

BAĞLI TACİR YARDIMCILARININ KANUNDAN DOĞAN REKABET YASAĞI

Asis. Şebnem Başoğlu

ANLATIM DÜZENİ

I— Çeşitli İlişkilerde Rekabet Yasası 1. Kanundan Doğan Rekabet Yasası 2. Sözleşmeden Doğan Rekabet Yasası **II— Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasası** 1. Rekabet Yasasının Kapsamına Giren Tacir Yardımcıları a) Ticari Müessil Yönünden Rekabet Yasası b) Diğer Ticari Vekiller Yönünden Rekabet Yasası 2. Rekabet Yasasının Kapsamı a) Konusu ve Koşulları b) Süresi 3. Rekabet Yasasına Aykırılığın Hukuki Sonuçları a) Genel Olarak b) Zararların Giderilmesini isteme Hakkı c) İşlemin Kendi Üzerine Geçirilmesini İsteme Hakkı 4. Zamanası.

I — Çeşitli İlişkilerde Rekabet Yasası

Ekonomik rekabetin kötüye kullanılması nasıl pozitif hukukun haksız rekabet kuralları ile önlenmek istenmişse, bazı ilişkilerin taşıdığı özellik, korunmaya değer menfaatlerin zarar görme olasılığını artırdığından, kötüye kullanılmış olması beklenmeksizin, rekabet faaliyetinin önceden sınırlandırılmasını gerektirmiştir. Bu sınırlandırmalar bazan hukuki ilişkiye kanunun bağladığı özel bir sonuç olarak gerçekleşmiş, bazan da taraf iradeleri aynı sonuca yönelmiştir. Birinci durumda kanundan doğan rekabet yasasından, ikinci durumda ise sözleşme ile kararlaştırılan bir yaktan söz edilecektir. Gerçekten, bazan kanun ilişkinin niteliği dolayısıyla ekonomik menfaatlerin zarar görebileceği varsayımından hareket etmiş ve bu olasılığı mümkün olduğunca azaltmaya çalışmıştır. Böylece koşulların gerçekleşmesi ile kendiliğinden bazı hukuki sonuçlara bağlanan belirli ekonomik menfaatleri yakın tehlikelerden korumak için adeta «önlem» niteliğinde hükümlere yer verilmiştir.

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 yüklemektedir.

1. Kanundan Doğan Rekabet Yasağı Halleri

Pozitif hukukumuzda özellikle ortaklıklarda kanundan doğan, rekabeti sınırlayıcı kurallar yer almaktadır.

Örneğin, adi ortaklıkta, ortakların Borçlar Kanununun 526. maddesine göre, ortaklığın amacına ters düşen zararlı işleri kendilerinin ya da başkalarının hesabına yapamayacakları ön görülmüştür. Ortakların özen gösterme borcunun doğal bir sonucu olarak düşünülebilen bu yasağın, görüldüğü gibi, geniş yorumlanabilecek bir anlam taşımaktadır. Bu yasağın «*Affectio Societatis*» temeline dayanır¹.

Kollektif ortaklıkta sadakat ilkesinin sonucu olarak, ortaklar, ortaklık konusuna giren bir işi kendilerinin veya başkalarının hesabına yapamayacakları gibi, aynı işle uğraşan diğer bir ortaklığa da sınırsız sorumlu ortak olarak giremeyeceklerdir (TTK. m. 173). Böylece söz konusu işlemin başkasının ticari mümessil ve vekili, ya da organı sıfatıyla yapılmış olması da yasaklanmış olmaktadır. Yasaklanan, ortaklık konusuna giren bir iş olduğundan başka konuyla uğraşan bir ortaklığa girmek mümkündür. Yasak davranışın ortaklığa verdiği zararların giderilmesi, yasağın konusu işlemin veya işlem üçüncü kişi hesabına yapılmışsa bundan elde edilen kazancın ortaklığa geçirilmesi istenebilir².

Adi komandit ortaklıkta komandite ortağın işlemleri kollektif ortaklıktaki gibi sınırlandırılmıştır. Komanditer ortak bakımından böyle bir yasağın komanditede olduğu gibi değildir. Böyle rakip bir işlemin yapılması yalnızca komanditerin defterleri incelemek yetkisinin son bulması ile sonuçlanır. Bu durumda komanditerin rakip işlemler yapabileceği kabul edilse bile faaliyetinin çevresi yine ortaklığa karşı sadakat borcu ile sınırlı olmak gerekir³.

Anonim ortaklıkta söz konusu yasağın, yönetim kurulu üyeleri bakımındandır. Türk Ticaret Kanununun 335. maddesindeki rekabet teşkil ederek yasaklanan davranışlar şunlardır: Ortaklık konusuna giren ticari işlemleri kendisi veya başkası hesabına bir ticari işletme oluşturacak biçimde yap-

¹ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar Hukuku, C.I, 2. Bası, İstanbul, 1975, s. 63.

² **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 121-124.

³ **Kalpsüz**, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden davranışları, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan'dan Ayrı Baskı, Ankara, 1972, s. 355, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 187.

mak ve böyle işlerle uğraşan bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılmak. Bu işlemler ilgilinin kusuru aranmaksızın, ortaklığa verilen zararların giderilmesini, yapılan işlemin ortaklık adına yapılmış sayılmasını ve elde edilen kazançların ortaklığa geçirilmesini talep etme hakkını verir⁴.

Limited ortaklıklarda (TTK. m. 547) müdür olan ortak izin almaksızın, ortaklık konusuna giren bir işi kendisi, ya da başkası hesabına yapamayacağı gibi, konusu başka da olsa bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak, komanditer ortak ya da limited ortak olarak katılamayacaktır.

Görüldüğü gibi ortaklıklar hukukunda ortaklık menfaatlerinin korunması, ortak ve yöneticilerin sadakatle hareket etmelerinin gerekmesi, belirli davranışların kanun gereği yasaklanması ile sonuçlanmış ve bu tür rakip işlemlerin yapılması dolayısıyla bazı talep ve dava haklarından söz edilmiştir.

2. Sözleşmeden Doğan Rekabet Yasası

Rekabetin yasaklanması taraf iradelerinin ürünü olarak da gerçekleşebilir. Pozitif hukukumuzda Borçlar Kanununun 348-352. maddelerinde böyle bir sözleşmeye ilişkin hükümler yer almaktadır. Bir hizmet sözleşmesinin sona ermesinden itibaren işçinin işverene rakip olacak bir işi kendisi için yapmamak, böyle bir işletme kurmamak, rakip kuruluşta ortak olmamak ya da böyle bir kuruluşta çalışmamak gibi yükümlülükler altında girdiği böyle bir sözleşme kanunda öngörülen bazı koşullar altında geçerli olabilmektedir. Sözleşmenin bir tarafı olan işçi reşit olmadıkça ve sözleşme yazılı biçimde yapılmadıkça rekabet yasağı sözleşmesi geçerli olmamaktadır. Diğer yandan, sona eren hizmet sözleşmesi dolayısıyla işçinin iş sahibinin müşteri çevresini tanınması, iş sırlarına nüfuz etmiş olması ve bu bilgiler nedeniyle işverenin önemli bir zarara uğrayacak olması, sözleşmenin geçerlilik koşulları arasında yer almaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesi işçinin geleceğini zaman, yer ve işin türü açısından, hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye sokuyorsa, bu şartlar da geçersiz sayılır.

Rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık, sözleşmede bir cezai şartın öngörülmüş olup olmamasına göre değişik sonuçlar doğurmaktadır. Böyle bir cezai şart öngörülmemişse, iş sahibi zararının giderilmesini talep edecektir. Öngörüldüğü takdirde ise, bunun ödenmesiyle işçi rekabet yasağından kurtulacak, işveren cezai şartı aşan zararının giderilmesini isteyebilecektir⁵.

⁴) Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 284-287.

⁵) Ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, İş Hukuku, C.I, İstanbul, 1975, s. 528 vd., Ayiter, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Esat Arsebük'e Armağan, Ankara, 1958, s. 463-479.

II — Bağlı Tacir Yardımcılarının Kanundan Doğan Rekabet Yasası

1. Rekabet Yasasının Kapsamına Giren Tacir Yardımcıları

Tacir yardımcıları işletme sahibinden emir ve talimat almak, gözetim ve denetime katılmak açısından bağlı tacir yardımcıları ve bağlı olmayan tacir yardımcıları olarak ayrılmaktadırlar. Bağlı tacir yardımcıları Borçlar Kanunu 449-456. maddeler arasında düzenlenen «ticari mümessil» «ticari vekil» ve «gezici tacir yardımcıları»dır⁶. Borçlar Kanunu 456. madde-deki «kanundan doğan rekabet yasası»nı bu kişiler bakımından ayı ayrı incelemek doğru olacaktır.

a. Ticari Mümessil Yönünden Rekabet Yasası

Borçlar kanunu 455/1. madde rekabet yasasına tabi olan kişilerin çevresini belirtirken ilk önce «bir müessesenin bütün işlerini idare eden veya müessese sahibinin hizmetinde bulunan» ticari mümessillerden söz eder. Ticari mümessil (prokurist) hukukumuzda Alman sisteminden geçen bir tacir yardımcısı türüdür⁷. Uygulamada genel müdür, şube müdürleri adıyla anılan ticari mümessil tacirin en geniş yetkili yardımcısı olarak işletmenin bütününde yetkilidir ve işlemleri tacirin kendisi gibi (alter ego) yapmak durumundadır. Yetkilerinin sınırlandırılması, dış ilişkide iyiniyetli üçüncü kişilere etki yapmaz. Mümessil ile işletme sahibi arasındaki ilişkide çoğunlukla bir hizmet sözleşmesi bulunmakta ise de, bunun diğer bir iş gördürme amacını güden sözleşme, örneğin, vekâlet, ya da bir ortaklık sözleşmesi olması da her zaman olanaklıdır⁸. Zaten bu anlamda, iç ilişkiyi düzenleyen tek hüküm, mümessilin azlinin iç ilişkiden (hizmet, vekâlet, ortaklık) doğan haklara etkili olmayacağını öngören 456. maddedir. Bu da iç ilişkinin hizmet sözleşmesi ile sınırlı olmayıp değişik sözleşmelere dayanabileceğini göstermektedir. Buradan hareketle, ticari mümessillik ilişkisinin, kendisine temel olan bağdan tümüyle ba-

⁶) Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Arslanlı**, Kara Ticareti Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1960, s. 164 vd., **Karayalçın**, Ticaret Hukuku Dersleri, I Giriş-Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara, 1968, s. 480 vd., **İmregün**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul, 1971, s. 99-133, **Domaniç**, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul, 1976, s. 218-219. **Poroy**, Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1977, s. 140 vd.

⁷) **Karayalçın**, s. 486.

⁸) **Arslanlı**, s. 167; **Ulusan**, İsviçre Hukukuzla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist, IHF, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan'dan Ayrı Baskı, İstanbul, 1978, s. 630, **Poroy**, s. 130, **Karayalçın**, s. 486.

ğimsiz ve soyut bir nitelik taşıdığını belirtmek gerekir⁹. Böylece, ilgili hükümlerin bir sözleşme ilişkisinden çok bir «sıfatı», «ticari mümessil sıfatı» nı hedef tuttuğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.

Buna uygun olarak 455. maddedeki rekabet yasağı da, mümessilin sıfatına bağlanmış bir sonuçtur, denilebilecektir. Söz konusu yasak temel ilişkinin hizmet, ortaklık ya da vekâlet olması gözönüne alınmaksızın geçerli olacaktır. Temsilcinin yetkilerinin bir şube ya da birlikte temsil dolayısı ile sınırlandırılmış olması da kanundan doğan bu yasağı etkilemeyecektir. Hükümün varlık nedeni mümessilin yetkisi dolayısıyla tacire ait sırlara ve özel bilgilere kolayca sahip olabilecek bir ilişki içinde bulunması gereken güven ilişkisidir¹⁰.

Türk ve İsviçre hukukunda (BK. m. 455, İsviçre BK. m. 464) ticari mümessilin sıfatına bağlanabilen rekabet yasağı, Alman hukukunda değişik bir biçimde düzenlenmiştir. Prokurist müessesesini düzenleyen Alman Ticaret Kanunu (HGB) 43-48 paragraflar arasında rekabet yasağı ile ilgili bir kural yer almamakta, buna ilişkin bir düzenleme 60. paragrafta öngörülmektedir. Ancak paragraf 60, genel anlamda prokuristleri değil, hizmet sözleşmesi ile ücret karşılığında belirli bir iş gören tacir yardımcılarını (Handlungsgehilfen) kapsamaktadır. Öngörülen yasak, bir hizmet sözleşmesine dayanarak çalışmadıkları sürece, ticari mümessil (ve ticari vekil) için söz konusu edilmemektedir. Böyle olunca iç ilişkide bir hizmet sözleşmesi bulunmaması halinde ticari mümessilin rekabet teşkil eden davranışı ancak yine taraflar arasında düzenlenecek bir sözleşme ile yasaklanabilecektir ki bu da kanundan değil, sözleşmeden doğan bir rekabet yasağı olarak anlaşılmalıdır¹¹. Böylece Alman hukukunda Prokurist sıfatına doğrudan doğruya bağlı kanundan doğan bir yasak söz konusu olmamaktadır.

b. Diğer Ticari Vekiller Yönünden Rekabet Yasağı

455. maddedeki yasağa konu olan diğer grup da, ticari mümessil sıfatını taşımaksızın işletmenin olağan işleri ve işlemleri için yetkili kılınan ticari vekillerdir. Yetkilerinin kapsamı bakımından genel yetkili ve özel yetkili vekiller olarak ayrılırlar.

⁹) Poroy, s. 130, Feyzioğlu, Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller, IHF Halil Arslanlı'nun Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 411, **Ulusan**, s. 627.

¹⁰) Gautschi, Berner Kommentar, B.VI, Bern, 1962, Art. 464 I, Anm. 3 a.

¹¹) Schlegelberger/Schröder, Handelsgesetzbuch Kommentar, 5. Auflage, München, 1973, § 60 II, Anm. 2.

Genel yetkili ticari vekiller, işletmenin tümü ile ilgili olağan işlemleri ticari mümessil sıfatı olmaksızın yürütmeğe yetkili kılınan kişidir. Özel ya da kısmen yetkili ticari vekiller ise görevlendirildikleri işin niteliğine ticari adetlerce çizilen bir sınır çerçevesinde faaliyet gösterirler¹².

Yetki konusunu düzenleyen 453. madde açısından bu ilişkinin dayanağını oluşturan sözleşmenin türü ve niteliği önem taşımamaktadır. Burada da, ticari mümessilde olduğu gibi yalnızca dış ilişkide yetki konusu ele alınmış bulunmaktadır.

Ancak iç ilişkiyi düzenleyen hükümlerden 455. madde bakımından durum yukarıdaki gibi değildir. «Bir müessesenin bütün işlerini idare eden yahut müessese sahibinin hizmetinde bulunan ticari mümessil veya vekiller...» ifadesi ilk bakışta rekabet yasağı bakımından iç ilişkinin önem taşımadığı izlenimini vermekte ise de bu yanıltıcı olacaktır. Çünkü Borçlar Kanununun 455. maddesi İsviçre Borçlar kanunundaki aslına (İsviçre BK. m. 464) uygun olarak çevrilmemiştir¹³. Hükümü aslına göre anlamak gerekirse durum şöyle olacaktır: «Ticari mümessil, işletmenin tamamını yönetmek üzere tayin olunan ticari vekiller veya işletene bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olan ticari vekiller kanundan doğan rekabet yasağına tâbidirler.

Böylece genel yetkili ticari vekiller (General Handlungsbevollmächtigte) işletme sahibi ile aralarındaki iç ilişkinin türü ve yetkinin sınırlandırılmış olup olmadığı gözönüne alınmaksızın, ticari vekil «sıfatına» bağlı olarak kanundan doğan yasağın kapsamına gireceklerdir¹⁴. Alman hukukunda ticari vekiller, mümessillerde olduğu gibidir¹⁵.

Diğer ticari vekiller bakımından ise 455. maddeye (İsviçre BK. m. 464) göre iç ilişkide bir hizmet sözleşmesinin varlığı kanundan doğan rekabet yasağı kapsamına girmesi için gerekli görülmüş, işletmenin belirli bazı işleri için görevlendirilen bu kişiler (Teilhandlungsbevollmächtigte), diğerlerinin tersine, aradaki hukuki ilişkinin niteliği gözönüne alınmak suretiyle yasağa tâbi kılınmak istenmişlerdir. İç ilişkide farklı bir sözleşmenin varlığı durumunda kısmen yetkili vekiller rekabet yasağından etkilenmeyeceklerdir¹⁶.

¹²) Feyzioglu, s. 434.

¹³) Karayalçın, s. 286 dipn. 2. Arslanlı, s. 178.

¹⁴) Gautschi, Art. 464 Anm. 3.a.

¹⁵) Schlegelberger/Schröder, § 60 11 Anm. 2.

¹⁶) Gautschi, Art. 464 Anm. 3 b, 6 c.

Borçlar Kanununun 454. maddesinde özel bir durum taşıyan gezici tacir yardımcıları düzenlenmiştir. Bunlar işletme dışında faaliyet gösteren işletme sahibinin adına makbuz vermek, mal bedeli almak, ve mehil tayin etmeğe yetkili olan yardımcılardır ve kanundan doğan rekabet yasağının kapsamına girerler¹⁷. İç ilişkideki sözleşmenin niteliği gözönüne alınmamıştır¹⁸.

2. Rekabet Yasağının Kapsamı

a. Konusu ve Koşulları

Borçlar Kanununun 455. maddesine göre ticari mümessil ve vekiller «müessesese sahibinin izni olmaksızın gerek kendi namlarına, gerek üçüncü şahıs namına, müessesenin yaptığı nev'e dahil bir iş yapamazlar». BK. 455. maddenin bu ifadesinden yasağa konu olan davranışın herhangi bir ekonomik rekabet niteliğinde olmasının yeterli olduğu, diğer deyişle bunun bir haksız rekabet eylemi oluşturmasına gerek bulunmadığı sonucuna varılabilir. Aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi durumunda 455. maddeye aykırılık doğmuş olacaktır¹⁹.

aa) Söz konusu koşullardan biri yasak konusu rakip iş bakımındandır. Rakip iş genel olarak aynı müşteri çevresine aynı ihtiyacı karşılayan mamûl ya da hizmetleri sunan ve aşağı yukarı aynı teknik ve ticari esaslara göre işleyen teşebbüştür²⁰. Hangi işlerin bu nitelikte olduğu özel durumlar gözönüne alınarak yargıç tarafından takdir edilmelidir. 455. maddenin kaynak kanunundaki ifadesi bu bakımdan da değişiktir. Buna göre, «işletmenin faaliyet alanına giren konularda işlemler yapmak rekabet yasağını ihlâl eder». Yalnız bu tüden ve bu anlamdaki işlemler «rakip işlem» (konkurrenzgeschaefte) sayılmaktadır. Kaynağını da güven ilişkisi ve sadakat bağının oluşturduğu kabul edilmektedir²¹.

17) Feyzioğlu, s. 439.

18) 454. maddenin kaynağı olan İsviçre BK. 463, 1971 tarihli bir federal kanunla buradan çıkarılmış, bireysel hizmet sözleşmeleri arasında özel bir tür olarak düzenlenmiştir. Gezici tacir yardımcılarını düzenleyen federal kanun (HRAG-Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden) 7. maddeye göre bu kişilerin ticari temsil yetkileri artık söz konusu değildir. Hizmet sözleşmesine dayanarak çalışan aracı tacir yardımcısı durumundadırlar ve bu konuda özel bir sözleşme yapılması gerekmeksizin kanundan doğan rekabet yasağına tâbidirler. **Gautschi**, Art. 463, Anm. 3 a, 4 a.

19) Bu noktada 455. madde hükmü ile ticaret ortaklıklarında ortaklar ve yönetim kurulu üyeleri için söz konusu rekabet yasağı arasındaki benzerlik dikkati çekmektedir. Menfaatler durumundaki bu benzerlik nedeniyle 455. maddenin ortaklıklardaki rekabet yasağına örnek oluşturduğu düşünülmektedir. **Kalpsüz**, s. 356.

20) **Aylter**, s. 470.

21) **Gautschi**, Art. 464 Anm. 5 a.

Alman hukuku bakımından rakip işlemler iki farklı durum açıkça ayırt edilerek yasaklanmış bulunmaktadır. Bunlardan ilki, konusu ne olursa olsun, yasağa tabi olan kişilerin, herhangi bir işletme kurup işletemeyeceklerini öngörmektedir, ki bu Türk ve İsviçre hukukunda öngörülmemiştir. Diğer ise, bu kişilerin kendileri ya da başkaları hesabına yaptıkları «diğer işlemler» dir. Bunlar da ancak bağlı buldukları işletmenin faaliyet konusuna giren işlemler ise kanundan doğan rekabet yasağının kapsamına girerler²².

Rakip işlem kavramının saptanmasında işletmenin faaliyet konusu (ya da faaliyet alanı) kavramının belirlenmesinde zorunluluk vardır. Çünkü çoğu kez fiili faaliyet alanı ile hukuki alan (örneğin, ticaret ortaklıklarında ortaklık sözleşmesinde öngörülen konular) arasında fark olabilir. Tartışılması gereken nokta, ticari mümessil ve vekillerin, örneğin, bir ortaklık sözleşmesinde yer alan bütün faaliyet konuları bakımından kanundan doğan rekabet yasağına tabi olup olmayacaklarıdır.

Bu konuda savunulabilecek görüşlerden biri şöyledir: Ortaklığın faaliyet konusuna giren işlerin sınırlandırılmasında, ortaklık sözleşmesinde konu ile ilgili hüküm asıldır, bu konuların uygulamada gerçekleştirilmiş olup olmaması aranmaz²³. Böyle olunca sözleşmede birden fazla faaliyet konusunun öngörüldüğü, fakat bunlardan yalnızca biri bakımından faaliyet gösterildiği durumlarda da ticari mümessil ve vekillerin kanundan doğan rekabet yasağının çevresi, sözleşme hükmünün öngördüğü genişlikte olacaktır.

Diğer bir çözüme ise, ortaklık sözleşmesinin kanunla öngörülen amacı saptanarak varılabilmektedir. Ticaret ortaklıklarında ortaklık sözleşmesinin fiil ehliyetinin kapsam ve sınırlarını çizdiği genellikle kabul edilmekte²⁴, sözleşme hükümlerinin bu amaca hizmet ettikleri belirtilmektedir. Böyle olunca değişik faaliyet konularının yer alması, ortaklığı bunların hepsinde faaliyette bulunmak zorunda bırakmadığından fiilen uğraşmadığı konularda menfaatlerinin zarar görebileceği de düşünülemez. Böylece fiili faaliyet alanı dışındaki konular rekabet yasağının kapsamı dışında kalmalıdır²⁵.

Gerçekten, yasak işlemlerin kapsamını, sözleşmedeki tüm konuları esas alarak geniş tutmak için korunması gereken önemli bir menfaatin varlığı

²²) Schlegelberger/Schröder, § 60 1 Anm. 5, 8.

²³) Kalpsüz, s. 372.

²⁴) Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I, s. 75.

²⁵) Arslanlı, s. 178; Kalpsüz, s. 373.

kolayca kabul edilemez. Bu nedenle, son çözümün ortaklıklarda olduğu gibi, mümessil ve vekiller için de benimsenmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.

bb) Kanundan doğan rekabet yasağının kapsamı bakımından rekabet oluşturan davranışın özelliği ve biçimi de önem taşımaktadır. 455. maddeye göre ticari mümessil ve vekiller işletme konusuna giren «işleri» yapamazlar. Kaynak kanundaki ifade (İsviçre BK m. 464) farklıdır ve «işlem»lerden söz etmektedir. 455. maddeyi aslına uygun olarak «işlem»lerle sınırlı olarak anlamak gerektir. Çünkü ticari işler, işlem, eylem ve olayları da kapsayan geniş bir anlam taşımakta, işlem ise dar anlamda ticari işi ifade etmektedir²⁶. Bunun yanında açıkça yer almamakla birlikte, işlemin ticari niyetle yapılmış olmasının da aranması gerekeceği kolayca kabul edilebilecektir.

455. maddede yine bir çeviri yanlışlığı sonucu olarak işlemlerin kendisi, ya da başkası «adına» yapılmasından sözedilmiştir. Bunun da aslına uygun biçimde «hesabına» olarak anlaşılması gerekir²⁷. Bu durumda, ticari mümessil ve vekilin üçüncü bir kişinin temsilcisi ve vekili olarak rakip işlemler yapması ve ayrıca rakip işlemleri bir komisyoncu olarak gerçekleştirmesinin de rekabet yasağına aykırılık teşkil edeceğini düşünmek mümkündür. Diğer yandan, rekabet yasağı «işletme sahibini temsil etmek» suretiyle hukuki işlemler yapmak ve «yönetmek» dolayısıyla söz konusu olduğundan, mümessil ve vekilin bu nitelikte olmayan faaliyetleri her zaman kolayca yasak çerçevesinde düşünülmebilecektir. Örneğin, ticari mümessilin rakip işletme hesabına hiç bir rakip hukuki işlem yapmaksızın, yalnızca onun defterlerinin tutulmasına yardımcı olması durumunda bu faaliyetin rekabet yasağına aykırı olmayacağı kabul edilebilir²⁸. İşletme sahibi ticari mümessil ve vekillerin, temsil görevi dolayısıyla olsun olmasın, bütün faaliyetlerinin kendisine özgülenmesini sağlamak istiyorsa, bunu ancak ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi ile gerçekleştirebilmelidir²⁹.

²⁶) Arslanlı, s. 26; Kalpsüz, s. 269; Poroy, s. 54-56.

²⁷) Arslanlı, s. 178.

²⁸) İsviçre Borçlar Kanununda da ticari mümessil ve vekiller bakımından durum aynı ise, de, ayrı bir kanunla düzenlenen gezici yardımcılarının tabi oldukları yasağın çevresi çok daha geniş tutulmuştur. HRAG 4 II. maddesine göre yasak yalnız «rakip işlem»lerle sınırlı olmayıp başkası ya da kendisi hesabına yapılan «bütün işlem»leri kapsamaktadır. Böylece hizmet sözleşmesi ile çalışan bu kişilerin iş güçlerinin tümünün işletme sahibine özgülenmeleri amaçlanmıştır. **Gautschi**, Art. 463 Anm. 4b, Art. 464 Anm. 5b.

²⁹) **Gautschi**, Art. 464 Anm. 5 b.

«Kendi hesabına yaptığı işlemler» den ne anlaşılması gerektiği ve hangi faaliyetlerin rekabet yasağına aykırılık teşkil edeceği de 455. maddeden anlaşılmamaktadır. Bunu somut olayların özelliğini gözönünde bulundurarak değerlendirmek doğru olacaktır. Ticaret ortaklıklarındaki kanundan doğan rekabet yasağında «başlıbaşına bir işletme kurmak» ve «rakip bir ortaklığa katılmak» biçimindeki işlemlerden hangisi ticari mümessil ve vekilin kendi adına yaptığı yasağı aykırı bir işlem sayılacaktır? 455. maddedeki «işlem» deyiminin geniş yorumlamaya elverişli bir anlam taşıdığı kabul edilirse, ticari mümessil ve vekilin aynı konuda kendi hesabına bir işletme kurması yasağı aykırı bir davranış oluşturur³⁰. Aynı çözümü böyle bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılması durumunda da benimsemek olanaklıdır. Ancak, aynı konuda faaliyet gösteren bir anonim ortaklığın pay senetlerinden satın alınmasının başlı başına rekabet yasağına aykırılık oluşturacağını kabul etmek, rekabet yasağı ile korunmak istenen menfaat gözönünde tutulursa, yanlış olacaktır Aksine, satın alınan pay senetlerinin genel kurulda etkili olabilecek bir miktarda olması durumunda rekabet yasağına aykırılıktan söz edilebilecektir³¹.

cc) Rekabet yasağına aykırılığın diğer bir koşulu bu konuda işletme sahibinin «izninin bulunmaması»dır. Gerçekten, işletme sahibi kanunen korunmuş olan çıkarlarından bu konuda izin vermek sureti ile vazgeçebilir.

İznin ne suretle verilmesi gerektiği konusunda Borçlar Kanununun 455. maddesinde ve kaynak kanunda (İsviçre BK. m. 464) açıklık bulunmamaktadır. Açıkça izin verilebileceği gibi, yapılan rakip işlem karşısında susmak sureti ile de aynı sonuca ulaşılabileceğini kabul etmek olanaklıdır³².

b. Rekabet Yasağının Süresi

Rekabet yasağının genel olarak ticari mümessil ve vekilin sıfatına bağlı bir husus olarak temsil yetkisi verilmesi ile başladığını ve bu yetkinin herhangi bir biçimde sona ermesine kadar devam ettiğini belirtmek gereklidir³³. Temsil yetkisi iç ilişkide yer alan herhangi bir sözleşmeye dayanarak verilmiş olabilir. Böylece sözleşmenin (hizmet, vekâlet, ortaklık) geçerli olarak tamamlanması ile başlar ve temsil ilişkisi taraflar arasında başkaca bir surette sürdürülmeyecekse bu sözleşmenin geçerli bir biçimde, herhangi bir surette sona ermesine kadar hüküm ifade eder. Rekabet yasağının

³⁰) Schlegelberger/Schröder, § 60 Anm. 6 b.

³¹) Ayiter, s. 471.

³²) Gautschi, Art. 464 Anm. 1 c.

³³) Feyzioglu, s. 439.

ancak bir hizmet sözleşmesine dayanarak çalışmaları durumunda kendileri için söz konusu olan kısmen yetkili ticari vekiller için yasağın başlamasının ve sona ermesinin herhalde bir hizmet sözleşmesinin kurulmasına ve sona ermesine bağlı olacağını tekrar etmek gerekir³⁴.

Temsil yetkisinin dayanağı olan sözleşmenin hükümlerinin henüz sona ermemiş olmasına rağmen «azil» işlemi, ticari mümessil ve vekilin bu sıfatlarını ve temsil yetkilerini sona erdirir. Tacir her zaman azil yetkisini kullanabilir (BK. m. 456/1). İç ilişkide yer alan sözleşme bu yetkinin kullanılmasına engel olmaz. Diğer yandan, azil ile iç ilişkideki sözleşme de kendiliğinden sona ermez. Azle rağmen tarafların sözleşmeden doğan talep ve dava hakları da saklıdır (BK. m. 456/1 İsviçre BK. m. 465/1)³⁵. Temsil yetkisinin belirli bir süre için verilmiş olması da sürenin bitiminden önce azle engel olmamak gerekir. İşte temsil yetkisinin ve dolayısıyla mümessillik ve vekillik sıfatını en genel biçimde sona erdiren azil işlemi ile kanundan doğan rekabet yasağı sona erecektir.

Mümessil ve vekilin istifa etmesi de³⁶, iç ilişkideki haklar saklı kalmak kaydı ile, temsil yetkisini ve dolayısıyla rekabet yasağını sona erdirir.

Bunlar dışında temsilcinin ölümü, hakkında gaiplik hükmünün verilmesi, medeni hakları kullanma ehliyetini yitirmesi veya işleten durumuna girmesi de Borçlar Kanununun 35/1. maddesine uygun olarak temsil yetkisini ve dolayısıyla kanundan doğan rekabet yasağını doğal olarak sona erdirir³⁷.

İşletme sahibinin medeni haklarını kullanma ehliyetini yitirmesi ve ölümü ise genel hükümlerden farklı olarak temsil yetkisini kendiliğinden sona erdirmez (BK. m. 456/2). Bu da işletmenin devamlılığı ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Ölüm ya da ehliyetsizlik durumunda, mirasçılar ya da kanuni temsilci mümessil ya da vekili azletmemişlerse, bu durumda temsil yetkisinin³⁸, dolayısıyla rekabet yasağının devam etmekte olduğunun kabulü gerekecektir.

Tacirin iflası durumunda da, işletmenin yönetim yetkisi iflâs yönetimine geçeceğinden ticari mümessil ve vekillerin bu konudaki yetkileri sona erecek³⁹, dolayısıyla bir rekabet yasağı da söz konusu olmayacaktır.

³⁴) Gautschi, Art. 464 Anm. 4 a, b, Schlegelberger/Schröder, § 60 Anm. 3.

³⁵) Gautschi, Art. 465 Anm. 3 b, 4 a., Arslanlı, s. 172, Feyzioğlu, s. 442, Uluşan, s. 671.

³⁶) Bkz. Domanıç, s. 229, İmregün, s. 108.

³⁷) Feyzioğlu, s. 443, Uluşan, s. 672.

³⁸) Gautschi, Art. 465 Anm. 4b, Feyzioğlu, s. 442.

³⁹) Gautschi, Art. 465 Anm. 4c, Uluşan, s. 671.

İşletmenin devri durumunda, tacirin ölümü ve ehliyetin yitirilmesi durumunda olduğu gibi, işletmenin devamlılığının sağlanması gibi bir zorunluluk söz konusu olmamak gerekir. Çünkü, bu durumda işletmenin faaliyetlerinin durması endişesine yer yoktur. Devir ile temsil yetkisinin sona erdiği ve devralanın ticari mümessili yeniden ataması gerektiği sonucuna varılabilir⁴⁰. Atanmadığı sürece temsil ilişkisi ve kanundan doğan rekabet yasağı son bulmuştur denecektir.

İşletmenin son bulması durumunda işletmenin aktif bir faaliyet içinde bulunması yerine tasfiye amacı yer almıştır. Tasfiye amacı dolayısıyla, ayrıca bir temsil yetkisi verilmemişse, işletmenin son bulması ile mümessillik sıfatı sona erecektir⁴¹. Dolayısıyla bundan böyle kanundan doğan rekabet yasağından söz etmemek yerinde olacaktır.

3. Rekabet Yasağına Aykırılığın Hukuki Sonuçları

a. Genel Olarak

Yasağı aykırılık özel olarak Borçlar Kanununun 455/1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu özel sonuçlardan başka, rekabet yasağına aykırılık genel anlamda diğer bazı sonuçlara da yol açabilecektir. Örneğin, yasağı aykırılık temsilciye duyulan güveni sarsacağından temsil yetkisine son verilebilir. Ya da iç ilişkide bir hizmet sözleşmesi varsa sözleşmenin feshi için bir haklı neden oluşturabilir. Öte yandan iç ilişkide yer alan sözleşmede bu durum için öngörülmüş olan özel sonuçlar varsa, bunlar hüküm ifade etmeye başlar. Ya da 455. maddede öngörülen olanaklara ek olarak gerekiyorsa haksız rekabetten dolayı durdurma, önleme ve saptama davaları sözkonusu olabilir. Burada daha özel olarak 455. maddede düzenlenen hukuki sonuçlar incelenmek istenmektedir. Ancak, daha önce bu talep haklarının özelliğine değinmek yararlı olacaktır.

Borçlar Kanunu 455. maddesi ile menfaati korunan işletme sahibi gerçek ya da tüzel kişiler «zarar ve ziyan istemek ve bu suretle yapılan işleri kendi hesabına almak hakkını haizdir». Hükümün kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu 464/2. maddesinde de bu iki ayrı talep hakkı bakımından «ve» bağlacı kullanılmıştır. Bu durumda her ikisi bakımından bir talep» olanağından söz etmek olanaklıdır. İşletme sahibi hem zararların «birlikte giderilmesini, hem de işlemin hesabına geçirilmesini isteyebilecektir. Bunun yanında bunlardan birini seçerek diğerinden vazgeçmek de kolayca kabul edilebilecektir⁴².

⁴⁰) *Ulus*, s. 671.

⁴¹) *Ulus*, s. 672.

⁴²) *Gautschi*, Art. 464 II Anm. 7c.

Türk-İsviçre hukukundaki bu birlikte talep olanağı Alman hukukundaki kanundan doğan rekabet yasağında yer almamıştır. Alman Ticaret Kanununun 61. paragrafı, aykırılığın sonuçlarını «düzenlerken» giderim veya «işlemlerin kendi hesabına geçirilmesini istemek» ten söz ederek işletme sahibine «seçimlik bir talep yetkisi» sunmuştur⁴³.

Rekabet yasağına aykırılığın hukuki sonuçlarının gerçekleşmesi bakımından «kusur» un varlığı aranacak mıdır? Gerçekten, ne 455. madde, ne de İsviçre Borçlar Kanunu 464/2. madde talep haklarının doğumu bakımından ticari mümessil ve vekillerin kusurundan söz etmemiştir.

Genel olarak «ekonomik rekabetin dürüstlük kurallarına aykırı biçimde kötüye kullanılması» na karşı Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin kuralları varken, benzer olaylar için 455. maddedeki özel düzenlemenin «yakın tehlikeye karşı önlem» anlamında bir varlık nedeni olsa gerektir. Ticaret Kanununun 58/d maddesi giderim isteminde bulunabilmek için kusurun varlığını açıkça aramaktadır. Buna karşılık 455. maddede kusurdan hiç söz edilmemiş olması karşısında, mümessil ve vekillerin içinde buldukları ilişkinin özelliği nedeniyle rakip her türlü işlemlerinde kusurlu olabileceklerinin varsayıldığını, 455. maddedeki sonuçların gerçekleşmesi için kusurun aranmasının gereksiz olduğunu kabul etmek mümkün görünmektedir.

Benzer bir hukuki durum olan sözleşmeden doğan rekabet yasağında da, yasağa mücerret aykırılık, giderim isteminde bulunma yetkisini tanımakta, ayrıca kusur aranmamaktadır. Aykırılık durumunda kusur varsayılmaktadır⁴⁴. Bu durum da kanundan doğan rekabet yasağında kusur açısından varılan sonucu destekler biçimde anlaşılabilir.

b. Zararların Giderilmesini İstemek Hakkı

İşletme sahibi bir zarara uğramışsa bunun giderilmesini isteyebilecektir.

Aykırılıktan ileri gelen zarar müsbet zarar olabilir. Müsbet zarar kalemi olarak fiili zarar, aynı konuda bir rakip işletme açılmış olmasından ileri gelen müşteri çevresinin azalması, iş hacminin düşmesi biçiminde doğabilir. Tacir yardımcısının kendi hesabına yapmış olduğu bu işlem nedeniyle işletmenin «good-will»'i azalmış olacaktır⁴⁵. Diğer yandan, yoksun kalınan kazanç da bir müsbet zarar kalemi olarak gerçekleşebilir. Rakip işlemin yapılmasına kadar kendisine kalan kazançların rakip iş-

⁴³) Schlegelberger/Schröder, §.61 Anm. 2, 3.

⁴⁴) Ayiter, s. 475.

⁴⁵) Schlegelberger/Schröder, §.61 I Anm. 3, Ayiter 475.

letmenin faaliyeti dolayısıyla bundan böyle o işletmeye geçmesi şeklinde gerçekleşebilir⁴⁶. Diğer yandan rakip işletmeyi kendisi yürütse idi, ya da rakip diğer kazandırıcı işlemleri bunun yerine yapmış olsa idi daha fazla kazanç sağlayacak olması durumunda da yoksun kalınan kârdan söz edilebilecektir⁴⁷.

Menfi zarar ise güvenden doğan bir kayıp olarak söz konusudur ve çoğu kez müsbet zarardan daha az bir miktarda olduğu kabul edilir⁴⁸.

İşletme sahibi hangi zararının giderimini isteyebilecektir?

Borçlar Kanununda açıklık bulunmamaktadır. Alman hukukunda kanundan doğan rekabet yasağı dolayısıyla fiili zarar ve yoksun kalınan kazançtan oluşan müsbet zararın giderimi istenebilmektedir⁴⁹. İsviçre Borçlar Kanunu bakımından ise (464/2. madde) işletme sahibinin yalnız menfi zararlarının giderilmesini istemekle yetinmesi gerekeceği kabul edilmektedir⁵⁰. Gerçekte iki sistem arasında bu konuda ortaya çıkan fark, İsviçre Borçlar Kanununda giderim ve işlemin kendi üzerine geçirilmesinin birlikte (kumulativ) istenebilmesine⁵¹ karşılık, Alman Ticaret Kanununda bu konuda seçimlik (alternativ) bir yetkinin varlığından kaynaklanmaktadır. Alman hukukunda giderim istendikten sonra artık işlemin üzerine geçirilmesi isteminde bulunulamayacaktır. Bunun tersi de doğrudur⁵². Borçlar Kanununda İsviçre'de olduğu gibi birlikte talep yetkisi tanındığından, işlemleri ve bunlardan doğan kazancı kendi hesabına geçirtmekle zaten fiili zarar ve kazanç kayıpları giderilmiş olmakta, ayrıca bunun giderimi istemine gerek kalmamaktadır. Bu duruma göre 455/2. maddenin tanıdığı birlikte talep yetkisinin kullanılması durumunda, giderimi gereken zararın -varsa- menfi zarar olarak düşünülmesi doğru olacaktır.

455/2. maddenin ifadesi ilgilinin giderim ve işlemleri üzerine geçirmek yetkilerini seçenekli olarak kullanmasına engel olmadığından⁵³, işletme sahibi yalnızca giderim şikkini seçmiş olabilir. Bu durumda da giderimi

⁴⁶) **Ayler**, s. 475.

⁴⁷) **Schlegelberger/Schröder** § 61 I Anm. 3.

⁴⁸) Zarar kavramı bakımından ayrıntılı bilgi için bkz.: **Von Tuhr**, Borçlar Hukuku (Edege Çevirisi), C.I, İstanbul, 1952, s. 78-83.

⁴⁹) **Schlegelberger/Schröder**, §.61 I Anm. 3.

⁵⁰) **Gautschi**, Art. 464 II Anm. 7 b.

⁵¹) **Gautschi**, Art. 464 II Anm. 7 a, b.

⁵²) **Schlegelberger/Schröder**, §.61 I Anm. 4 a.

⁵³) **Gautschi**, art. 464 II Anm. 7 c.

gereken zarar müsbet zarar –rakip işlemi temsilci değil de bizzat işletme sahibi yapmış olsa idi elde edecek olduğu kazanç– olacaktır⁵⁴.

Giderim isteyen işletme sahibi zararının 455. maddeye aykırılıktan ıleri geldiğini kanıtlamalıdır. Müsbet zararının giderilmesi istemine karşılık ilgili, işletme sahibinin söz konusu işlemleri hiç bir zaman yapmayacak olduğunu ve buna bağlı olarak, yaptığı yasak işlemlerden dolayı bir zarar görmediğini kanıtlayabilirse zararın varlığı kabul edilmemek gerekir⁵⁵.

Diğer yandan temsilcinin, rakip işlemi üçüncü kişinin yalnız kendisiyle yapmayı kabul ettiği, aynı işlemi işletme sahibi ile yapmayacak olduğu yolundaki savunmaları gözönüne alınmamalıdır⁵⁶.

c. İşlemin Kendi Üzerine Geçirilmesini İsteme Hakkı

Bu konudaki talepler işlemin mümessilin kendi hesabına ve başkası hesabına yapılmış olması durumları ayırte edilerek incelenmelidir.

aa) Eğer yasak işlem başkası hesabına yapılmışsa, işletme sahibinin bu kişiden, elde edilen kazançları kendi üzerine geçirilmesini talep hakkının bulunmayacağı doğaldır⁵⁷. Bu durumda temsilcisinden, işlemden edindiği kazancı kendisine geçirmesini isteyebilecektir⁵⁸.

Sözleşmenin ifa edilmemiş olması dolayısı ile kazancın henüz fiilen gerçekleşmemiş olduğu durumlarda işletme sahibi sözleşmedeki haklarına halef olmasının sağlanmasını temsilcisinden isteyebilir⁵⁹. Bu durumda temsilci ile yapılmış olan sözleşmenin tarafları, değişmeden kalmakta, halef olma konusundaki istem temsilci ile işletme sahibi arasındaki iç ilişkide hüküm doğurmaktadır. İşletme sahibinin temsilcisinin yerine işlemi kendisi yapmış olsa idi, daha fazla yarar sağlayacak olduğundan söz ederek aradaki fazlayı isteyebilmesinin⁶⁰, bu talep kapsamında değil, müsbet zararın giderilmesi kapsamında düşünülmesi daha doğru olacaktır.

⁵⁴) Feyzioğlu, s. 441.

⁵⁵) Schlegelberger/Schröder, § 60 I Anm. 3.

⁵⁶) Feyzioğlu, s. 441.

⁵⁷) Feyzioğlu, s. 440, Schlegelberger/Schröder, § 60 I Anm. 5 b.

⁵⁸) İsviçre Borçlar Kanunu bakımından bunun aslında vekaletsiz iş idaresi dolayısıyla söz konusu olan kazançların üzerine geçirilmesi ile ilgili (İsv. BK. m. 423. BK. m. 414) talep hakkından başka bir şey olmadığı belirtilmektedir. Gautschi, Art. 464 II Anm. 8 a, c.

⁵⁹) Feyzioğlu, s. 440, Gautschi, Art. 464 II Anm. 8 c.

⁶⁰) Alman hukukunun çözümü aksi yöndedir. Schlegelberger/Schröder, § 61 Anm. 5b, 6c.

bb) Yasak işlem temsilcinin kendi hesabına yapılmışsa, işletme sahibinin doğrudan doğruya temsilciden, işlemlerin üzerine geçirilmesini isteme yetkisi vardır. Bu durumda yasadışı işlemin temsilciye sağladığı bütün malvarlığı haklarının, diğer bir deyişle işlemden sağlanan tüm yararların hesabına geçirilmesini isteyebilecektir⁶¹.

İşletme sahibi 455. maddenin tanıdığı olanaklardan hangisini ya da hangilerini kullanmak istiyorsa, bunu temsilcisine yöneltmelidir ve bildirimde bulduktan sonra bundan tek taraflı olarak dönülemez gerekir⁶².

4. Zamanaşımı

Kanundan doğan rekabet yasağına aykırılık dolayısıyla açılacak davaların tabii olduğu zamanaşımı konusunda Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında hüküm yoktur. Alman Ticaret Kanunu 61/2. paragraf bu taleplerin 3 ay ve 5 yıllık zamanaşımı sürelerine tabii olduğunu belirtmektedir. 3 ay, işletme sahibinin yasadışı işler hakkında herhangi bir şekilde bilgi sahibi olmasından itibaren başlamakta ve herhalde işlemin yapılmasından başlayarak 5 yıl sonunda zamanaşımına uğramaktadır⁶³.

İsviçre hukuku bakımından sözleşme ve sözleşme benzeri işlemlerden kaynaklanan giderim talepleri için öngörülen 10 yıllık genel zamanaşımının uygulanması öngörülmektedir⁶⁴.

Pozitif hukukumuz bakımından aynı çözümü benimsemek doğru olmayacaktır. Çünkü, kısa zamanaşımıyla ilgili İsviçre Borçlar Kanunu 128. maddede Borçlar Kanunumuzun 126. maddesinin 4. fıkrasına benzer bir hüküm yer almamaktadır. Zaten söz konusu 4. fıkra da kanuna daha sonraki bir hüküm tarihte, 1956'da Tatbikat Kanununun 41/c maddesi ile eklenmişti⁶⁵. Buna göre «ticari olsun olmasın... bir şirketin müdürleri, temsilcileri, murakiplarıyla şirket ya da ortaklar arasındaki davalar...» 5 yılda zamanaşımına uğrarlar. Bu açık hüküm karşısında söz konusu taleplerin 5 yılda zamanaşımına uğrayacağını kabul etmek doğru olacaktır. Ancak, hüküm, temsilcilerle «şirket ya da ortaklar» arasındaki davalardan söz ettiği için rekabet yasağından zarar gören işletme sahibinin bir «gerçek kişi» olması durumunda çözüm aynı olabilecek midir?

⁶¹) Gauschi, Art. 464 II Anm. 8 b.

⁶²) Schlegelberger/Schröder, § 61 I Anm. 5 b, Feyzioğlu, 440.

⁶³) Schlegelberger/Schröder, § 61 II Anm. 7, 8.

⁶⁴) Gauschi, Art. 464 II. Anm. 9 a.

⁶⁵) Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul, 1977, s. 558.

Borçlar Kanunu 127. maddedeki sürelerin emrediciliği, buradaki sürelerin kısaltılması, uzatılması, durması ve kesilmesini gerektiren yeni sebeplerin sözleşme ile yaratılmayacağı⁶⁶ yolunda anlaşılırsa, aynı hukuki sebepten kaynaklanan talep haklarına bu sürelerin örneksene yolu ile uygulanmasına bir engel bulunmamak gerekir. Böylece 127/4. maddedeki 5 yıllık sürenin şirket ve ortak dışında diğer kişilerin talep hakları bakımından da geçerli olacağı sonucuna varmak mümkün olabilecektir.

⁶⁶) Feyzioğlu, Borçlar ..., s. 530.