve müstemilatı ile arazide satılmakta olan mallara veya temin edilmekte olan hizmetlere ilişkin olarak herhangi bir istisna içermektedir⁶²⁴.

⁶²³ GÜVEN, Pelin, “ Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, Kayseri 2007, s. 242.

⁶²⁴ 2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar Ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin Açıklanmasına Dair Kılavuz, tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz3.pdf>.

E. Avrupa Topluluğu Açısından Muafiyet

Rekabet Kurulu Komisyon ve AT rekabet kuralları ışığında bir yol çizdiği için konuyu bu açıdan incelemek de fayda var.

Rekabet yasağının, rekabet üzerindeki etkisini incelediği bir kararında Komisyon⁶²⁵, işletme devri sözleşmesinde öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğünün, AT rekabet kurallarına açıkça aykırı olduğunu belirtmiştir. Bu olayda, herhangi bir coğrafi sınır belirlenmeksizin, işletme konusunu oluşturan alanda, araştırma ve geliştirmeyi de kapsayacak şekilde on yıl için rekabet yasağı şartı öngörülmüştür. Söz konusu anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi talebiyle yapılan bildirimde Komisyon, bu rekabet yasağı şartının süresi ve kapsamı bakımından makul olmadığını, bu sınırlamanın üye devletlerarası ticareti etkiler nitelikte olduğunu, işletmesini devreden bir kimsenin bu kadar geniş kapsamlı bir rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmesinin ve üstelik araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin de sınırlandırılmış olmasının, pazarda potansiyel rekabeti ortadan kaldırmak anlamına geleceğini ve bu nedenle bu anlaşmanın R.A.'nın 85/1. maddesi kapsamında olduğunu belirtmiş ve muafiyet talebini de reddetmiştir. Komisyonun konuyla ilgili olarak yapmış olduğu bu değerlendirme, Adalet Divanı tarafından da benimsenmiştir. Adalet Divanı kararında, bu tür bir anlaşmanın R.A.'nın 85. maddesi kapsamında olup olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle böyle bir şart olmasaydı, o piyasada rekabetin koşullarının nasıl olabileceğinin değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamış ve somut olayın şartları çerçevesinde, tarafların anlaşma ile bekledikleri menfaatleri sağlayabilmelerinin, daha dar kapsamlı ve daha kısa süreli bir rekabet yasağı şartı ile mümkün olduğu kanaatine varmıştır⁶²⁶.

Avrupa Birliği Komisyonu'nun Dikey Anlaşmalar Hakkındaki 1999/2790 sayılı yeni tüzüğünün 5. maddesine göre rekabet yasağı getiren hükümlere bazı koşullarla muafiyet verilmektedir. Rekabet etmeme şartının muafiyet alabilmesi için bu şartın makul bir süre ile sınırlanmış olması gerekmektedir. Buna göre "2. madde ile öngörülen muafiyet dikey anlaşmalarda yer alan bu yükümlülükler uygulanmaz: belirsiz süreli veya beş yılı aşan süreli olan doğrudan veya dolaylı rekabet etmeme şartı,

⁶²⁵ Reuter/BASF EC Commission Decision OJ (1976) L 254/40 (ÖZ, s. 37).

⁶²⁶ ÖZ, s. 37.

beş yıllık süreden daha fazla uzatılabileceği düzenlenmiş olan bir rekabet etmeme şartı belirsiz süreli sayılır⁶²⁷. 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğünde rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin kısıtlamalar her ne kadar ağır sınırlamalar arasında sayılmamışsa da, belirli şartlar dahilinde 5. madde kapsamında yasaklanmıştır. Bu türden hükümler içeren anlaşmaların bütünü ile Tüzüğün kapsamının dışında bırakılması gerekli değildir. Hükümün anlaşmadan ayrılması mümkün ise, anlaşmanın kalan kısmı grup muafiyetinin faydalarından yararlanabilecektir. Yalnızca Tüzüğün 5. maddesine aykırılık teşkil eden anlaşma kısmı, grup muafiyetinin faydalarından yoksun kalacaktır. Söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli ya da beş yıldan uzun süreli ise Tüzüğün 5. maddesi bağlamında grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Beş yıldan daha uzun bir süre ile zımnen yenilenebilen rekabet etmeme yükümlülüğü de belirsiz süreli kabul edilecektir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin beş yıla sınırlı olması ya da süresinin beş yıla kadar zımnen uzatılabilmesi Tüzük tarafından kabul edilen bir uygulamadır. Beş yıldan sonraki uzatma durumunda ise, her iki tarafın açık iradesi ile birlikte alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme şartına son vermesini engelleyen herhangi bir unsurun var olmaması gerekmektedir⁶²⁸.

Grup Muafiyeti Tüzüğüne faydalarından yararlanamayacak olan sınırlama, 5(b) maddesinde düzenlenen “anlaşmanın bitiminden sonraki rekabet etmeme yükümlülüğü”dür. Ana kural, bu tür kısıtlamaların grup muafiyeti kapsamında olmamasıdır. Ancak bu yükümlülük; anlaşma konusu mal veya hizmetlere rakip olan mal veya hizmetlerle ilgili olması, sağlayıcı tarafından alıcıya transfer edilmiş olan know-how’ın korunması için zorunlu olması, alıcının anlaşma süresince faaliyet gösterdiği satış noktası ile sınırlı olması ve anlaşmanın bitiminden itibaren en fazla bir yıllık süreyi kapsamaması kaydıyla grup muafiyeti kapsamında değerlendirilebilecektir. Know-how ise anlaşma konusu mal ya da hizmetlerin alıcı tarafından kullanımı, satımı ya da yeniden satımı için zorunlu olan bilgileri içermelidir. Sağlayıcı ya da alıcıya devredilen know-how’ın korunması hedefine ulaşmanın tek yolu rekabet etmeme yükümlülüğü olabilecektir. Bu durumda anlaşma süresince bir rekabet etmeme yükümlülüğü makul kabul edilecektir. İlişkiye özgü yatırımın korunması amacıyla,

⁶²⁷ ASLAN, s. 155.

⁶²⁸ KARAKURT, Avrupa, s.158.

yatırımın amortismanı süresince bir rekabet etmeme ya da miktar zorlama anlaşması 81(3). maddenin şartlarını karşılayacaktır. Beş yıldan uzun süreli rekabet etmeme şartının makul kabul edilebilmesi için ilişkiye özgü olarak yapılan yatırımın yüksek olması gerekmektedir. Genel ya da piyasaya özgü kapasite yatırımları, ilişkiye özgü yatırım değildir. Bununla birlikte; spesifik olarak belirli bir alıcının faaliyetleri ile bağlantılı yeni yatırım yapılması durumunda, yapılan yatırım diğer bir müşteri ile iş yapılması durumunda ekonomik olarak işletilemeyecekse ilişkiye özgü yatırım kabul edilebilecektir⁶²⁹.

⁶²⁹ KARAKURT, Avrupa, s.152.

SONUÇ

Rekabet yasağı, bir anlaşmanın taraflarından birinin, diğer tarafın rakipleri ile ticari ilişki kurmamayı, yahut ilgili ürünü bağımsız olarak üretmemeyi, satmamayı taahhüt etmesi olarak tanımlanabilir. Rekabet yasağı sözleşme ilişkisi nedeniyle içinde bulunduğu hukuki durumun ortaya çıkardığı sadakat borcunun, bu sözleşme ilişkisinin diğer tarafı olan kişilere rekabet etmek suretiyle ihlal edilmesini önleyici nitelikte bir yükümlülük olarak ortaya çıkar. Sadakat borcunun kapsamına, çalışanın işverenine veya işyerine karşı zarara neden olacak bir davranıştan kaçınması, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmaması gibi yükümlülükler girer. Rekabet yasağının amacı, şirket içindeki konumu nedeniyle şirketin sırları hakkında yakından bilgi sahibi olan kişilerin, bu bilgileri ve sahip oldukları yetkileri kötüye kullanarak şirkete zarar vermelerini engellemektir.

Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununda "rekabet yasağı"na ilişkin hükümler mevcuttur [hizmet sözleşmesinde (BK m. 348-352), ticarî mümessillik ve ticarî vekalette (BK m. 455), adi ortaklıkta (BK m. 526), acentelik sözleşmesinde (TTK m. 118), kolektif şirkette (TTK m. 172-173), adi ve paylı komandit şirkette (TTK m. 250-256, 483), anonim şirkette (TTK m. 335)ve limited şirkette (TTK m. 547)]. Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine dayanan rekabet etmeme yükümlülüklerinde, kişinin eylemi bir kanun hükmüne dayandığı için zaten Rekabet Kanunu 4. madde kapsamına girmez. Ortaklıktan ayrıldıktan sonra bu tür bir rekabet yasağı yan sınırlama olarak getirilebilir.

TTK ve BK'da yukarıda bahsettiğim gibi rekabet yasakları ile ilgili hükümler mevcuttur. Fakat asıl sorun özellikle, kişiler arası iş ilişkisi sonrası dönemi kapsayan rekabet yasaklarıdır. Rekabet Hukuku açısından da bu konu önemlidir. Rekabet yasağı her ne kadar rekabet etmeyi yasaklıyor ise de aslında rekabet hukuku ile ortak amacı piyasalardaki dürüstlük ilkesinin devam ettirilmesini, kişilerin emek ve kabiliyetleri dışında haksız kazanç elde etmesinin önüne geçilmesidir. Rekabet yasakları rekabet hukuku açısından incelendiğinde asli ve tali rekabet yasağı karşımıza çıkar. Zaten bir anlaşmanın esas amacı rekabeti kısıtlamaksa RKHK 4. md uyarınca hukuka aykırı ve yasaktır. Üzerinde durulması gereken tali rekabet yasaklarıdır. Rekabet hukuku

uygulamalarında genel olarak temel bir düzenlemenin yanında getirilen ve bu düzenlemeyle bir anlam ifade eden ek hükümler tali sınırlamalardır.

Rekabet yasaklarını rekabet hukuku açısından incelediğimizde rule of reason doktrini üzerinde de durulmuştur. Beklenen sonucu rekabeti kısıtlamak olan, ancak rekabetin kısıtlanması ile birlikte diğer olumlu ve olumsuz yönleri de araştırılarak değerlendirilmesi gereken anlaşma ve faaliyetler söz konusu olduğunda geçerlidir.

Rekabet Kurulu'nca da benimsenen, Avrupa Topluluğu Komisyon Kararları, Tüzük ve Genelge hükümleri uyarınca rekabete ilişkin kısıtlamalarda zorunlu olma, objektif olma, makul olma şartları gerçekleşiyorsa rekabet kanunlarına aykırı sayılmamaktadır. Makul olma kuralı söz konusu olduğunda çalışanın iktisadi istikbalini tehlikeye sokacak derecede yer, zaman ve işin türü bakımından hakkaniyet sınırlarını aşacak derecede kararlaştırılmaz (BK m. 349). Konu Açısından rekabet yasağının sınırı o teşebbüsün iştigal ettiği alanla sınırlıdır. Daha önce hangi alanda çalışıyor ise o alanda rekabet etmeme yükümlülüğü vardır. Rekabet yasağının amacı, şirketin iş sırlarını yakından bilmek durumunda olan kimselerin, edindiği bilgileri kullanmak suretiyle, kendisi ya da başkasına çıkar sağlayarak şirkete zarar vermelerini önlemek olduğuna göre, şirketin fiilen ilgilenmediği alanlarda yapılacak muamelelerin şirkete zarar vermesi söz konusu olmaz. Çok tartışılma konusu olan "süre açısından rekabet yasağı"nda ise kanaatimce rekabet yasağının süresi, yasağın kapsamı ve geçerli olduğu yer ile birlikte değerlendirilmelidir. Örneğin konu itibarıyla son derece dar bir alana sahip ve dar bir bölge için geçerli olacak rekabet yasağı ile buna karşılık yer ve kapsamı geniş olan bir rekabet yasağı için farklı süreler öngörülmalıdır. Zaten RK kararlarına bakıldığında her olay ayrı ele alınarak, anlaşmalardaki süreler farklı değerlendirilmiştir. Kimi kararlarda 3 yıllık rekabet yasağı uygun görülürken, kimi kararlarda 5 yıl kabul edilmiştir. Bu nedenle rekabet yasağının süresi işin mahiyeti ve faaliyette bulunduğu alan dikkate alınarak belirlenmelidir. Çok uzun süreli rekabet yasakları hem 4. maddeye aykırıdır hem de şahsiyet haklarına aykırıdır. Sürenin her olaya göre farklılık göstermekle birlikte, iki ile beş yıl arasında değişebileceği anlaşılmaktadır. Tüm bu kısıtlamalarda genel kabul görüşü sınırlar yoktur. Her olayın şartları açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri makul sınırlar açısından incelenirken aynı zamanda sözleşme özgürlüğü açısından da incelenmelidir. Rekabetin devam ettirilmek istenmesindeki sebep birçok faydasının olduğunun kabul edilmesidir. Öncelikle rekabet ortamı sayesinde tüketicilere teknik ve ekonomik anlamda en iyi olanaklar sağlanmış olur. Rekabet yasağı, sözleşme hürriyetinin bir sınırlaması olduğuna göre, doğal olarak bunun da bir sınırı bulunmaktadır. Gerek sözleşme ilişkisi sırasında tarafların açıkça düzenlediği, gerekse sözleşme sonrası için getirilmiş olan rekabet yasağının, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka (adaba), kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Bu açıdan, rekabet yasağının RKHK'nun 4. maddesine de aykırı olmaması gerekecektir.

Tüm bu incelemeler sonucunda yapılan sözleşmenin esas amacının rekabeti kısıtlamak olduğu kabul edilirse, RKHK 56. maddesinde belirtildiği gibi geçersizlik yaptırımını uygulanır. Doktrinde geçersizlik üzerinde birçok tartışma vardır. Fakat genel kabul görmüş olan fikir askıda geçersizlik ve kısmi geçersizlik gibi yaptırımların da rekabet kanunu açısından üzerinde durulması gerektiğidir. Kurul ayrıca idari para cezaları da verebilmektedir. Rekabet Kanunu açısından incelediğimizde en farklı yaptırım RKHK m. 58/2'de karşılaştığımız üç kat tazminattır. Kanun koyucu kasten veya ağır ihmal yoluyla rekabetin kısıtlanmasına, dolayısıyla teşebbüslerin zarara uğramasına sebep oluyorsa üç kat tazminata mahkum edebilmektedir. Eğer şartlar karşılanıyorsa, rekabet yasağı sözleşmeleri muafiyet kapsamına da alınabilmektedir. Bu konuda rekabet kanununun hükümleri yanında yayınlanan Tebliğler de yol göstermektedir.

KAYNAKÇA⁶³⁰

- AKAR**, Esin, İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir 2007.
- AKBIYIK**, Arkan Azra, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, Alfa, İstanbul 1999.
- AKDEMİR**, Ali, “Küreselleşmede Kritik Faktör İşbirliğine Dayalı Rekabet Stratejileri”, Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fak. Dergisi, C.X, S. 1-2, Eskişehir, 1992, s.281-291.
- AKIN**, Murat Yusuf, Şirketler Hukukunda Ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İMKB, İstanbul 2002.
- AKINCI**, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001.
- AKINCI**, Ateş Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001 (Mukayeseli).
- AKINCI**, Müslüm, Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, S.5, Ocak-Şubat-Mart 2001 (AKINCI, Müslüm).
- AKSOY**, Nazlı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004.
- AKSOY**, Nazlı/ **BOLATOĞLU**, Hilmi / **YAVUZ**, Şahin, “Rekabet Hukukunda Muafiyet Ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması”, Rekabet Dergisi, S.25, Ankara 2006, s. 4-30.
- AKTAŞ**, Cihan, “İlgili Pazar Kavramı”, Rekabet Dergisi, S.2, Ankara 2000, s.39-58 (Pazar).
- AKTAŞ**, Cihan, Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Çalışması, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- AKYİĞİT**, Ercan, İş Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.
- AKYOL**, Şener, Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- ALPAGUT**, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998.
- ALTUNKAYA**, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

⁶³⁰ Yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde belirtilmiştir.

- ALTUNKAYA**, Mehmet, “Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1-2, Ankara 2004, s. 95-119 (tüketici).
- ANGI**, Gözlükaya, Fatma, “Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması”, Rekabet Dergisi, S.23, s.3-29.
- ANSAY**, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.
- ARI**, Haluk, Patent Lisansı Anlaşmalarında Münhasırlık Ve Bölgesel Sınırlamalar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003 (patent).
- ARI**, Zekeriyya, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) Ve Hukuki Sonuçları, Seçkin, Ankara 2004.
- ARI**, Zekeriyya, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, Rekabet Forumu, S.26, Ankara 2006, s. 9-10 (Tazminat).
- ARICI**, Kadir, “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, GÜHFD, C.1, S.1, Ankara 1997, s. 40-54.
- ARIDEMİR**, Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2008.
- ARKAN**, Sabih, “Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXII, S.4, Ankara 2004, s.5-20.
- ARKAN**, Sabih, “Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki”, Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan, Ankara 2003, ss.3-12 (Armağan).
- ARSLAN**, İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Mimoza Yayınevi, Konya 1994 .
- ARSLAN**, İbrahim, “ Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu ve Şirket Adına Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsili Sorunu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, S.XVI, Mayıs 1999, s.119-147 (Sorumluluk).
- ARSLANLI**, Halil, Kollektif ve Komandit Şirketler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.
- ASLAN**, Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara Üniversitesi, Ankara 1993.
- ASLAN**, Yılmaz, Rekabet Hukuku, Ekin, Bursa 2001 (Rekabet Hukuku).
- ASLAN**, Yılmaz, Rekabet Hukuku : Türkiye’de Rekabet Kanunu Çalışmaları Ve Bir Kanun Önerisi, Ekin Yayınevi, Bursa 1993 (Rekabet).

- ASLAN**, Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Ankara 2006 (ders kitabı).
- AŞIK**, Pınar, Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2006.
- ATAN**, Turhan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1965.
- ATAMER**, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.
- ATASOY**, Adil, Ömer, “Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcıları Açısından Uyma Zorunluluğu”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.19-2002, s.123-139.
- ATEŞ**, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TBB Dergisi, S.72, Ankara 2007, s. 74-93.
- ATEŞ**, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2006 (Borçlar Hukuku).
- ATİLA**, Hakan, Metin, “Rekabet Hukuku Açısından Zarar”, Rekabet Haber Bülteni, S.15, Ankara 2005, s. 7-9.
- AVRUPA BİRLİĞİ'NDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI**, TÜSİAD yayını, Ankara 1998.
- AYBER**, Murat, Markaici ve Markalararası Rekabetin Dengelenmesi Gereken Hallerde Rekabet Otoritelerinin Yaklaşımları, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- AYDIN**, Ufuk, “ İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.2, S.2, Eskişehir 2002, s. 79-101.
- AYDOĞAN**, Fatih, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, Vedat Yayınevi, İstanbul 2005.
- AYHAN**, Rıza, Limited şirketlerde ortakların sorumluluğu, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1992.
- AYİTER**, Nuşin, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi”, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hâtırasına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, s. 464-479.
- AYGÜN**, Esin, Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama, Rekabet Kurumu, Ankara 2008.

- AYRANCI**, Hasan, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, AÜHFD, C.52, S.3, Ankara 2003, s. 229-252.
- BADUR**, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001.
- BAHTİYAR**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Beta, İstanbul 2007.
- BARLAS**, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Beta Yayınevi, İstanbul 1998.
- BAŞBUĞ**, Aydın, “Tacir İşveren Ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim”, KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.2, s.1-19.
- BAŞBUĞOĞLU**, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu : Açıklamalar-İçtihatlar Yetkin Yayınevi, Ankara 1988.
- BAŞOĞLU**, Şebnem, “Bağlı Tacir Yardımcılarının Kanundan Doğan Rekabet Yasağı”, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, İzmir 1980, s. 221-237.
- BAŞPINAR**, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998.
- BESLER**, Senem, “Rekabet Üstünlüğü Nasıl Elde Edilir?”, Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fak. Dergisi, C.18, S.1-2, Eskişehir 2002, s. 35-45.
- BİLGE**, Necip, “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, s. 37-128.
- BOZDAĞ**, Özay, Rekabet Hukukunda Sınai Mülkiyet Hakları Sorunu: Perse ve Rule Of Reason Açısından Bir İnceleme, Atatürk Üniversitesi SBE, Erzurum 2007.
- BOZKURT**, Enver, Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006.
- BÜYÜKKARA**, Sabit “Sır Saklama Borcu”,
<http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=401&type=print-article> (Son erişim tarihi:01-09-2008).
- CAN**, Ozan, “Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi”, Rekabet Dergisi, S.32, s. 3-42.
- CENGİZ**, Süleyman, Alman Hukuk Işığında Pazarda Görelî Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- CENTEL**, Tankut, Kısmi Çalışma, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1992.
- CEVİZLİKOYAK**, Mahmut, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2007.

- Collins** Cobuild English Dictionary, Londra 1995.
- ÇALIŞKAN**, Ziya, Ahmet, İdari Sözleşmelerin Geçersizliği, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2005.
- ÇAMOĞLU**, Ersin, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu”, İmran Öktem’e Armağan, Sevinç, Ankara 1970, s.389-402 (Anonim).
- ÇAMOĞLU**, Ersin, Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı Ve Ortağın Haklı Sebepçe Çıkarılması, İstanbul 1976 (Kollektif).
- ÇELİK**, Aydın, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Adalet Yayınevi, Ankara 2007 (ÇELİK, Aydın).
- ÇELİK**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul 2005.
- ÇETİNKAYA**, Murat, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- ÇEVİK**, Orhan Nuri, Uygulamada Şirketler Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002.
- DAĞ**, Üner, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, Beta, İstanbul 1996.
- DALAMANLI** Lütü/KAZANCI Faruk/KAZANCI Muharrem, İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, Kazancı Matbaacılık, C. 3, İstanbul 1990.
- DAYINLARLI**, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Dayınlarlı, Ankara 1999.
- DEDEAĞAÇ**, Ender, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu”, <http://www.inisiyatif.net/document/67.asp> (son erişim tarihi: 10-08-2008).
- DEMİR**, Oktay, “Limited Şirketlerde Müdür”, İBD, C.73, S.10-11-12,1999, s.1019-1029.
- DEMİRCİOĞLU** Murat/CENTEL Tankut, İş Hukuku, Beta, İstanbul 2003.
- DEMİRÖZ**, Ali, Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- DERYAL**, Yahya, Ticaret Hukuku, Derya Yayınevi, Trabzon 2005.
- DİKEY ANLAŞMALARLA İLİŞKİN KILAVUZ** (tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr).
- DOĞANAY**, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Feryal Yayınevi, Ankara 1990.
- DOKUZUNCU KALKINMA PLANI**, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyon Raporu, DPT, Ankara 2007.

- DOMANIÇ**, Hayri, Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukukî Mesuliyet, Fakülteler, İstanbul 1964.
- DRUCKER**, Peter, “Üst Yönetici ve Yönetim Kurulu”, ÖZ, Şan (çev.), Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Ocak 1983, C. 1, S. 1, Sayfa, s. 127-148.
- DURAL**, Mustafa, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- DURAL**, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976 (İmkansızlık).
- EĞERCİ**, Ahmet, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği Ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004.
- ELMACI**, Orhan, "İşletmelerin Küresel Pazarlar Yönelimli Stratejik Rekabet Gücü Analizi", Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fak. Dergisi, C.X, S.1-2, Eskişehir, 1992, s. 317-335.
- ERDEM**, Ercüment, “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi” Ömer Teoman’a 55. Yaş Günün Armağanı, C.I, Beta, İstanbul 2002, s. 377-397 (Haksız Rekabet).
- ERDEM**, Ercüment, “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme Ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ekim 2004, Ankara, s.116-156.
- ERDENK**, Erdem, İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmeler, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir 2007.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Beta Yayınevi, Cilt: I, İstanbul 1994.
- EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, Cilt: II, İstanbul 1994 (C.II).
- EREN**, Fikret, Uygun İlliyet Bağı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975 (illiyet).
- ERİŞ**, Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.
- ERMAN**, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2), İstanbul Üniversitesi, 1979.
- ERNAŞ**, Bülent/ YALÇINTAŞ, Simin, “Fahiş Cezai Şartın Tacirler Bakımından Uygulanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara 2008, s. 705-720.
- EROL**, Kemal, “Rekabet ve Regülasyon”, Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C.47, S.1, Ankara 2001, s.1-5.

- ERTEN**, Ali, “Müteselsil Sorumluluk Yönünden Sorumsuzluk Şartları”, Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, s. 113-121.
- ERTÜRK**, Arslan, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2007.
- ESEN**, Şaban, Piyasaların Rekabetçi İşlevlerini Sürdürmesinde Rekabet Hukukunun Rolü: Piyasaya Giriş Engellerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi SBE, 2006.
- ESENER**, Turhan, İş Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- ESENER**, Turhan, Borçlar Hukuku, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1969 (Borçlar Hukuku).
- ESİN**, Arif, Rekabet Hukuku, ESC Yayınları, İstanbul 1998.
- EYRENCİ**, Öner/ **TAŞKENT**, Savaş/ **ULUCAN**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2004.
- FEHR**, Konrad, “Acentelik Mukavelesi Hakkında Yeni Federal Kanun”, BİLGE, Necip (çev.), AÜHFD, C.12, S.1-2, Ankara 1955, s. 356-371.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi, “Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.407-443.
- FOX**, Elanor, “Rekabet Hukukunun Önemi Ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ocak 2005, s.121-137.
- GEÇGİL**, Ali, Bayram, Medya Piyasalarında Hukuki Düzenlemeler Ve Rekabet Hukuku Uygulamaları, Rekabet Kurumu, Ankara 2005.
- GÖZLER**, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş-Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Us Yayıncılık, Ankara 1998.
- GÖZLÜKAYA**, Fatma, Teknoloji Transferi Sözleşmelerine İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması, Rekabet Kurumu, Ankara 2006.
- GÜÇER**, Sülün, Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu, Ankara 2005.
- GÜL**, İbrahim, Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000.
- GÜLERGÜN**, E. Cenk, Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.

- GÜLTEKİN**, Ayşegül, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etmeme Yasağı”, Uluslararası Rekabet ve Teknoloji Birliği, Bursa 2006, s.2-8.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.
- GÜNALP**, Burak, “Yarışabilir Piyasalar Yaklaşımı ve Rekabet Politikaları”, G.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi, C.4, S.3, Ankara 2002, s. 49-65.
- GÜRKAYNAK**, Gönenç, Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden, “Amaç” Tartışması. Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- GÜRPINAR**, Bünyamin, Rekabet Hukukunu Ekonomik Analizi: ABD; AB, ve TÜRKİYE Uygulaması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dumlupınar Üniversitesi, Kütahya 2005.
- GÜRSOY**, Tahir, Kemal, “Manevi Zarar Ve Tazmini”, AÜHFD, C. XXX, S.1-4, Ankara 1973, s. 7-56.
- GÜRZUMAR**, Berat Osman, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”, Rekabet Dergisi, S.12, Ankara 2002, s. 3-74.
- GÜRZUMAR**, Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku, Perşembe Konferansları, Ekim 1999, s. 106-162 (Perşembe Konferansları).
- GÜRZUMAR**, Berat, Osman, Franchise Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem" lerin Hukuken Korunması, Beta Basım, İstanbul 1995, (Franchise).
- GURZUMAR**, Berat, Osman, “2002/2 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu,-1, Kayseri 2003, s. 68-139 (Tebliğ).
- GÜVEN**, Pelin, “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)”, Perşembe Konferansları, Haziran 2004, s. 3-96.
- GÜVEN**, Pelin, “ Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, Kayseri 2007, s. 211- 259 (Sempozyum).
- GÜZEL**, Oğuzkan, Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- HATEMİ**, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle BK. m. 65 Kuralı, İstanbul 1976 (Hüseyin, HATEMİ).

- HATEMİ**, Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku: Kısa Ders Kitabı Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- HATEMİ**, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- HAYEK**, Friedrich A., Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük : Sosyal Adalet Serabı, Mustafa ERDOĞAN (çev.), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1995.
- HAYEK**, Friedrich A, Hukuk Yasama ve Özgürlük: Özgür Bir Toplumun Siyasi Düzen Mehmet ÖZ (çev.) Türkiye İş Bankası Kültür Yayını, İstanbul 1997.
- HELVACI**, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2001 (Sorumluluk).
- HELVACI**, Mehmet, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759.Maddesi İle Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması”, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, Beta, İstanbul 2001, s. 219-232.
- HIRSCH**, Ernst , Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1939.
- İLGİLİ PAZARIN TANIMLANMASINA İLİŞKİN KILAVUZ**, tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz5.pdf>.
- İMRE**, Zahit, “Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı Ve İsim Hakkının Korunması”, Dr.A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s.797-845.
- İMREGÜN**, Oğuz, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu”, Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta, İstanbul 2001, s. 255-277.
- İMREGÜN**, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 12.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001 (Kara).
- İMREGÜN**, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1970 (Anonim).
- İNAN**, Ali Naim, Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001 (Bankacılar).
- İNAN**, Nurkut “Rekabetin Sınırlanması Konusunda Bazı Görüşler” Rekabet Forumu, Hukuk-Ekonomi-Politika, S.29, Aralık 2006, s.3-7.
- İNAN**, Nurkut, "Türkiye'de Rekabetin Korunması" Rekabet Hukuku, 9. Sosyal Piyasa Ekonomisi Sempozyumu, "Türkiye'de Rekabetin Korunması ve Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler" Ankara, Aralık 1992, s.57-65.

- İNAN**, Nurkut, “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları-1, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No. 0039, Ekim 1999 Ankara, s. 3-30.
- İNAN**, Nurkut, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, Rekabet Kurumu Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri 2004, s. 43-66.
- İSMAİLOĞLU**, Ayşe, Limited Şirketlerde Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2007.
- KALE**, Serdar, Haksız Rekabet Hukuku'nda Eski Hale Getirme Davası (tecavüzün ref'i davası TTK.m.58/I-c), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- KALPSÜZ**, Turgut, “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları”, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Sevinç, Ankara 1972, s. 347-385.
- KANDEMİR**, Tuğrul, Küresel Rekabet Ortamında Birleşme ve Satın Almaların İşletmeler Üzerine Finansal Etkisi ve İMKB'deki Birleşmeler Üzerine Bir Araştırma, Doktora Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi SBE, Afyon 2003.
- KAPLAN**, İbrahim Borçlar Hukuku Dersleri : Genel Hükümler, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003.
- KAPLAN**, Gürsel, “Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, AÜHFD, C.55, S.2, Ankara 2006, s. 117-141.
- KARACA**, Bedir, Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- KARAGÖZ**, Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- KARAHASAN**, Reşit Mustafa, Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul 1992,
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku : Genel Hükümler, Öğreti Yargı Kararları İlgili Mevzuat, Beta Basım, İstanbul 2003 .
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2003.
- KARAHASAN**, Mustafa, Reşit, Sorumluluk Hukuku, 6. Basım, Beta Basım, İstanbul 2003 (Sorumluluk).
- KARAKELLE**, Hakkı İsmail, “Pazara Giriş Engelleri ve Rekabet Politikası” Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C.14, S.47, Ankara 2003, s. 9-15.

- KARAKURT**, Alper, Avrupa Topluluğu Ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Rekabet Kurumu, Ankara (Avrupa).
- KARAKURT**, Alper, Ekonomik Ve Hukuki Açından Piyasa Kapama Etkisi, Rekabet Kurumu, Ankara 2005.
- KARAMAN**, Halis, Mehmet, Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2008.
- KARASU**, Rauf, “Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXII, S.3, Ankara 2004, s.141-174 (Limited).
- KARASU**, Rauf, “ Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, Rekabet Dergisi, S.20, s.3-17 (Rekabet).
- KARASU**, Rauf, “Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleme İle Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, Batider, C.XXII, S.4, Ankara 2004, s.79-96.
- KARAYALÇIN**, Yaşar, Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler : Hukuki Mütalaalar (1988-1991), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992 (özel).
- KARAYALÇIN**, Yaşar, Ticaret Hukuku, Sevinç Matbaacılık, Ankara 1973.
- KAYA**, Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001.
- KAYAR**, İsmail/ **ÇELİKTAŞ**, İlyas, “Limited Şirketlerde Müdür-Ortakları Rekabet Yasağı ” Fahiman Tekil’e Armağan, Beta, İstanbul 2003, s. 309-319.
- KAYAR**, Akif Mehmet, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- KAYIHAN**, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- KAYNAK**, Selahattin, Tüketicinin Korunmasında Rekabetin Önemi, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi SEB, Erzurum 2001.
- KENDİGELEN**, Abuzer, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları İle Birlikte), C.II, Beta Basım, İstanbul 2003.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

KIRCA, İsmail, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXII, S.3, Ankara 2004, s.85-96.

KIRCA, İsmail, Ticari Mümessillik, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996, s.59 (mümessil).

KIZILYALÇIN, Ali, Rekabet Ve İşbirliği Stratejilerinin Finansal Yönetim Açısından Değerlendirilmesi: Ege Bölgesi Tekstil Sektörü Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adnan Menderes Üniversitesi SBE, Aydın 2005.

KOÇ, Alper, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İle Limited Şirketlerde Müdürlerin Hukuki Ve Cezai Sorumlulukları”, <http://www.onurhukuk.com/makaleler/Anonim%20Şirketlerde%20Y%C3%B6netim%20Kurulu%20%C3%9Cyelerinin%20Sorumluluklar%C4%B1.pdf>, s. 31 (en son erişim: 10-05-2009) (Alper, Koç).

KOÇ, Fuat Ali, AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları, Rekabet Kurumu, Ankara 2005.

KORKUT, Ömer ,Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

KORTUNAY, Ayhan, “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları Ve Türk Hukuku Bakımından “De Lege Ferenda” Düşünceler”, Rekabet Dergisi, C.10, S.1, Ocak 2009, s. 81-138.

KUBİLAY, Huriye, “Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası”, Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, Beta Basım, İstanbul 2003, s. 537-561.

KULAKSIZOĞLU, Şebnem, Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler İle Öne Sürülen Savunma ve Yararlar, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.

Kurumsal Yönetimin Anonim Ortaklıklarda Yansıması

(http://www.denetimnet.net/UserFiles/Documents/yay%C4%B1nlar/turkey-tr_cgs_anonim_ortakliklarda_yansimalari_280307.pdf) (erişim tarihi: 29-12-2007).

Kurumsal Yönetim İlkeleri (KYİ), s. 4 (tam metni için bkz.

<http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=66&fn=66.pdf>).

KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s.11 vd.

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan/ **EMİROĞLU**, Haluk, “Roma Hukukunda Ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde *laesio enormis* (Gabin)”, AÜHFD, C.53, S.1, Ankara 2004, s. 77-87.

- KÜÇÜKYALÇIN**, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD, C.53, S.4, Ankara 2004, s.101-124.
- METİN**, Yüksel, Ölçülülük İlkesi : Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin, Ankara 2002.
- Meydan Laurousse**, Cilt 16.
- MOROĞLU**, Erdoğan, Özellikle Anonim Ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 2002.
- MUGAMİNYA**, Muhammed, “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Egemen Durumun Tespiti Yönünden "İlgili Pazar" Kavramı”, http://www.ceterisparibus.net/ab/ab_makaleler.htm#2 (son erişim tarihi: 10-10-2008).
- MÜFTÜOĞLU**, Tamer, “Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması”, Rekabet Dergisi, S.1, Ankara 2000, s.5-23.
- NOMER**, Füsün, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, Beta Yayınevi, İstanbul 1999.
- OĞURLU**, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi : (Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak), Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- OĞUZMAN**, Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- OĞUZMAN**, Kemal, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları: Genel Esaslar-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- ORTAÇ**, Orbay Nurdan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a Aykırı Anlaşma ve Kararları Geçersizliğinin Hukuki Niteliği, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2006.
- OZANOĞLU**, Seçkin, Hasan, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, AÜHFD, C.50, S.1, Ankara 2001,s.55-90.
- ÖÇAL**, Akar, “Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı”, EİTİAD 1981, C.XVIII, S.2, s.431-438 (Adi Şirket).
- ÖÇAL**, Akar, “Komanditer Ortağın Denetleme Hakkının Kaybı”, EİTİAD 1984, C.2, S.1, s.161-166 (Komanditer).
- ÖÇAL**, Akar, “Limited Şirketlerde Müdür Olan Ortağa Uygulanan Rekabet Yasağı”, EİTİAD 1984, C.II, S.1, s.290-299 (Limited).

- ÖÇAL**, Akar, “Ticaret Yapma Yasağına Tabi Bazı Gerçek Şahıslar Üzerinde Bir İnceleme”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C.8, S. 1, Eskişehir 1977, s.290-304.
- ÖÇAL**, Akar, “Rekabet Yasağına İlişkin Bazı Yeni Fransız Mahkeme Kararları”, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Haziran 1983, C: 1, S. 2, s. 249-253 (Rekabet).
- ÖÇAL**, Akar, “Ticari Mümessilin Rekabet Yapamama Borcu”, EİTİAD 1983, C.1, S.2, s. 215-220 (Mümessil).
- ÖLMEZ**, Suat Hakan, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulanması, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- ÖZ**, Aşçıoğlu ,Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000.
- ÖZ**, M.Turgut, Öğreti Ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme : Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1990 .
- ÖZ**, Turgut, “Management Sözleşmesi”, İstanbul 1998 (Öz, Management).
- ÖZDEMİR**, Erdem, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.3, Ankara 2005, s. 5-120.
- ÖZDEMİR**, Oktay, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta Basım, İstanbul 2002 (Lisans).
- ÖZDEN**, Mehmet, Profesyonel Meslek Birlikleri, Rekabet Kurumu, Ankara 2004,
- ÖZEL**, Sibel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması , Seçkin, Ankara 2004.
- ÖZEL**, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Dergisi, C.50, S.4, Ankara 2001, s. 81-106 (ÖZEL, Çağlar).
- ÖZGÖKÇEN**, Hakan/ **GÜRKAYNAK**, Gönenç, “Gizlilik Hükümlerinin Yan Sınırlama Rejimi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Müdahale Gerekli Mi?”, Rekabet Forumu-Hukuk-Ekonomi-Politika, Ankara 2007, S.36, s.11-19.
- ÖZSUNAY**, Ergun, “Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar Ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları- AB Rekabet Hukuku, Alman ve İsviçre Kartel Kanunlarının Işığında RKK Üzerine Düşünceler”, Perşembe Konferansları, s. 41-58.
- ÖZTÜRK**, Ebru, Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunu Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.

- PASLI**, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (corporate governance) Çağa Hukuk Vakfı, İstanbul 2005.
- PERITZ**, J. R. Rudolph, Competition Policy in America, Oxford 1996.
- POROY**, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal/ **ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, Beta, İstanbul 2003.
- POROY**, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal/ **TEKİNALP**, Gülören, “Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1982, s.347-398.
- POROY** Reha/ **YASAMAN**,Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Beta, İstanbul 2001.
- PULAŞLI**, Hasan, Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Karahan, Adana 2006.
- RUMPH**, Chistian, “Ölçülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.10-1993, s.25-48.
- SABUNCUOĞLU**, Zeyyat / **TOKOL** ,Tuncer, İşletme I-II, Furkan Ofset, Bursa 1997.
- SANLI**, Cem, Kerem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümle ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Ankara 2000.
- SANLI**, Cem, Kerem, Hukuk Ve Ekonomi Öğretisi Ve Haksız Fiil Hukukunun Temel Kavramlarının Ekonomik Analizi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2006 (Hukuk ve Ekonomi).
- SANLI**, Cem, Kerem, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, Rekabet Dergisi, S. 30, s.3- 71 (Rekabet Dergisi).
- SANLI**, Cem, Kerem, “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2003, s.197-264 (Haksız Fiil).
- SANLI**, Cem, Kerem, “Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bakış”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Mart 2008, s. 3-21 (Perşembe Konferansları).
- SARIOĞLU**, Ilgaz, Dijital Ücretli TV Yayıncılığı ve Rekabet Hukuku, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- SAYHAN**, İsmet, “Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık”, Rekabet Dergisi, S.17, s. 5-34.
- SAYMEN**, Ferit, Türk İş Hukuku, Akgün Matbaacılık, İstanbul 1954.

- SCHUMPETER**, Joseph, Ten Great Economists : From Marx To Keynes, Galaxy Book, New York 1966.
- SERTBULUT**, Nazlı, “Hizmet Akdinde Rekabet Yasağı Ve Geçerlilik Şartları” , İZMİR YMMO Yayınları, Eylül-Ekim 2007, s.35-40.
- SEROZAN**, Rona, “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, Prof. Dr. Necip Kocayusupaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- SEZGİNER**, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- SİRMEN**, Lale, “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku”, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1972, s. 441-472.
- SMEAD**, Anne, “İşbirliği ve Rekabet”, SÖZMEN, Sezen(çev.), Kurgu-Anadolu Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı. 3, Eskişehir Ekim 1980, s. 376-385.
- SMITH**, Adam, Ulusların Zenginliği , M.Tanju Akad (çev.), Alan Yayınevi, İstanbul 2002.
- SMITH**, Adam, An Inquiry Into The Nature And Causes Of The Wealth Of Nations, The University of Chicago Pres, Chicago 1976.
- SOYER**, Polat , Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Ankara 1994.
- SOYER**, Polat,” Karar İncelemesi”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2000, s. 19-25 (Karar).
- SÖYLEMEZ**, Alev, “Rekabet Kavramının Değişen İçeriği: Farklı Yaklaşımlar”, Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C.12, S.40, Ankara 2001, s. 19-65.
- SU**, Tahir, Kemal, Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- SUMER**, Ayşe, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 1991.
- SÜMER**, Binnur, İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 1992.
- SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku (genel esaslar-iş akdi), Beta, İstanbul 2002.
- ŞAHBAZ**, Ussal, Ahmet, ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini, Rekabet Kurumu, Ankara 2008.

- ŞENOCAK**, Kemal, “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK Madde 56 vd.) Değerlendirilmesi”, AUHFD, C.50, S.2, Ankara 2001, s.193-246.
- ŞİMŞEK**, Tolga Alp, Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Koşulları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2003.
- TAN**, Turgut, “Anayasal Ekonomik Düzen”, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C.7, Ankara 1990, s. 161-178.
- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku : Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- TAŞKIN**, Âlim, “Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1991-92, C.42, S. 1-4, s. 201-243.
- TAŞPINARLI**, Caner, Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi SBE, Ankara 2007.
- TEKDEMİR**, Yaşar, AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu Ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü Ya Da Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- TEKİL**, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, Tekil Yayıncılık, İstanbul 1993.
- TEKİNALP**, Gülören/ **TEKİNALP**, Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul 2000.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- TENEKECİOĞLU**, Birol, **ÇALIK** Nuri, **ERSOY**, Figen, “Avrupa Birliği İle Entegrasyon Sürecinde Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin (Kobi) Rekabet Güçlerinin Arttırılması ve Eskişehir’de Makine İmalatı ve Gıda Sektöründe Yer Alan Kobi’ler Üzerinde Uygulama”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.2, S.2, Eskişehir 2003, s.119-146.
- TEOMAN**, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1983 (oy).
- TEOMAN**, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Kitap 7, Beta, İstanbul 1997 (Ticaret).
- TEOMAN**, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.1, Kitap-11 , İstanbul, 2004.
- TİFTİK**, Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

- TOKATLIOĞLU** İbrahim /**ARDIYOK** Şahin /**ILICAK** Ali, “Doğal Tekeller ve Regülasyon,” Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C.14, S.47, Ankara 2003, s.145-196.
- TOKATLIOĞLU**, İbrahim, “İktisadi Analizde Rekabet Kavramının Gelişimi”, Ekonomik Yaklaşım Dergisi, C.10, S.33, Ankara 1999, s. 5-26.
- TOPÇUOĞLU**, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu, Ankara 2001.
- TOPÇUOĞLU**, Metin, “Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri”, AÜHFD, C.50, S.4, s.129-165 (AÜHFD).
- TOPÇUOĞLU**, Metin, Rekabet Hukuk Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Asil Yayın, Ankara 2006 (acente).
- TOPÇUOĞLU**, Metin, “İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık Ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif Ve Pasif Satışlar”, Rekabet Dergisi, S.18, Ankara 2004, s.3-60 (İnhisar).
- TOPDEMİR**, Fuat, “1475 Sayılı İş Kanuna Göre İşçinin Hizmet Sözleşmesi Sonrasına Yönelik Rekabet Etmeme Yasağı”
http://www.topdemirinandioglu.av.tr/docs/İŞÇİNİN_REKABET_YASAGI.doc, s.4 (Son Erişim Tarihi:25-07-2008).
- TUNCAY**, A. Can, “İşçinin Sadakat(Bağlılık) Yükümlülüğü”, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, Beta, İstanbul 2001, s.1043-1085.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan / **CENTEL**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta, İstanbul 2003.
- TURANBOY**, Asuman, “Avukatlık Ortaklığı”, AÜHFD, C.50, S.4, Ankara 2001, s.41-63.
- TURANBOY**, Nuri, Kürşad, “Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, Ankara 1997, s. 94-105.
- ULU**, Harun, Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin, Rekabet Kurumu, Ankara 2004.
- ULUÇ**, Abdulvahap/ **ÇELİK** Abdullah, “Hayek’in Liberal Düşüncesinde Birey- Devlet İlişkisi” , Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 2006, C.5, S.18, s.131-141.
- UŞAN**, Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması:(Sır Saklama Ve Rekabet Yasağı), Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- UZUN**, Ayşe, Özlem, Stratejik İşbirlikleri Ve Rekabet, Rekabet Kurumu, Ankara 2007.
- UZUNSOY**, Evrim/ **UZUNSOY**, Mustafa, Evde-İşyerinde Pratik Hukuk Kılavuzu, Seçkin, Ankara 2000.

- ÜNAL**, Akın, “Rekabet Hukukunun Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğüne Müdahalesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VII, s.1-19.
- ÜNAL**, Mehmet, “Manevi Tazminat Ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, Ankara 1978, s. 397-437 (Tazminat).
- ÜNLÜSOY**, Kürşat, Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- YAKUPOĞLU**, Mukadder Mehmet, “Rekabet Kültürü Ve Rekabet Hukuku” , Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Şubat 2001, s.121-144.
- YALDIZ**, Aykut, “Küçük Ve Orta Boy İşletmelerde Rekabet Gücü : Eskişehir Metal Ve Makine Sanayisinde Bir Araştırma”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Anadolu Üniversitesi SBE, 2007.
- YANIK**, Mehmet, Rekabet Hukukunun Hakim Durum Ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.
- Yasa Hukuk Dergisi** Temmuz 2000, Y: 23, C: 19, S: 224.
- YASAN**, Mustafa, “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı (TTK m.335)”, İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, İzmir 2005, s. 409-445.
- YAVUZ**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (özel hükümler), 3.Bası, Beta, İstanbul 2004.
- YAVUZ**, Şahin, , Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “Per Se” veya “Rule Of Reason” (Yeniden Satış Fiyatı), Rekabet Kurumu, Ankara 2003 (per se).
- YILDIZ**, Burçak, “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti Ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükümündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S.1, Ankara 2006, s.321-353 (ultra vires).
- YILDIZ**, Şükrü, “ Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu”, Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta, İstanbul 2001, s. 771-794.
- YILDIZ**, Zühra, “Avrupa Birliği’nde Rekabet Eşitliğini Bozucu Etkileri Açısından Devlet Yardımları”, Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fak. Dergisi, C.13, S. 1-2, Eskişehir 1997, s. 403-414 (Zühra Yıldız).
- YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 3.Baskı, Yetkin, Ankara 2005.

YUNUS, Aydın, Binnaz, “Hukukumuzda Rekabet Yasağının Düzenlenmesi”, Adalet Dergisi, Yıl 1993, Ocak 2002, S: 10, s. 150-166.

YÜCE, Tufan, Turhan, “Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi”, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974, s. 637-656.

YÜCER, İpek, Zeynep, Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerde Başlangıçtaki İmkansızlık, Hüküm Ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi SBE, Ankara 2006.

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 ve 5’inci Maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, (sayı: 09-22/486/ tarih: 18.06.2009) tam metni için <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz10.pdf>

2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar Ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin Açıklanmasına Dair Kılavuz, (sayı: 06-90/1159/ tarih: 14.12.2006) tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz3.pdf>.