

TİCARİ İŞLETMESİNİ DEVREDENİN REKABET YAPMAMA BORCU

(Belçika Hukuku Üzerine Bir İnceleme)

Prof. Dr. Akar ÖCAL*

1. TİCARİ İŞLETME KAVRAMININ ÖNEMİ VE BELÇİKA HUKUKUNDAKİ YERİ

Ticari işletme (le fonds de commerce), Belçika'da ekonomik açıdan büyük bir önem arz etmekte ve buna ilişkin işlemlerin sayısı hayli kabarık olmasına rağmen, kanun koyucu bu müesseseyi sistemli bir şekilde düzenlemiş değildir¹; bu nedenle bu kavram Belçika Ticaret Kanununda da yer almamıştır². Ticari işletme, ilmi ve kazai içtihadattan doğmuştur³. Belçika'da halen yürürlükte olup⁴ ticari işletmeden bahseden ilk kanun, 25 Ekim 1919 tarihli ticari işletmenin rehnini de kapsamına alan kanundur⁵.

Daha sonra yürürlüğe giren ve işletmenin içinde işletildiği taşınmazın kiralanmasına

* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ **BARON LOUIS FREDERICQ**: Précis de droit commercial, Bruxelles 1970, s.76; "Ticaret hukukunda ticari işletmeye ilişkin hükümler dağınmış vaziyettedir": **JEAN VAN RYN/JACQUES HEENEN**: Principes de droit commercial, Tome Premier, Deuxième édition, Bruxelles 1976, s.399.

² **PIERRE COPPENS**: Cours de droit commercial, 1 ère partie, Louvain-La Neuve 1984 s.77.

³ **COPPENS**, 1, s.77.

⁴ Yürürlükte olmayan mali kanunlar arasında ticari işletmenin satışını zorunlu tescile tabi kılan 1919 ve 1923 tarihli kanunlar ve arada sayılabilir; bkz. **RYN/HEENEN**, s.399

⁵ **FREDERICQ**: Précis... s.76; **COPPENS**, 1., s.77. Ayrıca bkz. **GEORGES RIPERT**: Traité élémentaire de droit commercial, cinquième édition par René Roblot, Paris 1963, s. 256; **GEORGES RIPERT/RENO ROBLOT**: Traité de droit commercial Tome 1, 16 e édition par Michel Germain, Paris 1996, s.428.

⁶ Bu kanunun "ticari işletmenin rehni"ne ilişkin olan 1. Faslı (ki 1-12. Maddelerden ibarettir) sonradan önce 30 Mart 1936 tarihli kraliyet kararname ile (**FREDERICQ**: Précis...s.76) sonra da 22 Mart 1993 tarihli kanunla değişikliğe maruz kalmıştır. Daha sonra ise sözü geçen 1919 tarihli kanunun 7 ve 15. Maddelerinin uygulanmasından olarak 9 Ekim 1995 tarihli kraliyet kararname -yürürlüğe konulmuştur; bu düzenlemelerin metinleri için bkz. Les codes larcier, Tome III, Droit commercial, économique et financier, Bruxelles 1998, s. 1114 vd.; complément 1998.

ilişkin bulunan 30 Nisan 1951 tarihli ticari kiralar hakkındaki kanun⁷ da bu kavramla ilgili hükümleri kapsamaktadır⁸. Bunlara 15 Aralık 1872 tarihli Ticaret Kanununun⁹ 2/III. maddesi ile ticaret siciline ilişkin kanunları koordine eden 20 Temmuz 1964 tarihli koordinasyon kanununun¹⁰ 12. maddesini de eklemek gerekir^{11 12}.

II TİCARİ İŞLETME KAVRAMI

A) TANIM

Belçika hukukunda ticari işletme, genellikle, “muayyen bir işletmenin işletmesinden ibaret olan ortak bir amaç için biraraya gelmiş maddi ve maddi olmayan malların bütünü” olarak¹³ tanımlanmaktadır¹⁴. Ticari işletme “maddi ya da maddi olmayan malların basit bir beraberliği değildir; daha fazlası söz konusudur: Ticari işletme bir birliktelik, kendini teşkil edenlerden farklı bir üniter mal oluşturur”. Malik onu sattığı zaman, satış, unsurlarından her birine ayrı ayrı olarak değil, müşteriyi çekmek ve çoğaltmak bakımından organize olmuş bir bütüne ilişkin olur¹⁵. Bu bütünlük¹⁶ bir hukuki bütünlük değil¹⁷ fiili bir bütünlüktür^{18 19}.

⁷ Bkz. Les codes...Tome I, Droit civil et Judiciaire, Bruxelles 1998, s. 132 vd. Ayrıca bkz. 22 Aralık 1951 tarihli kanun ile 23 Aralık 1951 tarihli kraliyet kararname, Les codes... I, s. 387.

⁸ RYN/HEENEN, s.399; FREDERICQ: Précis...s.76.

⁹ Bkz. Les codes...III, s.3 vd.; JEAN-PIERRE BUYLLE: Code de commerce et lois portuclieres, Bruxelles 1995; JEAN BLONDIAUX/JEAN MASQUELIN/GUI DELREE: Code de commerce avec les arretes royaux complementaires et des notes de concordance et de jurisprudences utiles a l'interpretaion des textes, Bruxelles 1970.

¹⁰ Bkz. Les codes...III, s.281 vd.

¹¹ RYN/HEENEN, s.399.

¹² RYN/HEENEN'e göre Miras Hakları Kanununun 107. Maddesi ticari işletmeyi çağrıştırmaktadır. Bkz. S.399.

¹³ RYN/HEENEN, s.394.

¹⁴ Ayrıca bkz. COPPENS, 1, s.76: “Ticari işletme, koordinasyonunun muayyen bir müşteri zümresini kendisine çektiği belli malları biraraya getiren maddi olmayan bir değerdir”; MICHEL DE WOLF: Elements de droit commercial, Bruxelles 1994; s.32: “Ticari işletme, değerini muayyen bir ticari faaliyete veren maddi ve maddi olmayan unsurların bütünüdür”.

¹⁵ FREDERICQ: Précis...s.76.

¹⁶ Bkz. FREDERICQ: Précis...s.76; RYN/HEENEN, s.394.

¹⁷ FREDERICQ: Précis...s.76; RYN/HEENEN, s.394.

¹⁸ FREDERICQ: Précis...s.76; RYN/HEENEN, s.394.

¹⁹ Ayrıca bkz. COPPENS, 1, s.78 vd.

B) TİCARİ İŞLETMENİN ÖZELLİKLERİ

COPPENS, ticari işletmenin özelliklerini, şöyle sıralamaktadır²⁰: 1. Ticari işletme menkul vafındadır; 2. Maddi olmayan (incorporelle) karaktere sahiptir; 3. Tüketilmeyen bir mal konumundadır²¹.

C) TİCARİ İŞLETMENİN UNSURLARI

Ticari işletmenin unsurları çeşitlidir ve bunların nisbi önemleri de farklıdır²². Bu konuda işletmenin yapısı büyük rol oynar²³. Bu gerçekler ışığı altında genel olarak şu ifade edilebilir ki, işletmenin verimli bir şekilde işletilmesine ve organizasyonuna yararlı her şey bu kavrama girer²⁴. Daha önce de işaret ettiğimiz gibi, unsurları “maddi” ve “maddi olmayan” unsurlar şeklinde iki grupta toplamak mümkündür²⁵. Belçika hukukunda borçların, alacakların, nakit paranın, portföydeki senetlerin ve taşınmazların ticari işletmenin unsurları arasında yer almadığı genellikle kabul edilmektedir²⁶.

III. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

Ticari işletmenin devri de kanunda özel olarak düzenlenmemiştir²⁷; bu nedenle satışa ilişkin geçerlik ve mevcudiyet şartları burada da söz konusudur²⁸. Bu meyanda ticari işletmenin devrinde hiçbir özel formalite mevcut değildir²⁹. Taraflar devre diledikleri elemanları dahil edebilirler³⁰; ancak temel unsurlar devre dahil edilmezse, ticari işletmenin devrinden bahsedilemez³¹. Bazı unsurların sözleşmede devirden hariç bırakılması, devredilen unsurların alıcıyı işletmeyi işletebilir kılmasına imkan sağlaması durumunda, mümkün olur^{32 33}. Devir dışı bırakılan unsurlar işletmenin

²⁰ COPPENS, 1, s.79-80.

²¹ Ayrıca bkz. RYN/HEENEN, s.398.

²² RYN/HEENEN, s.399.

²³ COPPENS, 1, s.80.

²⁴ RYN/HEENEN, s.400.

²⁵ Bu kavramlara giren unsurlar hakkında bkz. FREDERICQ: Précis...s.77; COPPENS, 1, s.80; RYN/HEENEN, s.399 vd.

²⁶ COPPENS, 1, s. 82; RYN/HEENEN, s.401 vd.

²⁷ FREDERICQ: Précis...s.79.

²⁸ FREDERICQ: Précis...s.79.

²⁹ RYN/HEENEN, s. 404.

³⁰ COPPENS, 1, s. 84.

³¹ RYN/HEENEN, s.404; COPPENS, 1, s.84.

³² RYN/HEENEN, s.404

sürdürülmesini ve müşterinin muhafaza edilmesini engellerse, yapılan sözleşme işletmenin devri değil ancak bazı unsurların devri anlamını taşır³⁴. Başka bir ifadeyle devir işlemi temel unsurları az çok kapsamalıdır³⁵. Bunların neler olduğu olaydan olaya farklılık gösterir³⁶. Mahkeme kararlarına göre, maddi unsurlar maddi olmayan unsurlara nazaran tali derecededir³⁷. Müşterilerin temel unsur olduğu genellikle kabul edilmektedir³⁸.

IV DEVREDENİN REKABET YAPMAMA MÜKELLEFİYETİ

A) GENEL OLARAK

Ne ticari işletme müşterisiz düşünülebilir ne de ticari işletmenin müşterisiz devri tahayyül edilebilir. İşletmeyi devralan, müşterileri gözönünde tutarak devre girdiği için, devredenin yeniden aynı işletmeyi tesis etmesi, onun müşteriler ile çabukça ilişki kurabilecek durumda olması sebebiyle, devralanın işletmesinde karışıklığa yol açabilir; böylece de devir sabote edilmiş olur³⁹. Başka bir ifade ile müşteri hakkı bu suretle yok edilebilir⁴⁰. Bu gerçek devralanın korunması gerektiğini ortaya çıkarmaktadır.

B) DEVİR SÖZLEŞMESİNDE REKABET YAPMAMA⁴¹ ŞARTININ YER ALMASI

Devralanla devreden, devir sözleşmesinde açıkça rekabet yapmama şartına yer verebilirler⁴²: Mesela taraflar, devredenin belli bir bölgede muayyen bir süre ile benzer bir işletme açmayacağı konusunda anlaşmış olabilirler⁴³. Eğer işletme tüm ülke topraklarında bir konuma sahipse, o zaman tüm ülke yasak kapsamında olabilir⁴⁴.

³³ Örnekler için bkz. COPPENS, 1, s.84-85.

³⁴ RYN/HEENEN, s.401.

³⁵ RYN/HEENEN, s.401.

³⁶ RYN/HEENEN, s.401.

³⁷ RYN/HEENEN, s.401.

³⁸ FREDERICQ: Précis...s.77.

³⁹ COPPENS, 1, s.86.

⁴⁰ RYN/HEENEN, s.407.

⁴¹ "Yeniden tesis açmama şartı" (Clause de non rétablissement).

⁴² COPPENS, 1, s.86. RYN/HEENEN, s.408.

⁴³ COPPENS, 1, s.86.

⁴⁴ COPPENS, 1, s.86.

C) SÖZLEŞMEDE REKABET YASAĞINA İLİŞKİN BİR HÜKÜM YER ALMAMASI

Sözleşmede rekabet yasağına ilişkin bir hüküm olmadığı hallerde ise bu şartın sözleşmede zımnen yer aldığı⁴⁵ ifade edilmektedir. Belirtildiğine göre, aynı müşterilere hitap eden bir başka işletme kurulursa; bu müşteri hakkını yok eder⁴⁶. Bu nedenle devreden, zaruri olarak, devralanın işletmesinden yararlanmasını engelleyecek hiçbir şey yapmamakla mükelleftir⁴⁷. Pratik olarak bu borç devreden işletmenin civarında benzer bir işletme edinmemek ya da açmamak şeklinde tezahür eder⁴⁸. Hakim görüşüne göre, bu sonuç ortak hukuktan kaynaklanmaktadır⁴⁹: Satıcı, alıcının satılanlardan beklediği menfaatten yararlanmasına mani olacak her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Bununla beraber bu borç, kamu düzeni ve ticaret özgürlüğü sınırları ile bağdaşır olmalıdır⁵⁰. İhtilaf halinde bu yasağın kapsamını yargıç belirler⁵¹. Yargıç satıcının iyi tanıdığı sektörde tekrar çalışabilmek tabii hakkı ile alıcının zaman içinde müşterilerinin sadakatına sahip olma hakkı arasında bir denge noktası bulma durumundadır⁵². Konunun daha iyi şekilde kavranabilmesi bakımından mahkeme kararlarından örnekler vermekte yarar vardır. Burada konu, rekabet yapma yasağına ilişkin şartlarla birlikte ele alınacak ve böylece “rekabet yapmama mükellefiyeti” bütün halinde ilmi ve kazai içtihat gözönünde tutularak incelenecektir:

- a. “Devreden devralanla kaçınılmaz biçimde rekabete girdiği ve ondan işletmenin müşterilerini aldığı” hallerde devreden “yeniden tesis açamaz”⁵³;
- b. “Yasak müşterinin sabitleşmesine kadar devam eder”⁵⁴;
- c. “Devreden himayesi için on yıl beklemek gerekir”⁵⁵;
- d. “Devreden, yasağın uygulandığı mntıkanın dışında yeni bir tesis kurmuş olsa bile,

⁴⁵ COPPENS, 1, s.86.

⁴⁶ RYN/HEENEN, s.407.

⁴⁷ RYN/HEENEN, s.407; FREDERICQ: Précis...s.79.

⁴⁸ RYN/HEENEN, s.407.

⁴⁹ RYN/HEENEN, s.407.

⁵⁰ RYN/HEENEN, s.407.

⁵¹ COPPENS, 1, s.86.

⁵² COPPENS, 1, s.86.

⁵³ Mesela devreden aynı müşteri bölgesinde aynı konuda (kısmen ya da tamamen) yeni bir tesis kurmuşsa; RYN/HEENEN, s.407.

⁵⁴ RYN/HEENEN, s.407.

⁵⁵ COPPENS, 1, s.86.

reklam maksadı ile, devredilen işletmeyi bizzat işletmiş olduğunu hatırlatamayacağı gibi; eski müşterilerini, onları, sipariş edilen malları bu muntikadan teslim etmek suretiyle çekemez de”⁵⁶;

e. “Yasak, takma isimle (prete-nom) benzer bir işletmenin işletilmesinde ya da eşin ticari faaliyetine katılmada da uygulanır”⁵⁷;

f. “Devreden bir sermaye şirketine aktif katkısını sağladığı hallerde, eğer bu şirketin yöneticileri yasağın bilincinde iseler, şirket de devreden borcunun ihlaline katılmış olur”⁵⁸;

g. “Devreden benzer ticari faaliyette bulunan bir kolektif şirkete de ortak olamaz”⁵⁹;

h. “Devreden, hiçbir aktif katkıda bulunmaksızın, devredilen işletmenin faaliyetinin aynını gerçekleştiren bir şahsa, gayrimenkulünü kiralayabilir”⁶⁰;

i. “Şirket ortaklarının bellisizce (indistinctement) aynı anda hisse senetlerini bir üçüncü şahsa sattığı durumda, devreden ortakların ticari işletmeyi devretmemiş olmaları nedeniyle, bunlar, rekabet yapmama yasağına tabi olmazlar; binnetice ortaklarından herbiri, senetleri alan şahsın gerçekleştirdiği ticari faaliyetin aynını gerçekleştirmekten yasaklanmış değildirler”⁶¹;

j. “Zaman bakımından sınırsız bir yasak şartı konulamaz”⁶²;

k. “Şirkete ortak olma halinde devreden faaliyet maskelenmiştir. Onun

oradaki rolünün aktif ve harici olup olmadığı araştırılmalıdır”⁶³;

l. “Konusu, devrettiği ticari işletmesi ile aynı olan bir limited şirkete giren devreden, akdi sorumluluğu üstlenmiş olur”⁶⁴;

m. “Yeniden tesis kurma yasağı, devreden, oğlunun yönettiği bir şirkette çalışması ve bu şirketin devredenden borç almış olması halinde de söz konusu olur”⁶⁵;

⁵⁶ RYN/HEENEN, s.407.

⁵⁷ RYN/HEENEN, s.407-408.

⁵⁸ RYN/HEENEN, s.407, dipnot: 1.

⁵⁹ RYN/HEENEN, s.408.

⁶⁰ RYN/HEENEN, s.408.

⁶¹ LOUIS FREDERICQ: Traité de droit commercial belge. Tome IV, Gand 1950, s.156-157. Ayrıca Bkz. RYN/HEENEN, s.404.

⁶² COPPENS, 1, s.87.

⁶³ COPPENS, 1, s.87.

⁶⁴ COPPENS, 1, s.87.

⁶⁵ COPPENS, 1, s.87.

- n. “Rekabet yapma yasağı daha önce ticari faaliyette aktif bir rol almış olan devredenin oğluna da uygulanır”⁶⁶;
- o. “Rekabet yapmama garantisi ticari işletmenin menfaatinde ve bu işletmenin devralanca tekrar satılması, aksine mukavele hariç, işletmeye bağlı hak ve avantajları da kapsar”⁶⁷; Bununla beraber, ikinci devrin, birincininkinden daha dar bir şart ihtiva etmesi halinde durum farklıdır^{68 69};
- p. “Rekabet yapmama borcu, devredenin ölümü anında ortadan kalkmamışsa, onun mirasçılara da intikal eder”⁷⁰;
- r. “Satıcı şirketse, rekabet yapmama borcu, özel haller dışında, ortaklara geçmez; meğer ki bu ortaklar, şirketin şekli bakımından şirket borçlarından şahsen sorumlu olmasınlar”⁷¹;
- s. “Otelini satan ve benzer bir ticaretle ilgilenmeyeceğini taahhüt eden otelcinin kendi villasının 5 odasını bir başka otelciye kiralaması, onun, odalarını kiralayan otelcinin ticari faaliyetine katılması anlamını taşımaz”⁷²;
- t. “Üçüncü şahıs satıcıya saklayan ya da mirasçılarla işbirliği yapan bir rol oynamaktaysa, Belçika mahkeme kararları, mahkum edilebilmesi için, onun, yalnızca sözleşmenin ihlal edildiğini bilmesini değil aynı zamanda mükellefiyetin ihlaline yardım etmiş olmasını da aramaktadır”⁷³.

D) REKABET YAPMAMA MÜKELLEFİYETİNE UYMAMANIN YAPTIRIMI

Rekabet yapmama mükellefiyetine uymamanın müeyyidesi, duruma göre, sözleşmenin feshi ya da tazminat istemidir⁷⁴. Devralan, zararının aynı telafisi babında, rakip işletmenin kapatılmasına karar verilmesini de talep edebilecektir⁷⁵.

⁶⁶ COPPENS, 1, s.87.

⁶⁷ RYN/HEENEN, s.408.

⁶⁸ RYN/HEENEN, s.408.

⁶⁹ Bu konuda ayrıca bkz. COPPENS, 1, s.88: “Devredenin rekabette bulunmama borcundan kaynaklanan alacak, buna ilişkin şart uygulamada oldukça, devirden devire intikal eden ticari işletmenin gayrimaddi bir unsurunu oluşturur”; “devralan, işletmenin önceki sahibini bağlayan rekabet yapmama şartının ihlalini bilmeyebilir”.

⁷⁰ RYN/HEENEN, s.408.

⁷¹ RYN/HEENEN, s.408.

⁷² COPPENS, 1, s.89.

⁷³ COPPENS, 1, s.88.

⁷⁴ RYN/HEENEN, s.408.

⁷⁵ RYN/HEENEN, s.408.

E) TİCARİ İŞLETMENİN SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİ

Ticari işletme sermaye payı olarak getirilebilir⁷⁶ ⁷⁷. Doktrinde, ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesinde, borçlarla alacakların da ticari işletme ile birlikte intikal edeceği; bunun ise genel ilkeye bir istisna teşkil ettiği belirtilmektedir⁷⁸. “Şirkete sermaye koymanın sermaye unsurlarının şirkete devri” anlamını taşıması nedeniyle⁷⁹, devredenin, satım akdinde olduğu gibi, zapta karşı tekeffül borcu⁸⁰ ile gizli ayıplardan sorumu⁸¹ açıkça ifade edildiği halde; rekabet yapmama mükellefiyeti konusunda bir ilmi ya da kazai içtihatla tasadüf edilmemiştir⁸².

⁷⁶ **FREDERİÇQ**: Traité... IV, s.102; **PIERRE COPPENS**: Cours de droit commercial, Troisième volume, Loduvaïn-La Neuve, s.311; **COPPENS**, 1, s.82; **RYN/HEENEN**, s.399; **PIERRE COPPENS** Cours de droit commercial, Deuxième volume, Loduvaïn-La Neuve, s.219.

⁷⁷ Doktrinde “ticari işletme” “aynı sermaye”, başka bir ifadeyle “paradan ibaret olmayan sermaye” olarak ele alınmaktadır; bkz. **FREDERİÇQ**: Traité...IV, s.99, 102.

⁷⁸ **COPPENS**, 1, s.82.

⁷⁹ **COPPENS**, 2, s.219; **COPPENS**, 1, s.82; **FREDERİÇQ**: Précis...s.296: “Mülkiyet hakkı gibi bir mutlak hak söz konusu olursa sermaye getiren satıcının durumunu andıran bir durum içinde bulunur. Mülkiyet onun mamelekinden çıkar ve ortakların bütününe ya da eğer hükmi şahıs söz konusu ise şirketin mamelekine geçer (..)”.

⁸⁰ **RYN/HEENEN**, s.406-407, **COPPENS**, 2, s.219.

⁸¹ **RYN/HEENEN**, s.406.

⁸² Buraya kadar yapılan açıklamalar, konunun düzenlenmesi açısından Belçika ve Türk hukuklarında büyük bir benzerlik olduğunu göstermektedir: Her iki hukukta da “ticari işletme” bir özel kanunla düzenlenmemiş; sadece “ticari işletmenin rehni” konusu özel bir düzenlemeye konu teşkil etmiş, ticari işletme ile ilgili konular dağıtık olarak kanunlara serpiştirilmiştir. Durum böyle olunca “ticari işletmesini devreden rekabet yapmama mükellefiyeti” de her iki hukukta kanunlarda hükme bağlanmamış konu Belçika’da ilmi ve kazai içtihatla geliştirilmiştir. Bu nedenle bu incelemeyi yapıp yayımlamaktaki amacımız, kanunlardaki boşluk nedeniyle “devreden rekabet yapmama mükellefiyeti”ne ilişkin bir sorunla karşılaşan hukukçularımıza, başvuracakları, istifade edebilecekleri bir belge sağlamaktır.