

T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

İŞ HUKUKUNDA REKABET YASAĞI

Yüksek Lisans Tezi

CANAN GÖKÇE DİNÇ

İstanbul, 2011

TC
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

İŞ HUKUKUNDA REKABET YASAĞI

Yüksek Lisans Tezi

CANAN GÖKÇE DİNÇ

Tez Danışmanı
Talat CANBOLAT

İstanbul, 2011

ÖZET

Mevzuatımızdaki rekabet yasağı kuralları, belirli görevlerde bulunan bazı kişilerin, bu görevleri dolayısıyla öğrenmiş oldukları bilgileri kendi ve başkaları yararına kullanılmasını engellemek amacı ile bazı konularda iş yapmalarını yasaklamaktadır. Bu yasak Anayasamızda var olan temel haklardan rekabet etme özgürlüğüne bir sınırlama getirmektedir.

Temel bir hak olan rekabet hakkına sınırlama getiren bu yasakların, sınırları, koşulları, kapsamı ve bunların ihlalinin hüküm ve sonuçlarının açıkça belirlenmesi gerekir. Tezimiz bu amaçtan yola çıkılarak hazırlanmıştır. Mevzuatımızdaki bütün rekabet yasağı düzenlemelerinin incelenmesi yerine iş hukukunda rekabet yasağı konusunun incelenmesi uygun görülerek rekabet yasağının gerçek yaşamdaki yansıması açıklanmaya çalışılmıştır.

Tezimiz üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel olarak rekabet ve rekabet yasağı kavramları, rekabet yasağının özellikleri, temel dayanakları ve mevzuatımızdaki rekabet yasağı düzenlemeleri ele alınmıştır.

İkinci bölümde iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin belirleyici unsurları ve iş sözleşmesi devam ederken işçinin rekabet yapmama borcu ile rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıklarda görevli mahkeme konusu ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, iş sözleşmesi sona erdikten sonra iş sırnın korunması, rekabet yasağı sözleşmesi, sözleşmesinin unsurları ve hükümleri ile birlikte sözleşmenin ihlali ve sonuçları, rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şart konusu ile iş yeri devrinde rekabet yasağı durumu hakkında bilgi verilmiştir.

Yapılan inceleme sonucunda konu ile ilgili düzenlemelerde boşlukların olduğu 11.01.2011 tarihinde kabul edilen ve yürürlük tarihi 01.07.2012 olan 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu ve diğer düzenlemeler ile bu boşlukların bir nebze olsun doldurulmaya çalışıldığının anlaşılmasına rağmen iş hukukunun dinamik bir hukuk olması nedeni ile yeni düzenlemelere sürekli ihtiyacı olduğu sonucuna varılmıştır.

ABSTRACT

Prohibition of competition rules in our legislation prohibits some issues to do business for some people in specific positions because of prevention of usage the knowledge they had acquired from their positions for benefit of their own and others. This prohibition brings a restriction to the freedom of compete which is one of the fundamental rights in our Constitution.

Limits, conditions, scopes also the provisions and the results of breaching that terms must be clearly defined that these prohibitions that restricts the right of compete as a main right. Our thesis has been prepared on the basis of this particular purpose. Instead of examining all the regulations about prohibition of competition in our legislation, prohibition of competition in business law is found more appropriate and reflection of prohibition of competition in real-life is tried to explain.

Our thesis consists of three parts. In the first part, the general concepts of competition and the prohibition of competition, properties of the prohibition of competition, basic supports the regulations about prohibition of competition in our domestic legislation are discussed.

In the second section, business contract, defining elements of the business contract, the workers obligation compete with continuing of business contract, and officer court subject in conflicts regarding the prohibition of competition are examined in detail.

In the third section, protection of the secret of business after termination of business contract, the contract of prohibition of competition, elements and the provisions of the contract with breach of contract and results, subject of penal clause in contract of prohibition of competition and the situation in prohibition of competition of the transfer of business are informed.

As a result of the examination, there are spaces in regulations and with 6098 numbered new law of obligation accepted on 11.01.2011 exercise date 01.07.2012 and other regulations tried to fill these spaces but business law as a dynamic law needs new regulations permanently.

ÖNSÖZ

Tez çalışmam sırasında tezi yöneten ve değerli bilgileri ile destek olan sayın hocam Doç. Dr. Talat CANBOLAT'a, kaynak araştırmamda yardımlarını esirgemeyen değerli meslektaşlarım Av. İlter ÖZDEMİR ve Av. Nurcan KARAKAŞ'a, yüksek lisanstaki yol arkadaşım Av. Handan YILDIZ'a, tez yazım aşamasındaki destekleri dolayısıyla Av. Semanur ALİOĞLU ve Av. Emine KAYA'ya, yüksek lisansa başlamama vesile olan arkadaşım Av. Ezgi TAŞKIN YILMAZ'a, gösterdikleri sevgi ve destek için aileme ve ayrıca üstün sabrından ötürü hayattaki en büyük destekçim, can yoldaşım eşim Alihan DİNÇ'e teşekkür ederim.

Aralık, 2011

Av. Canan GÖKÇE DİNÇ

İÇİNDEKİLER

İçindekiler	v
Kısaltmalar	x
Giriş	1

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET ve REKABET YASAĞI KAVRAMLARI

I. REKABET KAVRAMI	2
A- Ekonomik Anlamda	3
B- Hukuki Anlamda	3
a. Anayasa Hukuku Bakımından	4
b. Özel Hukuk Bakımından	5
aa. Kişilik Haklarını İhlal Eden Fiil Olarak Rekabet ..	5
bb. Dürüstlük Kuralına Aykırı Fiil veya Hakkın Kötüye Kullanımı Olarak Rekabet	5
cc. Haksız Fiil Olarak Rekabet	5
dd. Sözleşmeye Aykırı Fiil Olarak Rekabet	6
II. REKABET YASAĞI KAVRAMI	6
A- Kanunda Doğan Rekabet Yasağı	7
B- Sözleşmeden Doğan Rekabet Yasağı	7
C- Rekabet Yasağının Özellikleri	9
D- Rekabet Yasağının Temel Dayanakları	9
E- Rekabet Yasağının Amacı	10
III. REKABET YASAĞININ MEVZUATIMIZDAKİ YERİ	10
A- Borçlar Kanun'nda	10
a. Ticari Mümessil ve Ticari Vekiller	12
b. Adi Şirket Ortakları	13
B- İş Kanunu'nda	13
C- Türk Ticaret Kanunu'nda	14

a. Ticaret Şirketleri	14
aa. Kollektif Şirketler	14
bb. Komandit Şirketler	15
cc. Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketler	16
dd. Anonim ve Limited Şirketler	16
b. Acenteler	17
D- Kooperatifler Kanunu'nda	18
E- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da	18
F- Sermaye Piyasası Mevzuatında	18
G- Bankacılık Kanunu'nda	20

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ ve REKABET YASAĞI

I. İŞ SÖZLEŞMESİ	21
A- İş Sözleşmesi Kavramı ve Hukuki Niteliği	21
a. İş Sözleşmesinin Tanımı ve İş İlişkisi	21
b. İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	23
aa. Özel Hukuk Sözleşmesi Olması	23
bb. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması	23
cc. Devamlı Bir Sözleşme Olması	23
dd. İşçinin Şahsına Bağlı Olması	24
B- İş Sözleşmesinin Unsurları	24
a. Bir İşin Görülmesi	24
b. İşin Ücret Karşılığında Görülmesi	25
c. Bağımlılık Unsuru	25
C- Borçlar Kanunu'na ve Özel Kanunlara Tabi İş Sözleşmesi Ayrımı ..	29
II. İŞ SÖZLEŞMESİ DEVAM EDERKEN İŞÇİNİN REKABET YAPMAMA BORCU	30
A- Rekabet Yapmama Borcunun Uygulama Alanı	31
a. Rekabet Sayılan Durumlar	31
aa. İşçinin Rakip Bir İşletmede/İşletmede Çalışması ve/veya Ortak Olması	33

bb. İşçinin Kendi Adına Rekabet Teşkil Eden Bir İş Yapması	34
cc. İşçinin Her Ne Sıfatla Olursa Olsun Rakip Bir Müessese İle İlgisi Olması	35
b. Rekabet Sayılmayan Durumlar	35
B- Rekabet Yapmama Borcunun Sona Ermesi	36
C- Rekabet Yapmama Borcuna Aykırılığın Haksız Rekabet Teşkil Etmesi	37
D- Rekabet Yapmama Borcuna Aykırılığın Sonuçları	40
a. Hukuki Sonuçları	40
aa. İş Sözleşmesinin Feshi	40
bb. Zararların Tazmini	41
cc. Haksız Rekabet Durumunda Özel Sonuçlar	42
b. Cezai Sonuçlar	42
III. REKABET YASAĞINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME	44

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ SONA ERDİKTEN SONRA İŞ SIRRININ KORUNMASI

I. İŞ SIRRI KAVRAMI	49
A- Sırrın Unsurları	50
a. Sır Niteliği (Bilinmezlik)	50
b. Sırrın İş İle Bağlantılı Olması	51
c. İşverenin Gizli Tutma İradesi	52
d. İşverenin Haklı Bir Menfaatinin Varlığı	53
B- Kapsamı	54
II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ	55
A- Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Önemi	56
B- Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Konusu	57

C- Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Yapılabileceği Zaman	58
D- Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları	59
a. Ehliyet	62
b. Şekil	64
c. İş Sözleşmesinin Türü	65
III. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI ve HÜKÜMLER	66
A- Unsurları	66
a. İşverenin Korunmaya Değer Haklı Bir Menfaatinin Varlığı	66
b. Müşteri Çevresi ve İş Sırlarına Nüfus Etme	67
c. İşverenin Önemli Bir Zarara Uğrama İhtimali	69
d. İşçinin Ekonomik Geleceğinin Tehlikeye Uğratılmaması	69
B- Rekabet Yasağının Sınırlandırılması	70
a. Konu Bakımından Sınırlandırma	70
b. Zaman Bakımında Sınırlandırma	72
c. Yer Bakımından Sınırlandırma	74
C- Sözleşmeye Hâkimin Müdahalesi	75
D- Hükümleri	78
a. Rekabet Sayılan Faaliyetler	78
b. Sözleşmenin Karşı Edim İçermesi	80
IV. SÖZLEŞMENİN İHLALİ ve SONUÇLARI	81
A- İhlali	81
B- Sonuçları	83
a. İşverenin Zararlarının Tazmini	83
b. İşverenin Cezai Şart Talep Edebilmesi	84
c. İşverenin İşçinin Sözleşmeyi İhlal Filini Sona Erdirmesi Talebi	85
V. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ ve CEZAI ŞART	85
A- İşçinin Cezai Şart Ödemesi	87
B- Rekabet Yasağına Aykırılık Halinde Cezai Şartın İndirilmesi	88

C- Rekabet Yasağına İlişkin Cezai Şartın Geçersizliği ve Sona Ermesi	88
a. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin ve Cezai Şartın Geçersizliği	88
b. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin ve Cezai Şartın Sona Ermesi	89
VI. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ	89
A- İşverenin Önemli Bir Menfaatinin Kalmaması Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi	90
B- Hizmet Sözleşmesinin Feshine Bağlı Olarak Sözleşmesinin Sona Ermesi	91
a. Sözleşmenin İşveren Tarafından Feshi	91
b. Sözleşmenin İşçi Tarafından Feshi	93
VII. İŞYERİ DEVRİNDE REKABET YASAĞININ DURUMU	94
SONUÇ	96
BİBLİYOGRAFYA	99
ÖZET	106

KISALTMALAR

AÜEHFD	:Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
Koop. K.	:Kooperatifler Kanunu
m.	: madde
no.	: numara
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve sair
YBK	:6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu
YTTK	:6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu

GİRİŞ

Günümüzde geçerli olan liberal ekonomi anlayışı, serbest rekabet ilkesine dayanır. Anayasa'nın 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma, sözleşme yapma ve özel teşebbüsler kurma özgürlüğüne sahip olduğu ifade edilmiştir. Rekabet etme hakkı da özel teşebbüs kurma özgürlüğünün doğal bir sonucudur.

Rekabetin işletmelerin verimini arttırma, üretilen mal ve hizmetlerin kalitesini yükseltme gibi olumlu etkileri vardır. Ancak rekabet hakkının dürüstlük kuralına aykırı şekilde kötüye kullanılması da mümkündür. Bu nedenle hemen hemen her ülkede rekabet özgürlüğünün sınırları kanunlarla çizilmiştir. Rekabet yasağı da rekabet özgürlüğüne getirilen bir sınırlama niteliğindedir.

Tez konusu olarak “ İş Hukukunda Rekabet Yasağı”nı seçmemizin temel nedeni bu konudaki çalışmaların azlığı, kanunlarımızdaki düzenlemelerde göze çarpan bazı eksiklik ve yanlışlara dikkat çekmek, yoruma ihtiyaç duyulan konuların öğretilerdeki görüşler ve mahkeme kararları da dikkate alınarak değerlendirilmesini sağlamaktır.

Tezimiz üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel olarak rekabet ve rekabet yasağı kavramları, rekabet yasağının özellikleri, temel dayanakları ve mevzuatımızdaki rekabet yasağı düzenlemeleri ele alınmıştır.

İkinci bölümde iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin belirleyici unsurları ve iş sözleşmesi devam ederken işçinin rekabet yapmama borcu ile rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıklarda görevli mahkeme konusu ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, iş sözleşmesi sona erdikten sonra iş sırrının korunması, rekabet yasağı sözleşmesi, sözleşmenin unsurları ve hükümleri ile birlikte sözleşmenin ihlali ve sonuçları, rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şart konusu ile işyeri devrinde rekabet yasağının durumu hakkında bilgi verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET ve REKABET YASAĞI KAVRAMLARI

I. REKABET KAVRAMI

Kelime anlamı ile rekabet, aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma veya yarış olarak tanımlanabilir¹. Rekabet toplum içinde yaşayan insanlar arasında değişik şekillerde ortaya çıkar ve insanın doğasından kaynaklanır. Canlıların yaşamak için birbirleri ile yaptıkları mücadele bir tür rekabettir. Rekabet bir başka anlamı ile siyaset, ilim, ekonomi vb. gibi alanlarda rakiplerin önüne geçmek için sarfedilen çabaların ifadesidir².

Bazı menfaatleri aralarında paylaşmadan, paylaşma söz konusu olacaksa en büyük payı elde etmek isteyen şahısların karşılıklı durumunu ifade eden rekabet, toplum halinde yaşayan insanlar arasında her zaman görülen bir vakıdır³. Ticaret hayatında da, yükselme, aynı sahada çalışan kimselerle yarışmakla, rekabet etmekle mümkün olur. Bu yarışma (rekabet), ya verimi arttırmak, ya müşteri temin etmek ve bunların sayısını çoğaltmak yahut rakibin faaliyetini güçleştirmek, bertaraf etmek suretiyle ortaya çıkar⁴.

¹ **TÜRK DİL KURUMU**, S. 1219 Rekabet, yarış, yarışma, bir alanda ve faaliyette benzeri kişilerden geri kalmama gayretidir. **ŞAFAK**, Ali; Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1992 s. 473.

² **ÖRS**, Fahri Halil; Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara 1958. s. 2; **KALE**, Serdar; Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası, İstanbul 2004, s.2; **ORUÇ**, Murat; Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, Mart 2009, s.3.

³ **KARAHAN**'a göre, "Rekabet, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren işletmeler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan bir yarıştır. İşletmenin, kendisi ile aynı alanda iş gören diğer işletmelere nazaran daha geniş bir tüketici kitlesine mal satabilme veya hizmet sunabilme arzusu şeklinde kendini gösterir. İktisadi rekabet modern ekonomik sistemlerin vazgeçilmez araçlarındandır. Daha ucuz veya daha kaliteli mal veya hizmetlerin geniş halk kitlelerine sunulabilmesi imkanını sağlama yarışı toplumun, ekonominin ve teknolojinin gelişimini sağlar. Bundan dolayıdır ki, hemen tüm hukuk sitemleri serbest rekabeti bir hak olarak mütalaa edip teşvik etmişler, korumuşlar, kötüye kullanılmasını da hukuki ve cezai müeyyidelerle karşılamışlardır" **KARAHAN**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2010, s. 173

⁴ **AYHAN**, Rıza; Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007, s.193; **YASAMAN**, Hamdi, **POROY**, Reha, Ticari İşletme Hukuku, Eylül 2010, s.3-17; **DEMİR**, Ertan - **BİLGİLİ**, Fatih, Ticaret Hukuku, Ticari İşletme Hukuku, Ocak 2010, s.271.

A- Ekonomik Anlamda

Ekonomik anlamda rekabet, talep eden ile arz eden arasındaki ilişkide, arz eden tarafta bulunan kişilerin, talep sahiplerini kendi taraflarına çekmek için yaptıkları faaliyet olarak tanımlanır⁵. Diğer bir anlatımla ekonomik (iktisadi) rekabet; iktisadi faaliyette bulunan ile arz eden arasındaki (farazi) sözleşmede, müşterilerin karşısındaki tarafta yer almak için tacirlerin harcadıkları çaba biçiminde tanımlanabilir. Bu çaba, sözleşmenin yapılabilmesi için müşterilerin rızalarını elde etmeye yöneliktir. İktisadi rekabet, ticaret gözetmiş ve aynı iktisadi amaç peşinde koşmakta olan ve en az iki işletme, birbirine rakip demektir. Bunun gibi, ürettikleri şeyi (ürünü) veya hizmetleri bir ücret karşılığında başkalarına arz eden kimseler, ancak aynı çevrede müşteri topladıkları ve faaliyetleri ile aynı ihtiyaçları temin ettikleri takdirde birbirlerine rakip sayılırlar⁶.

Serbest rekabet ortamında müteşebbis, daha kaliteli ve daha ucuza, mal üretme olanağı bulurken, tüketiciler de bu malları daha ucuza ve kaliteli bir şekilde elde edebilirler⁷.

B- Hukuki Anlamda

Rekabet, kişilerin ve toplumun gelişmesi açısından gereklidir. Ayrıca dürüstlük ve ahlak kurallarına uygun yapılan rekabet, bireylerin refah düzeylerinin yükselmesini sağlar ve topluma canlılık kazandırır⁸. Rekabet, bu olumlu etkilerinin yanında sınırsız ve kontrolsüz olarak topluma sunulduğunda zararlı sonuçların oluşması kaçınılmaz olacaktır. Bu zararlı sonuçların oluşmaması için hemen hemen her ülkede rekabet özgürlüğünün sınırları çizilmeye çalışılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde rekabet; "mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış" olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi tanım rekabetin ekonomik anlamından hareket edilerek yapılmıştır. Türk pozitif hukukunda da, ekonomik anlamda rekabet korunmaya çalışılmıştır⁹. Rekabet sınırlamalarından da bahsedebilmek için

⁵ **HIRSCH**, Ernest; Ticaret Hukuku Dersleri, 3. bası, İstanbul 1948, s. 164; **MİMAROĞLU**, Sait Kemal; Ticaret Hukuku, C, I, İşletme Hukuku, Ankara 1978. S. 378; **AYHAN**, Haksız Rekabet, s.6; **ÖRS**, s.3.

⁶ **UŞAN**, M. Fatih; İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003 s. 42. ; **ÖRS**, s. 10.

⁷ **ASLAN**, İ. Yılmaz; Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, s. 48; **MİMAROĞLU**, İşletme, s. 376-377; **ÖRS**, s. 3.

⁸ Rekabetin olumlu etkileri hakkında bkz. **ARKAN**, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, 8.bası, Ankara 2005, s.291; **POROY**, Reha/ **YASAMAN**, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, 13. bası, İstanbul 2010, s. 274,298; **KALE**, Serdar; Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası, İstanbul 2004, s.2.

⁹ **AYHAN**, Haksız Rekabet, s.6.

rekabetin her şeyden önce ekonomik olaylara ilişkin olması gerekmektedir. Hukuk düzeni tarafından koruma altına alınan rekabet de, ekonomik olan ve gelir elde amacına yönelik olan rekabettir¹⁰.

Hukuk açısından rekabet, haklı (hukuka uygun) rekabet ve haksız (hukuka aykırı) rekabet olmak üzere iki türdür. Rekabet hakkındaki mevzuattaki düzenlemeler, haklı rekabetin korunması amacına yöneliktir. Bu nedenle hukuki anlamda rekabet, ekonomik anlamından daha dar olarak ele alınmıştır¹¹.

Rekabet ile ilgili hukuki düzenlemeler iki amaca hizmet eder. Hukuka uygun olmayan rekabet fiillerine karşı önlem almak (haksız rekabet hukuku) ve rekabeti ortadan kaldırmayı amaçlayan sınırlamalara karşı mevcut rekabeti koruyucu önlemler almaktır¹². (rekabet hukuku, kartel/rekabet sınırlamaları hukuku)

Rekabet ile ilgili hükümlere, gerek kamu hukukunda, gerek özel hukukta rastlanmaktadır. Şimdi rekabetin bu hükümlerdeki özel görünüşlerini inceleyelim:

a. Anayasa Hukuku Bakımından

Rekabet hakkı, kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilemez ve vazgeçilemez temel haklardandır¹³.

Anayasa'nın 48. maddesinde belirtilen, sözleşme ve çalışma, özel teşebbüs kurma ve yaşatma özgürlüklerinin doğal sonucu rekabet etme hakkıdır¹⁴. Ayrıca Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrasına göre; "herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir". Ekonomik hayatta rekabetin aşırı derecede sınırlandırılması kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ihlal eder. Ayrıca Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasında "devletin insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlayacağı" ve Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında "devletin kredi, para, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemler alacağı, fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği belirtilmiştir. Bu anlamda rekabet hakkının sınırlarının çizilmesi devlet bakımından bir hak ve yükümlülüktür¹⁵.

¹⁰ **TOPÇUOĞLU**, Metin; Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001, s.8.

¹¹ **SAYHAN**, İsmet; Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1993, s. 11-1.

¹² **SAYHAN**, s.13; **DEMİR**, Sema; Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001, s.5.

¹³ **KARAYALÇIN**, Yaşar; Ticaret Hukukuna Giriş – Ticari İşletme, 3. Bası Ankara 1968, s. 442; **AYHAN**, Haksız Rekabet, s. 6; **KALE**, s.4.

¹⁴ **ARKAN**, İşletme; s.295.

¹⁵ **AYHAN**, Haksız Rekabet, s. 6; **KALE**, s.5; **KARAYALÇIN**, İşletme; s.443.

b. Özel Hukuk Bakımından

aa. Kişilik Haklarını İhlal Eden Fiil Olarak Rekabet

Rekabet hakkı, şahsiyet hakları içerisinde yer alır. Fakat diğer şahsiyet haklarından farklıdır. Zira, rekabet hakkı, sözleşme ile sınırlandırılabilir. Ancak hemen belirtmekte fayda var ki, rekabetin yasaklanmasına yönelik bütün sınırlandırmaların geçici ve karşı tarafın meşru (haklı) bir menfaatine hizmet eder nitelikte olması gerekir. Bunun yanında, kişinin özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıracak nitelikte mali ve ekonomik nitelikteki sınırlandırmalar, hukuka aykırıdır. Hatta kişinin rızası olsa bile, onun maddi gelişiminin ve mesleği icra faaliyetinin aşırı derecede sınırlandırılması halinde, bu tür kayıtlar geçersiz kabul edilir¹⁶.

bb. Dürüstlük Kuralına Aykırı Fiil veya Hakkın Kötüye Kullanımı Olarak Rekabet

Türk Medeni Kanunu'nun 2 maddesine göre; "herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır". Dürüstlük kuralı, bir kimseden, namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir davranışın bu nitelikte olup, olmadığı toplumda egemen olan ahlaki ölçülere, geçerli adetlere, hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edilir¹⁷. Dürüstlük kuralı, rekabetin, hangi hallerde hukuka aykırı olduğunu belirlemede önemli bir ölçüttür¹⁸. Hangi sebeple olursa olsun, rekabet hakkı, hakkın kötüye kullanımı olarak karşımıza çıkmadıkça yahut bir tarafın sömürülmesi olarak anlaşılmadığı müddetçe, topluma faydalıdır. Toplumun maddi ve manevi ilerlemesinde önemli bir fonksiyon icra eder. Bu anlamda, rekabet, fiyatların düşmesine, teknik gelişmeye, teşebbüs kabiliyetinin artmasına ve sonuçta ekonomik hayatta canlılığa yol açar. Bununla birlikte rekabet ile ulaşılabilecek amacın ve kullanılacak araçların tespiti yapılırken, dürüst davranmak, doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan (dürüstlük kuralına aykırı) davranışlardan kaçınmak gerekir. Aksi takdirde rekabet, hukuk tarafından benimsenmeyen bir hal alır ve hukukun öngördüğü müeyyide uygulama alanı bulur¹⁹.

cc. Haksız Fiil Olarak Rekabet

Borçlar Kanunu'nun 41 vd. (YBK m.49 vd.) maddelerinde düzenlenen haksız fiile ilişkin hükümler haksız rekabet halinde de uygulanabilecektir. Zira öğretilerde haksız rekabetin

¹⁶ ÖRS, s. 8-9, UŞAN, s.44.

¹⁷ OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami; Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar) , İstanbul 2010, s.168.

¹⁸ AYHAN, Haksız Rekabet s. 7; SAYHAN, s.14; DEMİR, s.8.

¹⁹ UŞAN, s.44, AYHAN, Haksız Rekabet s. 4.

haksız fiilin özel bir türü olduğu kabul edilmekle beraber kanun maddelerinin uygulanması bakımından birlik yoktur. Haksız rekabete ilişkin hükümlerin hem TTK'da hem BK'da yer alması öğretide tartışılmaktadır. "Haksız rekabeti önlemeye yönelik olan BK m.48 (YBK m. 57) ve TTK m 56 vd. (YTTKm. 54 vd.) hükümlerinin kaynağı İsviçre Hukukudur. Fakat İsviçre'de, bizim TTK m.56 vd.'na tekabül eden hükümler yürürlüğe sokulurken, BK m.48'in karşılığı olan hükümler kaldırılmıştır. Böylece, gerek adi, gerek ticari olsun, tüm haksız rekabet halleri aynı hükümlere tabi kılınmıştır. Oysa bizim hukukumuzda, TTK hükümleri yürürlüğe girerken BK m.48 (YBK m.57) kaldırılmamış, tam aksine, BK m.48'e fıkra eklenerek, ticari işler konusundaki TTK hükümlerinin saklı olduğu özellikle hükme bağlanmıştır. Bu durum öğretide eleştirilmekte ve tüm haksız rekabet hallerinin TTK'ya tabi tutulması önerilmektedir." Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR'a²⁰ göre; bu öneri yerinde ise de olması gereken hukuk açısından değer taşımaktadır. Mevcut hukuk açısından, adi işlerde (iki esnaf veya iki avukat arasında olduğu gibi) BK m.48'in, ticari işlerde ise TTK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bizde hocamızın görüşüne iştirak ediyoruz.

dd. Sözleşmeye Aykırı Fiil Olarak Rekabet

Karşılıklı ilişkileri bir sözleşmeye dayanan (hizmet, vekâlet vb.) kişiler, sözleşmeye rekabet ile ilgili hükümler koydukları takdirde, bu hükümleri ihlal eden rekabet fiilleri sözleşmeye aykırılık teşkil eder²¹.

II. REKABET YASAĞI KAVRAMI

Bir çalışma yasağı olarak rekabet yasağı, aynı alanda iş yapanların birbirleri ile haksız bir yarışa girmemesine yönelik bir yasak olarak tanımlanmaktadır²². Rekabet aslında kişiler için bir hak olmakla beraber, bazı durumlarda, belirli kişilerin birbirleriyle rekabet etmesinin yasaklanması suretiyle, bu hak bir yasağa dönüşmektedir. Bu yasak, kimi zaman bir kanun maddesi ile getirilen kanuni bir yasak olarak karşımıza çıkabileceği gibi, kimi zaman da taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanmaktadır²³.

²⁰ BAHTİYAR, Mehmet; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2011, s.109.

²¹ AYHAN, Haksız Rekabet s. 8; SAYHAN, s.15; DEMİR, s.8; KALE, s.6.

²² ERTÜRK ARSLAN, Arzu; Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 1.bası, İstanbul 2010, s.324, UŞAN, s.44.

²³ ERTÜRK ARSLAN, Arzu, s.324; UŞAN, s.44; KÖSEOĞLU, Haluk; Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Memnuiyeti, ABD 1968, s.6.

A- Kanundan Doğan Rekabet Yasağı

Rekabet yasaklarının amacı, rekabetin ortaya çıkarabileceği riskleri ortadan kaldırmaktır²⁴. Bu yasakların bir kısmı kanundan kaynaklanmaktadır. Kanundan kaynaklanan rekabet yasaklarına; ticari mümessilin, kolektif şirket ortağının, komandite ortağın ve anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin durumu örnek olarak verilebilir. Kanunen rekabet edici davranışta bulunmaları yasaklananların, sözleşme ile rekabet edici davranışta bulunmalarına izin verilebilir²⁵.

Bankalar Kanunu rekabet edici davranışlarda bulunmayı yasaklamış ve banka çalışanlarının sır saklamaları yanında rekabet edici davranışlardan da kaçınmalarını aramıştır. Buna göre, sır saklama borcuna aykırı davranarak banka sırlarını kendi adlarına veya bir başkası adına kullananlar için müeyyideler öngörülmüştür (Ban. K. M. 22/B.9). Yine Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde teşekkül ettirilen bir takım kuruluşlarda çalışanlar için de rekabet yasağı söz konusudur. Mevzuat içerisinde sözleşme ilişkisi sonrasına yönelik rekabet yasağını öngören düzenlemelerden bir diğeri de Mesleki Eğitim Kanunu ile getirilmiştir. Gerçekten MEK m.17'ye göre; "...507 Sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu kapsamındaki işyerlerinde çalışarak kalfa olanlar en az bir yıl o işyerinde çalışırlar.

Bu süreni sonunda işyerini değiştirmek isteyen kalfaya üç ay önce başvurmak kaydıyla, o işyeri çıkma izni verir.

Çıkma izni olmadan başka işyerleri kalfayı işe alamazlar.....". Kanun koyucu Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu kapsamında çıraklık eğitimini tamamlayarak kalfa unvanını alan kimselerin bir yıl daha aynı işyerinde çalışmalarını öngörmektedir. Bu düzenlemenin karşıt kavramından çıkan sonuç, çırağın eğitimini tamamlayıp, kalfalık belgesini aldığı yer dışında bir yıl boyunca herhangi bir yerde çalışmasının yasaklanmış olduğudur. Söz konusu hüküm, aynı zamanda esnaf ve sanatkârlar için bir çalıştırma (sözleşme yapma yükümlülüğü) anlamını da taşımaktadır. Bu yükümlülüğe aykırılığın müeyyidesi, asgari ücretin bir aylık tutarının üçte ikisi kadardır (MEK m. 41/b)²⁶.

B- Sözleşmeden Doğan Rekabet Yasağı

Sadakat borcu,²⁷ bir iş sözleşmesinin devamı boyunca işveren açısından işçiyi gözetme, işçi açısından ise işverenin ve işverenin çıkarlarını koruma, işverene ekonomik, ticari ve

²⁴ SOYER, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, s.8; UŞAN, s.45.

²⁵ AKYIĞIT, Ercan; İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Ocak 1991, s.5.

²⁶ UŞAN, s.46.

²⁷ İş sözleşmesinin taraflarını teşkil eden işveren ile işçinin asli edimleri iş görme ve bu edimin karşılığını oluşturan ücret ödeme olup; sözleşme ilişkisi çerçevesinde yüklendikleri borçlar bunlarla sınırlı değildir. Sürekli bir borç ilişkisi niteliğine haiz iş sözleşmesinin tarafları olmalarından dolayı aralarında sıkı bir güven ve bağlılık ilişkisi bulunmaktadır ki bu nedenle işçinin sadakat borcu, itaat borcu; işverende gözetme borcu, eşit işlem

mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcu şeklinde kendini gösteren bir borç olup,²⁸ çağdaş İş Hukuku anlayışının bir ürünüdür²⁹.

Sadakat borcundan kaynaklanan ve borcun olumsuz yanı³⁰ içerisinde yer alan rekabet etmeme borcu, sözleşmede ayrıca belirtilmesine ya da yinelenmesine gerek olmaksızın; taraflar arasında iş sözleşmesinin kurulması ile hüküm ifade eden³¹ bir borçtur. İş sözleşmesi süresince sadakat borcundan kaynaklanır ve iş sözleşmesinin usulüne uygun bir şekilde sona ermesi ile son bulur^{32,33}. Bu durumda asıl sorun işçinin hizmet sözleşmesinin son bulması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Sorun rekabet yasağı sözleşmesinin yapılması ile çözüme kavuşturulmaktadır.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin iş ilişkisi içerisinde işverenin müşterilerine nüfuz etmesi yahut iş sırlarına vakıfiyeti nedeniyle hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içerisinde işçinin işverenle rekabet teşkil eden davranış içerisine girmesini yasaklayan sözleşmeye denir³⁴.

yapma borcu, araç gereç malzeme sağlama borcu gibi bir takım yan edimleri de mevcuttur. Bkz. **AKYİĞİT**; Ercan, Türk, Alman, İsviçre Hukukunda Sadakat Borcu Açısından Yan İş Problemi, Kamu-İş Cilt 3 Sayı 2 Nisan 1992, s. 31,(Yan İş), **SAVAŞ**, Fatma Burcu, Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Sayı 13, 2007,s. 104.

²⁸ **SÜZEK**; Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010, s.276, **SAVAŞ**, Fatma Burcu, Rekabet Yasağı Sözleşmeleri s.104.

²⁹ İşçi ile işveren arasındaki ilişkinin malvarlığına dayalı bir ilişki olduğu yani emeğin meta olarak kabul edildiği dönemlerde işçinin böyle bir borcundan bahsedilmemekte idi. İş Hukuku'nun çağdaş bir görünüme kavuşmaya başlamasının ve işçinin kişiliğinin tanınmasının sonucu olarak işçi ile işveren arasındaki ilişkinin kişisel nitelikte olduğu ve sadakat yükümlülüğü de içermesi gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. **DEMİRCİOĞLU**, Murat; **CENTEL**, Tankut; İş Hukuku, İstanbul 2005, s.106; **ÇELİK**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, s.124, **DEMİR**, Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2003, s. 67-68, **TAŞMAN**, Bilgehan, Bireysel İş Hukuku, Cilt 1, İstanbul 1998, s. 323, **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi, Hizmet Sözleşmesi, (Kuruluş, İçerik, Sona Erme), Ankara 2008, s. 121; **SAVAŞ**, Fatma Burcu, Rekabet Yasağı Sözleşmeleri s.104.

³⁰ İşçinin sadakat borcunun olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yanı bulunmaktadır. Olumlu yanı yapma borcu şeklinde tezahür ederken, olumsuz yanı da yapmama borcu olarak karşımıza çıkmaktadır. Sadakat borcunun olumlu yanı, işin işverenin ve işletmenin menfaatine uygun şekilde yapılmasını gerektirir. İşçi öyle bir davranış sergileyecektir ki, kendisi işveren veya işveren vekili olsaydı nasıl davranacak idiyse öyle davranıyor olmalıdır. Olumsuz yanı ise, uygulama yönünden, olumlu yanından daha önemli olup, işverene zarar verebilecek her türlü hareketten kaçınmak anlamını taşımaktadır. İK'nın 25. Maddesinin 2.bendinde örnekleme yolu ile belirtilen haller bu borcun olumsuz yanına ilişkindir ve özellikle e fıkrasında esaslı noktaları ortaya koymaktadır. Nitekim işin özenle yapılması, tehlikeyi bildirme ve açıklama yükümü yapma borcu niteliğinde iken; sır saklama, rekabet etmeme borcu ise yapmama borcu niteliğindedir. Bkz, **ÇELİK**, s.125; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 364, **DEMİR**, s. 68; **TAŞMAN**, s. 323; **SAVAŞ**, Fatma Burcu, Rekabet Yasağı Sözleşmeleri s.105; **YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2005, s.419,**AKTAY**, Nizamettin; **ARICI**, Kadir; **KAPLAN SENYEN**, Emine Tuncay; İş Hukuku, İstanbul 2006,s. 123-124.

³¹ İş sözleşmesinin devamı süresince işçinin rekabet etmeme borcunu, iş sözleşmesinden değil de kanundan doğan bir yapmama borcu olarak değerlendirenlerde mevcuttur. **YAVUZ**, s.420-421.; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 364, **SAVAŞ**, Fatma Burcu, Rekabet Yasağı Sözleşmeleri s.10.

³² **SAVAŞ**, Fatma Burcu, Rekabet Yasağı Sözleşmeleri s.105.

³³ İşverenin hizmet sözleşmesinin devamı müddetince, işçinin rekabet oluşturan bir davranışta bulunmasını önlemeye yönelik bir rekabet yasağı sözleşmesi de yapılabilir. Bkz. **UŞAN**, s.48.

³⁴ **UŞAN**, s.49.

Rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler, işvereni ve iş sınırlarını korumakta ise de, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü de sınırlandırmaktadır³⁵. Böylelikle, bu iki zıt menfaat arasında orta bir yol bulmak ve karşılıklı menfaatleri dengelemek için rekabet yasağına ilişkin kurallar bazı kayıt ve şartlara tabi tutulmuştur³⁶. (Rekabet yasağı sözleşmeleri tezimizin üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak inceleneceğinden bu bölümde kısıtlı bilgi verilmiştir)

C- Rekabet Yasağının Özellikleri

Rekabet yasağının en belirgin özelliği hem kanundan hem de sözleşmeden doğmasıdır. Rekabet yasağına ilişkin hükümler kanundan doğmasına rağmen emredici değil, tamamlayıcı ve düzenleyici niteliktedir. Dolayısı ile rekabet yasağının kapsamı daraltılabilir, genişletilebilir ve hatta bu yasak tamamen kaldırılabilir.

Rekabetin yasaklanması düşüncesi yarışan iki faktör arasında denge kurmaya çalışır. Bunlar işçinin çalışma özgürlüğü ile işverenin çıkarlarının korunmasıdır. Bir başka ifade ile işçinin sahip olduğu yetenekleri ile kendi adına ve/veya başka bir işverenin yanında çalışma hakkı ile işverenin rakiplerine karşı sır sayılan hususların korunması hakkı arasında bir denge kurulmalı ve rekabet yasağı dar yorumlanmalıdır³⁷.

D- Rekabet Yasağının Temel Dayanakları

Rekabet yasağı ile ilgili hükümler konulmasının en temel dayanağı sadakat yükümlülüğüdür. Genel olarak sadakat yükümlülüğü, bir ilişkinin taraflarının birbirlerinin menfaatlerini gözetmesi, gerektiğinde karşı tarafın menfaatlerini kendi menfaatlerine tercih etmesi, bir araya gelme amacının gerçekleşmesi için çaba sarf etmesi, amaca zarar verici hareketlerden kaçınması ve bağlılık göstermesi olarak tanımlanabilir³⁸.

Öğretide bazı yazarlar da rekabet yasağının temel dayanağı olarak affectio societatis³⁹ unsurunu göstermektedir. Kanaatimizce sadakat yükümlülüğü affectio societatis unsurunu yapısı gereği zaten bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenle birbirinden ayrı olarak kategorize edilmesi yersizdir.

³⁵ Taraflar hizmet akdinin sona ermesinden sonra işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmaması veya rakip bir işyerinde çalışmaması konusunda rekabet yasağına dair bir sözleşme yapabilirler. Bu sözleşme hizmet akdinin sona ermesinden sonraki dönem bakımından hüküm doğuran bir akdi sorumluluk halidir. Eğer böyle bir sözleşme yapılmış ise, artık bunun aksine hareket eden işçinin çalışma özgürlüğünden bahsetmek olanaksızdır. Bkz. **ERGİN**, Berin, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1995 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1997, s. 60; **UŞAN**, s.50.

³⁶ **SAYMEN**, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954; **UŞAN**, s.50.

³⁷ **UŞAN**, s.50.

³⁸ **NOMER**, Füsün, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s.5 ve s.16.

³⁹ **BİRSEL**, "affectio societatis unsurunu, ortakların kazanç sağlamak amacını gerçekleştirmek için şirket konusuna giren işlerle kendileri imiş gibi uğraşmalarını sağlayan ortaklaşa ve aktif çaba gösterme niyeti olarak tanımlamıştır" **BİRSEL**, Mahmut, Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı, İzmir 1973, s. 13-16.

E- Rekabet Yasağının Amacı

Rekabet serbestîsi hukuk tarafından korunmaktadır. Hukukça korunan her rekabette meşrudur. Rekabet sırasında, rakiplerin önüne geçmek ve başarılı olabilmek için akla gelen her tedbire ve düşünceye başvurulur. Rekabet serbestîsinin sınırı, başkalarının rekabet hakkıdır. Ticaret serbestîsi, iyiniyet kurallarına aykırı olmamak şartıyla, kişiye başkalarıyla rekabet etme hakkını da bahşeder. Dolayısı ile rekabetin serbestçe yapılabilmesi, bunun sınırlandırılmaması gerekir. Ancak kimi bazı durumlar rekabetin sınırlandırılmasını hatta yasaklanmasını da haklı kılabilmektedir⁴⁰. Rekabet yasaklarının amacı da rekabetin ortaya çıkarabileceği riskleri ortadan kaldırmaktır⁴¹.

III. REKABET YASAĞININ MEVZUATTAMIZDAKİ YERİ

A- Borçlar Kanunu'nda

Halen daha yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 348-352 maddelerinde işçinin rekabet yasağı düzenlenmiştir⁴². BK m. 348'e göre; "İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfus etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf da, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair bir sıfatla alakadar olmamasını, şart edebilirler.

Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterilerini tanimasından ve esrara nüfusundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir.

İşçi, akdin yapıldığı zamanda reşit değil ise rekabet memnuiyetine dair olan şart batıldır"

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun anılan hükmü 11.01.2011 tarihinde kabul edilen ve yürürlük tarihi 01.07.2012 olan 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 444. maddesi ile aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir;

" Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme

⁴⁰UŞAN, s.42-43.

⁴¹UŞAN, s.45; SOYER, Rekabet Yasağı, s. 8.

⁴² Bu bölümde kanun değişikliklerine yüzeysel olarak değinilecek olup, konu ile ilgili asıl inceleme daha sonraki bölümlerde yapılacaktır.

açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir.

Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olabilecek nitelikteyse geçerlidir”

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340. maddesi göz önünde tutulmakla birlikte dili sadeleştirilmiştir⁴³.

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun Rekabetin Hududu başlıklı 349. Maddesine göre; “Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dâhilinde şart edilmiş ise muteberdir”. 6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu'nda anılan maddeye karşılık gelen madde sınırlandırılması başlıklı 445. madde olup, içeriği şu şekilde değiştirilmiştir: ”Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini 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.

Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı ve süresi bakımından sınırlandırabilir”

Değişen madde metninin ilk fıkrası temelde 818 Sayılı Kanun maddesi ile aynı olmakla birlikte rekabet yasağı sözleşmesinin süresinin iki yılı geçemeyeceği belirtilerek süre sınırlaması getirilmiştir. 6098 Sayılı Kanun ile madde metnine ikinci bir fıkra eklenerek hâkimin sözleşmeye müdahalesi düzenlenmiştir. Ayrıca maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340a maddesi göz önünde tutularak dili arılaştırılmıştır⁴⁴.

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun Muhalefetin Hükümleri başlıklı 351. maddesi 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun Aykırı Davranışların Sonuçları başlıklı 446. maddesinde düzenlenmiş olup, değişen madde metni aynen şöyledir; “ Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür.

Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.

⁴³ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü).

⁴⁴ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü).

İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini isteyebilir”

Maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340b maddesi göz önünde tutularak, metinde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında 818 Sayılı Kanuna göre hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

Rekabet yasağı ile ilgili olarak 818 Sayılı Kanunun Memnuiyetin Nihayeti başlıklı 352. maddesi 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun Sona Ermesi başlıklı 447. Maddesinde düzenlenmiş olup, maddede yapılan sadeleştirme dışında bir değişiklik yoktur.

a. Ticari Mümessil ve Ticari Vekiller

Ticari mümessil ve ticari vekilin rekabet yasağı Borçlar Kanunu'nun 455. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “ Bir müessesenin bütün işlerini idare eden yahut müessese sahibinin hizmetinde bulunan ticari mümessiller veya ticari vekiller müessese sahibinin izni olmaksızın, gerek kendi namlarına gerek üçüncü şahıs namına müessesenin yaptığı nevi’de dahi bir iş yapamazlar.

Buna muhalif harekette bulunurlarsa müessese sahibi zarar ve ziyan istemek ve bu suretle yapılan işleri kendi hesabına almak hakkını haizdir”. Anılan madde 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 553. maddesine karşılık gelmekte olup, şu şekilde değiştirilmiştir; “ Bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinden bulunan ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları, işletme sahibinin izni olmaksızın, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kendilerinin ya da bir üçüncü kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacakları gibi, kendi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptırılmazlar.

Buna aykırı davranırlarsa işletme sahibi, aralarındaki hukuki ilişkiden doğan hakları saklı kalmak kaydıyla, uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği gibi, bunun yerine, ticari temsilcinin, ticari vekilin veya diğer tacir yardımcısının kendi hesabına yaptığı veya üçüncü kişilere yaptırdığı işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla aldıkları ücretin verilmesini veya aynı işlerden doğan alacağın devredilmesini isteyebilirler”

Yeni Borçlar Kanunu'nda ticari işletme olsun olmasın bütün işletmeler göz önünde tutularak doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ibaresi kullanılmıştır. Ayrıca ticari temsilcilerin, ticari vekillerin ve diğer tacir yardımcılarının, işletme sahibinin izni olmaksızın, işletmenin yaptığı türden işleri, kendi hesaplarına üçüncü kişilere yaptırmaları da rekabet yasağının kapsamına dâhil edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında 818 Sayılı Borçlar

Kanunu'ndan farklı olarak işletme sahibinin, rekabet yasağına aykırı davranan ticari temsilcilere, ticari vekillere ve diğer tacir yardımcılara karşı, aralarındaki hukuki ilişkiden doğan haklar saklı kalmak kaydıyla, kendisine tanınan seçimlik hakları kullanabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca işletme sahibinin, rekabet yasağına aykırı davranan ticari temsilcilere, ticari vekillere ve diğer tacir yardımcılara karşı, onlar tarafından kendi hesaplarına yapılan veya üçüncü kişilere yaptırılan işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını istemesi durumunda, bu işler dolayısıyla aldıkları ücretin kendisine veya aynı işlerden doğan alacağın devredilmesini isteyebileceği belirtilmiştir⁴⁵.

b. Adi Şirket Ortakları

Adi şirketlerde rekabet yasağı 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 526. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “şeriklerden hiç biri, kendi hesabına şirketin gayesine muhalif veya muzır işleri yapamaz” Anılan madde 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 626. maddesine karşılık gelmekte olup, şu şekilde değiştirilmiştir; “ Ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar”. Yeni kanunda madde başlığı ortaklar arasındaki sorumluluk/rekabet ve yasağı şeklinde değiştirilerek eski kanunda kullanılan “kendi hesabına” ibaresi “kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine “ olarak değiştirilmiştir. Madde yapılan düzenleme ve arılaştırma dışında başkaca bir değişiklik yoktur⁴⁶.

B- İş Kanunu'nda

Türk Hukukunda İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, hizmet sözleşmesinin devamı süresince, işverenin sadakat borcuna aykırı ve özellikle rekabet edici tarzda üçüncü bir kişinin yanında çalışmasını yasaklayan tamamlayıcı (yedek) bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Ancak bu durum, işçinin rekabete girecek şekilde bir üçüncü kişi hesabına veya kendisi adına faaliyette bulunabileceği anlamına da gelmez. Zira sadakat borcu, işçinin bu tür davranışlarını yasaklamaktadır. İş K. m.25/II e'de (Eski İş K m. 17/II d) sayılan hususlar örnek kabilindedir. Yasa koyucu bu nedenleri tek tek saymak yerine, hâkime, hangi davranışların doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan bir davranış olduğunun takdiri yetkisini verdiği kabul edilmektedir. Bundan dolayı da, işçinin işyerinde öğrendiği bilgiler veya

⁴⁵ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü).

⁴⁶ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü).

becerileri kullanarak, mesai saatleri dışında da olsa aynı işi yapması (rekabet etmesi) doğruluk kurallarına uymayan bir davranış olarak kabul edilmektedir⁴⁷.

C- Türk Ticaret Kanunu'nda

a. Ticaret Şirketleri

aa. Kollektif Şirketler

Kollektif şirketlerde rekabet yasağı 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 172. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, kolektif şirket ortakları şirketin yaptığı ticari işleri diğer ortakların onayı olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak sıfatıyla da giremez. Anılan madde 13.01.2011 tarihinde kabul edilen ve yürürlüğe giriş tarihi 01.07.2012 olarak kararlaştırılan 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda 230. maddede şu şekilde düzenlenmiştir; “ Bir ortak, ortağı olduğu şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremez.

Yeni kurulan bir şirkete giren ortağın, daha önce kurulmuş diğer bir şirketin de sorumluluğu sınırlandırılmamış ortaklarından olduğunu diğer ortaklar bildikleri halde önceki şirketten ilişkisinin kesilmesini aralarında açıkça kararlaştırmamışlarsa, bu durumu kabul ettikleri var sayılır”. Yeni kanunda madde de değişiklik yapılmamış, sadece dili sadeleştirilmiştir.

Rekabet yasağına aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 172. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, şirket aşağıdaki yaptırımların uygulanmasını talep edebilir;

- 1- Tazminat
- 2- Tazminat yerine ortağın kendi adına yaptığı işlerin şirket adına yapılmış sayılması (iştirak hakkı⁴⁸)
- 3- Tazminat yerine, yasak kapsamına giren ve üçüncü kişiler hesabına yapılan işten doğan menfaatlerin şirkete bırakılması,
- 4- Diğer ortaklar haklı nedenlere dayanarak şirketin feshini talep edebilir.
- 5- Kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte, rekabete son verilmesi ve rekabetten kaçınılması talep edilebilir⁴⁹. Ayrıca ortak şirketten çıkarılabilir.

⁴⁷ UŞAN, s.120-121; BAŞBUĞ, Aydın; Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, s.110.

⁴⁸ Bu ifade için bkz. ARSLANLI, Halil, Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, İstanbul 1960 s.239

⁴⁹ ARSLANLI, Halil, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 240.

Ortaklardan birinin aynı konuda faaliyet gösteren bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak girmesi halinde ise; tazminat şirketin feshi, ortağın katıldığı şirketten çekilmesi talep edilebilir.

Bu talepler, şirket ortaklarının yasağın ihlal edildiğini öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her halde işlemin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde kullanılmadığı takdirde zamanaşımına uğrar. Yeni Ticaret Kanununda bahsi geçen madde de değişiklik yapılmamış sadece dili sadeleştirilmiştir⁵⁰.

bb. Komandit Şirketler

Komandit şirketlerde rekabet yasağı 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 250. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; "kolektif ortakların şirket mevzuunu teşkil eden muamelelerin aynını yapamayacaklarına dair olan 172. madde hükmü komanditerler hakkında tatbik olunmaz. Ancak; komanditerler, şirket konusunu teşkil eden işlerle uğraşacak bir işletme açar veya böyle bir işletme açan bir şahıs ile ortak olur veyahut bu mahiyette bir şirkete dâhil olurlarsa komandit şirketin evrak ve defterlerini incelemek hakkını kaybederler". 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda anılan hüküm 311. maddede düzenlenmiş olup, dilinin sadeleştirilmesinden başkaca bir değişiklik yoktur⁵¹.

Komandit şirketlerde komandite ortaklar bakımından 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kollaktif şirketlerde rekabet yasağına ilişkin 172. ve 173. maddeleri uygulanacaktır. Komanditer ortakların rekabet yasağına tabi olup olmadıkları ise öğretide tartışmalıdır⁵².

⁵⁰ 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu m.231'e göre; " Bir ortak 230. maddeye aykırı hareket ederse, şirket, bu ortaktan tazminat istemekte veya tazminat yerine bu ortağın kendi adına yaptığı işleri şirket adına yapılmış saymakta, üçüncü kişilerin hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasını istemekte serbesttir. (I) Bu seçeneklerden birine diğer ortaklar çoğunlukla karar verir. Bu hak, bir işlemin yapıldığının veya ortağın diğer bir şirkete girdiğinin öğrenildiği tarihten başlayarak üç ay ve herhalde işlemin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl sonra zamanaşımına uğrar. (II) Yukarıdaki hükümler, hakları ihlal edilen ortakların, şirketin feshini istemek haklarını etkilemez.

⁵¹6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu m.311'e göre; "Kollektif ortakların, şirket konusunu oluşturan işlemlerin aynını yapamayacaklarına ilişkin 230. madde komanditerler hakkında uygulanmaz. Ancak; komanditer, şirketin işletme konusunun kapsamına giren işlerle uğraşacak bir ticari işletme açar veya böyle bir işletme açan bir kişi ile ortak olur ya da bu nitelikte bir şirkete girerse, komandit şirketin belgelerini ve defterlerini incelemek hakkını kaybeder".

⁵² Bkz. **KALPSÜZ**, Turgut; Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları; Hüseyin Cahit OĞUZOĞLU'na Armağan, Ankara 1972, s. 347-385," Bir görüşe göre; komanditer ortaklar hakkında rekabet yasağının olmadığını ileri sürmek mümkün değildir. Sadece rekabet yasağının kapsam ve sonuçları farklı bir şekilde tespit edilmiştir. Şöyle ki; komanditer ortakların rekabet sayılan davranışları, şirket konusunu oluşturan işlerle uğraşacak ir işletme açmak veya böyle bir işletme açan bir kişi ile ortak olmak veya bu nitelikte bir şirkete katılmaktır. Bu görüşe göre; rekabet fiilinin yaptırımı ise, şirketin defter ve evrakını inceleme hakkının kaybıdır. Bu konudaki hâkim görüş ise; komanditer ortakların rekabet yasağına tabi olmadığı yönündedir. Bu görüşün temel dayanağı komanditer ortakların şirketi temsil ve yönetim yetkilerinin olmaması, onların şirketle ilgilerinin sadece koydukları sermaye yönünden olmasıdır."

cc. Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketler

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından rekabet yasağı 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 483. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye 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 şirkete mesuliyeti tahdit edilmemiş ortak sıfatıyla dahil olmaz.” Maddenin ikinci 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 düzenlenmiştir.

Yukarıda anılan hüküm 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 572. maddesinde düzenlenmiş olup, dilinin sadeleştirilmesinden başkaca bir değişiklik bulunmamaktadır⁵³.

Rekabet yasağına aykırı hareketin sonuçları bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 483. maddesinin yollaması dolayısıyla izin olmaksızın rekabet yasağını ihlal eden komandite ortak hakkında Türk Ticaret Kanunu'nun 173. maddesi uygulanır.

dd. Anonim ve Limited Şirketleri

Anonim şirketlerde rekabet yasağı 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 335. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “İdare meclisi azalarından biri umumi heyetin müsaadesini olmaksızın şirketin konusuna giren ticari muamele neviden bir muameleyi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı nevi ticari muamelelerle meşgul bir şirkete mesuliyeti tehdit edilmemiş olan ortak sıfatıyla giremez. Bu hükme aykırı harekette bulunan idare meclisi azasından şirket tazminat istemekte ve tazminat yerine yapılan muameleyi şirket namına yapılmış addetmek ve üçüncü şahıslar hesabına akdolunan mukavelelerden doğan menfaatlerin şirkete aidiyetini talep etmekte, serbesttir. (I) Bu haklardan birinin tercihi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan azadan başka azalara aittir. (II) Bu haklar, zikredilen ticari muamelelerin yapıldığı veyahut idare meclisi azasının diğer bir şirkete girdiği sair azaların öğrendikleri tarihten itibaren üç aylık ve herhalde vukularından itibaren bir yıllık müruzamana tabidir. (III)

Hükmü 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda karşılayan madde 396. madde olup, madde metninde herhangi bir hüküm değişikliği bulunmamaktadır⁵⁴.

⁵³ 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu m.572'e göre;” Komandite ortak diğer komanditelerin ve genel kurulun izni olmaksızın şirketin işletme konusuna giren bir iş yapamayacağı gibi bu tür ticaretle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak sıfatıyla da katılamaz. (I) Bu madde hükmüne aykırı hareket eden komandite ortak hakkında kolektif şirkete ilişkin hükümler uygulanır.(II)

Limited şirketlerde rekabet yasağı 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “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 tehdit edilmemiş ortak, komanditer ortak veya limited şirketin azsı sıfatıyla iştirak dahi edemez. Bu yasak mukaveleye konan hükümlerle bütün ortaklara teşmil edilebilir⁵⁵.”

b. Acenteler

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 118. Maddesine göre; “Aksi yazılı olarak kararlaştırılmış olmadıkça, müvekkil aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı için birden fazla acente tayin edemeyeceği gibi, acente dahi aynı yer veya bölge içinde, birbirleri ile rekabette bulunan müteaddit ticari işlemler hesabına aracılık yapamaz.” Anılan hüküm 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun inhisar başlıklı 104. maddesinde düzenlenmiş olup, şöyledir; “Yazılı olarak aksi kararlaştırılmış olmadıkça, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamayacağı gibi, acente de aynı yer veya bölgede, birbirleri ile rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamaz.

Madde hükmünde yeni kavram adları kullanılmıştır; tek acente ve tek müvekkile özgüleme gibi. 6762 Sayılı Kanunda yan başlıkta kullanılan inhisar kavramı, söz konusu hukuki konuma uymayan, yanlış bir kavramdı. Çünkü, inhisar (tek) kelimesi monopol karşılığı olup, hakim durumu anlatır. RKK'da olduğu gibi. Oysa madde de münhasırlık

⁵⁴6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu m.396'a göre;” Yönetim Kurulu üyelerinden biri, genel kurulun izni olmaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari 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. (I) Bu haklardan birinin seçilmesi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan üyenin dışındaki üyelere aittir. (II) Bu haklar, söz konusu ticari işlemlerin yapıldığı veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini, diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her halde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince zaman aşımına uğrar. (III) Yönetim Kurulu üyelerinin sorumlulukları ile ilgili hükümler saklıdır.

⁵⁵6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu m.626'a göre;” Müdürler ve yönetimle görevli kişiler, görevlerini tüm özeni göstererek yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini, dürüstlük kuralı çerçevesinde, gözetmekle yükümlüdürler. 202 ila 205. madde hükümleri saklıdır. (I) 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. (II) Müdürler de ortaklar için öngörülmüş bulunan bağlılık borcuna tabidir. (III) Ortakların rekabet yasağı ise “Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı” başlıklı 613. madde de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “Ortaklar, şirket sırlarını korumakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla kaldırılamaz. (I) Ortaklar, şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunamazlar. Özellikle, kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler yapamazlar. Şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet teşkil eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları öngörülebilir. (II) Müdürler hakkında rekabet yasağı öngören 626. Madde hükümleri saklıdır. (III) Geri kalan ortakların tümü yazılı olarak onay verdikleri takdirde, ortaklar, bağlılık yükümlüğüne veya rekabet yasağına aykırı düşen faaliyetlerde bulunabilirler. Esas sözleşme birinci cümledeki onay yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilirler.

konumu vardır. Bu da başkasıyla paylaşılmayan, tek başına yetkili anlamına gelmektedir. Bu sebeple “tek başına yetkili olma ve tek müvekkile özgüleme” ibaresinin uygun olduğu düşünülmüştür. Mevcut hüküm aracılığa özgülenmiş izlenimini verdiği için “acentelilik yapmama” denilmiştir⁵⁶.

D- Kooperatifler Kanunu’nda

Kooperatifler Kanunu’nun 56. Maddesinin I. fıkrasının 2. bendinde, bir kooperatif yönetim kurulu üyesinin 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 hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kooperatiflerde, anonim şirketlerde rekabet yasağına ilişkin Türk Ticaret Kanunu’nun 335. maddesi uygulanacaktır⁵⁷.

E- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 3. maddesinde rekabet, “mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış” olarak tanımlanmıştır.

Rekabet yasağı kuralları ile rekabet hukuku kuralları farklı olmasına rağmen, rekabet yasağına aykırılık oluşturan bazı durumlarda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un uygulanması mümkündür. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin I. fıkrası aynen şu şekildedir; “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 yasaktır⁵⁸.

F- Sermaye Piyasası Mevzuatında

Anonim şirketlerin tüm dünya çapında ulaştıkları nokta, bunların sıradan bir ekonomik birim olarak ele alınmasını güçleştirmektedir. Bu tür şirketlerin gücü, etkisi ve önemi ulusal ve uluslar arası alanda gittikçe artmaktadır. Bu nedenle tüm dünyada anonim şirketlerin yönetimi üzerinde durulmuş, özellikle bu şirketlerin başarısız olmalarına ve buna

⁵⁶ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü).

⁵⁷ AŞIK, Pınar; Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s.56.

⁵⁸ AŞIK, s.58.

bağlı ekonomik krizlere yol açan yönetim hatalarının giderilmesi için çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar sonucunda anonim şirketlerin nasıl yönetilmesi gerektiği konusunda “kurumsal yönetim” olarak adlandırılan özel bir yönetim sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır⁵⁹.

Ülkemizde de Kurumsal Yönetim İlkeleri Sermaye Piyasası Kurulu tarafından tespit edilmiştir. Nitekim Sermaye Piyasası Kurulu Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliği'nin ⁶⁰”Karar Organının Görev ve Yetkileri” başlıklı 13. maddesinde Kurul mensuplarınca hazırlanan görüş-öneri, nitelikli etüt, inceleme, araştırma ve diğer çalışmaları, Kurulca derlenen istatistik verileri en üst düzeyde değerlendirilerek, gerekli görünenlerin yayınlanması Kurul başkan ve üyelerinden oluşan karar organının görevleri arasında sayılmıştır⁶¹.

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 3/4'nün onayı ile mümkündür. Bu esas, şirket ana sözleşmesinde düzenlenir⁶³. Ayrıca dördüncü bölümün “Yöneticiler” başlıklı 6.12. maddesinde yöneticilerin görevden ayrılması durumunda şirket menfaatlerini korumak için şirketin rekabet ettiği başka bir şirkette belirli bir süre çalışmayacağı ve bu hükme uyulmaması halinde uygulanacak maddelerin sözleşmede belirtileceği, “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 eden fiiller hakkında genel kurulu bilgilendireceği ifade edilmiştir.

⁵⁹ AŞIK, s.58.

⁶⁰ Bu yönetmeliğin 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.

⁶¹ 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu m.1529'a göre;”Halka açık anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkeleri, yönetim kurulunun buna ilişkin çalışmasının esasları ve şirketlerin bu yönden derecelendirme kural ve sonuçları Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenir. (I) Sermaye Piyasası Kurulu'nun uygun görüşü alınmak şartıyla, diğer kamu kurum ve kuruluşları, sadece kendi alanları içinde geçerli olabilecek kurumsal yönetim ilkeleri ile ilgili, ayrıntıya ilişkin sınırlı düzenlemeler yapabilirler(II).

⁶² AŞIK, s.59.

⁶³ AŞIK, s.60.

G- Bankacılık Kanunu'nda

Bankalar Kanunu, banka çalışanları için özel olarak sır saklama ve rekabet yapmama borcunu düzenlemiştir. Gerçekten, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m.73'e göre; " Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli görevleri sırasında öğrendikleri bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıkları ve müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendilerinin veya başkalarının yararlarına kullanamazlar. Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bu çalışanları da bu hükme tabidir. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder.....

Sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilere ait sırları öğrenenler, söz konusu sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder".

Banka ve müşteri sırrı kavramı içerisine sadece maddi olaylar değil, bir bankanın müşterisinin mesleki yetenek ve ödeme gücü hakkında varmış olduğu genel değer yargısı gibi manevi değerler veya bankaların rakip kurumlarca bilinmesini istemedikleri teknik usul ve bilgilerde girer⁶⁴.

⁶⁴ UŞAN, s.116.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ ve REKABET YASAĞI

I. İŞ SÖZLEŞMESİ

4857 Sayılı İş Kanunu'nun m.8 hükmünde yer alan tanımda belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin karakteristik özelliğini belirleyen en önemli unsur, işçi ile işveren arasındaki “bağımlılık ilişkisi”dir. Bu sözleşmenin belirleyici unsuru olan bağımlılığın aynı zamanda işçinin sadakat borsu ve dolayısıyla da rekabet etmeme borcu için belirleyici bir unsur olduğu kabul edilmektedir⁶⁵.

Bu bölümde, iş sözleşmesi ve buna bağlı olarak işçinin rekabet etmeme borcu üzerinde durularak, kavramlar açıklanmaya çalışılacaktır.

A- İş Sözleşmesi Kavramı ve Hukuki Niteliği

a. İş Sözleşmesinin Tanımı ve İş İlişkisi

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun m.313/f1 (YBK m.393) hükmü; hizmet akdini “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen ve gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlama, iş sözleşmesinin unsurlarından “iş” ve “ücret” unsurlarını içermekle beraber, en önemli ve belirleyici unsur olan bağımlılık unsuruna yer vermemesi sebebiyle eksik bir tanımlama olarak kabul edilmiştir. Zira “bağımlılık unsuru” iş sözleşmesini, konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur. Nitekim söz konusu durum bir Anayasa Mahkemesi kararına da konu olmuştur. Anayasa Mahkemesinin kararında⁶⁶da vurgulandığı gibi, “ Hizmet akdi üç unsuru kapsar: 1- İş unsuru, 2- Ücret unsuru, 3-Bağlılık unsur. Bu akdi iş görmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran, bu bağlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverenine bağlıdır. Yani, o, çalışmasını, hizmetini işverenin gözetimi ve denetimi altında yapar.” Anayasa Mahkemesine göre, iş sözleşmesi; “bir kimsenin ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir süre için hizmet görmeyi, hizmetini iş sahibinin elinde bulundurmaya ve iş sahibinin de ona bir ücret vermeyi üstüne almasıdır. Keza Yargıtay da, Anayasa

⁶⁵ ERTÜRK - ARSLAN, Arzu, s.69.

⁶⁶ AYM,26-27.09.1967, E.1963/336, K.1967/29. RG.19.10.1968, S. 13031.

Mahkemesinin bu kararına paralel olarak, iş sözleşmesinin varlığını belirlerken “zaman, bağımlılık ve ücret” koşullarının gerçekleşmiş olup olmadığına bakmaktadır⁶⁷⁶⁸.

818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun anılan hükmü 11.01.2011 tarihinde kabul edilen ve yürürlük tarihi 01.07.2012 olan 6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 393. maddesi ile aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir;

“Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işvereninde ona zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” Madde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 319. maddesi ile 22.05.2003 tarihli ve 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 8. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi göz önünde tutularak yeniden kaleme alınmıştır. Maddenin birinci fıkrasında kullanılan “bağımlı olarak” ibaresi, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 319. Maddesinin birinci fıkrasındaki “işverenin emrinde” ibaresinin karşılığıdır. İşverene bağımlı olarak çalışma, onun emir ve talimatına uygun iş görmeyi ifade eder. Nitekim 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 8. maddesinin birinci fıkrasında da “bağımlı olarak iş görmeden” söz edilmiştir. İşverene bağımlı olarak çalışma belirli ya da belirli olmayan süreli olabilir. İşverenin ödemesi gereken ücret ya zamana göre ya da yapılan işe göre belirlenir⁶⁹.

4857 Sayılı İş Kanunu iş sözleşmesini, yapılan eleştirilen ışıği altında, bu sözleşmenin ayırıcı ve belirleyici özelliği olan bağımlılık unsurunu da dikkate alarak, m.8/f1’de “ bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinde oluşan sözleşmedir” şeklinde tanımlamıştır⁷⁰.

İş Kanunu’nun 2. maddesine göre, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denilir. İş Kanunu tasarısına ilişkin madde gerekçesinde iş ilişkisi ile iş sözleşmesi deyimlerinin özdeş olduğu ve Avrupa Birliği müktesebatına uygun olarak iş ilişkisi tanımına da madde de yer verildiği açıklanmıştır. İş İlişkisi, kavram olarak, hukukumuzda ayrıntılı olarak düzenlenmiş değildir. Konuyu derinliğine işleyen Alman hukukunda ise iş ilişkisi kavramı değişik biçimlerde ele alınmıştır. İş ilişkisi, işçiye işverenin işini yapma borcu yükleyen hukuki bir ilişki olarak tanımlandığı gibi, işverenin işçiyi çalıştırmasına dayanan fiili bir ilişki olarak da anlaşılmaktadır. Bu görüşlerden yararlanarak hukukumuz yönünden iş sözleşmesi, iş ilişkisini doğuran ve düzenleyen veya işçiye işverenin hizmetine girme yükümünü yükleyen bir anlaşma olarak nitelendirilebilir. Kural olarak iş ilişkisinin iş

⁶⁷ Yarg. 9. HD. 22.03.2004, E. 2004/5846, K. 2004/5621, Yarg. 9. HD. 03.06.2004, E.2004/1550, K.2004/13370, Yarg. 9. HD. 15.09.2003, E.2003/15847, K. 2003/14406, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (www.sinerjias.com.tr).

⁶⁸ ERTÜRK - ARSLAN, Arzu, s.76-77

⁶⁹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü).

⁷⁰ ERTÜRK- ARSLAN, Arzu, s.77.

sözleşmesinin yapılmasıyla başlayacağı söylenebilir⁷¹. Kanun, iş ilişkisinin kaynağı olarak iş sözleşmesini esas almakla beraber, bazı durumlarda işçinin fiilen işe başlamasını esas alan düzenlemelere de yer vermiştir. Örneğin; kıdem tazminatına hak kazanma açısından işçinin kıdem süresinin fiilen işe başladığı tarihten itibaren hesaplanacağı 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde açık olarak belirtilmiştir. Yine İş Kanunu m. 53/1'de yer verildiği üzere, işçinin yıllık ücretli izne hak kazanması için dolması gereken bir yıllık sürenin başlangıcı, işçinin işyerine girdiği tarihten itibaren başlamaktadır⁷².

İş ilişkisinin asıl önemi, iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda batıl olan sözleşmenin iş ilişkisi nedeniyle geçerli bir sözleşme gibi hukuki sonuçlar doğuracağı Yargıtay'ca kabul edilmiş bulunmaktadır⁷³.

b. İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

aa. Özel Hukuk Sözleşmesi Olması

İş sözleşmesi, hukuki ehliyet ve eşit haklara sahip kılınan iki taraf iradelerinin birleşmesinden doğan bir özel hukuk sözleşmesidir. İşverenin gerçek kişi ya da tüzel kişi olması durumu değiştirmez. Hatta kamu iktisadi teşebbüsleri veya devletin işveren olması, yani bunların özel hukuk alanına giren iş sözleşmesine taraf olarak işçi çalıştırması olanağı vardır⁷⁴.

bb. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

İş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁷⁵. Bu sözleşme ile işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu bir değiş- tokuş içindedir. Yani taraflardan her biri diğerinin edimine karşı bir borç yüklenmektedir. Ancak, diğer sözleşmelerden farklı olarak ve daha çok sosyal düşünceler sebebiyle, bazı durumlarda iş sözleşmesinin bu özelliğinden ayrıldığı görülmektedir. Örneğin, bazı durumlarda işçiye çalışmadığı halde ücret ödenmesi öngörülmüştür.⁷⁶

cc. Devamlı Bir Sözleşme Olması

İş sözleşmesi zamana bağlı devamlı bir sözleşmedir. Bir satım sözleşmesinde satılan malın teslimi borcu, bunun belirli bir anda yapılması ile sona erer. Oysa iş sözleşmesinde işin yapılması ve ücretin ödenmesi az çok devamlı bir süre içinde olmaktadır. Sürenin belirli ya da belirsiz, sürekli ya da süreksiz olması bu devamlılığı bozamaz; işverenin ve işçinin edimleri

⁷¹ ÇELİK, Nuri, s.69-71.

⁷² ERTÜRK - ARSLAN, Arzu, s.80.

⁷³ Yargıtayın 18.03.1958. E.20 K.9 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (www.sinerjias.com.tr).

⁷⁴ ÇELİK, Nuri, s.78.

⁷⁵ YAVUZ, Cevdet; s.408.

⁷⁶ ÇELİK, Nuri, s.79; YAVUZ, Cevdet; s.408; ERTÜRK - ARSLAN, Arzu, s.82.

devamlılık gösterir. Sözleşmenin yapılmasında ve sona ermesinde uygulanacak esasların belirlenmesinde kullanılan ölçüt daima süredir⁷⁷.

dd. İşçinin Şahsına Bağlı Olması

Çağdaş İş Hukuku iş sözleşmesinin, işçinin kendi şahsı ile yakından ilgili ve bu niteliği itibariyle eşya ve parayı kullandırma borcu doğuran kira ve karz sözleşmelerinden ve eşyayı devretme borcu yükleyen satım sözleşmesinden farklı ve işçinin şahsına bağlı bir sözleşme olduğunu kabul etmektedir. İşçinin ediminin eşya ve para değil, hizmeti olması ve bunun da şahsı ile yakından ilgili bulunması sonucu olarak, işçi ve işverenin iş sözleşmesinden doğan, işin yapılması ve karşılığında ücret ödenmesi borçlarına, sadakat, işverenin talimatına uyma, işçinin sağlığını koruma ve işçilere eşit davranma gibi yeni borçlar eklenmiştir⁷⁸.

Borçlar Kanunu m.320 f.1'e (YBK m. 395) göre; işçinin, işi ifa borcunu, işin niteliğinin gerektirdiği durumlarda bir başkasına ifa ettirebilme imkânı vardır. Böylece istisnai olarak işçi, iş sahibinin muvafakati gerekmeksizin, yerine bir başkasını ikame etme yetkisine sahip bulunmaktadır. Aynı şekilde iş sahibinin, işçinin iş görme borcuna karşılık olarak ona (işçiye) karşı iş görmesini talep yönünde bir alacak hakkı vardır. BK m.320 f. 2'ye göre işverenin (iş sahibinin) bu hakkını başkasına bırakabilmesi, işçinin iş görme borcunu bir başkasına ifa ettirebilme (ikame) yetkisi ile aynı sınırlamalara tabidir. O halde iş sahibi de işin niteliğinin gerektirmesi sonucu işçiye karşı iler sürebileceği alacağını bir başkasına devredebilecektir⁷⁹.

B- İş Sözleşmesinin Unsurları

a. Bir İşin Görülmesi

İş sözleşmesinin işçiye yüklediği en önemli ve en temel borç işveren yararına bir işi yapmak veya bir hizmeti sunmaktır. Esas edim yükümlülüğü olan "iş görme borcu" aynı zamanda, işçi ile işveren arasında akdedilen iş sözleşmesinin temel amacını oluşturmaktadır. İşçinin diğer yan yükümlülükleri gibi, sadakat yükümlülüğü ve dolayısıyla da rekabet etmeme borcu eksiksiz ifa ve işverenin menfaatlerini koruması amacına hizmet eder. Aksi kararlaştırılmadıkça ve hal icabından anlaşılmadıkça işçi, ifayla yükümlü olduğu işi veya hizmeti bizzat kendisi yapmak zorundadır. Burada yapılan işin veya verilen hizmetin niteliği önem taşımayacaktır. Ekonomik açıdan değer ifade edebilecek her türlü bedensel ya da düşünsel faaliyet iş sözleşmesinin konusu olabilir⁸⁰.

⁷⁷ ÇELİK, Nuri, s.79.

⁷⁸ ÇELİK, Nuri, s.78.

⁷⁹ YAVUZ, Cevdet; s.409.

⁸⁰ ERTÜRK - ARSLAN, Arzu, s.85-86.

Çelik'e⁸¹ göre bazı önemli niteliklerin varlığını gerektiren düşünce, bilim, teknik ve güzel sanatlarla ilgili her türlü çalışma "iş" olarak iş sözleşmesinin konusu olabilir. Bir mühendisin, bir hekimin, müzik yönetmeninin çalışması buna örnek olarak verilebilir.

b. İşin Ücret Karşılığında Görülmesi

İş Kanunu m.8 iş sözleşmesini tanımlarken ücreti sözleşmenin esaslı unsuru olarak kabul etmiştir. Yargıtay'a göre de, ücret bir çalışma karşılığı olduğundan çalışılmayan süre için ücret talebinde bulunulamaz⁸².

Ücret, İş Kanunu m.32 hükmünde tanımlandığı üzere, " bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan veya para ile ödenen tutar" dır. İş sözleşmesinde ücretin taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılmamış ve uzun bir süre ödenmemiş olması, iş sözleşmesinin ücret karşılığı olmadığı sonucunu doğurmaz. Bununla birlikte, ücret alınmaksızın arkadaşlık veya ailevi nedenlerle yapılan çalışmalar iş sözleşmesinin konusunu oluşturmayacaktır⁸³. Ahlaki bir görev veya hatır için yapılan işten doğan taraflar arasındaki ilişki, iş sözleşmesi olarak da nitelendirilemeyecek ve bu tür ilişkiler sonucu yapılan iş ücreti gerektirmeyecektir⁸⁴.

Yargıtay'ca kabul edildiği üzere, yıktırılmak üzere alınan eski köşkte oturan kişinin iş sözleşmesi ile çalıştırılan bekçi durumunda olup olmadığının tespiti için, binanın bir bekçiye gereksiniminin, başka bir deyişle, bu binada yıkım tarihinde kadar korunması gereken ve ekonomik yönden değer arz eden kısım ve malzemelerin mevcut olup olmadığının tespiti zorunludur⁸⁵. Ayrıca Yargıtay'a göre, işverenle arasında bir iş sözleşmesi bulunmayan ve apartman kapıcısı olan kocası adına bazı işleri yapan kadın, yönetim ve iş ilişkisi içinde olmadığından işçilik haklarını isteyemez⁸⁶.

c. Bağımlılık Unsuru

İş Hukukundaki iş sözleşmesi, sözleşmenin taraflar arasında bağımlılık ilişkisi yaratması nedeniyle özellik göstermiş ve Borçlar Hukukundaki iş sözleşmesinin özel bir biçimi olarak ortaya çıkmıştır. Bununla işçi, bir ücret karşılığında, belirli ya da belirsiz bir süre işverenin hizmetinde çalışmak yükümü altına girer. Ancak bu çalışma, diğer iş görme

⁸¹ ÇELİK, S.72.

⁸² Yarg. 9.HD. 19.10.1999, E. 1999/16.029, K. 1999/15954, İşv. D, Ocak 2000, 15; ÇELİK, Nuri, s.79

⁸³ EKONOMİ, Münir, Ferdi İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984 s.74,; ÇELİK, Nuri, s.72-73; GÜZEL, Ali, Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.83-126.

⁸⁴ AKTAY, Nizamettin - ARICI, Kadir - KAPLAN SENYEN, Emine Tuncay; s.79; ERTÜRK -ARSLAN, Arzu, s.86-87.

⁸⁵ Yarg. HGK. 29.05.1985, E. 1985/10- 302, K. 1985/516, ÇELİK, Nuri, s.73.

⁸⁶ Yarg. 9.HD. 20.03.1986, E. 1986/3177, K. 1986/1535, ÇELİK, Nuri, s.73.

sözleşmelerinden farklı olarak, 4857 Sayılı İş Kanununda açıkça belirtildiği (m.8/1) üzere, bir hiyerarşi içinde işverene bağımlı olarak yapılır. Bu sözleşmede işçinin, işin yapılması sırasında işverenin talimatına bağlı olması ve işverence denetlenmesi söz konusudur⁸⁷.

Doktrinde de bağımlılık unsurunun iş sözleşmesinin temel ve belirleyici unsuru olduğu yolunda bir görüş birliği mevcuttur⁸⁸. Eğer çalışan iş görme borcunu çalıştırana bağımlı olarak yerine getirmiyorsa, ne iş sözleşmesinden ne de işçi kavramından söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle bağımlılık unsuru, bir yandan iş sözleşmesini vekâlet sözleşmesi⁸⁹ ve

⁸⁷ Yarg. HGK. 25.12.1968, E. 1966/3-964, K. 844, ÇELİK, Nuri, s.74.

⁸⁸ Roma Hukukunda 20. Yüzyılın başlarına kadar bağımlılık unsuru hizmet sözleşmesinin sonucu olarak düşünülmeyle beraber, sözleşmenin belirleyici unsuru olarak nitelendirilmemektedir. Bu zamana değin, hizmet sözleşmesini diğer bir iş görme sözleşmesi olan istisna sözleşmesinden ayıran temel ölçütün “ ücretin ödenme biçimi” olduğu düşünülmektedir. İşçiye eğer zamana göre (saat, gün, ay) ücret ödenmekten bu, işçinin iş gücünün işverenin hizmetine sunulduğu şeklinde yorumlanmakta ve bir hizmet sözleşmesinin varlığı gündeme gelmektedir. Ücretin yapılan işin sonucuna göre belirlendiği durumlarda ise, bir istisna sözleşmesinin varlığından bahsedilmektedir. Ancak zamanla, fabrika üretimine geçişle birlikte, parça başına ücret, işçinin verimliliğine göre ücret esaslarının ortaya çıkmasıyla, zamana göre ücretin belirleyici unsur olarak ele alınmasından vazgeçilmiştir. Zira böyle bir durum, sanayide parça başına ücret esasına uygun olarak çalışan pek çok işçinin iş hukukunun kapsamı dışında kalmasını sonuçlayacaktır. İşte bu durumun bir sonucu olarak bağımlılık unsuru ön plana çıkmıştır. Türk Hukukunda da bağımlılık unsuru, konu ile ilgili kanuni bir düzenleme mevcut olmamasına rağmen ilk olarak öğretilde, daha sonra da yukarıda bahsi geçen Anayasa Mahkemesi Kararında ayrıntılı bir biçimde gündeme gelmiştir. (Bkz. GÜZEL, Ali, s.97, SAYMEN, Ferit Hakkı, s.395, MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, s.20-22; REİSOĞLU, Seza; Hizmet Akdi, Ankara 1968, s.51, EKONOMİ, Münir, s.73; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İzmir 1998, s.135, CENTEL, Tankut, İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku C.I, İstanbul 1994, s.81-82, ÇELİK, Nuri, s.74; TUNÇOMAĞ, Kenan - CENTEL, Tankut; İş Hukukunun Esasları, 5. Bası, İstanbul 2008, s.54; ERTÜRK - ARSLAN, Arzu, s.87.

⁸⁹ Vekâlet sözleşmesinde vekil, kendisine sözleşme ile yükletilen işi yönetme veya kabul ettiği işi yapma borcu altındadır (BK m. 386/1). Kararlaştırılan iş, iş ya da istisna sözleşmesi çerçevesine sokulamıyorsa vekâlet hükümleri uygulanır (BK m. 386/2). Öte yandan vekilin sorumluluğu genel olarak iş sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesindedir (BK m.390). Vekâlet sözleşmesinde, mukavele veya teamül varsa ücret (BK m.386/son) söz konusudur. Oysa ücret, iş sözleşmesinin belli başlı bir unsurudur (BK m.313, İş K m.8). Ancak genellikle vekâlet sözleşmelerinin çoğunda ücret kararlaştırıldığından ve iki sözleşmenin konularında benzerlik bulunduğundan, bu gruba girenlerle iş sözleşmeleri arasındaki sınırı çizmek istisna sözleşmesine göre daha zordur. İş sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden ayrılmasında eskiden genellikle zaman unsuruna yer verilmişti. Oysa öğretilde kabul edildiği gibi, İş Hukukunda, işverene bağlı olarak çalışma iş sözleşmesinin en belirgin özelliği olduğundan, iş sözleşmesini vekâlet sözleşmesinden ayırmada bağımlılık ilişkisinden geniş ölçüde ve ön planda yararlanılabilir. Gerçekten iş sözleşmesindeki bağımlılık ilişkisi vekâlet sözleşmesinde aynı ölçüde değildir. Vekâlet sözleşmesinde vekil, işçiden daha çok hareket serbestisine sahiptir (BK m. 389/1). Öğretilde belirtildiği gibi, iş sözleşmesinde sadece işverenin işin yapılmasına ilişkin talimatına uyma ile sınırlı kalmamak üzere, işçinin işi yapma süresince genellikle işverence gösterilen yerde, genel bir alt-üst ilişkisi çerçevesinde iş yapması söz konusudur. Bununla, bir yandan işçi işverene, iktisaden bağlanmış, öte yandan işveren, iş için gerekli araçları ve yeri sağlamak borcu altına girmiştir. Buna karşılık, iş, bunu yaptırmak isteyen kişiye karşı, iktisaden oldukça bağımsız sayılabilecek bir şekilde, işi alan tarafından uygun görülen zamanda ve genellikle onun istediği yerde (kendi büro veya muayenehanesinde) taraflarca belirlenmemiş sayıda personel ile yapılıyorsa, vekâlet sözleşmesinden söz edilecektir. Vekâlet sözleşmesinde işi yaptıran kişinin, işin yapılması sırasında ayrıntılara ilişkin talimatı ve işçi kontrolü iş sözleşmesinde görülen yoğunlukta değildir. Yargıtayında aynı nedene dayanarak iş sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden ayrılmasında bağımlılık ilişkisinin göz önünde tutulması gerektiğini kabul eden kararları vardır. Yargıtaya göre, limited şirket ortağı ve aynı zamanda müdürü, kendi işini gören kişi durumunda olup, çalışması bağımsız çalışanlarla özdeşir ve Borçlar Kanununun 530. maddesi uyarınca ortaklığı yöneten ortakla diğer ortaklar arasındaki ilişkiler vekâlet hükümlerine bağlıdır. Buna karşılık, sembolik sayılabilecek bir oranda limited şirket ortağı gözükmeye karşın, kişinin bağımlı çalışma koşulları ile alınan ücret, bağımsız çalışma ve kazanç sağlama durumundan baskın ise İş Kanununun öngördüğü anlamda işçi ve 506 Sayılı Kanuna göre sigortalı sayılır. (Yarg. 10.HD. 10.12.1984, E. 1984/4197, K. 1984/4672).Yargıtay, genel müdürlük görevi sona eren ve yönetim kurulu Murahhas üyesi olarak çalışmış olan kimsenin işverene olan ilişkisinin iş sözleşmesine dayanmadığına karar vermiştir.(Yarg. 9.

istisna sözleşmesi⁹⁰ gibi diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmakta⁹², diğer yandan da iş sözleşmesinde iş görme borcunun yanında sadakat borcunun dolayısıyla rekabet etmeme borcunun nedenini oluşturmaktadır⁹³.

Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini tanımlayan BK m. 313/f.1(YBK m. 393)'de açık bir şekilde belirtilmiş değildir⁹⁴. 4857 Sayılı İş Kanunu m.8 hükmü ise iş sözleşmesini, “işçinin

HD. 29.03.1989, E. 1988/13629, K. 1989/2707) Bunu gibi, kooperatif başkanı ve yönetim kurulu üyesi ile kooperatif arasındaki ilişki iş sözleşmesine değil, vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır. (Yarg. 9. HD. 20.03.1996, E. 1995/30.079, K. 1996/5964) Buna karşılık Yargıtaya kabul edildiği üzere, anonim şirketin kurucu üyeleri olmakla birlikte aynı zamanda şirket genel müdürü ve genel müdür muavini olarak görev yapan ya da böyle bir görevi yürütürken yönetim kurulu üyeliğine getirilen, bu görevler karşılığı, kendilerine belirli bir ücret ödenen ve ücret ödemesi süreklilik gösteren kişilerle şirket arasında iş sözleşmesi ilişkisi koşullarının gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılmalıdır(Yarg. 9. HD. 12.05.1989, E. 1989/1686, K. 1989/4265). Yargıtayın bir kararında zaman unsuru tekrar ön plana çıkarılmıştır. Yargıtaya göre, bu konuda, iş, ücret ve bağımlılık unsurları ile yetinilmeyip yapılan işin zamanla mı yoksa sayı ile mi sınırlandığı da dikkate alınmalıdır. Kararda, avukat olan davacının davlı sendikada aylık ücretle sürekli olarak çalıştığı, ücretin her ay muntazam ödendiği ve sayı ile iş yapmadığı belirtilmiş, davacının ayrıca avukatlık bürosunun bulunmasının hukuki sonucu değiştirmeyeceği ifade edilerek işin esasının incelenip ona göre karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır(Yarg. 9. HD. 20.06.1996, E. 1996/3092, K. 1996/14111). Bkz. **ÇELİK**, Nuri, s.78

⁹⁰ İstisna sözleşmesinde bir taraf (müteahhit) ücret karşılığında öteki tarafa (iş sahibi) bir şeyin yapılmasını taahhüt eder (BK m. 355). Başka bir deyişle, istisna sözleşmesinde konu, ücret karşılığı bir şeyin (eserin) yapılmasıdır. İş sahibi için önemli olan, işin yapılarak teslim olunmasıdır. Bunun tamamlanmasında geçen zaman ve çalıştırılan kişiler iş sahibini ilgilendirmez. Müteahhit işin sonucundan sorumludur ve işi yapma borcu altındadır. Bu sonuca varma için o dilediği gibi çalışma yöntemi ve saatleri açısından iş sahibine bağlı olmaksızın serbestçe çalışabilir, başkalarını çalıştırabilir. Buna karşılık, iş sözleşmesinde işçi bir işin sonucundan, bitirilip bitirilmemesinden sorumlu tutulamaz. İşçi, işi, belirli veya belirsiz bir sürede, işverenin talimatına bağlı olarak yapar ve çalışma yöntemini seçmekte serbest değildir. İş sözleşmesinde işin yürütümü ve yönetimi işverene aittir. Yargıtaya göre istisna akdi, başlıklı sözleşme ile çalışan kişi ücret karşılığında işverene bağımlı olarak çalışıyorsa iş sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir (Yarg. 9. HD. 03.06.1996, E. 1995/37930, K.1996/12270). Aynı şekilde, işyerinde parça başına ücret yöntemiyle yapılan çalışma istisna sözleşmesine dayalı ilişki olarak nitelenemez. Yargıtay iş sözleşmesinin varlığı için hukuki bağımlılık yanında ekonomik riskin işverende olmasının da göz önünde tutulması gerektiği sonucuna varmıştır (Yarg. 9. HD. 09.02.1999, E. 1998/18888, K. 1999/1810). (Bkz. **ÇELİK**, Nuri, s.78; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi, s.27 vd, **NARMANLIOĞLU**, Ünal, s.143; **REİSOĞLU**, Seza; s. 56vd; **SÜZEK**; Sarper, s.218; **ESENER**, Turhan, İş Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3.Bası, Ankara 1978, s. 129-130; **ERTÜRK - ARSLAN**, Arzu, s.88-89.

⁹¹ Yargıtay'da bir kararında, “ Eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibine bağımlı değildir. İşin yapılması esasları hakkında tam bir karar serbestisine sahiptir. İş sahibinin yüklenici üzerinde, işverenin işçinin üzerinde olduğu gibi egemenliğinden söz edilemez” ifadesiyle, bağımlılık unsurunun istisna sözleşmesini iş sözleşmesinden ayırt eden bir unsur olduğunun altını çizmektedir (Yarg. 15. HD. 21.10.2003, E. 2003/4257, K. 2003/4903, Bkz. **ŞAKAR**, Müjdat, s.13).

⁹² Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da şudur: Taraflar akdettikleri sözleşmeyi kendi aralarında “istisna sözleşmesi” olarak itelendirmiş olabilirler. Ancak, ücret karşılığı bağımlı çalışmanın söz konusu olduğu bir durumda, taraflarca sözleşme başlığı “istisna akdi” olarak kararlaştırılmış olsa bile, gerçekte bir iş sözleşmesinin varlığından bahsedilebilecektir. Yargıtay da bir kararında; “.....somut bu maddi ve hukuksal olgulara göre iş sözleşmesinin asli unsurları olan “zaman”, “bağımlılık”, işverenin denetim ve gözetimi altında işin yapılması ve günlük ücret ödenmesi mevcut olup, aradaki ilişki iş sözleşmesi ilişkisidir.....orkestra üyelerinden biri ile imzalanan tek tip istisna sözleşmeleri ile ücretin ödeme biçimi, aradaki ilişkinin iş ilişkisi olmadığı anlamına gelmez.” İfadesi ile konuya bu şekilde yaklaşmaktadır. Yarg. HGK. 15.12.2004, E.2004/9-422, K. 2004/726, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (www.sinerjias.com.tr).

⁹³ **ERTÜRK -ARSLAN**, Arzu, s.89.

⁹⁴ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi, s.20; **NARMANLIOĞLU** ise BK m.322'de, hizmet sözleşmesinin bağımlılık unsuruna yer verildiğini, bu nedenle, BK m.322'nin bağımlılık unsurunun hukuki dayanağı olduğunu ifade etmektedir (Bkz. **NARMANLIOĞLU**, Ünal, s.I,134). BK m.322 “işçi parça üzerine yahut götürü çalışıp da iş sahibinin nezareti altında bulunmaz ise işlenen madde ve işin akit mucibince icrası noktasında mesuliyet hakkında istisna akdine dair hükümler kıyasen tatbik olunur.” demektedir. **AYDINLI** ise, m.322 hükmünde, hizmet sözleşmesi ile istisna sözleşmesi arasındaki farkın vurgulandığını belirtmektedir. Yazara göre, işçinin iş sahibinin nezareti altında bulunması, tarafların işverenin gözetimini de içeren bağımlılık ilişkisi içinde olmasını

bağımlı olarak iş görmeyi, işverende ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir” biçiminde tanımlayarak bağımlılık unsuruna açıkça değinmiştir⁹⁵. Buna karşılık Mevzuat İsviçre Borçlar Kanunu m.319/1 hükmünde, işçinin belirli ya da belirsiz bir zaman diliminde, işverene ait işyerinde ve “işverenin hizmetinde çalışmak” la yükümlü olduğu ifade edilmek suretiyle bağımlılık unsuruna işaret edilmektedir. Yine, İBK. m. 321/d hükmünün ikinci cümlesinde yer alan “işçi, işverenin koyduğu genel ve kendisine özel emir ve talimata iyiniyet kurallarına göre riayet eder” ifadesi de bağımlılık unsuruna işaret eden bir diğer hükümdür⁹⁶.

Tarlafla arasında, iş sözleşmesinden doğan bağımlı bir çalışmanın varlığının tespiti için öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, çalışan kişinin (işçinin) yaptığı işi işveren sıfatını taşıyan kişinin emir ve talimatlarına uygun olarak ifa edip etmediğidir. İşçi, ifa ettiği işin her aşamasında işverenin denetim ve gözetimi altında olacaktır. Bu konuda varlığı aranan diğer bir husus, işin yapıldığı işyerinin ya da işletmenin, işveren sıfatı taşıyan kişiye ait olması, yani işin işverene ait işyerinde ifa ediliyor olmasıdır. Ancak bazı durumlarda, “faaliyetin icrası sırasındaki bağımlılığa” ve “işin ya da işletmenin aidiyetine” bakmak, bağımlı çalışmanın varlığının tespiti için yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple bağımlı çalışmanın varlığının tespiti için söz konusu ölçütlerin yanında “üretim araçlarının kim tarafından sağlandığına” ve “kar ve zararın kime ait olduğuna” da bakmak gerekmektedir⁹⁷.

Konu ile ilgili Yargıtay çeşitli kararlarında, iş sözleşmesinde işçinin işverenin emir ve talimatlarına bağımlı olarak çalışması ve işverence denetlenmesi gerekliliği üzerinde durmuş ve bunu genel bir ilke olarak benimsemiş⁹⁸, bir işyerinde fiilen çalışmanın ve bunun karşılığında ücret almanın salt bağımlılık ilişkisinin varlığı için yeterli olmayacağını kabul etmiştir⁹⁹. Bunun gibi, 02.02.2005 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında, bağımlılık unsuru, iş ve

vurgulamaktadır. Bu nedenle, bağımlılık unsurunun kanuni dayanağını m.322'nin oluşturduğu konusunda Narmanlıoğlu'na katılmak uygun olacaktır. Yazar BK m.322 ile İBK m. 321/d-2 arasında bir özdeşlik kurmaktadır (Bkz. **AYDINLI**, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, s.101). 11.01.2011 tarihinde kabul edilen ve yürürlük tarihi 01.07.2012 olan 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunumuzda hizmet Sözleşmesine ilişkin 393. maddesinde “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi işverenin de ona zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde düzenlenmiş olup, bağımlılık unsuruna yer verilmiştir. ; **ERTÜRK - ARSLAN**, Arzu, s.90.

⁹⁵ 4857 Sayılı İş Kanunu öncesinde, Anayasa Mahkemesi, kararlarında bağımlılık unsuruna açıkça değinmiş ve iş sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran unsurun bağımlılık unsuru olduğunu vurgulamıştır. Şöyle ki; “...hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır....yani o çalışmasını, hizmetini işverenin gözetimi ve denetimi altında yapar”(Bkz. RG. 19.10.1968, Sayı 13031, 4, AYM, 26-27.09.1967, E. 1963/336, K. 1967/29).

⁹⁶ **ERTÜRK - ARSLAN**, Arzu, s.90-91.

⁹⁷ **ERTÜRK - ARSLAN**, Arzu, s.92; **ÇELİK**, Nuri, s.78; **GÜZEL**, Ali, s.97.

⁹⁸ Yarg. HGK. 25.12.1968, E. 1966/3-964, K.1966/844.

⁹⁹ Yarg. 10. HD. 14.09.1987, E. 1987/4115, K.1987/4239, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (www.sinerjias.com.tr).

sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke ve unsur olarak kabul edilmiş ve bu unsurun, işçinin hizmetini işverenin gözetim ve yönetimi altında yapmasını ifade ettiği belirtilmiştir¹⁰⁰.

Ertürk¹⁰¹, bağımlılık unsurunun varlığını belirleyen ölçütleri, ekonomik bağımlılık¹⁰², teknik bağımlılık¹⁰³ ve kişisel/hukuki bağımlılık olarak sıralamaktadır. Hukuki bağımlılık hakkındaki ölçütleri de;

- Başkasının iş ya da hizmet organizasyonu içinde iş yapma
- Başkasının işyerine katılma ve başkasının yararına iş yapma
- Başkasının çalışmasına müdahale olarak adlandırmaktadır.

C- Borçlar Kanununa ve Özel Kanunlara Tabi İş Sözleşmesi Ayrımı

Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulama alanı, özel bazı kanunlar dolayısıyla oldukça daraltılmıştır. Gerçekten 4857 Sayılı İş Kanunuyla 854 Sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ve 3308 Sayılı Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu

¹⁰⁰ Yarg. HGK. 02.02.2005, E. 2004/10-737, K. 2005/26, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs- Haziran 2005 s.6, 681-685.

¹⁰¹ **ERTÜRK - ARSLAN**, s.95

¹⁰² Ekonomik bağımlılık görüşünün ilk dayanağı, işçinin yaşamını sürdürebilmesi için kendisine gerekli olan gelir kaynağını işveren için yaptığı işten elde etmesidir. Böylece, işçinin sadece ekonomik ve sosyal konumu ön plana çıkarılmakta, işveren otoritesi altında çalışıyor olma olgusu ise arka plana atılmaktadır. İkinci dayanak olarak öne sürülen şey, işçinin tüm çalışmasını, kendisine düzenli olarak gelir sağlayan işverenin yanında sürdürme zorunluluğudur. Diğer Avrupa ülkeleri hukuklarında da tartışılan bu görüşü sağladığı avanta, işverenin otoritesi altında bulunmadan çalışan bazı kesimlerin de iş kapsamına sokularak korunmasıdır (Bkz. **ERTÜRK - ARSLAN**, Arzu, s.95). Söz konusu görüşün Türk Hukukunda da etkileri görülmüştür. Örneğin, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda, sosyal koruma düşüncesinden yola çıkılarak, hizmet sözleşmesine dayanmaksızın çalışan genel ev kadınları, güzel sanatlar alanında çalışanlar, yazar, düşünür ve koruma bekçileri kapsama alınmıştır. Burada söz konusu olan durum, bu kişilerin iş sözleşmesine dayalı olarak çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın sözleşmenin karşı tarafına sosyal ve ekonomik yönden bağımlı olmaları sebebiyle kapsama alınmış olmalarıdır (Bkz. **GÜZEL**, Ali, s.103; **AYDINLI**, İbrahim, s.102). İş sözleşmesinin belirleyici unsuru olarak ekonomik bağımlılık unsurunu kabul etmek isabetli değildir. Öncelikle, bu kavramın gösterdiği belirsizlik iş sözleşmesinin sınırlarını çizmeye yeterli değildir. Zira iş sözleşmesi dışındaki iş görme sözleşmeleriyle bağımsız çalışanlar ekonomik açıdan birbirine bağımlıdır. Yine tek müşterisi olan bir bağımsız çalışanın hukuki açıdan bağımsızlığına rağmen ekonomik açıdan bağımsızlığı tartışmalıdır. Öte yandan, ekonomik bağımlılık ölçütü sözleşmenin niteliğini tarafların sosyal konumlarına göre belirlemektedir. Oysa hukuk kuralı böyle bir olguyu dikkate almaz. Yine, ekonomik bağımlılık unsuru, iş sözleşmesinin varlığını dışlayıcı bir etki yaratmaktadır. Çünkü sadece işçinin işverene ait işyerinde ücret karşılığı çalışmış olması olgusunu ön plana çıkarmaktadır (Bkz. **GÜZEL**, Ali, s.104, **AYDINLI**, İbrahim, s.102; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi, s.21, **SÜZEK**; Sarper, s.213; **REİSOĞLU**, Seza; s. 51; **SAYMEN**, Ferit Hakkı, s.414; **EKONOMİ**, Münir, s.73-74; **ERTÜRK - ARSLAN**, Arzu, s.96).

¹⁰³ İşverenin işçiye işin nasıl yapılacağı, nerede yerine getirileceği, hangi araç ve tekniklerin kullanılacağı konusunda emir ve talimat verme yetkisi, işverenle işçi arasındaki teknik bağımlılığın göstergesidir. İşçinin işverene teknik bağımlılığı, yer yer iş sözleşmesinin varlığı için bir ölçüt olmakta ise de, bu bağımlılığın olmaması hali bazı durumlarda iş sözleşmesinin varlığını etkilememektedir. Teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan yeni istihdam türlerinde ve bilgisayara dayalı işlerde teknik açıdan bağımlılığın azaldığı hatta kısmen ortadan kalktığı bir gerçektir. Böyle bir durumda işçi, işin yürütümü sırasında serbestçe hareket edecek ancak işin sonucu açısından yükümlülükleri devam edecektir. İşçinin işverene teknik yönden bağımlılığının azalması, iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun önemini yitirmesi veya ortadan kalkması anlamına gelmemektedir (Bkz. **ERTÜRK - ARSLAN**, Arzu, s.96-97).

hükümleri, kendi uygulama alanlarına giren bazı hizmet sözleşmelerini düzenlemektedirler. Ancak yine de bu özel kanunların kapsamına girmeyen işyerlerinde çalışanlara Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Bu bakımdan Borçlar Kanunu'nu iş sözleşmesine ilişkin düzenlemesinin yürürlükten kalktığı söylenemeyecektir¹⁰⁴. Diğer bir deyişle İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve diğer iş kanunları kapsamına girmeyen işyerlerinde çalışanlarla süreksiz işlerde çalışanlara yine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır¹⁰⁵.

II. İŞ SÖZLEŞMESİ DEVAM EDERKEN İŞÇİNİN REKABET YAPMAMA BORCU

Bir işyerinde çalışan işçinin işverene ait iş sırlarını öğrenme ve müşterilerini tanıma olanağı, ona karşı rekabete girişme sorununu da beraberinde getirebilir¹⁰⁶. Bu özellikle nedeniyledir ki, işçi sadakat borcu dolayısıyla hizmet akdi devam ettiği sürece böyle bir davranışta bulunamaz¹⁰⁷. İşçinin işin devamı süresince aynı zamanda işverenle rekabete girişi, işverenin çalışma konusunda kendi adına faaliyette bulunması, sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Hatta işçinin hareketi işverenin doğrudan doğruya bir zararına sebep olmasa bile, böyle bir zararın her an ortaya çıkma ihtimalinin varlığı halinde de sadakat borcuna aykırılık vardır. Bir başka ifadeyle, hizmet sözleşmesinin devamı süresince işçinin işverenle rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Söz konusu yükümlülük, özellikle işverenin sırlarına vakıf olan işçinin bu sırları da kullanarak rekabet edici davranışlardan kaçınmasını gerektirir. Sır saklama borcunun bu özelliği nedeniyledir ki, rekabet yapmama borcu üzerinde de durulmalıdır. Bir başka ifadeyle, rekabet yapmama borcu sırrın korunmasını sağlayan bir husustur¹⁰⁸.

Hizmet sözleşmesi devam ederken işçinin işverenle rekabet etmemesindeki amaç, işverenin işletmeye ilişkin çıkarlarının bir başka işletme ile ihlal edilmemesidir. Her ne kadar, işçinin rekabet yasağı, onun Anayasa ile güvence altına alınan dilediği alanda çalışma ve

¹⁰⁴ YAVUZ, s.409-410.

¹⁰⁵ ÇELİK, s.79.

¹⁰⁶ Öğretide genellikle işçinin rekabet yapmaması durumu, biri kanuni diğeri de akdi olmak üzere iki kısım altında incelenmektedir. Kanuni rekabet yapmama borcu, sözleşme ilişkisi devam ederken işçinin rekabet etmemesini, buna karşılık akdi rekabet yapmama borcu ise BK m. 348 vd. da düzenlenen rekabet yasağını anlatır biçimde kullanılmaktadır. ERTAŞ, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, s. 65; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, s. 125; UŞAN, s.119.

¹⁰⁷ İşçi, öğrenmiş olduğu bir iş sırrını ifşa etmez, ancak bizzat kendi menfaatine kullanırsa, belki bir suç ika etmiş olmaz, ama burada, doğruluk ve bağlılığa uymayan bir başka hal ortaya çıkar. Bu anlamda işçinin, öğrendiği iş sırrını, üçüncü kişiye vermeyerek bizzat kendisinin kullanması, diğer şartlarında varlığı halinde İş K. m. 25/II e anlamında değerlendirilebilir. Zira, böyle bir harekette bulunan işçi, rekabet yapmama borcuna aykırı davranmış olur. ODAMAN, Serkan, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003, s.141, UŞAN, s.119.

¹⁰⁸ UŞAN, s.119-120.

sözleşme yapma özgürlüğü (AY. m. 48) ve çalışma hakkı (AY. m. 49) ile çatışıyor gözükse de, burada işverenin işletmeye ilişkin çıkarları kural olarak işçinin söz konusu hak ve özgürlüklerinden önce gelir¹⁰⁹.

Türk Hukukunda İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak, hizmet sözleşmesinin devamı süresince, işverenin sadakat borcuna aykırı ve özellikle rekabet edici tarzda üçüncü bir kişinin yanında çalışmasını yasaklayan tamamlayıcı bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Ancak bu durum, işçinin rekabete girecek şekilde bir üçüncü kişi hesabına veya kendisi adına faaliyette bulunabileceği anlamına gelmez¹¹⁰. Zira sadakat borcu, işçinin bu tür davranışlarını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, taraflar sözleşmeye koyacakları bir hükümlerle, işçinin sadakat borcu çerçevesinde yapması yasak olan bir davranışta bulunabilmesine imkân tanıyabilirler¹¹¹.

İşçinin çalışma süresi içerisinde başka bir iş yapabilmesi mümkün değildir. Sözleşmede aksinin öngörülmediği hallerde, işçi hizmet sözleşmesinde kararlaştırılan çalışma süresinin tamamını işverene hasretmek durumundadır. Zira çalışma saatleri boyunca işçi işveren için çalışma konusunda anlaştığından, işverenin rızası olmaksızın başka bir şey yapma konusunda serbestîye sahip değildir. Kaldı ki, çalışma süresinde yapılan işin rekabet teşkil etmesi de geremez. Yapılan işin çeşit ve niteliği dikkate alınmaz. Söz konusu durumda iş görme borcu ihlal edildiği gibi aynı zamanda sadakat borcunda ihlal edilmiştir¹¹².

İşveren iş süresi içerisinde işçinin rekabet teşkil etmese bile başka bir faaliyette bulunması durumunda sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirebilir. İş K. M. 25/II' e sadakat borcuna aykırılık nedeni ile feshedebilecektir.

A- Rekabet Yapmama Borcunun Uygulama Alanı

a. Rekabet Sayılan Durumlar

İş Kanunu rekabet yapmama borcunu özel olarak düzenlememiş, haklı fesih nedenleri arasında doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan haller içerisinde yer alan sır saklama borcu ile bağlantılı olarak rekabet yapmama borcunun da ihlali, doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan durum olarak kabul edilmiştir. İşverenin iş sırlarının açıklanması ve ifşa edilmesi niteliğini

¹⁰⁹ TUNCAY, A. Can, İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.1061-1062, UŞAN, s.120.

¹¹⁰ NARMANLIOĞLU'na göre, "İşçi işin özelliğinin gerekli kıldığı istisnalar dışında başka bir işverene çalışma saatleri dışında da iş görüyorsa ve bu işveren ilki ile aynı faaliyeti aynı yerde icra ediyorsa rekabet etmeme borcunun ihlali söz konusu olabilecektir. NARMANLIOĞLU, Ünal, s.207; UŞAN, s.121.

¹¹¹ TUNCAY, A. Can, s.1062; UŞAN, s.121.

¹¹² UŞAN, s.121.

taşıyan bir davranışta bulunarak işçinin rekabet sayılan bir eylemi, evleviyetle rekabet yapmama borcuna da aykırılık teşkil eder¹¹³.

Hizmet sözleşmesi bittikten sonraki döneme ait rekabeti yasaklayabilme imkânı veren Borçlar Kanunu m. 348/I (YBK m.444)'e göre; “İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdin hitamında sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapamamasını ve rakip bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olmamasını, şart edebilirler.” Bunun dışında taraflar sözleşme ile rekabet yasağının şartlarını ve kapsamalarını belirleyebilmeleri elbette ki mümkündür¹¹⁴. Ancak bu sözleşmenin kişilik haklarına, iş hukukunun özelliklerine ve çalışma ilişkisine de uygun olması gerekir¹¹⁵.

Uşan¹¹⁶, hizmet sözleşmesi ile kararlaştırılan rekabet yasağı şartının, hüküm doğuracağı an ile ilgili bir düzenleme bulunmaması durumunda, bunun hizmet akdinin sona ermesinden sonraya mı ilişkin olduğu sorusunu gündeme getirmektedir. Öğretide bir görüş¹¹⁷, sözleşmede belirtilen rekabet yasağının aksi açıkça belirtilmemişse, hukuki ilişkinin bitiminden sonra hüküm doğuracak bir rekabet yasağı olarak anlaşılması gerektiği yolundadır. Buna karşın bir diğer görüş¹¹⁸ de, rekabet yasağının işçinin ekonomik hayatın gelişmesini engelleyici fonksiyonu ve iş hukukunda hakim olan işçinin korunması ilkeleri dikkate alındığında, bunun mevcut hizmet sözleşmesi süresince geçerli olduğu yolundadır.

UŞAN'a göre, tarafların henüz sözleşme ilişkisi devam ederken bir rekabet yasağı sözleşmesi yapmış olmalarını doğrudan doğruya sözleşme sonrasına yönelik bir rekabet yasağı sözleşmesi olarak kabul etmek isabetli olmasa gerektir. Burada taraflar, aslında kanunen var olan rekabet yasağının koşullarını ve hükümlerini tespit etmiş olabilirler. Örneğin yapılan sözleşmede ilişki devam ederken hangi faaliyetlerin rekabet sayılacakları hangilerinin sayılmayacağı, yine hangi bölgede yapılırsa bu davranışın rekabet kabul edileceği gibi hususlar belirlenmiş olabilir. Dolayısıyla, hizmet sözleşmesi devam ederken yapılan rekabet yasağına ilişkin hükümleri yorumladıktan sonra ve bu yorumun elverdiği ölçüde, akdin bitimine yönelik olarak kabul etmek, daha isabetlidir. Bunun dışındaki hallerde ise, sözleşme ilişkisi başlangıcında veya devam ederken rekabet yasağı kararlaştırılmış, ancak yürürlüğü ile ilgili hükümler mevcut değilse, genel olarak bunu hizmet akdinin devamınca rekabeti yasaklayan bir

¹¹³ UŞAN, s.137.

¹¹⁴ İşçinin hizmet ilişkisi dönemindeki rekabet yapmama borcu, kanundan doğan bir yapmama borcu olması nedeni ile hizmet akdinde ayrıca kararlaştırılmasına ve yinelenmesine gerek olmaksızın hüküm ifade eder. Zira sözleşme ilişkisi süresince rekabet yasağı, zaten sadakat borcunun bir gereğidir.; ERTAŞ, Kudret, s.65.

¹¹⁵ UŞAN, s.138.

¹¹⁶ UŞAN, s.137.

¹¹⁷ ERTAŞ, Kudret, s.64; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, s. 12.

¹¹⁸ UŞAN, s.138.

hüküm olarak algılamak, uygun olsa gerektir¹¹⁹. İş hukukuna hâkim olan işçinin korunması ilkesine daha uygun olduğundan bizde bu görüşü desteklemekteyiz.

İşçinin işverenle rekabet teşkil eden bir iş yapması esas itibariyle aynı tür ürün¹²⁰ ve hizmetin¹²¹ yapılması durumunda karşımıza çıkar. İşçi işverenin izni olmaksızın aynı tür ve nitelikte bir işi yapabilme imkânına sahip değildir. Bu ürün ve hizmetlerin aynı müşteri grubuna sağlanmasının gerekip gerekmeyeceği üzerinde durulmalıdır. Bir başka ifade ile işçinin işverenle rekabet teşkil eden bir iş yapmasına karşın bunun farklı müşteri çevrelerine yönelik olması, acaba rekabet yapmama borcuna aykırılık teşkil eder mi? Burada hizmet akdi sonrasına yönelik rekabet yasağından farklı düşünmek gerekir. Zira hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet edici davranışlarda bulunmasının, konu, zaman ve yer bakımından bir sınırının olması gereklidir. Ancak, burada özellikle sırrın korunması düşünülürse, işçinin henüz hizmet sözleşmesi devam ederken farklı bir müşteri çevresine de hitap etse, rekabet teşkil eden bir davranıştan kaçınması zorunludur¹²². İşçinin aynı müşteri çevresine yönelik olarak farklı bir hizmet veya ürün sunmasında ise rekabet yasağına aykırılık yoktur¹²³.

aa. İşçinin Rakip Bir İşyerinde/İşletmede Çalışması ve/veya Ortak Olması

İşçinin rakip bir işyerinde çalışması ve/ veya işverenle rekabet teşkil eden bir işi yapan işyerine/şirkete ortak olmasının rekabet oluşturabilmesi için, yapılan faaliyetlerin başlı başına bir rekabet oluşturabilecek nitelikte olması aranır. Buna göre, çalıştığı işyerine ait herhangi bir sırda vakıf olmayan veya farklı bir şekilde çalışan işçinin çalışması rekabet sayılmayabilir. Örneğin temizlikçi olarak çalışan bir işçinin geceleyin rakip bir işyerinde bekçi olarak çalışması böyledir. Ancak bir kişinin rakip bir işyerinde çalışmasının rekabet teşkil edip etmediğinin tespiti somut olayda her zaman kolay olmayabilir¹²⁴¹²⁵.

¹¹⁹ UŞAN, s.138-139.

¹²⁰ “Davalı davacının işyerime muntazam gelmediğini, kendisinin imal ettiği jeneratörleri, işyerinde imal edilmiş jeneratörler olarak gösterip pazarladığını, böylece iyiniyet kurallarına aykırı hareket ettiğini ileri sürmüş ve bunu tutanak ve şahit sözleri ile ispat etmiştir. Bu durumda hizmet akdinin işveren tarafından haklı nedenle bozulduğunun kabulü ve bunun sonucu olarak tazminatı isteğinin reddi gerekir.” Yarg. 9. HD. 18.04.1989, 519/3569, YKD, Ekim 1989, s.1420-1421.

¹²¹ Örneğin bir olayda Yargıtay, işçinin, klima ve kazan tesisi işinde çalışmakta iken, rakip bir firma hesabına da çalışmış olmasını rekabet borcuna aykırılık olarak nitelemiştir. Yarg. 9. HD. 27.12.1990, 10229/10393, UŞAN, s.140.

¹²² Oysa karşı görüşteki **ERTAŞ’a** göre; “Hizmet ilişkisi süresince işçi için söz konusu olan rekabet yasağı aynı müşteri kesiminin aynı ihtiyacını karşılayan mamul ve hizmetleri içerir. Aynı üretim konusunu iyi ayrı müşteri çevresine sunan iş üniteleri rakip sayılmazlar.” **ERTAŞ**, s. 69.

¹²³ UŞAN, s.140-14.

¹²⁴ UŞAN, s.144.

¹²⁵“davalı cam eşyası için kalıp üreten bir şirket olup cam ev eşyaları imal eden.....nin kalıp ihtiyacını karşılamakta, davacı da, davalı şirkette üretim planlama ve kontrol teknisyeni olarak çalışmaktadır. Dosyadaki bilgi ve belgeler, tanık anlatımları ve müfettiş raporu içeriğine göre davacının davalı şirkette çalışırken üç ay ara ile izinli ve istirahatlı olduğu dönemde davalı şirketle aynı konuda işteğal eden firma sahibi ile iş ilişkisine girerek Adana ve Mersin’e gidip rakip firma sahibi ile birlikte Mersin’de kurulan fabrikalarında birlikte inceleme yaptığı,

İşçinin rakip bir işyerinde çalışması yanında ortak sıfatıyla da bulunması rekabet teşkil eden bir durum olarak karşımıza çıkabilir. Bu anlamda kişinin şahıs ve sermaye şirketlerine ortak olması durumunda da rekabete aykırılık söz konusu olabilir. Ancak, sadece ortaklığın hisse senetlerine sahip olmak rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz¹²⁶.

bb. İşçinin Kendi Adına Rekabet Teşkil Eden Bir İş Yapması

Hizmet akdi devamınca, işçi işverene karşı rekabet anlamına gelebilecek herhangi bir işi işverenin rızası olmaksızın kendi adına yapamaz¹²⁷. Burada işverenin rızası açık bir biçimde verilebileceği gibi zımnî rızada yeterlidir¹²⁸. Ancak üzerinde durulması gereken konu, zımnî rızanın bir süre dâhilinde verilmiş sayılıp sayılmayacağıdır. Bir başka ifade ile işçinin kendisi ile aynı konuda bir faaliyete giriştiğini haber alan işverenin ne kadar sürelik bir beklemesi zımnî rıza (muvafakat) olarak nitelendirilebilir. Bu konuda açık bir hüküm olmamasına karşısında MK m.2 çerçevesinde dürüstlük kuralı gereği ilgili süre belirlenir¹²⁹. İşçinin işverene işçinin evinde bunu yapması arasında bir farklılık yoktur. Örneğin, bilgisayar programlama işinde çalışan işçinin, burada elde ettikleri, kullandıkları programları akşam evindeki bilgisayarda değerlendirerek yeni ürünler elde etmesi, rekabet teşkil eden bir davranıştır¹³⁰.

bu nedenle davalı işverenin güvenini kötüye kullandığı anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı İş Kanununun 17/II d maddesinde yer alan işçinin işverenin güvenini kötüye kullanmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışta bulunmak halini oluşturur. Bu itibarla davalı davacının iş sözleşmesini feshetmekte haklıdır. Aksine düşünce ile ihbar ve kıdem tazminatının hüküm altına alınması hatalı olup, kararın bozulması gerekmiştir. Yarg. 9. HD. 12,05,1998,**EKONOMİ**, 1996 Yılı Emsal Kararları, s.57-58.

¹²⁶ UŞAN, s.144.

¹²⁷“..... Davacı mesai saatleri dışında davalı işverenin izni olmadan kendi nam ve hesabına iş yaptığı ve böylece işverenin güvenini kötüye kullandığı anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı İş Kanunu 17/II maddesinde sayılan haklı fesih nedenini oluşturur. Yarg. HGK. 18.10.1995, 9-670/813, Tekstil İşveren, s.193, Ocak 1996.

¹²⁸ Yargıtay bir olayda, işverenin işçilerin her ay on adet jilet vermesi karşısında, işçinin bu jiletleri satma eylemini sadakat borcuna aykırı bir davranış olarak nitelendirmemiştir. Gerçekten,“..... davalıya ait işyerinde çalışan işçilere ve bu arada davacıya ayda 10 adet jilet verildiği, davacı işçinin de kendisine ait olan jiletleri sattığı bu satışa engel olacak bir düzenlemenin bulunmadığı, davacı tarafından yazılı ibranamede de hizmet sözleşmesinin işverence feshedildiğini belirten sözcüklere yer verildiği anlaşılmıştır. Davacı jiletleri işyerinden izinsiz şekilde aldığı ve bu şekilde alınan jiletleri sattığını kabule yeterli nitelikte delillerin bulunmadığı görülmektedir. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında davacı işçinin 1475 Sayılı İş Kanununun 17. Maddesinin II/d bendinde öngörülen doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışta bulunduğu sonucuna varılması olanağı yoktur.” Yarg. 9.HD. 04.03.1997, 1996/20843, 1997/4207, Tekstil İşveren , s.211 Mayıs 1997, s.23.

¹²⁹ “Davacı davalıların konutunda kapıcı olarak çalışmış ve 25.11.1982 tarihinde iş akdi başka yerde de çalıştığının öğrenildiğini ve görevini iyi yapmadığı bildirilerek işveren tarafından feshedilmiştir. Mahkemece, sadece davacının başka bir işverenin işyerinde çalışmış olmaksızın haklı fesih nedenini teşkil edeceğini belirterek davayı reddetmiştir. Gerçekten dosyadaki bilgilerden davacının 1976 yılına kadar Amiral Birstrol Hastanesi’nde geceleri o tarihten sonra da iş akdinin feshine kadar çalışma saatlerinin değiştirilmiş olması nedeni ile gündüzleri 8-16 saatleri arasında çalışmasını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Ancak, davalıların davacının Amiral Birstrol Hastanesi’nde çalıştığını yeni öğrendiklerini ve iş akdini bu sebeple feshettiklerini ileri sürmeleri gerçeklere uygun düşmez. Zira uzun yıllar bir kimsenin işverenden habersiz olarak başka bir işveren nezdinde çalışmasını sürdürmesi hayatın olağan koşullarına uygun değildir. Bu itibarla mahkemenin iş akdinin belirtilen sebepten haklı nedenle bozulduğunu kabul ederek hüküm tesis etmesinde isabet olamaz. O halde karar bozulmalıdır. Yarg. 9.HD. 11.09.1986, 6435/7890, İBBB, No:139.

¹³⁰ UŞAN, s.142-143.

İşyeri kurarak rekabet oluşturan bir iş yapan işçinin, bu işi kendi adına fakat başkası hesabına yapması durumunda da rekabet borcuna aykırılık vardır¹³¹.

cc. İşçinin Her Ne Sıfatla Olursa Olsun Rakip Bir Müessese İle İlgisi Olması

Ortaklık dışında rakip bir işle doğrudan doğruya bir rekabet ilişkisi olmasa da, bu işten sağlanacak kar ve zarar dolayısıyla ilgili olmak da rekabet oluşturabilir. Bu anlamda, uygulamada kişinin doğrudan doğruya kendisinin olmaksızın yakınlarının yapılan işle aynı faaliyet alanını ilgilendiren bir iş yapmaları da kimi zaman rekabet teşkil eden bir durum olabilir. Örneğin, işyerinde çalışan işçilerin eşlerinin bir şirket kurmaları ve bu şirketin aynı faaliyet alanında çalışması doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak nitelendirilir¹³².

b. Rekabet Sayılmayan Durumlar

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonraya yönelik olarak girilecek iş ile ilgili henüz sözleşme ilişkisi sürerken yapılan hazırlık faaliyetleri esas itibariyle rekabet sayılmazlar. İşçinin işten ayrılma konusunda hazırlık yapması, hatta işten ayrıldıktan sonra işverenle rekabet edecek bir şirket kurma konusundaki faaliyetleri rekabet yapmama borcunun ihlali olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, istihdam ilişkisi devam ederken işverenle gerçekleşen rekabet fiili konusunda bir sınırlandırma da vardır. İş ilişkisi devam ederken işçi, işverenle rekabet teşkil eden bir davranışta bulunamaz, fakat ilişki bittikten sonraya yönelik olarak hazırlık faaliyetlerine girişebilir. Nitekim mevzuat içerisinde de işçinin iş ilişkisi devam ederken hazırlık faaliyetlerini yapabilmesine imkan tanıyan düzenlemeler de mevcuttur. İş sözleşmesi bildirimli olarak sona eren işçi için İş K m. 27 işverenin yeni iş arama izni vermesi gerektiğini öngörmektedir. Gerçekten, İş K. m. 27'ye göre; "Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur..."Dolayısıyla İş Kanunu da sözleşme devam ederken hazırlık faaliyetlerinin yapılabilmesine imkan tanımıştır. Bununla birlikte, işçinin iş ilişkisinin sonrasına yönelik hazırlık faaliyetleri yeni iş arama izni hariç, çalışma süresi dışında gerçekleştirilmelidir. Zira işçi çalışma süresi içinde tüm mesaisini sözleşme ile bağlı olduğu işverene hasretmek durumundadır. Bunun istisnası, işverenin bilgisi dahilinde hazırlık faaliyetinin mesai süresi içerisinde yapılmasıdır¹³³.

İşçinin henüz iş ilişkisi devam ederken işletmesini faaliyete geçirmesi, çalıştığı yerdeki müşterilere kendi reklamını yaparak mevcut müşterileri ayartması, gazetelere ilan

¹³¹ UŞAN, s.144.

¹³² TUNÇOMAĞ'a göre, işçi kendisine bağlı bir kimse, diyelim küçük çocuğu veya (arada mal ayrılığı rejimi bulunsa bile) karısı hesabına bir işletme kurmakla da rekabette bulunmuş olur. TUNÇOMAĞ, s.523; UŞAN, s.145.

¹³³ UŞAN, s.148.

vermesi, işyerinde çalışan işçileri işyerinden ayrılmaya ve yeni işyerine katılmaya teşvik etmesi gibi durumlarda iş sözleşmesinin ihlali ve sadakat borcuna aykırı bir davranış söz konusudur. Hukuk, bu tür davranışları himaye etmez. Buna karşın, işçinin iş ilişkisi devam ederken işverenin müşterilerinden başka birileri ile irtibata geçmiş olması ise, hazırlık fiili olarak nitelendirilir ve sadakat borcuna aykırılık teşkil etmez¹³⁴.

Basın İş Kanunu, gazetecilere yönelik olarak özel bir düzenleme getirmiştir. Basın İş Kanunu, gazeteciler için esas itibari ile rekabete izin vermektedir. Gerçekten BİK. m.13'e göre; "Gazeteci işverenle yaptığı mukavelede aksi zikredilmediği takdirde dışarıda, basınla alakası olsun veya olmasın, başka iş tutmakta serbesttir. İş akdinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesleğini icra serbestisini takyit eden hükümler batıldır."

B- Rekabet Yapmama Borcunun Sona Ermesi

Rekabet yapmama borcu kural olarak hizmet akdi süresince uyulması gereken bir borçtur. Bir başka ifade ile bu borç, hizmet akdi süresince geçerli olup, sözleşme sona erince ortadan kalkar¹³⁵. Sır saklama borcundan daha açık olarak Borçlar Kanunu, hizmet akdi sonrasına yönelik rekabeti yasaklayabilmeye imkan tanımıştır. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin karşıt kavramından çıkan sonuç, sözleşmenin bitmesi ile birlikte rekabet yasağının da sona ermiş olmasıdır. Şüphesiz taraflar, BK m. 348 vd. hükümlerince sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet edici davranışları yasaklayabilirler. Sözleşmenin sona ermesi anlamına gelmeyen askı hallerinde sözleşme devam ettiği için rekabet yapmama borcunda varlığını sürdürür. Buna karşılık, sözleşmenin bildirimli olarak feshedilmesi durumunda sözleşme bildirim sürelerinin sonunda ortadan kalkacağından, söz konusu borçlar da, kural olarak süreler dolduktan sonra hükmünü yitirirler. Bildirimsiz fesih halinde ise akdin sona erme anı, kural olarak rekabet yapmama borcunun da sona erme anıdır. Özellikle belirli süreli bir hizmet akdi, sürenin dolmasında önce işçi tarafından sona erdirilir yahut bu sefer belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesi bildirim sürelerine uyulmadan feshedilirse, işçinin rekabet yapmama borcunun varlığını sürdürdüğü söylenir¹³⁶. Aksi düşüncenin kabulü işçinin işine geldiği durumlarda sözleşmeyi sona erdirerek, farklı bir çalışma ilişkisine girebilmesine imkan tanımaktır. Oysa böyle bir borcun hiçbir haklı gerekçesi olamaz. Ayrıca "kimsenin kendi kusuruyla bir menfaat sağlayamayacağına" ilişkin genel hukuk kaidesi burada devreye girer. Şüphesiz, yükümlülükler devam ettiği halde, işçinin bunlara aykırı davranışı, tazminat

¹³⁴ UŞAN, s.149-150.

¹³⁵ TUNCAY, s.1064.

¹³⁶ TUNCAY, s.1064; UŞAN, s.158-159.

sorumluluğunu doğurur. Tabidir ki, bahsi geçen hizmet sözleşmesinin sona erışı işveren tarafından gerçekleşirse, rekabet yapmama yükümlülükleri son bulur¹³⁷.

Taraflar anlaşmak sureti ile iş sözleşmesini sona erdirirlerse, özel bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde kural olarak rekabet yapmama yükümlülüğü de sona erer. İş sözleşmesinin devamında geçerli olan rekabet yapmama borcu, sözleşmenin işçi veya işveren tarafından haklı nedenlerle sona erdirildiği durumlarda da sona erer. Bunun dışında işçinin davranışının iyiniyet kurallarına aykırı olduğu durumlarda rekabet yapmama borcu devam eder. Sonuç olarak işçinin rekabet yapmama borcunun sona erip ermediğinin tespiti, MK. m.2 hükümleri çerçevesinde değerlendirilmek gerekir. Yine, dürüstlük kuralı, sözleşmenin sona eriş türüne bağlı olarak ne kadarlık bir sürenin daha rekabet yapmama borcu için riayeti gereken bir borç olarak kalacağını tespit eder¹³⁸.

C- Rekabet Yapmama Borcuna Aykırılığın Haksız Rekabet Teşkil Etmesi

TTK m 56 (YTTK m. 54)' da, "haksız rekabet aldatici hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir"¹³⁹ denerek haksız rekabetin tanımı yapılmıştır. Haksız rekabetin tam bir tanımını vermek zordur. Çünkü her dönemde ticari hayata yapılan tecavüz şekilleri değişmekte ve kanun koyucunun öngöremediği ihlalleri ortaya çıkabilmektedir. Kısaca haksız rekabet; rakipleri ezmek ve onları iktisadi rekabet sahasından uzaklaştırmak amacıyla ve iyiniyet kurallarına aykırı suretle başvuru kanuna, nizama, adaba ve teamüle göre kabul edilmesi mümkün olmayan hareket ve fiillerin tümü olarak tanımlanabilir¹⁴⁰.

Haksız rekabet sonucunda, bireyin iktisadi menfaatinin zarar görmesinin yanında, toplumun da huzur ve sükunu tehlikeye düşebilir. Haksız rekabet ile bireylerin hukuken korunan subjektif bir hakkı tecavüze uğramaktadır. Marka, ticaret unvanı, müşteri portföyü gibi unsurlar bu hakkın kapsamını oluşturabilir. İyiniyet kurallarına aykırı hareketler neticesinde oluşan haksız rekabetin yasaklanmış olmasının çeşitli amaçları vardır. Bunlar;

- Rakibi korumak
- Müşterileri korumak
- Mesleki menfaatleri korumak

¹³⁷ UŞAN, s.159.

¹³⁸ UŞAN, s.159.

¹³⁹ 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu m.54'e göre;" Haksız rekabete ilişkin bu kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. (I) Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır(II).

¹⁴⁰ ÖRS, s. 13; KALE, s.10-11.

- Serbest ekonomik faaliyette bulunma hakkını korumaktır¹⁴¹.

TTK m.57 (YTTK m.55) 'de haksız rekabet teşkil eden haller, örnek olmak üzere 10 bent halinde sayılmıştır. TTK m.57'de rekabet yapmama borcu ile ilgili olarak iki bent bulunmaktadır. Buna göre; “7. Müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal suretiyle, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek;

8. Hüsniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak”

7. bentte düzenlenen husus, haksız rekabeti yapan kişinin çalışanları iğfal etmek suretiyle imalat ve ticaret (iş) sırlarını ifşa ettiren ya da ele geçiren kimsenin davranışdır. Bunun yanında 8. bentte ise¹⁴², iyiniyet kurallarına (dürüstlük kuralına) aykırı olarak elde edilen, öğrenilen imalat ya da ticaret sırlarından (iş sırları) yine haksız yere faydalanmak ve onları başkalarına yaymak durumu düzenleme altına alınmıştır¹⁴³. Böylelikle, bir üçüncü kişinin işyerinde çalışan işçileri aldatarak iş sırlarını öğrenmesi, onun davranışı açısından bir haksız rekabettir, hukuki ve cezai sorumluluğu gerektirir. Buna karşılık, söz konusu ayartmaya uyan işçinin davranışı, haksız rekabet sayılmaz, ama sadakat borcuna aykırılık teşkil edebilir. Yine iş ilişkisi içerisinde iyiniyet kurallarına aykırı bir biçimde işverene ait bir iş sırrını öğrenen işçi, bu sırlardan faydalanmamak ve bunu üçüncü kişilere açıklamamak yükümlülüğü altındadır¹⁴⁴. Örneğin, işyerinde üretilen bir ürüne ait formülleri, işverenin bilgisi olmaksızın gizlice öğrenen bir işçi, kendi adına bir işyeri açarak bu formülü uygular ve bir ürün elde ederse veya bu formülü bir üçüncü kişiye açıklarsa, yapılan davranış, haksız rekabettir (TTK

¹⁴¹ KALE, s.12-13.

¹⁴² ŞENOCAK'a göre; “Bu hükmün uygulanması için, haksız yere yararlanılan veya başkalarına yayılan üretim ve ticari sırların dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde elde edilmesi şarttır. Dürüstlük kuralına aykırı şekilde elde edilmeyen ticari veya işletme sırlarından faydalanma, bu bent kapsamında değerlendirilmez. Bir başka deyişle bu hükümde bir sırrın dürüstlük kuralına uygun bir şekilde araştırılması yasaklanmıştır. ŞENOCAK, Kemal, İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, AÜHFD. C.50,S.3,2001, s.223

¹⁴³ “ Her iki tarafın eskiden beri dava konusu makinelerin imalatı ile meşgul olmalarına, davalı işçilerinin işine davacının kendisinin son vermiş bulunmasına, davalı Hadi'nin bu işçileri kandırıp kendi yanına aldığı gibi bir iddia ileri sürülmemiş olmasına taraflarca yapılan makinelerin tıpatıp birbirine benzemesine TTK'nın 57/8. maddesi gereğince, ancak kötüniyetle elde edilen bilgilerden haksız yere faydalanmanın haksız rekabet oluşturacağı oysa davalı Hadi'nin kötüniyetle hareket ettiğinin ispatlanamamış olmasına, davacının poliamid esaslı raylarından 1977'den beri imal ettiği dişliler, yatak başları vs.nin Avrupa'da daha öncelerden beri imal edildiğinin anlaşılmasına göre, davacının karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.” Yarg. 11.HD. 06.11.1981, 3668/4664, CAMCI, Ömer, Haksız Rekabet Davaları -2- , İstanbul 2002, s.197; UŞAN, s.160-161

¹⁴⁴ TUNÇOMAĞ, s.228; ÖRS, s.63; ŞENOCAK, s.223; ÖRS'e göre; “Hüsniyet kaidelerine aykırı olarak elde etmiş olduğu veya öğrendiği, imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanan veya onları başkalarına yayan kimse TTK gereğince haksız rekabet hareketini ika etmiş olur. Üçüncü bir şahsın başkasının sırrını ve bunu istismar etmek suretiyle bir diğer şahsa devretmesi halinde de hüküm böyledir. Sırrı bu suretle elde etmiş olan kimsenin hüsniyet kaidelerini doğrudan doğruya ihlal etmiş olmaması da neticeye müessir değildir. Böyle bir rekabetin haksız rekabet sayılması için sır sahibinin rakibi olması ve sırrın başkasına ait olduğunu bilmesi kafidir.” ÖRS, s.63.

m.57/ b.8- YTTK m.55). Tabidir ki böyle bir davranış, işçinin hizmet sözleşmesinden kaynaklanan rekabet yapmama borcuna da aykırılık oluşturur¹⁴⁵.

Hizmet sözleşmesi esnasında işçinin iş sırlarını öğrenmesi doğal bir durumdur. Hatta genellikle söz konusu özellik bir zorunluluktur. İşte bu sırlarının açıklanması yanında, işçinin işyerinde yapılan aynı türden bir işi, bir şekilde yapması (rekabet borcuna aykırılık), TTK m. 56 (YTTK m.54)'da yer alan şartların varlığı halinde ancak haksız rekabet olarak değerlendirilebilir¹⁴⁶. Demek ki söz konusu sırrın açıklanması veya rekabetin yapılması, aldatıcı hareket ya da iyiniyet kurallarına aykırı bir biçimde diğer yollarla iktisadi rekabetin kötüye kullanılmasını oluşturuyorsa, haksız rekabet vardır. Yalnız belirtelim ki, bu şekilde bir haksız rekabetin varlığı, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmek durumundadır¹⁴⁷.

İşçinin bir başka işveren hesabına iş yapması sadakat borcuna aykırılık teşkil eder, ama sırf bu durum haksız rekabet sayılmaz. Buna karşın işçi, iyiniyet kurallarına aykırı bir biçimde rekabet yapıyor, örneğin işverenin müşterilerini ayartmakta, mesai dışında kendisinin çok daha düşük ücretle ve temiz bir biçimde iş yapacağını söylüyor, kısacası iktisadi rekabeti iyiniyet kurallarına aykırı bir biçimde kötüye kullanarak yapıyorsa, sadakat borcunun ihlali yanında, haksız rekabette vardır¹⁴⁸.

TTK m.56'nın öngördüğü biçimde haksız rekabet için şu şartların varlığı aranır;

- İktisadi rekabeti engelleyici bir fiilin yapılmış olması,
- İktisadi rekabetin iyiniyet kurallarına aykırı olarak kötüye kullanılmış olması,

Yapılan fiil, MK m.2'de öngörülen dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturuyorsa, haksız rekabet vardır. Şüphesiz bu durumu belirleyecek olan hâkimdir. Böylece, işçinin işverene ait sırları iyiniyet kurallarına aykırı olarak ve iktisadi rekabetin kötüye kullanımı biçiminde bir üçüncü kişiye vermesi veya yine rekabet teşkil eden davranışın iyiniyet kurallarına aykırı biçimde iktisadi rekabetin kötüye kullanımı teşkil etmesi durumunda, haksız rekabet vardır¹⁴⁹.

TTK m.56 hükümleri işverene istisnai hallerde koruma sağlamaktadır. Aldatıcı hareket veya hüsünüyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali olarak tanımlanan haksız rekabet BK m. 41 vd. hükümlerde haksız fiilin özel bir görünümüdür. Haksız fiil açısından ise hukuka ya da ahlaka aykırılık belirleyici unsur olmaktadır; ne var ki

¹⁴⁵ UŞAN, s.162.

¹⁴⁶ Aynı görüşteki CAMCI'ya göre de; "İşçinin hizmeti devam ettiği zaman içinde, işverenin işteğal konusuna giren işi kendi veya başkaları hesabına yapması hali, TTK m.56 vd. maddeleri çerçevesinde, yükümlü bulunduğu sadakat borcuna aykırı hareket etme biçiminde ortaya çıkan hüsünüyete aykırı eylem olarak değerlendirilmelidir. CAMCI, s.145.

¹⁴⁷ UŞAN, s.163.

¹⁴⁸ UŞAN, s.163.

¹⁴⁹ UŞAN, s.164.

kural olarak işçinin çalıştığı sırada öğrendiği mesleki bilgileri iş ilişkisi sona erdikten sonra kullanması hukuka ya da ahlaka aykırı değildir. İşveren eski işçilerin bu tür bilgi ve tecrübeleri kullanmasına – bu durum TTK m. 56 vd. anlamında işverenin menfaatlerini ihlal eden bir haksız rekabet hali oluşturmuyor ise- katlanmak zorundadır. Bu açıdan işveren, müşteri çevresine ilişkin bilgilerin ve iş sırlarının eski işçi tarafından kullanılması suretiyle uğrayabileceği zararlara karşı kendisini güvence altına almak isteyecek, işçiyi daha iş ilişkisinin kurulduğu sırada, bu konuda bir taahhüt altına sokmakta yarar görebilecektir. Ancak bunun için, işçinin iş ilişkisinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcundan farklı olarak, rekabet yasağı sözleşmesinin özel olarak kararlaştırılmış olması gerekir¹⁵⁰.

D- Rekabet Yapmama Borcuna Aykırılığı Sonuçları

a. Hukuki Sonuçları

aa. İş Sözleşmenin Feshi

Rekabet yapmama borcuna aykırı hareketin müeyyidesi, İş K. m.25/II e’de doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan (sadakat borcuna aykırı) davranış¹⁵¹olarak nitelendirmiş ve iş sözleşmesinin feshini haklı kılan bir sebep olarak görmüştür. Buna göre işveren, söz konusu davranışta bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilme imkânına sahiptir. Ancak, sözleşmenin haklı nedenle sona erdirilebilmesi için, işçinin eyleminin ilgili hükme aykırı olduğunun çok açık ve net bir biçimde saptanabilmesi gereklidir. İşverenin faaliyet konusunun özel bir bilgiyi gerektirip gerektirmediği veya yapılan işin işverenin icadı olması, işverene ait patente ve markaya bağlanmış bir hak teşkil etmesi gibi unsurların incelenmesi gerekir. Belirtmekte fayda var ki, sözleşmenin haklı nedenle feshini düzenleyen İş K. m.25/II e’de yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzer nitelikteki durumların,

¹⁵⁰ TAŞKENT, Savaş-KABAKÇI, Mahmut, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Sicil Dergisi, Aralık 2009, s.22-23.

¹⁵¹ Doğruluk ve bağlılığa uymayan davranıştan ne anlaşılması gerektiği İş Kanunu ve doktrinde açık olarak tanımlanmış değildir. Öte yandan, söz konusu kavram açık olmayıp, kesin bir şekilde tanımlamaya da uygun değildir. Yine İş Kanunu’nda yer alan doğruluk ve bağlılığa aykırı davranış oluşturan haller tahdidi bir şekilde sayılmamıştır. Bu nedenle de, doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışın tespiti konusunda belirli bir kıstas ortaya koymak mümkün değildir. Ancak bu kavramın içeriğini açıklığa kavuşturabilmek için yargı kararları ışında bir inceleme yapmak doğru olacaktır. Belirtelim ki, bu anlamda sadakat borcuna aykırılığın tespiti için, her somut olayın özelliklerini dikkate alarak sonuca ulaşmak gerekmektedir. Yargıtay, söz konusu kararlarında işçinin sadakat borcunu, “işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici veya risk altına sokabilecek davranışlardan kaçınmak” şeklinde ifade etmiş, işçinin bu duruma aykırı davranışları da eylemleri de “ doğruluk ve bağlılığa uymayan fiiller” olarak nitelendirmiştir (Yarg. 9. HD. 09.03.2005, E.2005/4880, K. 2005/12110, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr) . 25.09.1991 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu Kararında ise, nelerin doğruluk ve bağlılığa aykırı davranış olarak sayılamayacağının, kanun koyucu tarafından önceden belirlenebilmesindeki güçlük üzerinde durmuş ve “...Hâkim, hangi davranışların doğruluk ve bağlılığa aykırı sayılmak gerekeceği konusunda, belli ve kesin sınırlı bir ölçüden hareket etmemek, iş hayatının gereklerini çevrenin geleneklerini göz önüne alarak her davranışın özelliğine göre bir sonuca varmak durumundadır...” (YHGK. 25.09.1991, E. 1991/9-351, K. 1991/429, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr) demek suretiyle, sadakat borcuna aykırılığın tespiti için en uygun yola işaret etmiştir. (Bkz. ERTÜRK - ARSLAN, s.152-153).

sözleşmenin feshi için haklı bir sebep olarak öngörülmesi, bunların ceza hukuku anlamında suç teşkil etmesini gerektirmez. Bunun gibi rekabet yapmama borcunda, işçinin davranışının ceza hukuku anlamında suç teşkil etmesi aranmaz. Aslında, yapılan davranışın suç teşkil etmesi, bu sefer cezai bir müeyyideyi de beraberinde getirir¹⁵².

İş K. m.26/I'e göre; rekabet yasağına aykırı davranışta bulunan işçinin iş sözleşmesinin durumun (fiilin ve failin) öğrenilmesinden itibaren altı iş günü içinde feshedilmesi gerekmektedir. Buna karşın, her hal ve şartta sözleşme, fiilin işlenmesinden itibaren bir yıl geçtikten sonra sona erdirilemez. Ama işçinin davranışı, devam eden bir nitelik arz ediyorsa süre, fiilin başlangıç değil, bitiş tarihi dikkate alınarak hesaplanır. Yine, sözleşmenin feshinin işyerinde oluşturulan disiplin kurulu kararına bağlandığı durumlarda da fesih süresinin başlangıcı, disiplin kurulu kararının, feshe yetkili kişi veya makamca öğrenilmesi anıdır. Altı iş günlük ve bir yıllık süreler hak düşürücü niteliktedir. İşçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde azami süre uygulanmaz. İşçinin rekabet yapmama borcuna aykırılık durumunda maddi çıkar sağlaması mümkün olduğundan bir yıllık üst sınırının uygulanmama ihtimali oldukça fazladır¹⁵³.

bb. Zararların Tazmini

İşçinin rekabet yapmama borcuna uymayarak rekabet edici davranışta bulunması durumunda ortaya çıkan zararların karşılanması gerekir. Rekabet yapmama borcuna aykırılık, işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açan sebep olmakla birlikte, işçi ortaya çıkan zararları tazminle yükümlüdür. İş K. m. 26/II'ye göre; “ Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden hizmet akdini yukarıdaki fıkra da öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır.” Burada ortaya çıkan zararların tazmini problemi esas itibariyle genel hükümler çerçevesinde çözümlenir (BK m.96 vd.- YBK m.112). Dolayısıyla borca aykırılık durumu nedeniyle haksız fiil kuralları kıyasen uygulama alanına sahiptir. (BK m.98/2- YBK m.114) Buna göre, haksız fiil sorumluluğunu ve bunun derecesini saptamaya yönelik BK m.42-44 (YBK m.50-52), m.50-51(YBK m.61-62) ve m.54 (YBK m.65), hizmet sözleşmesinden doğan sorumluluk hallerinde kıyasen uygulanır. Ancak borca aykırılıktan doğan zararların tespitinde haksız fiile ilişkin hükümler, uygulama alanına sahip değildir¹⁵⁴.

Zarar, maddi olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilir. Maddi zarar, karşımıza müspet zarar olarak çıkar. Buna göre müspet zarar, akdin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır. Edim, borçlu tarafından tam ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hâlihazırda gösterdiği durum

¹⁵² UŞAN, s.175.

¹⁵³ NARMANLIOĞLU, s.323; EKONOMİ, s.215; UŞAN, s.176.

¹⁵⁴ ERTAŞ, s.119, UŞAN, s.176-177.

arasındaki farktan oluşur. Örneğin, iş sırlarının açıklanması durumunda, işverenin bu sırrı elde etmek için yapmış olduğu masraflar yanında, sırrın açıklanması ve bu nedenle işverenin elde etmekten yoksun kaldığı karları da, zarar kapsamına dâhildirler¹⁵⁵.

İşçinin rekabet yapmama borcuna aykırı davranışlarının işverene verdiği maddi ve manevi acılar, üzüntü, ızdırıp, elem ve endişeler manevi zararı oluşturur. Rekabet edici bir davranışta bulunulması, işverenin manevi alanında elem ve acıya yol açabilir. Bu takdir de ortaya çıkan manevi zararların tazmini bir zorunluluktur.

cc. Haksız Rekabet Durumunda Özel Sonuçlar

İşçinin rekabet yapmama borcunun ihlali durumunda TTK m.56 (YTTK m.54) vd. maddeleri uyarınca haksız rekabet vardır. Böyle durumlarda genellikle sadakat borcuna ile haksız rekabet hükümleri aynı olayda birleşmektedir. Dolayısıyla işveren, sadakat borcuna aykırılık nedeni ile iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi haksız rekabet nedeni ile mevzuatta yer alan düzenlemelerden faydalanabilecektir. Haksız rekabete uğrayan taraf, tespit, men, maddi ve manevi tazminat davaları açabilir. Hatta mahkemeden ihtiyati tedbir yoluna başvurarak, yapılan haksız rekabetin durdurulmasını da talep edebilir¹⁵⁶(TTK m.63) (YTTK m.61).

b. Cezai Sonuçları

İşçi, yükümlüsü bulunduğu sadakat borcu dolayısıyla da rekabet yapmama borcu gereği işverene karşı Ceza Kanunu'nda suç olarak nitelendirilen zarar verici davranışlardan kaçınmak durumundadır. İşçinin rekabet yapmama borcuna aykırılık oluşturacak; rüşvet, hırsızlık, yalan tanıklık, güveni kötüye kullanma gibi bu davranışları cezai yaptırımını İş Kanunu'nda değil, Türk Ceza Kanunu'nda bulunmaktadır¹⁵⁷.

İşçinin İş Kanunu m.25/II e' de yer alan doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarının suç teşkil etmesi sıkça görülebilecek bir durumdur. İşveren aleyhine yalan tanıklık (TCK m.272), işçileri suç işlemeye tahrik etme (TCK m.214), işçinin sahtecilikte bulunması (TCK m.204 vd.), hırsızlık yapması (TCK m.141 vd.), güveni kötüye kullanma (TCK m.155 vd.) bu duruma örnek olarak gösterilebilecektir¹⁵⁸.

¹⁵⁵ERTAŞ'a göre; "...mesleki sırrın açıklanması nedeni ile sır ile amaçlanan yararın tamamen elde edilememesi, işçinin haksız rekabeti nedeni ile işverenin karındaki azalma, işçinin hizmet icadı üzerindeki işverene ait olan asli hakkını engellemesi nedeni ile icattan sağlanabilecek yarardan mahrum kalması, bu anlamda maddi zarar olarak nitelendirilecektir. Bkz. ERTAŞ, s.121; UŞAN, s.178.

¹⁵⁶UŞAN, s.179.

¹⁵⁷ERTÜRK - ARSLAN, s.261.

¹⁵⁸ERTÜRK- ARSLAN, s.261.

Yargıtay; “şüphelinin şikâyetçi şirkette sigortalı olarak çalışırken yol masrafları karşılanıp, şirket işi için Bulgaristan’a gönderildiği sırada, aynı iş kolunda Bulgaristan’da faaliyet gösteren.....adlı şirketi kurmak suretiyle hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanmak ve haksız rekabet suçlarını işlediği iddiası karşısında soruşturma sonunda verilen takipsizlik kararına karşı yapılan itirazın reddi kararını bozmuştur¹⁵⁹.

Görevi kötüye kullanma (TCK m.257), göreve ilişkin sırların açıklanması (TCK m.258), ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması (TCK m.239), Devlet sırlarından yararlanma, devlet hizmetlerinde sadakatsizlik (TCK m.333), banka sırlarının haksız açıklanması (Bankalar Kanunu m.22/b.8) halleri, işçinin rekabet yapmama borçlarına ilişkin cezai ihlalleri içermektedir¹⁶⁰.

TTK m.64 (YTTK m.62) dört bent halinde cezayı gerektiren haksız rekabet fiillerini saymıştır. Bu hallerde, TTKm.58 (YTTK m.56) uyarınca hukuk davası açmaya yetkili olanlardan birisinin şikâyeti üzerine dava açılmakta, madde de öngörülen hapis ve/veya para cezası verilmektedir. Haksız rekabetin önlenmesine ilişkin olarak verilmiş mahkeme kararına uyulmaması halinde ise, resen takibi ile hapis ve para cezası gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir (TTK m.64/son- YTTK m.62)¹⁶¹.

Yargıtay, “Davacı limited şirketin, anılan unvanını davalıdan önce tescil ettirdiği, her iki unvanda da “Saraçoğlu-Saraçoğulları” ibaresinin vurgulayıcı çekirdek sözcük olduğu ve iltibasın oluştuğu konusunda davacı tarafından haklı gerekçeler gösterilmiştir. Gerçekten de, her iki limited şirketin de işgal konuları aynı olup, davacının öncelikli tescilli unvanı TTK’nın 52. maddesi uyarınca koruma altındadır. Mahkemece, davalının unvanında yer alan “Saraçoğulları” ibaresinin TTK’nın 54/I maddesi uyarınca haksız rekabet oluşturduğunun tespiti ve men’ine, “Saraçoğulları” kelimesinin davalı ticari unvanından terkinine karar verilmesi ve davacının diğer istemlerinin de bu tespitler karşısında değerlendirilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiş ve kararın davacı yararına bozulması gerektiğine karar vermiştir¹⁶².

Bir tüzel kişinin işlerinin görülmesi sırasında işlenen haksız rekabet fiillerinden dolayı hükmolunacak cezai yaptırım, tüzel kişi adına hareket eden organın üyeleri veya gerçek kişi ortaklarına uygulanır. Para cezalarından dolayı da aynı kişiler, tüzel kişi ile birlikte müteselsilsen sorumludur (TTK m.65) (YTTK m.63)¹⁶³.

¹⁵⁹ Yarg. 11. CD. 2006/4186 E, 2006/6398K, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, www.sinerjias.com.tr

¹⁶⁰ ERTÜRK - ARSLAN, s.262.

¹⁶¹ BAHTİYAR, s.114.

¹⁶² Yarg. 11. HD. 2001/8976 E, 2002/1062K, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, www.sinerjias.com.tr.

¹⁶³ BAHTİYAR, s.115

III. REKABET YASAĞINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

6762 Sayılı Ticaret Kanunumuzun m.4 b.3 hükmü¹⁶⁴, BK m.348-352 maddeleri arasında düzenlenen rekabet yasağından doğan hukuk davalarının ticari dava sayılacağını belirtmektedir. Anılan madde 13.01.2011 tarihinde kabul edilen ve yürürlüğe giriş tarihi 01.07.2012 olarak kararlaştırılan 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda aynı kanunun numarasını alarak aynen korunmuştur¹⁶⁵. Yasa koyucu bu kuralı, rekabet yasağı sözleşmesinin ticari işletmeyi ilgilendirmesi nedeniyle getirmiş bulunmaktadır. Ne var ki, rekabet yasağı sözleşmesi ile hizmet akdi arasındaki yakın ilişki, TTK'de yer alan bu hükmün isabet derecesi hakkında şüphe uyandırmaktadır. Diğer taraftan BK'da yer alan tüm düzenlemeler, rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklarda ticaret mahkemelerinden çok iş mahkemelerinin görevli olmalarını haklı gösterecek bir içerik taşımaktadır. Kaldı ki, hizmet akdinin devamı sırasında meydana gelen rekabet uyuşmazlıkları iş mahkemelerince çözümlenirken, rekabet yasağı sözleşmelerinde ticaret mahkemelerini görevli kılmak, haklı gerekçelerle desteklenemeyecek bir ayırım da ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenlerle, rekabet yasağına ilişkin davaların iş mahkemelerinde görülmesini mümkün kılan bir yasal düzenleme, uyuşmazlığın mahiyetine olduğu kadar, iş mahkemelerinin kuruluş gerekçesine de daha uygun düşecektir¹⁶⁶. Kanaatimizce de rekabet yasağı ile ilgili davaların iş mahkemesinde görülmesi mevcut düzen göz önüne alındığında daha yararlı sonuçlar doğuracaktır.

Yargıtay içtihatları ile soruna çözüm bulunarak Hukuk Genel Kurulu Kararı ile görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğuna karar verilmiştir. Emsal Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı¹⁶⁷ incelendiğinde görüleceği üzere genel kurul görev sorununu ön sorun olarak görmüştür. Kararın ilgili kısma göre;

“ Dava, Borçlar Kanunu 348 ve devamı maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranış iddiasına dayalı, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın tahsili istemine ilişkindir.

¹⁶⁴ 6762 Sayılı Ticaret Kanunu m. 4 b.3'e göre “ Borçlar Kanununun, bir işletmenin satılması veya diğeriyle birleştirilmesi hakkındaki 179 ve 180, rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352doğan hukuk davaları ticari dava sayılır.

¹⁶⁵ 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu m.4 b.1 c'e göre “ 11.01.2011 tarihli ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleştirilmesi ve şekil değiştirmesi hakkında 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447..... doğan hukuk davaları ticari dava sayılır.

¹⁶⁶ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.25.

¹⁶⁷ Yarg. HGK, 2008/9-517E, 2008/566K, 22.09.2008 tarih sayılı kararı , Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programları, (www.sinerjias.com.tr).

Borçlar Kanunu Hizmet Akdi'ni açıklayan 10. Bab'ının içinde, Rekabet Memnuiyeti başlığı altında 348 ve devamı maddeleri bu yükümlülüğe ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde; (Tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın:....3. Borçlar Kanununun,.....rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352,..... maddelerinde;tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır.) hükmü bulunmaktadır. Aynı kanunun 5. maddesi uyarınca, ticari davalara bakma görevi ticaret mahkemelerine aittir.

Öte yandan; 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 1. maddesi uyarınca; İş Kanununa göre işçi sayılan kişilerle işverenler arasında iş akdinden ya da İş Kanuna dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk davalarına iş mahkemelerinde bakılır.

Anılan kanun hükümleri gözetildiğinde Borçlar Kanununun 348 ve devamı maddelerinden kaynaklanan davalarda görevli mahkemenin belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Türk Hukukunda iş ve çalışma hayatı ilk olarak 1924 yılında yürürlüğe giren ve hafta tatiline ilişkin kanun ile düzenlenmiş, bu kanun sonrasında ise 1926 yılında yürürlüğe giren 818 Sayılı Borçlar Kanunu ile ayrıntılı düzenleme getirilmiştir. Çalışma hayatında meydana gelen değişikliklerden ve işçilerin özel ihtiyaçları nedeniyle, Anayasa'nın sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, kanun koyucunun gittikçe artan oranda bu alana düzenleyici olarak müdahalesi gereğinin doğması ile birlikte 1967 yılında 931 Sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiş, bu kanunun Anayasa Mahkemesince iptali üzerine çıkarılan 1475 Sayılı Kanun 1971 yılında ve son olarak 4857 Sayılı İş Kanunu ise 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Özel nitelikteki bu kanunların hiçbiri Borçlar Kanununun iş ve çalışma hayatına ilişkin hükümlerini yürürlükten kaldırmamış, aksine İş Kanunu hükümlerine aykırı olmamak üzere iş akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ve İş Kanunları kapsamı dışında kalan hizmet akitlerine uygulanacağı hususu kanun koyucu tarafından açıkça vurgulanmıştır.

İş akdinin kurulması ile doğan sadakat borcu, işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcudur. Rekabet etmeme borcu ise, iş akdinin sonuçlarından olan, işçinin, işverene sadakat borcunun olumsuz yönünü ifade eder.

İş akdinin devamı süresince işçinin işverenle rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Buna karşılık, taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş akdine konulmasını veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. İş akdi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmeme borcu ancak böyle bir yükümlülük

sözleşme ile kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olmaktadır¹⁶⁸. Hizmet sözleşmesinde işçi, diğer tarafa (iş sahibine) nazaran zayıf durumda bulunduğu için, kanun, iş sahibinin haksız menfaatler sağlayarak işçiyi ezmesinin önlemek amacıyla hizmet sözleşmesine eklenecek rekabet yasağı hakkındaki hükümleri özel bir şekilde düzenleme gereği duymuştur. Borçlar Kanunu 348 – 352 düzenlemesinin getirdiği hükümler, sadece hizmet sözleşmesinin zımında yapılan rekabet yapmama sözleşmelerine, uygulanabilirler¹⁶⁹. İşçiyi korumaya yönelik olan bu maddede yazılı olan sınırlamalar, bu durumda öteki sözleşmelere uygulanamazlar. Her hizmet sözleşmesinin mutlaka bir ticari davayı ilgilendireceğini kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla esnaf düzeyindeki kişinin yaptığı hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ihlalinden doğan davanın da bu hüküm gereğince mutlak ticari dava sayılması anlamsızdır. Bu tür bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık <öz ticaret hayatına> ilişkin olmadığı gibi çözümü de ayrı bir uzmanlığı gerektirmez¹⁷⁰.

Borçlar Kanununun 348. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı asli yükümlülük doğuran bir sözleşme değildir, iş akdine bağlı olarak fer'i nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır. İş ilişkilerinden doğan rekabet yasağının düzenlenmesinin dayanağı iş ilişkisidir.

Devletin, iş ilişkilerini düzenlerken nasıl işçiyi koruma amacıyla özel mahiyette maddi hukuk kuralları vazetmesi gerekiyorsa, bir hukuk uyuşmazlığı olarak iş uyuşmazlıklarının çözümünü de genel yargıdan ayırmış, İş Hukukuna has yani bu hukukun amacına hizmet edecek şekilde kolay, hızlı ve ekonomik usul kurallarıyla yargılayan uzman özel (spesifik) bir yargıya bırakması gerekmektedir. İşte bu gerek, çoğu ülkede olduğu gibi Türkiye’de de iş davalarının, bu alanda uzman, özel mahkemelerde; iş mahkemelerinde ve genel yargılama usullerinden farklı bir usule göre görülmesini, yani bir iş yargısının varlığını, zorunluluğunu ifade eder¹⁷¹. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun 29.06.1960 gün, 1960/13 ve 1960/15 sayılı kararına göre; <...İş Mahkemeleri iş akdinden doğan münasebetlerden çıkan davaların, bu konularda özel bilgiye sahip mahkemelerde görülmesi amacıyla ...> kurulmuştur, işçi sayılan kimselerle (Kanunla değiştirilen 2. maddesinin C, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıkların bu mahkemelerde çözümleneceği karara bağlanmıştır. Bu kapsamda çıkarılan ve 1950 yılında yürürlüğe giren 5521 Sayılı İş Mahkemeleri uyarınca; bir uyuşmazlığın iş mahkemelerinde

¹⁶⁸ SÜZEK, s.277.

¹⁶⁹ YAVUZ, s.276.

¹⁷⁰ ARKAN, s.94-95.

¹⁷¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.103.

görülebilmesi için işçi sayılan kişilerle işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlığın bulunması gerekir¹⁷².

Bu bağlamda, dava konusu rekabet yasağının dayanağı, işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcundan kaynaklanmakta olup, hizmet akdinden kaynaklan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesidir.

Öte yandan; iş uyuşmazlıkları, özel nitelikte hukuk uyuşmazlıklarıdır. 5521 Sayılı Kanunun 1. maddesinde iş mahkemelerinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıkları olarak iş uyuşmazlıkları, < iş kanununa göre işçi sayılan kimselerle....işveren veya vekilleri arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları...> olarak belirtilmektedir. Şu halde iş mahkemelerinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıkları olarak iş uyuşmazlıkları, tarafları ve konusu kanunla belirlenmiş; yani belirli nitelikte uyuşmazlıklar olup, görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğunda, içeriği keyfi suretle doldurulamayacak uyuşmazlıklardır. Bu nedenle bir hukuk mahkemesi olarak iş mahkemeleri, iş sözleşmesi veya iş kanunundan doğmuş olsa dahi idari ve cezai uyuşmazlıklara doğal olarak bakamayacağı gibi İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçilerle onları çalıştıran işverenler arasındaki uyuşmazlıklara da, iş sözleşmesinden kaynaklanmış olsalar dahi, bakamayacaktır. Bu sonuncu türden uyuşmazlıklar, tarafları işçi ve işveren, kaynağı iş sözleşmesi olduğu halde iş uyuşmazlığı olarak niteleme ve bu itibarla da bu uyuşmazlıkları konu edinen davalar iş davası olarak değerlendirilemez; genel olarak hukuk uyuşmazlıkları içinde yer alırlar.

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 3008 Sayılı İş Kanunu yürürlükteyken çıkarılmış olduğundan 1. maddesinde < (O kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) olmak üzere işçi sayılan kimseler işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıkların çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur > hükmü bugün 4857 Sayılı İş Kanununa göre tanımlanan ve 4. maddede sayılanla dışında kalan işçiler olarak anlaşılmalıdır. 5521 Sayılı Kanunda yer alan <işçi sayılan> ifadesi İş Kanunu kapsamında bulunan işçi olarak yorumlanmalıdır. Bu durumda, 4857 Sayılı İş Kanununun istisnalar başlıklı 4. maddesinde sayılan kişiler ile belirtilen işlerde çalışanlar tarafından açılacak davalarda iş mahkemeleri değil, genel mahkemeler görevlidir.

Yukarıdaki açıklamalar uyarınca; Borçlar Kanununun 348 ve devamı maddelerine dayalı olarak iş kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali

¹⁷² YHG. 05.02.2003, 2003/82-65K. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (www.sinerjias.com.tr).

nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilerek ön sorun oy çokluğu ile aşıldıktan sonra işin esasının incelenmesine geçilmiştir¹⁷³.

¹⁷³ Yarg. HGK, 2008/9-517E, 2008/566K, 22.09.2008 tarih sayılı kararı, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (www.sinerjias.com.tr).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ SONA ERDİKTEN SONRA İŞ SIRRININ KORUNMASI

I. İŞ SIRRI KAVRAMI

İş K. m.25/II e, iş sırrını “meslek sırrı” olarak ifade etmektedir. Meslek sırrı, meslek sahibinin mesleki faaliyeti sırasında öğrendiği ve açıklamama yükümlülüğü altına girdiği gizli bilgilerdir¹⁷⁴. BK m.348 hükmünde, rekabet yasağı düzenlenirken, “işlerin esrarına nüfus etmek” deyimini ile iş sırrı kavramına işaret edilmekte iken, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu’nun m. 444 hükmü ile getirilen yeni düzenlemede, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m.340 hükmüne paralel olarak, “üretim sırları” deyimini kullanılmaktadır. Yine haksız rekabete ilişkin TTK m. 57/7-8 hükmünde, “imalat ve ticari sırların ifşa edilmesi”nden bahsedilmektedir. İmalat sırrı, bir şeyin imalinde izlenecek kural ve metotları ifade etmekte iken, ticari sır, herkes tarafından bilinmeyen ve ekonomik değer taşıyan bilgileri ifade etmektedir. Formül, numune, program, icat, teknik, yöntem ve metotlar, ticari sır olarak kabul edilmekle beraber, fiyatın oluşmasını sağlayan genel masraflar ve kar marjı da ticari sır olarak kabul görmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, iş sırrı kavramına ilişkin olarak yasal düzenlemelerde birbirinden farklı deyimlere yer verilmektedir. Aynı şekilde yapılan tanımlamalara baktığımızda, bu ifadelerinin hiç birinin aynı anlamı taşımadığı görülmektedir. Kullanılan bu farklı ifadelerinin ilgili kanunun amacına göre seçilmesi daha yerinde bir düşünce tarzıdır. Ticari sır, meslek sırrı ve imalat (üretim) sırrı kavramları her zaman birbirini karşılamayabilir. Öğretide, iş sırrı, meslek sırrı veya ticari sır deyimleri kullanılmaktadır. Her ne kadar İş Kanunu’nda meslek sırrı ifadesine yer verilmiş ise de iş sırrı deyimini, tüm diğer ifadeleri kapsayan, daha geniş ve İş Kanunu’nun amacına uygun düşen bir kavramdır. Bu nedenle iş sırrı deyimini kullanmak daha isabetli olacaktır¹⁷⁵.

İş sırrı kavramını tanımlamak gerekirse, iş ve işyeri ile ilgili bulunan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, kamuya mal olmamış ve aleniyet kazanmamış, ancak işyerinde çalışan kişi ve/veya kişilerce (sınırlı sayıda kişi tarafından) bilinen, işvereninde başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında haklı bir menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgidir¹⁷⁶.

¹⁷⁴ ERTAŞ, s.51; SOYER, Rekabet Yasağı, s.53; UŞAN, s.24.

¹⁷⁵ ERTÜRK - ARSLAN, s.287-288.

¹⁷⁶ UŞAN, s.29, ERTÜRK - ARSLAN, s.289; SOYER, Rekabet Yasağı, s.53; AYİTER’e göre de, “iş sırrı, yalnız bir teşebbüse münhasır bulunan ve o teşebbüsün gerek ticari gerek teknik bakımdan muvaffak olmasını

A- Sırrın Unsurları

a. Sır Niteliği (Bilinmezlik)

İş sırrının en önemli unsurlarından birisi, sır olarak nitelendirilen bilginin herkes tarafından bilinmemesidir. Bir bilginin iş sırrı niteliği taşıyabilmesi için, o bilginin işverenin hukuken korunmaya değer menfaatine bağlı olarak açıklanmamasında yarar görülmesi ve sadece o işle uğraşan sınırlı sayıda işi tarafından bilinmesi, diğer çalışanlarla ise hiç ya da kolayca paylaşılabilmesi gerekmektedir. Zira herkes tarafından bilinen bir husus sır olma niteliğinden çıkacaktır. Bir işyerinden söz konusu olan iş sırrının, o işyerinde çalışan işçi veya işçiler tarafından, yaptıkları işle doğru orantılı olarak bilinmesi gerekmektedir. Eğer sır sayılan bir olgu, sınırlı kişi çemberinin dışında taşımışsa ve üçüncü kişilere açıklanmışsa, artık sır olma niteliği taşımayacaktır. Burada üçüncü kişiler kavramına, o işyerinde çalışan ancak işin söz konusu sırrı ilgilendirmeyen kısmı ile uğraşan işçiler de dâhil edilmelidir. Bir iş sırrı, işin uzmanlık gerektiren bir bölümü ile ilgili ise, ancak işin bu kısmı ile uğraşan işçi ya da işçiler tarafından saklanmalıdır. Bu durumda diğer işçiler üçüncü kişi niteliği taşımaktadırlar ve gerekmedikçe iş sırrı, bu kişilerin dışında kaldığı bir sır niteliğindedir¹⁷⁷.

Önemli olan, sırrın sınırlı bir çevre tarafından biliniyor olmasıdır. Bir başka ifadeyle, sır en fazla sınırlı bir kişi ya da kişiler grubu tarafından biliniyor olmalıdır. Bunla birlikte, durumun özelliğine göre, bir şeyi bilenlerin çokluğu, onun sır olma vasfını ortadan kaldırmaz¹⁷⁸. Yani onu alenileştirmez. Bu anlamda sır niteliği taşıyan husus, birden fazla şirket tarafından kullanılabilir ve birçok kişi tarafından da bilinebilir¹⁷⁹.

İş sırrının sır niteliği, onun göreceli bilinmezlik özelliğinden kaynaklanmaktadır. Bilinmezliğin göreceli olması, bir olgunun iş sırrı olabilme niteliğinin duruma göre değişebilecek olmasıdır. Bu durum daha çok işverenin korunmaya değer menfaatine de bağlıdır. Yine bir bilginin iş sırrı niteliği taşıması için, onu bilen işçi sayısı da o işi yapan işçi sayısına göre görecelidir. Yani bazen bir işçi tarafından bilinen bir olgu iş sırrı niteliği taşımakta iken, bazen bu sayı on işçide olabilir. Burada iş sırrının işçi sayısı verilmeksizin, değişken sayıda ama her durumda sınırlı kişi tarafından bilinmesi gerektiğini söylemek yerinde olacaktır. Bunun yanında, işçinin o işyerinde işle ilgili olarak bir süre çalışması sebebiyle

temin eden ve rekabet korkusu ile herkesten gizlenen bir takım hususiyetler” **AYİTER**, Nuşin, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer’i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Arsebük’e Armağan, Ankara 1958, s. 469 .

¹⁷⁷ **ERTÜRK - ARSLAN**, s.289-290.

¹⁷⁸ “ Sır vasfı tespit edilirken objektif bir ölçüt kullanılır. Örneğin sır niteliğine sahip olduğu iddia edilen belgenin üzerine “gizlidir”, “kişiyeye özeldir” gibi ifadelerin yer alması önemli değildir. Söz konusu ibareler yer almakla birlikte belgenin içerisinde yer alan hususlar, basit ve toplum tarafından bilinebilir nitelikte veya basit tarifler niteliğinde ise, sır olarak kabul olunamazlar”. Bkz. **CAMCI**, s.1001.

¹⁷⁹ **UŞAN**, s.30.

kazandığı mesleki bilgiler için göreceli ve objektif bir bilinmezlikten söz edilemeyecektir. Zira mesleki bilgiler, işçi tarafından iş ilişkisi içerisinde iş yapması ile beraber ve onun yeteneğine de bağlı olarak kazandığı mesleki uygulama bilgileri olup, işçi tarafından serbestçe kullanılması söz konusudur. Bu tür bilgiler genellikle işverenin üretim teknolojisi dışında kalan ve benzer nitelikteki işletmelerde de kullanılan bilgilerdir¹⁸⁰.

Sır vasfının kazanılabilmesi için, bu bilginin kamunun mülkiyetinde ve kamuya açık da olmaması gerekmektedir. Maruf ve meşhur bilgiler sır olamazlar. Zira üçüncü kişilere açık olan hususlar, sır teşkil etmezler. Bir konunun maruf ve meşhur olup olmadığının tayini, ilgili alanda geçerli olan örf ve âdete göre belirlenir. Bu anlamda bir mesleki yayından ya da internetten herkesçe öğrenilebilen hususlar, sır olarak nitelendirilmezler. Bunun yanı sıra, bilgiye ulaşabilmek mümkün olmakla birlikte, üçüncü kişilerin işverenin aynı seviyeye gelmeleri için belirli bir zaman ve masraf harcamalarını gerektiren durumlarda da sır vardır. Başlangıçta bu bilgiye ulaşabilmek mümkün olmakla birlikte, işverenin sahip olduğu bilgi seviyesine gelebilmek için belirli bir oranda masraf yapmak ve zaman harcamak gerekiyorsa, ortada bir iş sırrı vardır¹⁸¹.

Bir olgu, işçinin ağzından kaçırması sebebiyle oluşan bir söylenti sonucu bilinmezlik niteliğini kaybetmişse, sır saklama borcunun ihlalinden söz edilecektir. Ancak, asılsız söylentiler sırrın bilinmezlik niteliğinin kaybolmasına neden olmayacaktır¹⁸².

b. Sırrın İş İle Bağlantılı Olması

İş sırrı kavramı oldukça geniş bir kavram olup, sır niteliğindeki söz konusu bilgiler iş veya işyeri ile ilgilidir. Üretim teknolojisi, üretim süreci, işletmenin organizasyon biçimi, hammadde kaynakları, kredi olanakları, personel yönetimi, makine kullanımları, işyeri stokları, müşteri listesi, fiyat bilgileri, kar marjı, çalışma tarzı gibi yapılan işle ve işyeri ile bağlantılı olan her şey iş sırrı olabilecek niteliktedir¹⁸³.

İşçinin, işverenden herhangi bir sözleşme ilişkisi vasıtası ile öğrendiği bilgilerin de sır saklama yükümlülüğü kapsamında gizli tutulması gerekmektedir. Örneğin, muhasebecinin, defterini tuttuğu müşterisi ile ilgili hesap bilgilerinin, kendi işçisi tarafından da sır olarak saklanması gerekmektedir¹⁸⁴.

¹⁸⁰ ERTÜRK - ARSLAN, s.290.

¹⁸¹ UŞAN, s.31-32.

¹⁸² ERTÜRK - ARSLAN, s.291.

¹⁸³ UŞAN, s.33; SOYER, Rekabet Yasağı, s.54; ODAMAN, s.139; ERTÜRK - ARSLAN, s.291.

¹⁸⁴ UŞAN, s.33; SOYER, Rekabet Yasağı, s.54; ODAMAN, s.139; ERTÜRK - ARSLAN, s.291.

c. İşverenin Gizli Tutma İradesi

Bir olgunun iş sırrı niteliği kazanabilmesi için, işverenin bu olgunun sır olarak saklanmasıyla yönelik talebi, yani olguyu gizli tutma iradesi gerekmektedir. İşveren, bu yöndeki iradesini açık olarak belirtebileceği gibi, zımni olarak da belirtebilir. Bu irade işveren tarafından önceden belirtilmiş olabileceği gibi, en geç sır niteliğindeki bilgiden haberdar olduğu anda belirtilmelidir. Bazı durumlarda ise varsayımsal iradede bahsedilebilecektir. Örneğin, büyük işletmelerde, işçinin gerçek sır saklama iradesinin varlığı genellikle tartışılmayacaktır. Zira işveren, sır saklamaya yönelik somut olgular hakkında bilgi sahibi değildir. Böyle durumlarda, eldeki bilginin niteliği gereği, bir olgunun sır olarak saklanması gerektiği yolunda ciddi bir sebep mevcutsa, bunların sır olarak saklanması gerekmektedir. Bu durum daha çok dürüstlük kuralı gereğidir¹⁸⁵.

Sır sahibinin söz konusu bilgiyi gizli tutma iradesi, tek başına o bilginin sır vasfını kazanması için yeterli değildir. Üçüncü kişilerce bilinen, aleniyet kazanmış, maruf ve meşhur olmuş hususlar sır sahibinin, bunların gizli kalması yolundaki iradesi, sırrın korunması açısından önemli değildir. Herhangi bir gizli tutma iradesi yüklenmeksizin kamuya ve/veya üçüncü kişilere bildirilmiş veya açıklanmış bilgilerin kamuya mal olmamış sayılarak daha sonraki kullanımlarının önüne geçilemez. Ayrıca dedikodu mahiyetindeki hususların da sır olarak kabulü mümkün değildir¹⁸⁶.

Bir sırrın iş sırrı olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda yalnızca kişinin iradesi önem taşımaz. Aslında, kişinin, sırrın gizli kalması konusundaki iradesi dışında, bir iş sırrının mevcudiyeti, o faaliyet alanında geçerli olan uygulamalar ve geleneklere göre belirlenir. Buna göre sır vasfı, bir işletmenin belli bir objektif uygunluk taşıyan gizli tutma iradesine bağlı olmaktadır. Öyle ki, bu nokta da ilgili alandaki örf ve adet de dikkate alınabilir. Bundan dolayıdır ki, eğer belli bir bilgi, ilgili iş kolunda büyük ölçüde yaygın ise, işverenin açık bir ikazı dahi, gizli tutma yükümlülüğü doğurmaz¹⁸⁷.

Sır niteliğini haiz olan bir husus, işveren isterse üçüncü kişilere açıklanabilir. Burada işverenin sırrın açıklanması yolundaki rızası veya saklanmaması yönündeki iradesi, sırrın açıklanması konusunda bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak, işverenin sır niteliğindeki konuların açıklanabilmesi yönündeki iradesi, kesin olarak anlaşılmıyor, bu durum açık bir biçimde tespit edilemiyorsa, işçinin sırrı koruma yönündeki sorumluluğunun devam ettiği sonucuna varılmak gerekir¹⁸⁸.

¹⁸⁵ UŞAN, s.34; ERTAŞ, s.53; ERTÜRK - ARSLAN, s.291-292.

¹⁸⁶ TUNCAY, s.1068; UŞAN, s.35.

¹⁸⁷ UŞAN, s.35.

¹⁸⁸ AKYİĞİT, Rekabet Yasağı, s.12; REİSOĞLU, s.877; UŞAN, s.35.

d. İşverenin Haklı Bir Menfaatinin Varlığı

Sırdan söz edebilmek için, işverenin haklı bir menfaatinin de bulunması gereklidir. Buna göre, işverenin sır olarak nitelendirdiği bir hususun, hukuki anlamda korunabilmesi için haklı bir çıkarının olması gereklidir. Sırrın açıklanması işverenin rekabet gücünü etkileyecek nitelikte olmalıdır. Bu anlamda, açıklanması durumunda ekonomik açıdan zarar doğurabilecek olan her bilgi, diğer şartlarında varlığı halinde sır sayılabilir. Ancak, meşru olmayan, suç teşkil eden, yasalara aykırı menfaatler korunmaz¹⁸⁹.

İşverenin haklı bir menfaatinin bulunmadığı konularda, onun sübjektif iradesi, bilgilerin açıklanmaması yönünde olsa bile, bu irade, dikkate alınmaz. Ancak kişinin sübjektif iradesinin hangi yönde olduğunun tam olarak anlaşılmadığı durumlarda, yani şüphenin söz konusu olduğu hallerde, haklı bir menfaatin var olduğunun kabulü uygun olsa gerektir. İş veya işyerine ait sırrın herkes tarafından bilinmesi durumunda işverenin bu sırrın saklanması gerektiği yolundaki iradesi önem taşımaz. Bu takdirde, işverenin sırrın korunması yolunda haklı bir menfaati yoktur¹⁹⁰.

11.01.2011 tarihinde kabul edilen ve yürürlük tarihi 01.07.2012 olan 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan m.396¹⁹¹ hükmüne paralel bir düzenleme içeren İsviçre Borçlar Kanunu'nun m.321a/4 hükmünde, iş sözleşmesi süresince işçinin sır saklama yükümlülüğünden bahsederken, işverenin haklı menfaati üzerinde durulmamıştır. Buna karşılık, sır saklama borcunun iş sözleşmesi sona erdikten sonra devam edebilmesinin işverenin haklı menfaatinin bulunması koşuluna bağlı olduğu hususu vurgulanmıştır. Bu durum, iş sözleşmesinin devamı sırasında işçinin sır saklama yükümlülüğünün varlığı için, işverenin haklı menfaatinin aranmayacağı, haklı menfaatin ancak iş sözleşmesi sona erdikten sonra devam eden bir sır saklama borcu için geçerli olabileceği yolunda bir düşüncenin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak, konu ile ilgili olarak amaçsal bir yorum yapıldığında, işverenin korunmaya değer menfaatinin gerek iş sözleşmesi devam ederken, gerekse iş sözleşmesi sona erdikten sonra var olabilecek sır saklama borçları için geçerli olduğu sonucuna varılmıştır¹⁹².

¹⁸⁹ TUNCAI, s.1069; SOYER, Rekabet Yasağı, s.56; UŞAN, s.36.

¹⁹⁰ UŞAN, s.37.

¹⁹¹ 6098 Sayılı Borçlar Kanunu m.396'ya göre" İşçi yüklediği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır (I). İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür (II). İşçi hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girmez (III). İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz ve başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür (IV).

¹⁹² ERTÜRK - ARSLAN, s.293.

ARSLAN'a göre, kanun hükmünün lâfzî yorumundan, iş sözleşmesi süresince ve sözleşme sona erdikten sonraki dönem için farklı bir düzenleme öngörüldüğü gözlenmektedir. Ancak burada, lâfzî yorumdan çok amaçsal yoruma gitmek yerinde olacaktır. Duruma amaçsal olarak bakıldığında, ister iş sözleşmesi süresince, ister iş sözleşmesi sona erdikten sonra, işçinin yükümlü bulunduğu sır saklama borcu, temelde işverenin haklı menfaatlerini korumak amacıyla var olan bir borçtur. "İşverenin haklı menfaatlerini koruma" amacı, sadakat borcunun özünde bulunmakta ve bu borcun özel bir görünümü olan sır saklama yükümlülüğünün de esasını oluşturmaktadır. Kanun metnini sadece lâfzî ile yorumlayarak "işverenin haklı menfaatlerini koruma" iş sözleşmesi devam ettiği sürece aranmayacağı sonucuna varmak maddenin ruhuna ve amacına ters düşecektir¹⁹³. Bizce de "işverenin haklı menfaatlerini koruma"nın iş sözleşmesi devam ettiği sürece aranması yerinde olacaktır.

B- Kapsamı

İş sırrı kavramı oldukça geniş niteliktedir. Bunun içerisinde işletmeye ait ticari sırlar yer aldığı gibi ticari sır niteliğinde olmayan fakat iş ile ilgili diğer gizli bilgilerde vardır. Her ne kadar iş sırrı kavramı içerisinde mahrem bilgi ve ticari sırlar yer alsa da, uygulamada ticari sırrın gizli bilgi içerisinde daha fazla önemli bulunduğunu belirtmekte fayda vardır. Özellikle işçinin sır saklama borcunun içeriği tespit edilirken, hizmet akdi sonrasına yönelik sırrın korunması açısından, bu sırların ticari sır olarak kabul edilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır. Ticari sır vasfı niteliği taşımayan iş sırlarının ise, iş ilişkisi sonrası korunması, ancak bu konuda özel bir kararlaştırma ile mümkündür¹⁹⁴.

Ticari sırrın tanımlanması çok zordur. Bununla birlikte, ticari sır, bir tacirin, ticari faaliyetleri esnasında kullandığı, aynı olanağa sahip olmayan veya kullanamayan rakiplerine karşı kendisi için avantaj teşkil eden herhangi bir formül, düzen, model ve sair toplam bilgiler (müşteri listeleri, planlar, araştırma ve geliştirme bilgi ve belgeleri, fiyatlama bilgileri, pazarlama teknikleri, üretim teknikleri ve genelde belirli bir firmayı piyasada tek hale getiren ve o firmaya değer katkısında bulunan diğer şeyler) olarak tanımlanabilir. Bu, kimyasal bir bileşimin formülü, imalat usulü, üretimde yararlanılacak madde ve materyalleri işlemlerde kullanma veya bunları muhafaza yöntemleri, makine ve diğer aparat modelleri veya müşteri listeleri de olabilir¹⁹⁵.

Tacir, mamullerini üretmek üzere ve üretimde kullanmak amacıyla, hammadde, yarı mamul veya mamul ve/veya çeşitli hizmetler satın alır ve tedarik eder, üretimde kullanır. Bu

¹⁹³ ERTÜRK - ARSLAN, s.294.

¹⁹⁴ UŞAN, s.37.

¹⁹⁵ CAMCI, s.94; UŞAN, s.38.

amaçla, mal tedarik ettikleri kişi ve firmaların listeleri bu açıdan önemlidir. Söz konusu listenin iyiniyet kurallarına aykırı veya kişinin rızası dışında başkalarınınca kullanılması ve yararlanılması haksız rekabet teşkil eder¹⁹⁶.

Müşteri listeleri iş sırları arasında önemli bir yere sahiptir. Bunun yanında, ticaret yöntemleri de sır vasfını haizdir. Bir ticari işletmenin bulmuş ve uygulamakta olduğu her ne isim altında olursa olsun, onun tekeli altındadır. Bununla birlikte, söz konusu yeniliğin ve buluşun herkes tarafından uygulanabilme olanağı mevcut ise, bu hususlar sır vasfını kaybeder¹⁹⁷.

Herhangi bir özel düzenlemenin bulunmadığı durumlarda eski işçi, işverenin müşterileri ile ilişki kurma konusunda bir engelle karşılaşmaz. Ancak, müşteri listelerinin ticari sır niteliğini haiz olması, bunun istisnasını oluşturur. Müşteri listelerinin zamanla geçerliliğini kaybedebilme özelliği nedeniyle mahkemeler ticari sır sayılabilmeleri için bir takım hususları birlikte aramaktadırlar. Buna göre;

- Müşterilere ait bilgilerin genel olarak kamunun kaynaklarından ulaşıp ulaşılamadığı,
- Söz konusu listenin oluşturulması için işverenin emek ve para harcıyıp harcamadığı,
- Ürünün endüstride satılabilirliği,
- Müşterilerle irtibatın gerekli olup, olmadığı,
- Müşteri bilgilerini kimin geliştirdiği,
- İşverenin söz konusu bilgileri korumak için tedbir alıp almadığı,
- İşçinin söz konusu bilgileri nasıl elde ettiği gibi hususlar birlikte değerlendirilir¹⁹⁸.

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin iş ilişkisi içerisinde işverenin müşterilerine nüfuz etmesi yahut iş sırlarına vakıfıyeti nedeniyle hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içerisinde işçinin

¹⁹⁶ CAMCI, s.945; UŞAN, s.39.

¹⁹⁷ CAMCI, s.96; UŞAN, s.39.

¹⁹⁸ UŞAN, s.40.

işverenle rekabet teşkil eden davranış içerisine girmesini yasaklayan sözleşmeye denir. Bu anlamda rekabet yasağı sözleşmesinin sadece iş sırlarını önlemeye yönelik olarak yapılabilmesi de mümkündür. Bir başka ifade ile esas itibari ile rekabet yasağı sözleşmelerinin amacı, iş sırlarını öğrenen ya da müşterilerle olan ilişkileri bilen işçilere karşı, işverenin çıkarlarını, iş ilişkisi sonrasında koruma getirmektir. Bu sözleşme ile işçi, sözleşmenin bitiminde işverene karşı rekabet etmemeyi taahhüt etmektedir. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin işverene karşı yüklediği menfi bir borç, bir yapmama borcu vardır. Rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler, işvereni ve iş sırlarını korumakta ise de çalışma ve sözleşme özgürlüğünü de kısıtlamaktadır. Böylelikle bu iki zıt menfaat arasında bir orta yol bulmak ve karşılıklı menfaatleri dengelemek için Borçlar Kanunu rekabet yasağına ilişkin kuralları bazı kayıt ve şartlara tabi tutmuştur¹⁹⁹.

A- Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Önemi

Bir kimsenin mesleki yetkinliği, aldığı eğitim ve ağırlıklı olarak da çalışma süreci içinde elde ettiği bilgi ve tecrübelerine dayanır. Bu nedenle çalışma, sadece ekonomik hedeflere yönelmez; işçi aynı zamanda kendi mesleğinde gelişmeyi de amaçlar. Diğer bir deyişle, işçinin mesleğini icra etmesi, onun için salt para kazanma faaliyeti değildir. Bu bakımdan, Anayasada güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü (m.48), işçinin hayatını kazanma yanında, onun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını da temin eder²⁰⁰. İşçinin çalışma suretiyle elde ettiği bazı bilgilerin kullanımı, belirli durumlarda işverenin haklı menfaatlerine zarar verebilir. Çünkü iş sırrı olarak nitelendirebileceğimiz bazı teknik ve ticari bilgiler, işverenin bir işletme olarak faaliyetlerinin olmazsa olmaz unsurlarıdır. Bu bilgilerin başkaları tarafından kullanımı, işverenin diğer işletmelere göre rekabet üstünlüğünü ortadan kaldırır. İşçinin iş sözleşmesi çerçevesinde yaptığı işi, daha sonra işverene rakip olarak sürdürmesi veya iş ilişkisi süresince elde ettiği bilgileri açıklaması veya bizzat kullanması, eski işverenin menfaatlerini ihlal edebilecektir²⁰¹. İşaret edilmelidir ki, İş Kanunu işyerini “ işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan veya olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” şeklinde tanımlamıştır. Tanımda geçen “maddi olmayan unsurlar” ın bölümünü oluşturan teknik ve ticari iş sırlarının ve işverenin müşteri çevresinin korunması, belirtilen nedenlerle işveren açısından çok önemlidir²⁰².

¹⁹⁹ UŞAN, s.49-50.

²⁰⁰ TAŞKENT, Savaş-KABAKÇI, Mahmut, s.22; YENİSEY, Doğan- ÖZGÜR-ÖZTÜRK, Kübra, İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü, Prof. Dr. Devrim ULUCAN'a Armağan, İstanbul 2008, s.420.

²⁰¹ ŞAHLANAN, Fevzi, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları ve Çözüm Önerileri, 11. Yıl Toplantısı, İstanbul 2008, s.72.

²⁰² TAŞKENT-KABAKÇI, s.22.

İşçi ile işverenin menfaatleri açısından bu karşılıklı durum, bir dengelemeyi gerektirir. İşçi çalıştığı sırada bu bilgileri saklamakla, işverenle rekabet eder biçimde kullanmamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün kaynağı, taraflar arasındaki iş sözleşmesinden doğan sadakat borcudur. İş sözleşmesinin sona ermesi ile sadakat borcunda sona erer. İşçi ilke olarak iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, iş ilişkisinin devamı sırasında elde ettiği mesleki bilgilerden yararlanmada serbesttir. Bu bakımdan, işçi ile işverenin haklı menfaatlerinin dengelenmesi gerekir. Bu açıdan işveren, müşteri çevresine ilişkin bilgilerin ve iş sırlarının eski işçi tarafından kullanılması suretiyle uğrayabileceği zararlara kendini güvence altına almak isteyecek; işçiyi daha iş ilişkisinin kurulduğu sırada, bu konuda bir taahhüt altına sokmakta yarar görebilecektir. Ancak bunun için, işçinin iş ilişkisinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcundan farklı olarak, rekabet yasağı sözleşmesinin özel olarak kararlaştırılmış olması gerekir²⁰³. Belirtmek gerekir ki, rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin alıştığı sırada elde ettiği bilgileri kullanmasını bir ölçüde önlediği için, onun çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakları da önemli derecede sınırlandırılmış olur. Bu olgu rekabet yasağı hakkındaki tartışmalarda “ dar yorum” esasını geçerli kılar²⁰⁴.

B- Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Konusu

Rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra, kendi adına işvereni ile rekabet edecek bir iş yapmaması, rakip bir kuruluşta çalışmaması, rakip bir kuruluşla ortak olmaması ve ortaklıktan başka bir sıfatla dahi rakip bir kuruluşla ilgisinin olmamasıdır. Rekabet yasağı, bir rekabet kuruluşunda çalışma ve böyle bir kuruluşla katılma yasağını içerir. Aynı müşterilere, aynı mal veya hizmetleri sunan kuruluş, rakip kuruluş olarak kabul edilir. Buna karşın aynı maddeyi değişik mal veya hizmet üretmek için kullanan kuruluşlar, rekabet kuruluşu olarak kabul edilmez²⁰⁵.

Taraflar, iş sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere, işçinin rekabet teşkil etmeyen bir işi yapmasını yasaklayıcı bir sözleşme yapamazlar ya da iş sözleşmesine bu hususta bir hüküm koyamazlar. Mesela, jimnastik uygulanmasını göstermek ve öğretmek için bir kuruluşta çalıştırılan jimnastik öğretmenin, sözleşme sona erdikten sonra jimnastik öğretmeni olarak yaptığı her çalışmanın yasak olması şeklinde bir rekabet yasağı kararlaştırılmaz. Nitekim rekabet yasağı sözleşmesi ile işçinin çalışma hakkı elinden

²⁰³ SÜZEK, s.305; TAŞKENT-KABAKÇI, s.23.

²⁰⁴ TAŞKENT-KABAKÇI, s.23.

²⁰⁵ MANAV, Eda, İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.87, 2010, s.324.

alınmaz²⁰⁶. Rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, örneğin, şarap firmasında satış elemanı olarak çalışan işçinin kendi isteği ile işyerinden ayrıldıktan sonra aynı alanda faaliyet gösteren başka bir işyerinde tanıtma ve pazarlama elemanı olarak çalışmasının yasaklanması olabilir²⁰⁷. Bir şirkette bilgisayar elemanı olarak çalışan işçinin, kendi isteği ile işyerinden ayrıldıktan sonra, altı ay boyunca şirketin yazılı izni olmadıkça, şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusuna giren bir işte çalışmayacağına, şirketin müşteri portföyündeki bir şirkette görev alamayacağına ilişkin olarak da rekabet yasağı kararlaştırılabilir²⁰⁸

C- Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Yapılabileceği Zaman

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin BK m.348 vd. (YBK m.444 vd.) hükümleri, işverenin korunmaya değer menfaatleri ile işçinin çalışma ve meslek seçme özgürlüğü ile diğer temel hakları arasında bir dengenin kurulmasını amaçlar²⁰⁹. Başka deyişle söz konusu düzenlemeler işçinin korunmasını ön plana çıkardığından BK m.348 vd. (YBK m.444 vd.) hükümlere tabi bir rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için, öncelikle bir iş ilişkisinin varlığını gerektirir²¹⁰. Bu nedenle bir iş sözleşmesi kurulmadan önce ya da sona erdikten sonra kararlaştırılacak rekabet yasağı hakkında BK m.348 vd. (YBK m.444 vd.) hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü bu ihtimalde koruma amacını haklı gösteren bir bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır²¹¹. İş sözleşmesi hukuken ya da fiilen sona erdikten sonra kararlaştırılan rekabet yasağının BK m.348 vd. (YBK m.444 vd.) çerçevesinde değerlendirilmemesi gerekir. Bu açıdan iş sözleşmesi kurulmadan önce ya da sonra kararlaştırılan rekabet yasağı hakkında, işçi ile işverenin menfaatlerinin dengelenmesi açısından genel hükümler olarak MK m. 2,23 ve BK m. 19,20 dikkate alınacaktır.

Rekabet yasağında işverenin korunmaya değer menfaatleri dikkate alındığında, deneme süresinde sona eren bir iş sözleşmesi ile ilgili rekabet yasağının geçerliliği konusunda Alman Federal İş Mahkemesi, iş sözleşmesinin deneme süresinde sona ermesinin, rekabet yasağının yürürlüğe girmesine engel olmayacağı görüşündedir²¹². Mahkemeye göre, rekabet yasağının, örneğin deneme süresinin ya da sözleşmede 6 ay, 1 yıl gibi belirli bir sürenin tamamlanması ile yürürlüğe gireceğinin kararlaştırılması mümkündür. Buna rağmen yazılı sözleşmede açık bir

²⁰⁶ **MANAV**, Eda, s.325.

²⁰⁷ Yarg. 9. HD. 29.05.1997, E. 1997/6252, K. 1997/10506, Bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr

²⁰⁸ Yarg. 9. HD. 18.05.1999, E. 1999/5784, K. 1999/9049, Bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr), **MANAV**, Eda, s.325.

²⁰⁹ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.5; **TAŞKENT-KABAKÇI**, s.34.

²¹⁰ **TAŞKENT-KABAKÇI**, s.34.

²¹¹ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.5; **UŞAN**, s.55; **TAŞKENT-KABAKÇI**, s.34.

²¹² **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.19.

kararlaştırılmaya gidilmediği takdirde, rekabet yasağı, sözleşmenin imzalanmasıyla geçerlilik kazanır. Çünkü rekabet yasağı sözleşmesi ile korunması amaçlanan, işverenin işletmesi ile ilgili haklı menfaatleri, deneme süresinde de ortaya çıkabilir²¹³.

İş sözleşmesinin bildirimli olarak feshedildiği ve ihbar önelinin devam ettiği dönemde, işçi ile kararlaştırılacak rekabet yasağı hangi hükümlere tabi olacaktır? Bu konuda öğretilerde Soyer, ihbar öneli içinde kararlaştırılan rekabet yasağına BK m.348 vd. (YBK m.444 vd.) hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir²¹⁴. Bu görüş, iş sözleşmesinin ihbar öneli sona erene kadar geçerli olması ve bu açıdan da bağımlılık ilişkisinin önel ertesinde sonlanması nedeniyle isabetlidir. Ancak bu konuda rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesine ilişkin BK m.352/2 (YBK m.447) hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü rekabet yasağının sona ermesine ilişkin bu hükümde, işveren ile işçinin çatışan menfaatlerinin dengelenmesi açısından, işverenin rekabet yasağı ile korunmaya değer bir haklı menfaatinin bulunmadığı varsayılmıştır. Belirtilen nedenle iş sözleşmesi işveren tarafından işçiyle ilgili bir geçerli nedene dayanılmadan bildirimli olarak feshedildikten sonra kararlaştırılacak rekabet yasağı, BK m.352/2 (YBK m.447) hükmü uyarınca geçerli kabul edilmemelidir. Bildirim önelinde rekabet yasağı kararlaştırılabilmesi, iş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanunu 18. madde anlamında işçinin davranışları ve yeterliliğine dayanan feshinde ve işçi tarafından bildirimli feshinde söz konusu olabilecektir. İşverenin işyeri ya da işletmesi ile ilgili bir nedene dayanan feshinde ise, BK m.352/2 (YBK m.447) anlamında “işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru”ndan söz edilmez²¹⁵.

D- Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları

BK m. 348'e göre; “İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfus etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf da, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair bir sıfatla alakadar olmamasını, şart edebilirler.

Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterilerini tanımasından ve esrara nüfusundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir.

İşçi, akdin yapıldığı zamanda reşit değil ise rekabet memnuiyetine dair olan şart batıldır”

²¹³ TAŞKENT-KABAKÇI, s.34.

²¹⁴ SOYER, Rekabet Yasağı, s.19.

²¹⁵ TAŞKENT-KABAKÇI, s.35.

Borçlar Kanunu, bu sözleşmenin kurulabilmesi ve geçerliliği için bir takım şartlar aramaktadır. Söz konusu şartların yokluğu halinde, yapılan sözleşme geçersizdir²¹⁶. Bu koşullar, işçinin, işverenin müşteri çevresine veya iş sırlarına girmesi ve işverenin işçi ile rekabet etmesi halinde önemli bir zarara uğrayacak olmasıdır. Bu iki koşul arasında bir neden-sonuç bağı bulunmalıdır. Aksinin kabulü, işçinin şahsi kabiliyet ve maharetinden ileri gelebilecek zararında rekabet yasağı kapsamına alınması demek olur ki bu durum işçinin şahsi kabiliyetini geliştirmesine engel teşkil eder²¹⁷. Maddenin ikinci fıkrasında “müşterileri tanınmasından ve esrara nüfusundan” ifadesi yer alsa da bu iki şartın bir arada olmasının gerekmediği “ve” nin “veya” şeklinde yorumlanması gerektiği İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Bu nedenle müşterilere ait bilginin iş sırrı niteliği taşıması gerekmemektedir. Ancak, doktrinde müşterilere ait bilginin iş sırrı olması gerektiği ileri sürenler de bulunmaktadır²¹⁸.

Rekabet yasağının alanını genişletmemek amacıyla, müşteri çevresi dar yorumlanmalı ve işveren tarafından üretilen mal ve hizmetleri halen ve muntazam bir biçimde almakta olan kişiler müşteri kavramına dâhil edilmeli, bir kez alıcı olanlar ile müstakbel alıcılar kapsam dışı bırakılmalıdırlar²¹⁹. İş sırrı ise hukukun birçok alanında karşılaşılan, ancak yasal bir tanımı bulunmayan bir kavramdır. Bu nedenle, hâkimler her somut olayda takdir yetkilerini kullanarak, değerlendirme yapmaktadırlar. Bununla birlikte, genel olarak iş sırrı kavramının işletme ile ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı menfaatinin bulunduğu ve işverence saklı kalması arzu edilen olguları ifade ettiği söylenebilir. Örneğin müşteri listesi, maliyet fiyatı, gizli anlaşmalar, şifre sistemi, haberleşme dosyası, bir işletmenin herkesçe bilinmeyen organizasyonu, üretim teknolojisi, bir makinenin konstrüksiyonu, bilgisayar programları, pazar planları, kredi olanakları, işverene ait işçi buluşları, bir mamulün terkibi gibi hususlar sayılabilir²²⁰.

Müşteri çevresine ve iş sırrına nüfuz etmekten anlaşılması gereken ise, sadece müşterilerin isimlerinin bilinmesi değil, o işyeri ile olan ilişkilerine yönelik bilgiye sahip olmaktır. Bu durumda işçinin çalışma statüsü ön plana çıkmaktadır. Vasıfsız işçilerin böyle bir durumla karşı karşıya gelmeleri söz konusu olmayacağından, bu nitelikte işçiler ile yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri genellikle geçersizdir. Buna karşın, işçinin kendisine özgü nitelik,

²¹⁶ UŞAN, s.54.

²¹⁷ UYGUR, Turgut, Açıklamalı- İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1993, s.642, SAVAS, Fatma Burcu, s.108.

²¹⁸ SAVAS, Fatma Burcu, s.108; UŞAN, s.232.

²¹⁹ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 8; SAVAS, Fatma Burcu, s.108-109.

²²⁰ SAVAS, Fatma Burcu, s.109; SOYER, Rekabet Yasağı, s. 54; UŞAN, s.33.

sosyal statü nedeniyle müşteri çevresini oluşturduğu durumlarda işten ayrılması, önemli bir zarar oluştursa da rekabet yasağı sözleşmesi için haklılık oluşturmaz. Bu nedenle, iş sözleşmesi sona erdikten sonrası için rekabet yasağının, futbol kulüpleri gibi meslek sırrı ihtiva etmeyen veya avukatlık, doktorluk gibi işverenin iş ilişkisinin sona ermesinden sonra uğrayacağı zararın, müşteri çevresinin bilinmesinden dolayı değil de daha çok işverenin yanında öğrenilenlerden kaynaklanacağı iş ilişkisi açısından öngörülemeyeceği kabul edilmektedir²²¹.

İşçinin, işverenin iş sırlarına veya müşteri çevresine girmesinin sonucu olarak işverenin bir zarara uğraması ihtimali de var olmalıdır. Ancak, herhangi bir zarar ihtimali değil, önemli bir zarar ihtimalidir. Kanun koyucu işçiyi korumak amacıyla bu koşula yer vermiştir ve bu sınırlama hem rekabet yasağı sözleşmesinin amacına uygun düşmekte hem de işverenin önemli bir menfaatinin kalmaması halinde yasağın hükümden düşeceğini belirten BK'nın 352 (YBK m.447). maddesinin ilk fıkrası ile de uyum içinde bulunmaktadır. Ancak, hangi zararların önemli zarar olarak kabul edileceğinin önceden tespiti mümkün olmadığından, hâkim, her somut olayın özelliklerini dikkate alarak bunu belirleyecektir²²².

Borçlar Kanunu, tarafların hizmet akdinin sona ermesinden sonra rekabet edici davranışlarda bulunmayı yasaklayan sözleşme yapabilmelerine imkân tanımıştır. Dolayısıyla, genel bir düzenleme olarak, İş Hukuku mevzuatında işçinin sözleşmenin bitmesinden sonra rekabetini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Yasa koyucu açık olarak böyle bir sınırlandırmanın ancak bir anlaşma ile yapılabileceğini öngörmüştür. Zira, BK m. 348/I(YBK m.444) 'de yer alan "her iki taraf da...şart edebilirler" ifadesi, rekabet yasağının ancak sözleşme ile kararlaştırılması gerektiğini, işçinin tek taraflı olarak bir taahhüdü ile rekabetin sınırlandırılmayacağını anlatmaktadır. Yine, bu sözleşme ile sadece işçinin rekabetinin yasaklanması mümkündür. Yoksa işverenin işçi ile rekabet edici davranıştan kaçınmasını içeren (bu anlamda karşılıklı rekabeti yasaklayan) bir şartın rekabet yasağı sözleşmesine konulabilmesi mümkün değildir. Şüphesiz, böyle işverenin rekabetini yasaklayan sözleşme BK m. 348 anlamında değil, ama genel hükümler çerçevesinde söz konusu olabilir. Tabidir ki MK m.23 ve BK m. 19-20'nin sınırlandırılmalarına uyulmak gerekir²²³.

BK m.348 anlamında rekabet yasağı sözleşmesi henüz akit kurulmadan önceki bir dönemde yapılamaz. Zira, henüz asli ilişki olan hizmet sözleşmesi kurulmamış ve bağlılık ilişkisi doğmamıştır²²⁴. Ama bu demek değildir ki, genel hükümler çerçevesinde bir sözleşme

²²¹ **SOYER**, s. 52-53; **YAVUZ**, Cevdet; s.422; **SAVAŞ**, Fatma Burcu, s.109.

²²² **UŞAN**, s.234; **SOYER**, s. 57-58; **SAVAŞ**, Fatma Burcu, s.109.

²²³ **UŞAN**, s.55.

²²⁴ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 18; Oysa karşı fikirdeki **AKYİĞİT**'e göre; BK m. 348/son' da her ne kadar işçi niteliğinden söz ediliyorsa da ileride işverenin işçisi niteliğini edinmek kaydı ile henüz hizmet akdi yapılmazdan

yapılamaz. Bir başka ifade ile henüz akdi ilişki kurulmadan önce genel hükümler çerçevesinde (ve oradaki sınırlamalara tabi olarak, MK m.23 ve BK m. 19-20) rekabeti yasaklayan bir sözleşmenin yapılabilmesi elbette ki mümkündür. Ancak bu takdir de, BK m. 348 vd. hükümleri uygulanamaz²²⁵.

BK m. 348 vd. da yer alan düzenlemelerin, tıpkı hizmet sözleşmesi kurulmadan öncekilerde olduğu gibi, hizmet akdi (işçi ile işveren arasındaki ilişki) son bulduktan sonra yapılacak olan rekabet yasağı sözleşmelerinde de uygulanamaz. Burada hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra genel hükümlere bağlı olarak rekabet, sözleşme ile yasaklanabilir²²⁶.

Rekabet yasağının sözleşmesinin kurulması ile ilgili son nokta da, tarafların bir rekabet yasağı sözleşmesi yapmalarına karşın, sözleşmede, hizmet akdi sonrasına yönelik olup olmadığı ile ilgili bir açıklığı taşımaması halinde bunun nasıl yorumlanacağı meselesidir. UŞAN, bu soruya şöyle cevap vermektedir; “bu halde esas itibari ile söz konusu sözleşmenin hizmet akdinin devamınca rekabeti yasakladığını kabul etmek uygun olsa gerektir. Zira böyle bir durumda rekabetin zaten sözleşme ilişkisi içerisinde kanunen yasaklandığından hareketle, bunun sözleşmenin sona ermesinden sonraya yönelik olduğunu söylemek, yorumun işçinin lehine yapılması gerektiği ilkesi ve iş hukukunun özellikleri ile de bağdaşmaz”²²⁷.

a. Ehliyet

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için üzerinde durulması gereken konu işçinin ehliyeti meselesidir. Borçlar Kanunu, rekabet yasağının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin tarafı olan işçinin reşit olmasını aramaktadır. Gerçekten, BK m. 348/son’a göre, “işçi akdin yapıldığı zamanda reşit değil ise rekabet memnuiyetine dair olan şart batıldır.” Bu açık düzenleme karşısında işçinin sözleşmenin yapıldığı anda reşit olması gereklidir. Reşit olmak açıkça arandığına göre, Medeni Kanun anlamında, genel rüşt yanında, evlenme ile veya mahkeme kararı ile rüşt (kazai rüşt) de aynı sonuçları doğurur. Ancak yasadaki açık düzenleme karşısında, temyiz (ayırım) gücüne sahip bir küçüğün ne kendisinin yapmış olduğu sözleşmenin kanuni temsilcisi tarafından icazet (onama) ile geçerli kılınabilmesi, ne de başlangıçta izin vererek bunun yapılabilmesine imkân tanınması, mümkündür. Hatta küçüğe aile dışında yaşama ve çalışma izni verilse bile bu sonuç değişmez (MK m.359). Yine yasadaki düzenlemeden çıkan sonuç, kanuni temsilcinin küçük adına bir rekabet yasağı sözleşmesini

önce de rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir ve bu sözleşme, hizmet akdi sona erdikten sonra yürürlüğe girer. Bkz. AKYİĞİT, Rekabet Yasağı, s.9.

²²⁵ UŞAN, s.55.

²²⁶ UŞAN, s.55.

²²⁷ UŞAN, s.56; Aynı görüş AKYİĞİT, Rekabet Yasağı, s.8; karşı görüş ERTAŞ, Kudret, s.64; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, s. 125.

yapmasının da mümkün olmadığıdır²²⁸. Buna karşın temyiz gücüne sahip kısıtlının yapmış olduğu sözleşme, vasinin onaması ile geçerli hale gelir²²⁹.

Hizmet akdi ilişkisi devam ederken tarafların sır saklama/rekabet yasağı ile ilgili bir sözleşme yapabilmeleri yahut mevcut sözleşmeye hüküm koyabilmeleri mümkündür. Bu şart veya sözleşme genel hükümlere tabi olduğu için, işçinin sözleşmenin yapıldığı anda reşit olması aranmaz²³⁰.

İşçinin reşit olmaması nedeniyle yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin batıl olması, rekabet yasağının hizmet sözleşmesinde bir şart olarak kararlaştırıldığı durumlarda da söz konusudur. Ayrıca belirtmekte fayda var ki, hizmet sözleşmesinde yer alan hüküm BK m.20/2 (YBK m.27) gereği kısmi butlan müeyyidesine tabi olsa da, işveren burada genel kural olarak kısmi butlanda geçerli olan, söz konusu şart olmasaydı akit yapılmayacaktı iddiasında bulunamaz²³¹. İş Hukukunun özelliği, işverenin böyle bir iddiasını haklı kılmaz²³².

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun anılan hükmü 11.01.2011 tarihinde kabul edilen ve yürürlük tarihi 01.07.2012 olan 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 444. Maddesi ile değişikliğe uğrayarak madde de aranan reşit olma şartı fiil ehliyetine sahip olma şartı olarak değişikliğe uğramıştır. Yeni borçlar kanunumuzla birlikte işçinin rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmesi için sadece reşit olması yetmeyecek fiil ehliyeti aranacaktır. Kaynak İsviçre hukukunda, işçinin reşit olma şartını arayan kanun hükmünün 1971 yılında kaldırılmasıyla işçinin tam ehliyetli olması koşulu aranmaktadır²³³. Akyiğit'e göre de²³⁴ rekabet yasağı ile sınırlanan özgürlüğün büyük önemi olması dolayısıyla, geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin kurulabilmesi için işçinin tam ehliyete sahip olması koşulunu aramak yerinde olacaktır. İşçi ancak kendi iradesiyle ekonomik özgürlüğünü sınırlayacak bir sözleşme yapmalıdır. Bu nedenle İsviçre hukukunda kabul edildiği gibi Türk hukukunda da fiil ehliyetine sahip olan

²²⁸ **KÖSEOĞLU**'na göre, "mukavele işçinin kanuni temsilcisi tarafından akdedilmiş olsa bile hükümsüz sayılmalıdır. Zira rekabet memnuiyetine taalluk eden irade beyanı işçiyi yükümlülük altına koyan ve münhasıran şahsa bağlı haklardandır. Bkz. **KÖSEOĞLU**, s.983.

²²⁹ **SOYER**'e göre, "Mahcurlar tarafından yapılan rekabet yasağı sözleşmelerinin genel kural (MK m.16/f.2) uyarınca ancak kanuni temsilcileri tarafından muvafakat verildiği takdirde kendileri için bağlayıcı olacağı açıktır. Bu söylenenler karşısında rekabet yasağı, işçinin ancak kendisinin karar verebileceği bir olgu olarak karşımıza çıkar. Bkz. **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.46; **UŞAN**, s.56-57.

²³⁰ **UŞAN**, s.57.

²³¹ **BAŞPINAR**'a göre, "Tarafların farazi iradelerinden, bir kısmı sakat olan bu kısmı olmadan böyle bir sözleşmeyi yapmayacakları sonucuna varıldığı takdirde, tam butlan söz konusu olur. Bu sonucun iki istisnası vardır; Bunlardan birincisi, kısmi sakatlığın taraflardan yalnız birine ilişkin olmasıdır.....Sözleşmenin bir kısmının sakatlığı halinde BK m. 20/II c.2 uyarınca tam butlanın uygulanamayacağı ikinci istisna, koruma normlarına aykırılık halleridir. Böyle hallerde, taraflardan birinin sakat kısım olmadan sözleşmeyi yapmayacağı iddiası dikkate alınmadan kalan kısım ayakta tutulup korunur." **BAŞPINAR**, Veysel, Borç Sözleşmesinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 1 vd.

²³² **UŞAN**, s.58.

²³³ **AKYİĞİT**, Rekabet Yasağı, s.10; **SOYER**, s.44.

²³⁴ **AKYİĞİT**, Rekabet Yasağı, s.10.

işçilerin geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmeleri, işçinin ekonomik anlamda daha çok korunmasını sağlayacaktır²³⁵.

b. Şekil

BK m. 350 (YBK m.445)'ye göre, "Rekabet memnuiyeti, sahih olmak için tahriri mukaveleye merbut olmak lazımdır." Bu düzenlemenin amacı, işçinin yasağın kapsamı konusunda bilgi sahibi olmasını mümkün kılarak işçiyi korumaktır. Hizmet sözleşmesinin yazılı yapılmasının gerekli olmadığı durumlarda bile, rekabet yasağı sözleşmesi yazılı yapılmak zorundadır. Belirli süreli bir hizmet sözleşmesinin susma ile yenilenmesi durumunda, hizmet sözleşmesinde mevcut olan rekabet yasağı şartı da yenilenmiş demektir²³⁶. Yazılı olarak yapılmayan rekabet yasağı sözleşmeleri geçerli değildir. Butlan müeyyidesine tabidir²³⁷.

Türk Hukukunda karşı edimin bulunması şart olmadığından, karşı edim içermeyen bir rekabet yasağı sözleşmesinde, sadece işçi borç altına girdiğinden onun imzası gerekli ve yeterli olmaktadır. Ancak, karşı edim içeren bir sözleşme söz konusu olduğunda, işverenin de imzası gerekecektir²³⁸.

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 348. maddesi 11.01.2011 tarihinde kabul edilen ve yürürlük tarihi 01.07.2012 olan 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 444. maddesi ile aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir;

" 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.

Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olabilecek nitelikteyse geçerlidir"

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340. maddesi göz önünde tutulmuştur. Yazılı olma şartının aynen korunduğu görülmektedir.

Rekabet yasağının, iş sözleşmesinin ekinde ayrı bir taahhütname olarak kararlaştırılması mümkündür. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, böyle bir kararlaştırmada, rekabet yasağını düzenleyen ekli metinde işçinin imzası bulunmasa dahi, iki şartın gerçekleşmesi koşuluyla yasak bağlayıcıdır. Bunun için, yasağı düzenleyen metnin, iş

²³⁵ MANAV, Eda, s.330.

²³⁶ YAVUZ, s.422; KÖSEOĞLU, s.983; UYGUR, s.647.

²³⁷ UŞAN, s.59.

²³⁸ SAVAŞ, s.110.

sözleşmesinin eki olduğu konusunda bir tereddüt olmamalı ve iş sözleşmesinin içeriğinde, rekabet yasağına atıfta bulunulmuş olunmalıdır²³⁹.

Yazılı şeklin geçerlilik şartı olarak kabul edilmesinin gerekçeleri dikkate alınarak, iç yönetmelikte düzenlenen rekabet yasağının geçerli olmadığı kabul edilmelidir²⁴⁰. Rekabet yasağı hükümlerinin BK m.348 vd. (YBK m.444 vd.) hükümlerinde öngörülen şartlarının, her bir işçi açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gereği, rekabet yasağının bireysel niteliğini ortaya koyar. İşveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanan iç yönetmelikler ise, işyerindeki tüm işçileri kapsar, genel niteliktedir. Bu şekilde tüm işçiler için genel geçerli bir rekabet yasağı zaman, yer ve konu açısından sınırlar nedeniyle kabul edilemez. Çünkü bu sınırların her bir işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki somut şartlar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir. Belirtilen nedenle iç yönetmelikteki rekabet yasağına bireysel iş sözleşmesinde bir atıfta bulunulsa dahi, bunun hukuka uygun olmadığı kabul edilmelidir²⁴¹.

c. İş Sözleşmesinin Türü

İş Hukuku mevzuatından düzenlenen çeşitli kurumlar, işçinin ücret, çalışma süreleri, iş güvencesi gibi yönlerden korunmasını hedefler. Bu koruma amaçlarının tümü, bir iş sözleşmesi ilişkisinin varlığına ve bazı konularda da sözleşmenin türüne bağlıdır. Rekabet yasağı sözleşmesini düzenleyen BK m.348 vd. (YBK m.444 vd.) hükümlerine bu açıdan bakıldığında, koruma, iş ilişkisi sona erdikten sonraki dönemi ilgilendirir. Bu nedenle rekabet yasağı konusunda anlaşan işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin türü esasa etkili değildir²⁴². Çünkü rekabet yasağının geçerliliğine ilişkin şartlar, işçinin iş ilişkisinin devam ettiği dönemde yaptığı iş itibarıyla iş sınırlarına ya da müşteri çevresine hâkim olmasına ve işten ayrıldıktan sonra da bu bilgileri kullanmasının eski işvereni önemli bir zarara uğratması tehlikesine odaklanmaktadır. İşçinin yaptığı iş itibarıyla işvereni ile rekabet edebilecek bir konumda olup olmamasının ise, iş sözleşmesinin türü ile bir bağlantısı yoktur. Bu nedenle rekabet yasağının geçerlilik şartlarıyla ilgili hükümlerde, iş sözleşmesinin türünden söz edilmemiştir. Rekabet yasağı kararlaştırılacak işçinin belirli-belirsiz süreli iş ya da kısmi- tam süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması fark etmez²⁴³.

²³⁹ TAŞKENT-KABAKÇI, s.35.

²⁴⁰ SOYER, Rekabet Yasağı, s.43.

²⁴¹ ŞAHLANAN, s.74; TAŞKENT-KABAKÇI, s.35-36.

²⁴² UŞAN, s.56.

²⁴³ TAŞKENT-KABAKÇI, s.36.

III. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI ve HÜKÜMLERİ

A- Unsurları

a. İşverenin Korunmaya Değer Haklı Bir Menfaatinin Varlığı

Rekabet yasağının getirilmesindeki amaç, işçinin işyerinde öğrendiği özel bilgileri, hizmet ilişkisi sona erdikten sonra işverenle rekabet edecek tarzda kullanmasının önüne geçmektir. Dolayısıyla, işverenin korunabilir haklı bir menfaatinin varlığı halinde sözleşmenin yapılabilmesine imkân tanımıştır²⁴⁴. Nitekim, BK m. 352/1'e göre; "Rekabet memnuiyetinin bekasında iş sahibin hakiki menfaatinin bulunmadığı sabit olursa, bu memnuiyet nihayet bulur". Kanun koyucu, bu hususu, rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesi kısmında düzenlemiştir. Bununla birlikte, daha henüz akit yapılırken işverenin haklı bir menfaati bulunmuyorsa da sözleşme geçersizdir²⁴⁵.

Anılan hüküm 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 447/1. maddesinde; " Rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer." şeklinde düzenlenmiştir.

İşverenin haklı bir menfaatinin varlığı, ancak işçinin çalışma ilişkisinin rekabete imkân verdiği durumlarda söz konusu olabilir. Buna göre, işyerinde çalışan bir işçinin çalıştığı birim kesinlikle sır vasfı taşıyan bir özelliğe sahip değil ve yapılan işin rekabet oluşturacak nitelikte bulunmaması durumunda bir rekabet şartı da kararlaştırılsa, bu geçersizdir. Örneğin, bir bakkal dükkânında tartı ve paketleme bölümünde çalışan bir işçinin işvereni ile rekabet etmemesini öngören sözleşme, bakkalda yapılan bir tartı ve paketleme işinin herhangi bir mahrem bilgi niteli taşımadığı için geçersizdir. Bu anlamda, genellikle vasıfsız işçiler ile ilgili olarak yapılan sözleşmelerin geçersiz olduğu söylenebilir²⁴⁶. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinin belirleyici unsurlarından bir tanesi de işçinin çalışma statüsüdür²⁴⁷.

Borçlar Kanunu haklı menfaatin içerisine nelerin girdiğini açıklamıştır. Gerçekten, BK m. 348/2'ye göre; "Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterilerini tanınmasından ve esrara nüfusundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir." Böylelikle rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için, işçinin işverenin müşterilerini tanıma veya iş sırlarına nüfus etme imkânının

²⁴⁴ SÜZEK, s.292; NARMANLIOĞLU, s.208; TUNCAY, s.1066; UŞAN, s.228-229.

²⁴⁵ UŞAN, s.229.

²⁴⁶ KÖSEOĞLU'na göre, "...işçiye iş sahibinin müşterilerini tanıtan yahut işin esrarına nüfus etmesini mümkün kılan bir hizmet akdi bulunmalıdır". KÖSEOĞLU, s.983.

²⁴⁷ UŞAN, s.230.

bulunması ve işverenin de önemli ölçüde zarara uğraması ihtimalinin bulunması gerekmektedir²⁴⁸.

Anılan hüküm 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 444/2 maddesinde; "Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkanı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir." Şeklinde düzenlenmiştir.

b. Müşteri Çevresi ve İş Sırlarına Nüfus Etme

Müşteri çevresi ve iş sırlarına nüfus etmeden anlaşılması gereken, işçinin işverenin belirli sırlarını öğrenebilme imkânına sahip olma imkânının bulunmasıdır²⁴⁹.

Müşteri, bir malı satın alan, satın almaya talipli olan demektir²⁵⁰. Buna karşın rekabet yasağı anlamında müşteri ise, bir işyeri ile ilgili az veya çok bir süre ilişki kurarak, ondan mal veya hizmet kabul eden kimsedir²⁵¹. Bununla birlikte, müşteri kavramına bir kez ilişki kuran kişiler ve müstakbel alıcılar girmezler²⁵². Ancak, satım sonrası tamir ve bakım gerektiren işlerde bir kez ilişkiye girmek de kimi zaman yeterli olabilir²⁵³. İşte, işçinin işverenle hukuki ilişkiye girmiş olan bu müşterilere yönelik bilgi sahibi olması, rekabet yasağı açısından haklılık taşıyabilir. Bununla birlikte, buradaki müşteri çevresine nüfus etmeyi, öyle sadece müşterilerin isimlerinin bilinmesi değil, o işyeri ile ilgili olan ilişkilerine yönelik bilgiye sahip olmak biçiminde anlamak gereklidir. Bu anlamda, müşterilerin adları-soyadları, meslekleri, adresleri, telefon ve faks numaraları, işyeri ile yaptıkları alışverişin cins ve miktarları ile bunların zamanları ve parasal boyutları gibi bilgiler müşteri çevresine ilişkin bilgiler arasında yer alır. Ancak, somut olayda bu müşteri çevresine ait bilgiler içerisinde yer alan hususlardan bir tanesi değil, belki birkaç tanesinin bir araya gelmesi aranır ki, müşteri çevresine ilişkin nüfus şartı böylelikle gerçekleşmiş kabul edilir. Buna karşın, işçinin kendisine özgü nitelik, ehliyet²⁵⁴ veya sosyal statü nedeniyle müşteri çevresini oluşturduğu durumlarda işten ayrılması, önemli bir zarar doğursa da, rekabet yasağı sözleşmesi için haklılık oluşturmaz. Yine, müşterilere ait bilgiye sahip olma imkânı tespit edilirken, işçinin işyerindeki konumu önem arz eder. Örneğin,

²⁴⁸ UŞAN, s.230.

²⁴⁹ AKYİĞİT, s.11; UŞAN, s.230.

²⁵⁰ ŞAFAK, Ali, Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1992, s. 389.

²⁵¹ AKYİĞİT, Rekabet Yasağı, s.11; KÖSEOĞLU'na göre," Müşteriler tabirinden ise, belirli bir ticaret evine bağlanmış bulunan ve onun piyasadaki değer ve ticari nüfusunu arttıran, iş sahibi ile muntazam ve devamlı münasebette bulunan alıcıların kastedildiği kanısındayız" KÖSEOĞLU, s.983.

²⁵² SOYER, Rekabet Yasağı, s.50.

²⁵³ SOYER, Rekabet Yasağı, s.51.

²⁵⁴ SOYER, Rekabet Yasağı, s.52; AKYİĞİT, Rekabet Yasağı, s.13; UŞAN, s.231.

bir pazarlama elemanı ile depo görevlisinin müşterilere ait sırlara sahip olma durumları kural olarak farklıdır. Bir şirketin satış servisinde çalışan bir elemanın müşterileri tanıma; aynı şirketin kimya laboratuvarında çalışan bir teknisyenin de üretimdeki özel formülleri öğrenebilme ihtimali vardır. Buna karşılık aynı işletmedeki sıradan bir elemanın ya da hazırlanmış hamuru presleyen bir presçinin durumu bu yönde bir önem arz etmez²⁵⁵.

Müşterilere ait bilginin iş sırrı niteliğini taşıyıp taşınamaması gereği üzerinde de durulmalıdır. Yasanın lafzı rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için müşterilere ait bilgiye sahip olmayı yeterli görmekte, bunun iş sırrı vasfını taşımasını aramamaktadır. Zira madde metninde “veya iş sırları” ifadesi kullanılmaktadır. Buna karşı öğretilerde müşterilere ait bilgilerin iş sırrı niteliğinde olmasını arayanlar da vardır. Gerçekten SOYER’e göre, “ Bu düşünce, müşteri çevresine nüfus imkânını rekabet yasağı bakımından müstakil ve yeterli bir koşul olarak düzenleyen yasa metnine uygun olmakla birlikte, sözleşmenin amacıyla tam olarak bağdaşmamaktadır. Her şeyden önce, çalışanlarının önemli bir kısmının müşteri çevresini tanımaları ihtimali oldukça yüksektir. Oysa yasa koyucunun amacı, rekabet yasağının mümkün olduğunca sınırlı bir çevre için kararlaştırılabilmesini sağlamaktır. Sonra, iktisadi rekabet, esasen müşteri elde etmek için yapılan bir piyasa mücadelesidir. Bu iktisadi neden, müşteri çevresinin tek başına hukuki bir korumadan yararlandırılmayacağını da göstermektedir. Nihayet müşteri çevresi kavramı BK m. 348 f.2 (YBK m.444) hükmüne konulurken, bunun ancak bir sır teşkil etmesi şartıyla korunabileceği düşüncesinden hareket edildiği görülmektedir.....Kaldı ki, müşteri çevresine nüfus kavramından ne anlaşılması gerektiğini, işverenin “ önemli bir zarara uğraması” ihtimalinin bulunup bulunmaması ölçeğinde de değerlendirmek gerekir. Böyle olunca, sır niteliği taşımayan müşteri çevresinin işçi tarafından tanınması, işverene önemli bir zarar vermeyecek olması nedeniyle, rekabet yasağı kaydı getirilmesi bakımından yeterli olmayacaktır²⁵⁶.

UŞAN’a göre, “ Kanundaki düzenleniş biçimi dikkate alınınca iş sırrı taşımayan müşterilere ait bilgilere sahip olunulması durumunda da rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilecektir. Bir başka ifadeyle, müşterilere ait bilgilerin sır vasfı taşımasına gerek yoktur. Zira kanun koyucu, bunu iş sırlarından ayrı olarak düzenlemiştir. BK m.348/2’de öngörülen “ve” bağlacı, bir tercüme hatasıdır ve “veya” olarak anlaşılmaktadır. Bu haliyle, aslında niteliği itibariyle iş sırrı olarak kabul edilen müşteri sırlarından farklı bir durum anlatılmak istenmiştir. Burada anlatılmak istenen, müşterilere ait bilgilerdir, bunların ille de sır vasfı taşıması aranmaz. Yalnız, işçinin işverenin müşterilerini tanıdığı, onlarla ilgili bilgi sahibi olduğu,

²⁵⁵ ESEN, Güven, Bireysel İş Hukukunun Temel Kavramları, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsan Gücü Yönetimi, C.1, Kitap. 1, İstanbul 1985, s.210; UŞAN, s.232.

²⁵⁶ Bkz. SOYER, Rekabet Yasağı, s.51-52.

işçinin elde ettiği bu tür bilgilerin dışarıdan ya da kamu kaynaklarından kolaylıkla öğrenilemeyecek olduğu ve söz konusu tanımanın işverene zarar verebileceği durumlarda rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir. Ancak, müşterilere ait bilgilerin basit, alelade bir nitelik taşıması da doğru değildir. Dolayısıyla orta bir yol izlenerek müşteriler ait bilgilerin iş sırrı olarak kabul edilmese de, belirli bir özelliğinin ve ağırlığının söz konusu olması gerekir²⁵⁷. Kanaatimizce de orta bir yol izlenerek müşterilere ait bilgilerin iş sırrı olmasa da belirli bir ağırlık taşıması gerekmektedir. Yeni Borçlar Kanun ile de kanun metnindeki tercüme hatası düzeltilmiş bulunmaktadır.

c. İşverenin Önemli Bir Zarara Uğrama İhtimali

Borçlar Kanunu m.348/2 (YBK m.444), rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesini işçinin müşteri çevresine ve iş sırlarına nüfus etme imkânına sahip olmasını yeterli saymamakta, bu bilgilerin işçi tarafından kullanılması durumunda işverenin önemli bir zarar görme ihtimalini de aramaktadır. Bununla birlikte, işçi müşterilere ait bilgiye ya da iş sırlarına sahip olmakla birlikte bunların kullanılmasından önemli bir zarar doğma ihtimali yoksa yapılan sözleşme geçersizdir. Bir diğer husus ise işçinin işverenin müşterilerini tanınması veya iş sırlarına vukufu nedeniyle söz konusu fiil nedeni ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağının aranması gerektiğidir. Dolayısıyla, zarar işçinin müşterileri tanınması ya da sırlara vakıfiyetinden değil de, bilakis kendi beceri ve yeteneklerinden doğacak ise, rekabet yasağı sözleşmesi geçerli olmaz. Hangi zararların önemli zarar sayılacağına ilişkin önceden bir tespit yapabilmek mümkün değildir. Somut olayda hâkim bunu, olayın özelliği ve niteliğine göre ayrı ayrı değerlendirip belirleyecektir²⁵⁸. Yeni Borçlar Kanunumuzun 444/2 maddesinde de önemli bir zarar şartı korunmuştur.

d. İşçinin Ekonomik Geleceğinin Tehlikeye Uğratılmaması

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli kabul edilebilmesi için, sözleşmenin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye maruz bırakmaması gerekir. Burada önemli olan işçinin çalışma olanağının rekabet yasağı sözleşmesi ile bütünüyle ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Dolayısıyla, rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı ölçüde sınırlamadığı ölçüde bağlayıcı sayılacaktır²⁵⁹.

Borçlar Kanun m.349 (YBK m.445) hükmü uyarınca, rekabet yasağı sözleşmesinin, rekabet etmeme borcunun, işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye

²⁵⁷ Bkz. UŞAN, s.233.

²⁵⁸ SOYER, Rekabet Yasağı, s.58; ESEN, s.21; UŞAN, s.234.

²⁵⁹ SOYER, Rekabet Yasağı, s.57; UŞAN, s. 234; SÜZEK, s.305.

düşmesini engelleyecek biçimde belirli bir iş, yer ve süre ile uygun bir şekilde sınırlandırılmış olması gerekir. Yer ve iş bakımından herhangi bir sınırlama getirilmeksizin, işveren şirket ile aynı iş kolunda faaliyet gösteren bütün işletmelerin rekabet yasağı kapsamına alınması, bu durumu işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye sokulması sonucunu doğuracağı sebebiyle, Yargıtay tarafından geçersiz sayılmaktadır²⁶⁰.

Rekabet yasağı sözleşmesi iş sözleşmesinin bitiminden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, belirtilen bu şartların rekabet yasağı sözleşmesinin imzalandığı anda değil, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte mevcut olmaları gerekmektedir. Söz konusu şartların gerçekleştiğinin ispat yükü de işverene aittir²⁶¹.

Anılan hüküm 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 445/1. Maddesinde: “ Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini 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” şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninde eski düzen korunmakla birlikte sınırlamaların özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı şartı getirilerek bir sınır çizilmiştir.

B- Rekabet Yasağının Sınırlandırılması

a. Konu Bakımından Sınırlandırma

Borçlar Kanunu, işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir sınırın da bulunmasını, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için aramaktadır. Buna göre, her türlü faaliyetin değil, işyerinde yapılan işe ait faaliyetlerin kapsama alınması gereklidir. Böylelikle, işverenin yaptığı işler, rekabet yasağı sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Ayrıca işçinin sözleşme ile sınırlandırılmış faaliyet alanı, onun çalışma hakkı ve meslek seçme özgürlüğünü de makul olmayan bir biçimde kısıtlamamalıdır. Rekabet yasağı sözleşmesi ile öngörülen sınırlandırmalar, konu itibarıyla de kabul edilebilir olmalıdır. Bununla birlikte, rekabet yasağının kapsamının belirlenmesinde işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etme imkânının bulunduğu işler dikkate alınır. Her ne kadar rekabet yasağının konusunu işverenin iştiğal konusu oluşturursa da, işçinin işverenin tüm faaliyet alanı değil, kendisinin içerisinde yer aldığı ya da bir şekilde rekabet yasağını haklı kılacak hususları öğrendiği ya da müşterilerle irtibata geçebilecek konumdaki durumları dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır²⁶².

²⁶⁰ Yarg. 9.HD. 14.03.200, E. 2000/522, K. 2000/2892 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

²⁶¹ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.49, **UŞAN**. s. 230.

²⁶² **UŞAN**. s. 245-246.

Rekabet yasağı, işletmenin ana sözleşmesinde belirlenen faaliyet alanını değil, fiili çalışma alanını kapsayabilir. Burada sözü edilen faaliyet alanı, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe göre belirlenecektir. Bu noktada özellikle sorun yaratabilecek bir durum, iş ilişkisinin devamı sırasında işverenin faaliyet alanında bir değişikliğe gitmesidir. Bu nokta bakımında belirtilmelidir ki, işverenin vazgeçtiği faaliyetler ile işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra giriştiği yeni faaliyetler, yasak kapsamına alınmaz. Aksi takdirde, rekabet yasağının geçerlilik şartı olarak işverenin korunmaya değer haklı menfaatinden söz edilemez. İsviçre Federal Mahkemesi de, rekabet yasağının yer bakımından sınırı üzerinde durduğu bir kararında, işverenin, rekabet yasağının sonradan değişen şartlara uyarlanmasını ve yasağın somut olarak ticari ilişkilerinin olduğu ülkelere genişletilmesini talep edemeyeceğine karar vermiştir²⁶³.

Birden fazla şirketin bir araya gelerek oluşturdukları teşebbüslerde rekabet yasağı sözleşmesinin durumunun ne olacağı üzerinde durulması gereken önemli bir husustur. Şüphesiz birden fazla şirketin bir araya gelmesi tüzel kişilikte bir değişiklik yapmıyorsa problemde yoktur. Buna karşın, bu teşebbüs, farklı tüzel kişiliklerden oluşuyorsa, özellikle günümüz ticari ve ekonomik hayatının ortaya çıkardığı sonuçlar ve uzmanlaşmayı gerektiren iş ilişkileri, bu konunun üzerinde durmayı gerektirmektedir. Üretilen malın tüketiciye sunulmasında imalatı yapan değil, başka bir işveren görev almakta, yine ürünün bakım ve onarımı işini başka bir işveren üstlenmektedir. Dolayısıyla, malın üretimini ilgilendiren bir iş sırrı ile ilgili olarak, servis elemanını kapsayan bir sır saklama/ rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir mi? Buradaki problem, rekabet yasağı sözleşmesinin işverenin faaliyet alanı ile sınırlı olmak zorunda olduğu kuralı ile ilgilidir. Nihai işçi, üretimle ilgili ve işverenin işyerindeki faaliyet alanı ile ilgili olmayan bir konuya ilişkin rekabet yasağı sözleşmesi yapabilir mi, yapılan bu sözleşme hukuken geçerli midir? SOYER'e²⁶⁴ göre de, problem çözülürken rekabet yasağı sözleşmesinin amacı dikkate alınmalıdır. Şüphesiz rekabet yasağı sözleşmesi işçinin işverenin müşteri çevresine ya da iş sırlarına nüfuz etmesi durumunda, işvereni korumak amacıyla kabul edilmiş bir hukuki kurumdur. Kanun koyucu, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini işverenin korunmaya değer bir menfaatinin varlığına ve söz konusu bilgiler kullanılırsa, önemli bir zarara uğrama ihtimaline bağlamaktadır. Dolayısıyla, BK m.348/2 korunacak menfaati açıklarken, bu menfaatin sadece işverene ait teşebbüse özgülenmesini aramamaktadır. Buna göre, işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmiş olması nedeniyle diğer teşebbüslere karşı da rekabetten kaçınmasını sağlamanın işçinin

²⁶³ TAŞKENT-KABAKÇI, s.30.

²⁶⁴ Üçüncü kişi durumundaki teşebbüsün faaliyet alanını koruyan rekabet yasağı sözleşmesi, hukuki açıdan eksik üçüncü şahıs yararına akittir. Böylelikle, işçiden sözleşmeye uymasını isteme hakkı, üçüncü kişi olan işverene değil, bizzat sözleşmenin tarafı olan kendi işverenidir. Bkz. SOYER, Rekabet Yasağı, s. 70.

işvereni içinde korunmaya değer bir menfaat olarak varlığını sürdürdüğü durumlarda, üçüncü kişi konumundaki işverenlerin kendi faaliyet alanlarını korumaya yönelik bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir. Bu sonuç, söz konusu ilişkide işverenlerin ayrı birer tüzel kişi olsalar bile, pratik olarak birlikte hareket etmeleri ve rekabetin bir teşebbüse dâhil tüm şirketleri kapsamakta olduğudur. Dolayısıyla bir taraf rekabete taraf ve rekabetle karşılaşmak durumunda ise, diğerleri de buna taraftırlar²⁶⁵.

b. Zaman Bakımında Sınırlandırma

Borçlar Kanunu rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerliliği için belirli bir süre öngörmemiş, sadece işçinin geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek şekilde zaman itibariyle bir sınırlandırmanın söz konusu olduğunu tespit etmiştir. Tabidir ki, rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin işçinin ekonomik anlamda mahvına sebep olması, onun geçersizliği sonucunu doğurur. Bunu belirleme yetkisi de hâkime aittir. Böylece, kanun koyucu işçinin ekonomik hayatının zaman açısından hakkaniyete aykırı olarak sınırlandırılmasının önüne geçmek istemektedir²⁶⁶. Dolayısıyla yasada açık bir düzenleme olmaması karşısında somut olaya göre bir yorum yapılmak gerekir. Bu yorumda, işçinin yaptığı işin yapabileceği tek bir iş olup olmadığı, işverenin işin yasaklanmasında takip ettiği amacın niteliği, yasağı konu ve yer itibari ile kapsamının özellikleri birlikte değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Kısacası işçinin ekonomik geleceği ile işverenin yasak konusundaki menfaatleri arasında bir denge kurularak MK m.2 çerçevesinde makul bir süre belirlenmelidir²⁶⁷.

Yargıtay bir olayda, rekabet yasağı sözleşmesinde yer ve süre bakımından bir sınırlandırma olmaması ve çok genç yaşta işyerinden ayrılan işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı şekilde sınırlandırılmış olması nedeniyle, rekabet yasağı sözleşmesini geçersiz kabul etmiştir²⁶⁸. Yargıtay, rekabet yasağı sözleşmesi için yasa da bir hüküm olmasa da, bunu bir olayda altı ay olarak tespit etmiştir²⁶⁹.

6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunumuzun 445. maddesinde yapılan düzenleme tüm tartışmaları kanaatimizce sona erdirecek niteliktedir. Yeni düzenleme ile rekabet yasağının özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı şartı getirilerek zaman bakımından sınırlama

²⁶⁵ UŞAN, s. 247-248; SOYER, Rekabet Yasağı, s. 69-70.

²⁶⁶ DÖNMEZ'e göre, "BK'nun 349. maddesinde rekabet yasağı sözleşmesine zaman bakımından açık ve kesin bir sınır getirmemiştir. Öğretide yer ve konu bakımından koşulların uygun olması halinde uzun süreli bir zaman sınırlamasının olabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca kaydı hayat şartı ile rekabet yasağı sözleşmesi yapılamayacağı gibi ve bu sözleşmenin kısa süreli olması veya 10 seneyi geçmemesi gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır" DÖNMEZ, Kazım Yücel, İşçinin Borçları, Ankara 2000, s. 237.

²⁶⁷ UŞAN, s. 237,239; DÖNMEZ, s. 237.

²⁶⁸ Yarg. 9. HD. 14.03.2000, 522/2892.

²⁶⁹ Yarg. 9. HD. 18.05.1999, 5784/9049.

yoluna gidilmiştir. Anılan hüküm aynen şu şekildedir;”Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlanmalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz.”

İsviçre Borçlar Kanunu’nda sürenin ancak özel hallerin varlığında üç yılı aşabileceği öngörülmektedir. Bizim yeni Borçlar Kanunumuzda ise rekabet yasağı süresi için “...özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz” denilmektedir. Aslında bu düzenleme ile Yargıtay’ın getirdiği sınırlama yasa metnine aktarılmış bulunmaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme, bir bankada müfettiş olarak çalışan işçi ile yapılmış olan rekabet yasağı sözleşmesindeki iki yıllık süreyi hukuka aykırı bulmamıştır²⁷⁰. Hem İsviçre Borçlar Kanunu’nun hem de Yeni Borçlar Kanunumuzun düzenlenmesinde yasak süresinin üst sınırdan belirlenebilmesi için özel durum ve şartların varlığından söz edilmiştir. Rekabet yasağının süre açısından sınırının tespitinde belirleyici olan özel durum ve şartlar nelerdir? Öncelikle, işçinin işyerindeki konumunun önem taşıdığı söylenebilir. Gerçekten de, üst kademe yönetici konumundaki bir eleman ile düz işçi arasında rekabet yasağı süresi bakımından farklılıklar bulunması yadırganmamalıdır²⁷¹. Yine eski işverenin teknik iş sırlarına hâkim yüksek nitelikte uzman bir işçi açısından, rekabet yasağı süresinin üst sınırdan belirlenmesini haklı kılan bir durum vardır. Örneğin işverenin üretimle ilgili teknik iş sırları hakkında kapsamlı bilgiye sahip nitelikli uzmanlar için böyle bir halin var olduğunu kabul etmek gerekir²⁷².

Rekabet yasağının süre sınırlandırılmasında teknik iş sırları ve müşteri çevresi hakkındaki bilgiler arasında bir farkın gözetilmesi gerekir. İlke olarak işverenin müşteri çevresine hâkim olmaya kıyasla, teknik iş sırları açısından daha uzun bir rekabet yasağının hukuka uygun olduğu söylenebilir. İşverenin müşteri çevresinin korunması için kural olarak altı aylık bir rekabet yasağı yeterli görülmektedir. Ticari iş sırrı niteliğindeki bilgilerdeki değişikliğin sıklıkla ortaya çıkan bir durum olması karşısında, ticari iş sırlarına ilişkin rekabet yasaklarında daha kısa bir süre öngörülebilir. Alman Federal İş Mahkemesi’ne göre, yer ve konu bakımından kapsamlı bir rekabet yasağı ancak sürenin kısa kararlaştırıldığı durumda geçerli kabul edilebilir²⁷³.

²⁷⁰ Bkz. Yarg. 9. HD. 06.07.1999, E. 8262, K. 12073, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

²⁷¹ UŞAN, s. 240.

²⁷² TAŞKENT-KABAKÇI, s.30.

²⁷³ TAŞKENT-KABAKÇI, s.30-31.

c. Yer Bakımından Sınırlandırma

Sözleşme yer açısından sınırlandırılmış olmalıdır. Buna göre, rekabet yasağının geçerli olabilmesi için bir diğer şart, hangi coğrafi bölge içinde işçinin rekabetten kaçınmak zorunda olduğunun tespit edilmiş olmasıdır. Sözleşmede öngörülen yer, işverenin korumakta menfaati bulunan sahayı kapsamına almalıdır. Rekabet yasağı sözleşmesinde yer açısından sınırlandırmanın nerede uygulanacağı açık bir biçimde belirtilebileceği gibi, işverenin çalışma alanına atıfta bulunmak yoluyla örtülü olarak da belirlenebilir. Hemen belirtmekte fayda var ki, söz konusu coğrafi alan, hiçbir zaman işverenin fiili olarak iş ilişkilerinin çevresini aşacak boyuta da ulaşamaz. Zaman içerisinde işverenin faaliyet alanında ortaya çıkan değişiklikler, işyerinden ayrılmış bulunan ve rekabet yasağı sözleşmesi ile belirli bir alanda rekabet yapması yasaklanan işçiler için herhangi bir tesir oluşturmaz. İşçi işten ayrıldıktan sonra ortaya çıkan durum, eski işçinin rekabet yasağı sözleşmesinde herhangi bir etki yaratmaz²⁷⁴.

Yargıtay bir olayda tüm Türkiye'yi kapsayan rekabet yasağı sözleşmesini geçersiz saymıştır²⁷⁵. UŞAN'a göre, bu karar tartışılabilir mahiyettedir. Somut olaya da bağlı olarak çalışanın iş ilişkisi iş sınırlarına olan vakıfiyeti de dikkate alınarak bir tespit yapılmalıdır. Üstelik sözleşmede zaman açısından bir sınırlamanın da varlığı ve bu sınırlamanın makul bir süre olması karşısında Türkiye'yi kapsayan bir rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği söz konusu olabilmelidir. Kaldı ki, çalışma hayatındaki gelişmeler, yüksek teknolojilerin kullanımı, bilgisayar ve internet bağlantıları ile değil Türkiye, dünyanın her yerine ulaşabilme imkânı artık bugün mevcuttur. Ama bu durum çalışan kimsenin sırlara vukufu, müşteriler ile olan ilişkileri bilmesi gibi özelliklerin varlığı halinde mümkün görülebilir. Dolayısıyla Yargıtay, rekabet yasağı sözleşmesini tümüyle geçersiz saymamalı, sözleşmeye müdahale etmeli ve aşırılık oranında tenkise tabi tutmalıdır. Somut olayda rekabet yasağının tüm Türkiye'yi kapsayacak biçimde değil, belirli bir bölgeye münhasır olarak varlığını kabul etmek daha isabetli görünmektedir²⁷⁶. Kanaatimizce de tüm Türkiye'yi kapsayan rekabet yasağı sözleşmelerini tümüyle geçersiz saymak yerine sözleşmede ulaşılmak istenen amaç göz önüne alınarak tenkise tabi tutmak veya müdahale etmek hem sözleşme serbestisi hem de usul ekonomisi yönünden daha isabetli görünmektedir.

Yargıtay bir diğer kararında ise, hizmet sözleşmesinde kendi isteği ile işten ayrılan personelin, ayrıldığı tarihten itibaren altı ay süresince işveren şirketin izni olmadan şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusuna giren bir işte çalışamayacağı, kurulmuş bir şirkete ortak olmayacağı, şirket kuramayacağı, şirketin portföyünde yer alan bir şirkette

²⁷⁴ UŞAN, s. 240-241.

²⁷⁵ Yarg. 9.HD. 06.07.1999, 8262/12073; EKONOMİ, s.30-31.

²⁷⁶ UŞAN, s. 242-243.

çalışamayacağı ve aksine davranış gösteren işçinin son giydirilmiş ücretinin altı katı tutarında tazminat ödemesini gerektiren rekabet yasağı sözleşmesini hukuka uygun bulmuştur²⁷⁷.

İsviçre öğretisinde yer bakımından kapsamın değerlendirilmesinde, işçinin eski işveren hakkındaki bilgisinin müşteri çevresi ile sınırlı olduğu haller bakımından farklı bir ölçüt benimsenmiştir. Buna göre rekabet yasağı, sadece işçinin etkin biçimde ilişki halinde olduğu yer ile sınırlıdır. Çünkü bu durumda işçi, ancak ilgilendiği müşterilere ait bilgileri öğrenebilir ve daha sonra kullanabilir. Aksine daha geniş bir kararlaştırmanın mümkün olduğunu ileri sürmek, işverenin rekabet yasağı ile korunmaya değer haklı menfaatlerinin dışında, amacı aşan bir sonucu ortaya çıkarır²⁷⁸. İşçinin teknik ya da ticari iş sırlarına hâkim olduğu durumlarda ise, hukuki durum farklıdır. Rekabet yasağı bu gibi hallerde, işçinin vakıf olduğu bilgilerin türüne bağlı olarak işletmenin faaliyetleri itibariyle tüm etki alanını kapsayabilir²⁷⁹.

C- Sözleşmeye *Hâkimin Müdahalesi*

818 Sayılı Borçlar Kanunumuz aşırı rekabet yasağına hâkimin müdahale edip edemeyeceğine ilişkin bir hüküm getirmemiştir. Aslında hâkimin rekabet yasağı sözleşmesine müdahalesinin söz konusu olup olmayacağı zaman, yer ve konu itibariyle aşırılık taşıyan rekabet yasağı sözleşmelerinde önem arz eder. Bir kere aşırı olan sözleşmenin doğrudan doğruya geçersiz olduğu söylemek uygun bir çözüm müdür? Yoksa bu sözleşmenin işçinin iktisadi geleceği bakımından hakkaniyete aykırı olduğu ölçüde geçersiz olduğunu kabul etmek mi gerekir? Şüphesiz, sözleşmenin işçinin ekonomik mahvına yol açtığı oranda geçersizliğini kabul, daha uygun olsa gerektir. Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, burada hâkim aşırı olan rekabet yasağı sözleşmesine müdahale etmeli ve söz konusu sözleşme aşırılık oranında geçersiz sayılmalıdır. Bu husus açık bir biçimde Kanunda öngörülmemiştir. Bununla birlikte, BK m.349'un, işçinin iktisadi geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek şekilde zaman, yer ve konu itibariyle durumun gereği bir sınırlandırma varsa geçerlidir, ifadesinden de dolaylı olarak çıkartılabilmektedir. Buna göre işçi sözleşmenin sınırları dışında kalan bir faaliyeti yapabilme hakkında sahiptir. İşçinin ekonomik geleceğini etkileyen rekabet yasağı sözleşmelerinin kanuna ve/veya ahlaka aykırılık nedeniyle batıl sayılmasının ne derece mümkün olduğu, yani, her durumda butlanın ileri sürülüp sürülemediği ve özellikle BK m.349 dikkate alınarak bir sınırlandırmanın var olup

²⁷⁷Yarg. 9.HD. 18.05.1999, 5784/9049, **EKMEKÇİ**, Ömer, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi.

²⁷⁸**TAŞKENT-KABAKÇI**, s.31.

²⁷⁹**TAŞKENT-KABAKÇI**, s.31.

olmayacağıdır? Bir kimsenin yapacağı sözleşmelerle ekonomik varlık ve faaliyet özgürlüğünü tümüyle yok etmesi mümkün değildir. Yine, bunların ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması da söz konusu olamaz. Yoksa bu sözleşme MK m.23 ve BK m. 19-20 anlamında batıldır²⁸⁰. Bu düzenlemeler karşısında, şüphesiz, MK m.23/2 çerçevesinde kişinin ekonomik geleceğinin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasını içeren sözleşmeler de batıldır²⁸¹. Dolayısıyla, işçiler için ekonomik varlıklarını ağır bir tehlikeye sokan ve mesleki geleceklerini ortadan kaldıran rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin de ahlaka aykırılığı söz konusudur. Bununla birlikte rekabet yasağı sözleşmelerinin her zaman ahlaka aykırılık nedeniyle batıl olduğu da söylenemez. Zira BK m.349 (YBK m.445) buna bir sınır getirmektedir²⁸². O da, özellikle rekabet yasağı sözleşmesinin zaman, yer ve konu itibarıyla aşırı olması durumunda bunun sınırlandırılabilmesinin mümkün olabileceğidir. Bununla birlikte, işçinin ekonomik mahvı yine devam edecekse, o takdirde butlan hüküm ve sonuçlarını doğurur²⁸³.

Borçlar Kanunu m. 349'u, MK m. 23/2 ve m.19-20'ye kıyasla özel bir uygulama olarak değerlendirmek uygun olsa gerekir. Zira kanun koyucu BK m. 349'da rekabet yasağının zaman, yer ve konu itibarıyla sınırlandırılmasında, aşırılığın mevcudiyeti halinde sözleşmenin tamamını değil, bilakis aşırı olan yönlerin geçersiz olması gerektiğini öngörmek istemiştir. Böylelikle de, kanun koyucu sözleşmenin tamamının geçerli ya da tamamının geçersizliğini benimsemek istememiş, iki tarafında menfaatlerini dengelemiştir. Bunun dışındaki diğer hallerde sözleşme elbette ki doğrudan doğruya batıldır. Örneğin ehliyet kurallarına yahut yazılı şekle aykırılık halinde sözleşme geçersizdir. Bu anlamda hâkimin müdahale etmesi ve aşırılığı ortadan kaldırması gibi bir durum söz konusu olamaz. Ancak işçinin rekabet yasağı sözleşmesinin aşırı olduğunun tek başına belirleyebilmesi de mümkün değildir. Bu yetki hâkimindir²⁸⁴. Nasıl ki, hâkim aşırı cezai şartı ve tellallık ücretini indirme yetkisine sahipse, burada da, aşırı olan sözleşme hükümlerine müdahale etme ve onların aşırılıklarını yumuşatma hakkına sahiptir. Hâkimin yapacağı iş, somut olayın şartlarını değerlendirerek, aşırı olan

²⁸⁰ Rekabet yasağı sözleşmesinin Medeni Hukukta iki kuvvetli fren vardır. Bunlar BK m.20 ve MK m. 23'tür. Bununla birlikte kişinin kendi özgürlüğü üzerinde bazı sınırlamaları kabul etmek Borçlar Kanununa göre çerli olabilir. Ancak, sınırlamalar ahlaken uygun görülmecek kadar ağırsa, şahsiyetin kişinin kendine karşı himayesi fonksiyonunu üstlenen MK m.23'e göre hukuka aykırılık söz konusu olur ve ilgili husus batıl kabul edilir. Bkz. **AYİTER**, s.472-473; **UŞAN**, s. 250-251.

²⁸¹ **BAŞPINAR**, s.19; **DÖNMEZ**, s.239; **UŞAN**, s. 250.

²⁸² Rekabet yasağının ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizliği ancak BK m.349 dışında kalan hallerde mümkündür. Bkz. **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 22.

²⁸³ **UŞAN**, s. 250-251.

²⁸⁴ **YAVUZ**, işverenin rekabet yasağı sözleşmesinin ifası için açmış olduğu davada, sözleşme şartlarının kanunun öngördüğü sınırları aştığı iddiasının işçi tarafından yapılabileceğini ve hatta bu durumun hâkim tarafından dosyadan anlaşılabilirdiği oranda re'sen de dikkate alınabileceğini ifade etmektedir. Bkz **YAVUZ**, s.422.

zaman, yer ya da konu itibariyle de sözleşmeyi sınırlandırmaktır²⁸⁵. Bununla birlikte, aşırı rekabet şartlarının hâkim tarafından indirilmesine karşın, söz konusu hafifletmenin işçinin menfaatine olmadığı, işçi için tatminkâr bir durum oluşturmadığı ve yine işçinin müşterileri tanımaya veya sınırlara nüfuz etmesine imkân bulunmadığı durumlarda tamamen kaldırılabilir²⁸⁶.

Aşırı olan sözleşme şartlarının uygulanmasının durumu ve hukuki niteliği ile ilgili olarak SOYER, burada butlandan çok, bir tek taraflı bağlamazlıktan söz etmenin gerektiğini ileri sürmektedir. Gerçekten, SOYER'e göre, BK m.349 hükmü, geçerli bir rekabet yasağının hangi sınırlar içinde işçi için bağlayıcı sayılabileceğini düzenlemektedir. Burada, geçerlilik koşullarına aykırılık nedeniyle, butlanda farklı olarak, bir tek taraflı bağlamazlıktan söz etmek gerekir. Yasak, işçi için iktisadi geleceği bakımından hakkaniyete aykırı bir güçlük teşkil etmediği ölçüde bağlayıcıdır. Bunun anlamı, işçinin bağlayıcılık sınırları dışında kalan bir faaliyeti sözleşmeye aykırı olmaksızın yerine getirebilecek olmasıdır²⁸⁷. Buna karşın BAŞPINAR, burada kısmi butlanın uygulanması gerektiği görüşündedir. Buna göre, sözleşmenin ağır ve aşırı edimleri içeren hükümleri batıl olmalıdır. Böylece, sözleşmenin kişilik haklarını ihlal eden hükümleri atılmalı, diğer hükümleri muhafaza edilmelidir. Bu konuda hâkim, tam butlana karar vermemelidir²⁸⁸. TUNCAY ise, söz konusu durumlarda BK m.349'daki sınırlanma hükmünün, kısmi butlanla ilgili BK m.20/2 (YBK m.27) ve hâkime cezai şart indirme yetkisi tanıyan BK m.161/3 (YBK m.182)'ün birlikte yorumundan, hâkimin sözleşmeyi geçersiz saymak yerine, imkânlar dâhilinde geçerli olan sınırlara çekme hakkı bulunduğunu kabul etmenin gerektiği yönündedir²⁸⁹. UŞAN'a göre de; kısmi butlan müeyyidesinin uygulanmasının uygun olacağı ancak kısmi butlan uygulanırken dikkat edilmesi gereken husus, batıl sayılan sözleşme hükümlerinin ne olacağıdır? Bir başka ifadeyle, yasaya aykırılık nedeni ile batıl sayılan sözleşme hükümleri hiç mi uygulanmayacak veya yok mu sayılacak, yoksa hâkimin tespit edeceği hususlarla mı sözleşmeye devam edecektir? Nasıl ki, İş Hukukunda özellikle emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde, kısmi butlan söz konusu olurken, yasada yer alan düzenlemelerin; sözleşmede kullanılan, ancak yasaya aykırı hükümlerin yerini alması uygulaması söz konusu ise, burada da benzer bir şekilde, ancak

²⁸⁵ BAŞPINAR göre; “ Borçlunun ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek kadar ağır şartları bulunmayan sözleşme, hukuka ve ahlaka aykırılık nedeniyle batıl değildir. Gerçekten de, borçluyu yükümlülük altına sokan her sözleşmeyi hukuka ve ahlaka aykırılık nedeniyle batıl kabul etmek, hukuki işlem güvenliğini ortadan kaldırır. O halde borçlunun ekonomik varlığını ortadan kaldırmayan sözleşmeler geçerliliğini sürdürürler. Bkz. BAŞPINAR, s.19.

²⁸⁶ YAVUZ, s.422; TUNOMAĞ, s.527; UŞAN, s. 252.

²⁸⁷ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 71.

²⁸⁸ BAŞPINAR, s.33.

²⁸⁹ TUNCAY, s.1066.

hâkimin koyduğu sınırlar dâhilinde, boşluklar doldurulmalıdır. Örneğin İş Kanunu m. 39’da yer alan asgari ücrete ilişkin hüküm, nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla tarafların asgari ücretin altında bir ücret kararlaştırmaları mümkün değildir. Böyle bir kararlaştırma varsa, kısmi, butlan söz konusudur. Dolayısıyla taraf iradelerinin yerini kanun hükümleri alır ve sözleşmede farklı bir ücret söz konusu olsa da, onun yerine asgari ücret uygulanır. İşte aşırı rekabet yasağı sözleşmelerinde de BK m.349 kuralı karşısında, hâkim, aşırı olan hükümleri yorumlamak ve Yasanın öngördüğü sınırlandırmalara uyulmayarak yapılan sözleşmelerin aykırılıklarını, hakkaniyet doğrultusunda yumuşatmak durumundadır. Şüphesiz, hâkim burada yeni bir kural koymak ya da düzenleme yapmak yerine, aşırı olan sözleşme şartlarını hakkaniyet dairesinde indirim tabi tutmak zorundadır²⁹⁰.

Yeni Borçlar Kanunu m.445/2’ye göre; “Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun bir biçimde göz önünde tutmak suretiyle kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir”. Her ne kadar mevcut düzenlemede hâkimin rekabet yasağına müdahalesine ilişkin bir hüküm yoksa da, doktrinde bu müdahalenin mümkün olacağı kabul edilmektedir. İsviçre Hukukunda, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1971 yılında yapılan revizyonu ile hâkime, aşırı rekabet yasağını kendi takdirine göre sınırlayabilme imkânı verilmiştir²⁹¹.

D- Hükümleri

a. Rekabet Sayılan Faaliyetler

Borçlar Kanunu, rekabet sözleşmesinin konusunu oluşturacak, dolayısıyla işçinin kaçınması gereken davranış biçimlerini belirlemiştir. Gerçekten, BK m. 348/1’e göre, “İş sahibinin müşterileri tanımak veya işlerin esrarına nüfus etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akabinde her iki taraf da, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair bir sıfatla alakadar olmamasını, şart edebilirler”²⁹². Buna göre tarafların hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra, eski işçinin kendi namına işveren ile rekabet

²⁹⁰ Hâkimin yeni bir kural koyamayacağını işaret eden **AYİTER**’e göre, “bu sayılan tehditleri ihtiva etmeyen yahut tahditlerin haddinden fazla ağır olduğu bir rekabet memnuiyeti mukavelesinin işçiyi ilzam edip etmeyeceği meselesi Borçlar Kanununca nesafet esasına tabi kılınmıştır. Zaman, mevzu veya mahal itibariyle makul hudutları aşan ve bu mahiyetiyle işçinin iktisadi istikbalini hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye sokan bir mukaveleyi hâkim nesafet dâhilinde indirme salahiyetine haizdir. Fakat hâkimin mukaveleye yeni bir hüküm dercine salahiyeti yoktur. **AYİTER**, s.473; **UŞAN**, s. 252-253.

²⁹¹ **MANAV**, Eda, s.353.

²⁹² 6098 Sayılı Borçlar Kanunu m.444/1’e göre ”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 takip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletme ile başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir”.

edecek bir iş yapmamasını veya rakip bir müessese de çalışmamasını ve böyle bir müessesede ortak veya başka bir sıfatla alakadar olmamasını kararlaştırabilmeleri mümkündür.

İşçinin işverenle rekabet teşkil eden bir iş yapması esas itibariyle aynı tür ürün ve hizmetin yapılması durumunda karşımıza çıkar. Yine bu ürün ve hizmetler, aynı müşteri grubuna da sağlanmalıdır²⁹³. Fakat aynı hammaddeyi almakla birlikte bunu farklı malların üretiminde kullanan işletmeler, hammaddeyi satın almada rekabet etseler dahi, rakip işletmeler sayılmazlar²⁹⁴. Burada rekabet teşkil eden faaliyetler tespit edilirken, hizmet akdinin devamında söz konusu olan rekabet yasağından farklı düşünmek gerekir. Zira hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet edici davranışlarda bulunmasının, konu, zaman ve yer bakımından bir sınırının olması gereklidir. Ayrıca, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin ekonomik özgürlüğü, çalışma ve sözleşme özgürlükleri ve geçim endişesi, rekabet yasağının kural olarak sınırlı olmasını da gerektirmektedir. Rekabet teşkil eden davranışın aynı teknik ve ticari esaslara göre yapılmış olması ise bir zorunluluk değildir²⁹⁵.

Borçlar Kanunu, rekabet sözleşmesi kapsamında yer alabilecek faaliyetleri düzenleme altına almıştır. Buna göre;

- İşçinin kendi adına rekabet teşkil eden bir iş yapması
- İşçinin rakip bir işyerinde /işletmede çalışması ve /veya ortak olması
- Her ne sıfatla olursa olsun rakip bir müessese ile ilgisi olması

Borçlar Kanununun belirlemiş olduğu bu üç hal birbirinden bağımsızdır. Böylelikle, sözleşme ile taraflar bunların bir kısmını ya da tamamını sözleşmenin kapsamı içerisine sokabilirler. Ancak, tarafların açık bir biçimde böyle bir kararlaştırma yapmaları durumunda, doğruluk ve güven kurallarına göre bir tespit söz konusu olmalıdır. Sözleşmede hangi tür faaliyet yasaklanırsa yasaklansın işçi açısından daima şahsen ifa edilebilir bir yükümlülük söz konusudur. Dolayısıyla, bu yükümlülüğün miras yoluyla intikali ya da bir başkasına devri mümkün değildir²⁹⁶.

İsviçre öğretisinde, iş sözleşmesi sona erdikten sonraki döneme ilişkin rekabet yasağı kapsamında sınırlanacak faaliyetlerin, kanun koyucu tarafından kesin olarak belirlendiği ileri sürülmüştür. BK m. 348 vd. (YBK m.444 vd.) hükümlerde, işçinin ölçsüz biçimde sınırlandırılmasından sakınılması amaçlanmıştır. İşçinin ekonomik geleceği açısından, mesleki bilgi ve tecrübesi itibariyle elverişli faaliyetleri sınırlandıran bir anlaşmanın hukuka uygunluğu,

²⁹³ TUNÇOMAĞ, s. 523; AYİTER, s. 471.

²⁹⁴ TUNÇOMAĞ, s. 523.

²⁹⁵ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 27; AYİTER ise, aynı teknik ve ticari esasları aramaktadır. AYİTER, s. 470; UŞAN, s. 254.

²⁹⁶ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 29; UŞAN, s. 256.

bunun BK m.348 vd. hükümlerin yukarıda altı çizilen amacını ihlal edip etmediğine bağlıdır. Gerçekten uygulamada, genel ifadelerle rakip işletmelerin menfaatine olan tüm faaliyet şekillerinin yasaklanmakta olduğunu görmekteyiz. Ancak kesin olan, yasaklanan faaliyet şekillerinin, sözleşmenin içeriğinden somut olarak anlaşılabilmesidir²⁹⁷.

b. Sözleşmenin Karşı Edim İçermesi

Alman Ticaret Kanunu'na göre rekabet yasağı kararlaştırabilmek için işçinin işyerinde yaptığı iş itibariyle işverenle rekabet edebilecek bir konumda olması yeterli değildir. Ayrıca işverenin, yasağın devam ettiği her yıl için işçiye son ücretin en az yarısı kadar bir ödemede bulunması gerekir. Bu açıdan rekabet yasağı karşılığı işverenin karşı edimi, Alman Hukuku açısından bir geçerlilik şartıdır²⁹⁸. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu sisteminde ise, rekabet yasağı karşılığında işverene bir karşı edim yükümlülüğü getirilmemiştir. Rekabet yasağının işçinin salt çalışma ve mesleğinde kendini geliştirme özgürlüğünü değil, en az bunun kadar önemli olan maddi açıdan hayatını idame ettirme olanaklarını da ilgilendirdiğinden, işverenin karşı edim yükümlülüğü hakkında bir düzenlemenin olmaması haklı olarak eleştirilebilir²⁹⁹. İsviçre'de Borçlar Kanunu'nda yapılan değişikliklerde konu gündeme getirilmişse de, kanun koyucunun işverene aşırı bir külfet getirmekten kaçınma ve karşı edim yükümlülüğünü toplu iş sözleşmelerine bırakma düşüncesi baskın olmuştur³⁰⁰. Rekabet yasağı karşılığı işverenin karşı edimi ile ilgili bu iki gerekçeye itibar etmek mümkün değildir. İş Hukukunun temel gayesi işçinin korunmasıdır.; çünkü işçi hem hukuki hem de maddi açıdan işverene bağımlıdır³⁰¹. Çoğu işçi için çalışma karşılığı elde edeceği ücret, hayatını idame ettirebilmek için tek kaynaktır. Rekabet yasağının çoğu zaman işçinin kendi mesleğinde çalışmaması sonucunu ortaya çıkardığı dikkate alınır, kendi mesleği dışında bir başka alanda iş bulamayan işçinin ekonomik yönden zorluğa düşeceği açıktır³⁰². Bu açıdan karşı edimin işverene aşırı külfet getireceğini savunmak, İş Hukukunun işçiyi koruma amacı ile bağdaşmaz., insani olana karşı iktisadi olanı ön plana çıkarmak anlamına gelir³⁰³.

Türkiye'de toplu iş sözleşmesi düzeninin pek de işlemediği ve işçilerin ancak küçük bir kısmını kapsayan toplu iş sözleşmelerinde de rekabet yasağı ile ilgili işçiyi koruyucu hükümlere yer verilmediği bilinen bir gerçektir. Türk İş Hukuku uygulamasında rekabet yasağı toplu iş sözleşmesinin değil, bireysel işçi-işveren ilişkisi bazında, iş sözleşmelerinin konusu

²⁹⁷ TAŞKENT-KABAKÇI, s.25.

²⁹⁸ TAŞKENT-KABAKÇI, s.36.

²⁹⁹ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 19.

³⁰⁰ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 19-20.

³⁰¹ SÜZEK, s.15-16.

³⁰² ŞAHLANAN, s.83; UŞAN, s.263.

³⁰³ TAŞKENT-KABAKÇI, s.37.

olarak görülmektedir. Kaldı ki, rekabet yasağının işlevi dikkate alındığında, bunun toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde ele alınıp alınamayacağı tartışılabilir³⁰⁴

Borçlar Kanunu, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini bir karşı edime bağlamamıştır³⁰⁵. Rekabet yasağı sözleşmesi ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü kısıtlanırken, bunun karşılığında kendisine herhangi bir şeyin verilme mecburiyeti yoktur. Ancak bu demek değildir ki, sözleşmede taraflar karşılık kararlaştırmasın³⁰⁶. Yasada rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği işverenin yerine getirmek zorunda olduğu bir karşı edimin de varlığına bağlanmaktaysa da, taraflar serbest iradeleri ile böyle bir tespiti yapabilirler³⁰⁷.

UŞAN'a göre; hizmet sözleşmesi esnasında işçisinden yararlanan işveren, sözleşme sona erdikten sonra işçinin kendisi ile rakip bir faaliyette bulunmasını istemiyorsa, bunun da uygun bir bedelini kendisine ödemek zorunda olmalıdır. Zira rekabet yasağı sözleşmeleri her ne kadar bir takım kayıtlarla geçerli kabul edilseler de, işçinin ekonomik açıdan tek gelir kaynağının ücret olduğu gerçeği de unutulmamalıdır. En azından tam ücret olmasa da rekabet yasağında belirli bir miktar ücretin işveren tarafından garanti edilmesinde fayda vardır³⁰⁸. Kanaatimizce rekabet yasağı sözleşmelerinde hakkaniyet gereğince bir ivaz kararlaştırılmalı ve uygun yasal düzenlemeler faaliyete geçirilmelidir.

IV. SÖZLEŞMENİN İHLALİ ve SONUÇLARI

A- İhlali

Rekabet yasağı sözleşmesine aykırı bir davranışta bulunan işçi bundan doğan sonuçlara da katlanmak zorundadır. BK m. 351 (YBK m.446)'e göre "Rekabet memnuiyetine muhalif harekette bulunan işçi, bu muhalefet sebebi ile eski iş sahibinin duçar olduğu zararlar, tazmin ile mükelleftir.

³⁰⁴ TAŞKENT-KABAKÇI, s.37.

³⁰⁵ SOYER, s. 25.

³⁰⁶ Mukavele ivazlı veya ivazsız olabilir. İvaz birçok hallerde karşı akidin açıkça verdiği bir meblağdır. Bazen işçi ücretinin teamül olandan daha yüksek öngörülmesi, semenin normal olandan fazla belirlenmesi şeklinde üstü örtülüde olabilir. Bkz. AYİTER, s. 464.

³⁰⁷ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 20; AKYİĞİT, s.8; AYİTER, s. 464; AYİTER, sözleşmenin bitiminden sonra işçinin belirli bir bedel aldığı rekabet yasağı sözleşmelerini hukuken farklı bir biçimde nitelendirmektedir. Gerçekten, AYİTER'e göre;".....işverenin işçi hizmet akdinin hitamında muayyen bir müddet kendisine rakip faaliyetten içtinap ederse bir miktar para vermeyi taahhüt eylemesi ile bir ivazlı rekabet memnuiyeti münasebeti doğmaz. Bu halde, aradaki münasebetin menfi ihtiyari şarta bağlı bir hibe akdi olduğu zehabı uyanıyorsa da, rekabet etmeme şartı işveren nefine maddi mameleki zenginleşmeyi mutazammındır. Binaenaleyh BK m.234 manasına hibe telakki edilemez. Fakat işçi tarafından mukaveleyi mükellefiyet altına girme mevzu bahis bulunmadığı için rekabet memnuiyeti mukavelesi olarak telakki edilmeye de müsait değildir. Burada şarta bağlı isimsiz bir akdi münasebet mevcut olup, rekabet memnuiyeti mukavelesinin kanunda derpiş edilen hüküm ve neticelerine tabi olamaz. AYİTER, s. 464.

³⁰⁸ UŞAN, s. 263.

Memnuiyete muhalif hareket hakkında cezai şart konulmuş ise, işçi kaideten meşrut ceza miktarını tediye ile memnuiyetten kurtulabilir. Fakat zarar bu miktarı mütecaviz ise, fazlasını da tazmin ile mükellef olur.

İşçinin hareket tarzı ve ihlal veya tehdit edilen menfaatlerin ehemmiyeti haklı gösteriyorsa ve tahrir bir mukavele ile sarahaten bu hak muhafaza edilmiş ise, iş sahibi, müstesna olarak meşrut olan cezanın tediyesinden ve onu mütecaviz olan zararın tazmininden başka muhalefetin men'ini talep edebilir". Borçlar Kanunu rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali durumuna özgü olarak üç tür müeyyide tespit etmiştir. Bunlar, doğal olarak zararın tazmini, cezai şart kararlaştırılmış ise bunun talebi ve istisnai de olsa işçinin sözleşmeyi ihlal fiilini sona erdirmesi biçimindedir³⁰⁹.

Rekabet yasağına aykırı hareket edilmesinin sonuçları 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunumuzun 446. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir; "Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür.

Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir, ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.

İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir" Madde metninden anlaşılacağı üzere dilin sadeleştirilmiş olması dışında bir değişiklik yoktur.

Borçlar Kanunu m. 348 vd. düzenlemeleri tek taraflı bir rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hükümler getirmektedir. Dolayısıyla işverenin de bir karşı ediminin söz konusu olduğu rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin bir kural mevcut değildir. Bu takdir de, genel hükümler geçerli olur. Buna göre, işçinin sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda, işverenin kendi yükümlülüğünü yerine getirip getirmeyeceği problemi üzerinde durmak gerekir. Şüphesiz genel hükümler gereği, işçinin burada borcunu ifa etmemesi durumunda işveren de kendi üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmeyebilir. Burada BK m. 81 söz konusu olabileceği gibi, işçinin akde aykırı davranması nedeniyle işveren kusurlu imkânsızlık hükümleri çerçevesinde kendi borcunda da kurtulabilecektir³¹⁰. Sözleşmenin işverenin ihlali nedeni ile sona erdirilebilmesi için, bir kere rekabet yasağı sözleşmesinin karşılıklı bir ivaz içermesi

³⁰⁹ UŞAN, s. 263-264.

³¹⁰ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 90-91, AYİTER, s. 474, Hatta bazen işveren kendi edimin yerine getirmiş ise, bu takdirde sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde verilenlerin iadesi de söz konusu olabilir. Bkz. AYİTER, s. 474; UŞAN, s. 264-265.

gerekmektedir. Bunun dışında sadece işçinin rekabet etmemesi taahhüdünü içeren bir rekabet yasağı sözleşmesinin işveren tarafından ihlali söz konusu olamaz. Ayrıca BK m.351’de özel olarak düzenlenen husus, sözleşmenin işçi tarafından ihlalidir. İşveren tarafından ihlalde ise, BK m.101 vd. da düzenlenen borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanmak gerekir³¹¹.

B- Sonuçları

a. İşverenin Zararlarının Tazmini

İşçi rekabet yasağına aykırı bir davranışta bulunur ve bunun sonucunda bir zarar doğarsa, bunları tazmin etmek borcu altındadır. Borca aykırılık söz konusu olduğu için tazminat talebinin dikkate alınabilmesi için, zarar, hukuka aykırılık, uygun illiyet bağı ve kusur gibi tazminat sorumluluğu için gerekli olan şartlar, burada da aranır³¹².

İşçinin sorumluluğu için, işverenin rekabet yasağı sözleşmesinin ihlal edildiğini, zararın doğduğunu ve illiyet bağını ispat etmesi yeterlidir. Buna karşın işçi, sorumluluktan ancak, akde aykırı davranışta bulunmakta kusurlu bulunmadığını ispat etmek suretiyle kurtulabilir. İşçinin kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmesi oldukça zor bir ihtimaldir³¹³. Buna karşın rekabet yasağı sözleşmesinin cezai şartlı olarak kararlaştırılması durumunda, zarar, cezai şartı aşan bir miktarda ise, işverenin borçlunun (işçinin) kusurunu ispatlaması gerektiği BK m. 159/2 (YBK m.180)’de düzenlenmiştir³¹⁴. Buna göre “ Şart olunan ceza miktarından fazla zarara duçar olan alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez”.

Tazmini gereken zarar müspet zarardır. Böylelikle, işverenin uğramış olduğu zarar yanında, kar kaybı da istenebilecektir³¹⁵.

Rekabet yasağının ivazlı yapılması durumunda ise işçi tarafından ihlali halinde işveren kendi üzerine düşen borcu yerine getirmek zorunda değildir³¹⁶.

Rekabet yasağı sözleşmesinin ihlal edilmesi durumunda işçi tazminat ödemek suretiyle sözleşmenin öngördüğü yasaktan kurtulabilecek midir? Konu ile ilgili olarak doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, burada işçi yasakla bağlantıdan

³¹¹ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 92; **UŞAN**, s. 265.

³¹² **DÖNMEZ**, s.244; **AYİTER**, s. 474; **AKYİĞİT**, Rekabet Yasağı, s.20; **KÖSEOĞLU**, s.984; **UŞAN**, s. 265.

³¹³ İşçinin kusursuzluğunu ispatlamasına örnek olarak, kendisinin miras yolu ile kazandığı rakip bir işletmeyi devretmesi için yapılmış bir öneriyi kusuru olmadan (bir yanlış anlama sonucu) reddetmesi gösterilebilir. Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s.528.

³¹⁴ **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.125-126.

³¹⁵ **AYİTER**, s. 475; **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 78-79; **UŞAN**, s. 266.

³¹⁶ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 79; **DÖNMEZ**, s.323; **UŞAN**, s. 266.

kurtulur³¹⁷. Buna karşın diğer bir görüş, işçinin tazminat ödese bile yasakla bağlılığının devam edeceği yönündedir³¹⁸.

Eski işverenin zarara uğramasına neden olan ihlal, TTK m.56 vd. hükümleri doğrultusunda aynı zamanda haksız rekabet oluşturduğu takdirde, tazmin için eski işçinin yanında, yen işverene de başvurulması mümkündür³¹⁹

b. İşverenin Cezai Şart Talep Edebilmesi

Rekabet yasağı sözleşmelerinde cezai şartın³²⁰ kararlaştırıldığı uygulamada görülmektedir³²¹. Borçlar Kanunu, bir sözleşmede cezai şartın kararlaştırılması durumunda, zarar söz konusu olmasa bile, sözleşmenin ihlali halinde cezai şart konusu karşılığın talep edilebileceğini öngörmektedir³²². Gerçekten BK m. 159/1 (YBK m.180)'e göre, "Alacaklı zarara duçar olmasa bile ceza lazım olur". Dolayısıyla, işverenler, zararı ispatlama borcundan kurtulmak için rekabet yasağı sözleşmelerinde aynı zamanda cezai şarta ilişkin düzenlemeler de yapmaktadırlar³²³.

Cezai şart mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim biçiminde tanımlanabilir³²⁴. Yine cezai şart, yaşayanlar arasında yapılan öyle bir hukuki muameledir ki, onunla borçlu borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde bir edada bulunmayı alacaklıya karşı taahhüt eder³²⁵.

Borçlar Kanunu m. 351/2, genel olarak cezai şart uygulamasından farklı bir sonuç benimsemiştir. Rekabet yasağı sözleşmelerinde cezai şartın kararlaştırılması durumunda işçi bu miktarı ödemek suretiyle sözleşme ile bağlılıktan kurtulabilecektir. Oysa genel anlamı ile cezai şartta, borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifanın yapılmaması durumunda cezai şart kararlaştırılmışsa, seçimlik bir cezai şart söz konusudur. Alacaklı, dilerse ifayı, dilerse cezai şartı talep edebilir. Burada ise kural olarak işçi, cezai şartı ödemek suretiyle borçtan kurtulabilir. Buna karşılık, işçinin cezai şartı ödeyerek sorumluluktan kurtulabilmesi işverenin aleyhine sonuçlar doğurabilir. Dolayısıyla, işveren böyle bir durumu önlemek istiyorsa, rekabet

³¹⁷ SAYMEN, s.486.

³¹⁸ SOYER, Rekabet Yasağı, s.77.

³¹⁹ TAŞKENT-KABAKÇI, s.38.

³²⁰ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.1vd.

³²¹ SOYER, M,Polat, Hizmet Akdinin İşçi Tarafında Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Kamu- İş, C.5, s.3, Nisan 2000, s.364.

³²² Tarafların sözleşme ile cezai şart kararlaştırmalarının amacı farklıdır. Borçlu cezai şart ödeme taahhüdü altına girerken ileride borcun ihlal ihtimalini düşünmeyip sadece bir formaliteyi ifade ettiğine inanır. Alacaklıya gelince, onun amacı ise cezai şart aracılığıyla borçlu üzerinde bir bası yapmak ve onun taahhütlerine aykırı hareket etmesine engel olmaktır. Örneğin belirli bir süre borçlunun kendisine karşı rekabet yapmamasını sağlamaktır. GÜNAY, Cevdet ilhan, Cezai Şart, Ankara 2002, s.81.

³²³ UŞAN, s, 267.

³²⁴ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.4-6.

³²⁵ BİLGE, Necip, Cezai Şart, E. Arsebük Armağanından Ayrı Bası, Ankara 1957, s.39.

yasağı sözleşmelerinde cezai şartın ödenmesinin rekabet yasağı sözleşmesini sona erdirmeyecek olduğunun kararlaştırılmasını sağlamalıdır. Ancak bu durumda da, ifanın istenebilmesi için, BK m. 351/3'deki şartların varlığı aranır³²⁶.Cezai şart konusunun uygulamadaki önemi nedeni ile ileride ayrıntılı olarak incelemesi yapılacaktır.

c. İşverenin İşçinin Sözleşmeyi İhlal Fiilini Sona Erdirmesi Talebi

İşverenin işçinin sözleşmeyi ihlal fiilini sona erdirmesi talebinin söz konusu olabilmesi için Kanun iki şart öngörmektedir. Buna göre, bir kere rekabet yasağı sözleşmesinde bu husus açık bir biçimde ve yazılı olarak kararlaştırılmak zorundadır. İkinci olarak, işçinin hareket tarzı ile işverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin bu durumu haklı kılması gerekir. Sözleşmede işveren ileride akdin ihlal edilmesi durumunda ihlal fiilinin sona erdirilmesini dolayısıyla sözleşmenin tekrar geçerlilik kazandırılabilmesi ihtimalini saklı tutarsa ve bunu da açık bir biçimde ve yazılı olarak sözleşmeye koyarsa bu mümkündür. Aslında rekabet yasağı sözleşmelerinin zaten geçerli olabilmesi için yazılı yapılması gereklidir. Bu sefer BK m. 351/3 (YBK m. 446)'de bunun söz konusu hakkı kullanabilmek için tekrar edilmiş olması, kanaatimizce durumu kuvvetlendirmek içindir. Ayrıca, sözleşmenin ihlali öyle bir nitelik kazanmalıdır ki, işverenin zarar gören menfaatlerinin durumu ile işçinin zarar verici davranışının da rekabet yasağı sözleşmesinin tekrar canlandırılmasına imkan verir olması gereklidir. Kanun, iki şartı da birlikte aramaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin işçinin sözleşmeyi ihlal davranışını sona erdirmesine yönelik talebinin dikkate alınabilmesi için, bu sözleşmede cezai şartın kararlaştırılmış olmasına gerek yoktur. Sözleşmede cezai şart olsun ya da olması sonuç değişmez³²⁷.

V. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ ve CEZAI ŞART

Borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde borçlunun alacaklıya karşı ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşma olarak tanımlanan cezai şart kavramının temelinde bir borcun ifasını garanti altına alma unsuru bulunur. Bu unsuru taşımayan bir sözleşme hükmü, hukuki anlamda cezai şart değildir³²⁸.

İşçi aleyhine öngörülen cezai şart hükümlerinin geçerliliği konusundaki tartışmalar Yargıtay'ın cezai şartın geçerliliğini karşılıklı olup olmaması noktasından hareket ederek, tek yanlı, sadece işçi aleyhinde yapılan cezai şart düzenlemelerinin işçiyi bağlamayacağı sonucuna

³²⁶ UŞAN, s. 267-268.

³²⁷ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 86; DÖNMEZ, s.313; TUNÇOMAĞ, s.528; UŞAN, s. 270.

³²⁸ ÖZDEMİR, Erdem, İş Hukukunda Cezai Şart, AÜEHFD, IX, S.3-4 2005, s.404.

ulaşması ile artmış bulunmaktadır³²⁹.Yargıtay'ın cezai şartın karşılıklı olması yönündeki görüşü Yeni Borçlar Kanunumuzda da yer almaktadır. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz sayılacağı yer almaktadır. Erdem³³⁰, yeni kanun maddesi ile Yargıtay'ın görüşünü eleştirmekte yeni kanun maddesinin çok önemli sorunlara yol açacağını dile getirmektedir. Erdem'e göre; bu düzenleme son derece isabetsiz bir biçimde sadece işveren aleyhine getirilecek cezai şartları da engellemektedir. Dolayısıyla, örneğin belirli süre iş sözleşmesini feshetme yasağı getiren bir düzenlemeye cezai şart koşulu eklenerek bu düzenleme etkili hale getirilemeyecektir. Böyle bir sınırlamanın isabetsiz olduğu açıktır. Böyle bir düşünceden hareket edildiğinde her iki taraf içinde aynı nitelikte olan borçlar bakımından cezai şart öngörülebileceği ve bunun dışında da cezai şartın söz konusu olmayacağı sonucuna ulaşılır. Oysa iş sözleşmesi sinallagmatik bir sözleşmedir ve tarafların borçları genel olarak birbirinden farklı niteliktedir. En basit anlatımla, işçi iş görme borcu altındadır ve buna karşılık olarak işverenin üstlendiği borç işçinin ücretini ödemektir. Gerçi iş sözleşmesi tarafları aynı nitelikte bir yükümlülük altına girebilirler. Örneğin belirsiz süreli bir sözleşmeyi her iki taraf da belirli bir süre feshetmeyeceğine ilişkin bir düzenleme yapabilir ve aynı özellikte bir borç söz konusu olabilir. Ancak, eğitim giderlerinin işverence üstlenilmesine karşılık işçinin sözleşmeyi feshetmeme yükümlülüğü altına girmesi durumunda olduğu gibi, tarafların karşılıklı hak ve borçları birbirinden son derece farklı bir görünüm arz edebilir. Burada temel sorun cezai şartın her iki taraf için karşılıklı olarak öngörülmesi değil, cezai şart ile üstlendiği edimin iş sözleşmesi içinde bir karşılığının bulunmasıdır. Cezai şartın geçerliliğine ilişkin yapılacak değerlendirmede hareket noktası bu olmalıdır. Kanaatimizce de cezai şart ile üstlenilen edimin iş sözleşmesinde bir karşılığı var ise cezai şart geçerli olması hem iş sözleşmesini hukuksal yapısı hem de iş hukukunun temel prensiplerine daha uygun olacaktır.

Rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şarta baktığımızda ise rekabet yasağına aykırı davranarak işverenin zarara uğramasına neden olan işçi, işverenin uğramış olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür (BK m.351/1- YBK m. 446). İşverenin rekabet yasağına aykırılık nedeniyle, işçiden uğramış olduğu zararın tazmin edilmesini istemesi durumunda, tazminat hukukunun genel ilkeleri geçerli olacaktır³³¹. Ancak, işverenin rekabet yasağına aykırılık nedeniyle uğramış olduğu zararı ispat etmesi önemli zorluklar gösterir. Bu nedenle, işveren

³²⁹ Yarg. 9.HD. 14.02.2005, E. 2004/14528,K. 2005/4135,(Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr), **ÖZDEMİR**, Erdem, s.409.

³³⁰ **ÖZDEMİR**, Erdem, s.410.

³³¹ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 77; **UŞAN**, s, 265-266; **KARAGÖZ**, Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, 1. Bası, Ankara 2006, s.244.

uğramış olduğu zararı ve miktarını ispat etmek zorunda kalmayacağı bir yolu, diğer bir deyişle rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şartta ilişkin kayıtlara yer vermeyi tercih edecektir³³².

A- İşçinin Cezai Şart Ödemesi

Rekabet etmeme borcunun cezai şartta bağlanması, cezai şartın borçluyu borcuna uygun davranmaya sevk etmesi nedeniyle, işverenin haklı menfaatlerinin korunması bakımından daha etkili sonuç doğurur. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için öngörülen cezai şart, kural olarak seçimlik cezai şarttır ve alacaklı ya borcun ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteyebilir (BK m. 158/1 – YBK m. 179/1). Rekabet Yasağı sözleşmesinde cezai şartta ilişkin BK m. 352/1 (YBK m. 446/2) hükmü ise, bu genel kuraldan ayrılarak, kural olarak işçinin cezai şart ödemek suretiyle rekabet etmeme borcundan kurtulabileceğini ifade etmektedir. Ancak işverenin cezai şartı aşan bir zarara uğraması durumunda işçinin fazlaya ilişkin zararı da tazmin etmesi gerekir. O halde, kanun koyucu rekabet yasağına aykırılık hali için öngörülen cezai şartın dönme cezası olduğunu kabul etmektedir³³³.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile kararlaştırılan cezai şartın dönme cezası niteliği taşıması nedeniyle, işverene herhangi bir seçim hakkı tanımamıştır. Bu nedenle, işveren kural olarak işçiyi rekabet yasağı sözleşmesine uygun davranmaya zorlayamaz. Bununla birlikte, işveren cezai şartı aşan zararıyla birlikte, sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmak şartıyla, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışın ortadan kaldırılmasını da isteyebilir. Ancak, bunun için işçinin davranışlarının, işverenin haklı menfaatlerini ihlal etmesi veya tehlikeye düşürmüş olması gerekir³³⁴(BK m. 351/3- YBK m.446/3).

İşverenin cezai şart miktarını aşan zararın tazmin edilmesini isteyebilmesi, işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranışta kusurlu olduğunu ispat etmesine bağlıdır. Bundan başka, işveren uğradığı zararın kararlaştırılan cezai şart miktarını aştığını da ispat etmekle yükümlüdür³³⁵.

Rekabet yasağı sözleşmesi, hükümlerini iş ilişkisinin sona ermesinden sonra doğurur. Bu nedenle, işverenin sözleşmede öngörülen cezai şartta güvence olmak üzere, iş sözleşmesinin devamı süresince işçinin ücretinden herhangi bir kesinti yapması mümkün değildir³³⁶.

³³² **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 80; **UŞAN**, s. 267; **KARAGÖZ**, s.244.

³³³ **AYİTER**, s.475; **UŞAN**, s. 267; **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 80-81; **KARAGÖZ**, s.244; **TUNÇOMAĞ**, s.47.

³³⁴ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 80; **KARAGÖZ**, s.245.

³³⁵ **AYİTER**, s.476; **UŞAN**, s. 268; **KARAGÖZ**, s.245.

³³⁶ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 81; **KARAGÖZ**, s.246.

B- Rekabet Yasağına Aykırılık Halinde Cezai Şartın İndirilmesi

Cezai şart öngörülen diğer durumlarda olduğu gibi, rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın da BK m. 161/3 (YBK m. 182/3) uyarınca, aşırı olduğu takdirde hâkim tarafında indirilmesi mümkündür³³⁷. Aşırı cezai şartın hâkim tarafından indirilmesi, rekabet yasağı sözleşmesinin işçi bakımından taşıdığı tehlikelerin ortadan kaldırılması ve işçinin ekonomik olarak zor duruma düşmesinin engellenmesi bakımından önem taşımaktadır³³⁸.

Rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, genel bir kriter ortaya konulamaz. Bu nedenle, somut olayın taşıdığı özellikleri dikkate almak suretiyle hâkim, cezai şartın aşırı olup olmadığını belirleyecektir³³⁹.

İşçinin, iş ilişkisi sona erdikten sonra eski işyerine yakın bir yerde aynı türden işyeri açması³⁴⁰, eski işverene rakip bir işletmede çalışması³⁴¹, işverenin müşteri çevresini kaybetmesi için aktif çaba göstermesi³⁴² durumlarında, kusurun ağır olduğu kabul edildiğinden, cezai şartın indirilmemesi gerekir. Buna karşılık, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı, kendisi için bir menfaat sağlamayıp sadece bir başkasına yardım etmekte iken ortaya çıktığı takdirde, kusurun hafif olduğu ve bu hususun indirimde dikkate alınabileceği ileri sürülmektedir³⁴³.

C- Rekabet Yasağına İlişkin Cezai Şartın Geçersizliği ve Sona Ermesi

a. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin ve Cezai Şartın Geçersizliği

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (BK m. 350- YBK m.444/1). Asıl borcun kaynaklandığı sözleşmesinin geçerlilik şartına bağlı olduğu durumlarda, cezai şarta ilişkin anlaşmanın da asıl sözleşme için öngörülen şekle bağlı olarak yapılması gerekir. Bu husus, cezai şartın feriliği ilkesinin doğal sonucudur. Bu nedenle, rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şartın yazılı olarak öngörülmüş olması gerekir. O halde, rekabet yasağı sözleşmesinin şekline uygun olarak yazılı şekilde öngörülmeyen cezai şart geçersizdir³⁴⁴.

³³⁷ UŞAN, s. 269; SOYER, Rekabet Yasağı, s. 82; KARAGÖZ, s.246; TUNÇOMAĞ, s.504, Yarg. 9HD. 29.05.1997 tarih, E. 1997/6252, K.1997/10506, Sinerji Mevzuat ve İcraat Programları, www.sinerjias.com.tr.

³³⁸ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 82.

³³⁹ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 82-83; KARAGÖZ, s.246.

³⁴⁰ TUNÇOMAĞ, s.147.

³⁴¹ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 83.

³⁴² KARAGÖZ, s.247.

³⁴³ TUNÇOMAĞ, s.147; KARAGÖZ, s.247.

³⁴⁴ Yargıtay bu hususu değişik tarihlerde verdiği kararlarında dile getirmiştir. Bkz. Yarg. HGK. 15.02.1989 tarih, E. 1985/11, K. 1989/85, Yarg. HGK. 27.11.1991 tarih, E. 1991/ 13-494, K. 1991/607, Yarg. HGK.. 27.10.1993

Rekabet yasağı sözleşmesinin kanunda belirtilen (BK m. 349- YBK m. 445) yer, süre ve işin türü yönünden sınırlandırılmamış olması durumunda da, rekabet yasağı sözleşmesi ve cezai şart geçersizdir³⁴⁵.

BK m. 348/3 (YBK m. 444/1) hükmü gereğince, rekabet yasağı sözleşmesi yapıldığı sırada işçinin reşit olması gerekir. Rekabet yasağı sözleşmesinin bizzat kanuni temsilci tarafından veya onun onayıyla yapılamayacağını belirtmek gerekir³⁴⁶.

b. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin ve Cezai Şartın Sona Ermesi

Rekabet yasağı sözleşmesi öncelikle normal olarak, işçinin ölümü, karşılıklı anlaşma ve sürenin dolması gibi nedenlerle sona erer. Kural olarak bir hakkın varlığı ve ileri sürülmesi bu konuda bir menfaatin bulunmasını gerektirmez. Buna karşılık, borçlunun da – hakkın kötüye kullanılması – dışında alacaklının borcun ifa edilmesinde menfaati olmadığını ileri sürerek ifadan kaçınması mümkün değildir. Kanun koyucu rekabet yasağına ilişkin BK m.352/1 (YBK m. 447/1) hükmüyle, anılan genel kurala istisna tanımıştır. Bu hükme göre, rekabet yasağının devamında işverenin gerçek bir menfaati bulunmadığı takdirde³⁴⁷, rekabet yasağı sona erer. İşverenin önemli bir zarara uğrama tehlikesinin bulunmaması durumunda, rekabet yasağı sözleşmesinin devamında menfaatinin bulunmadığının kabulü gerekir³⁴⁸.

VI. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Rekabet yasağı sözleşmelerinin süreli olarak yapılması zorunludur. Dolayısıyla, tarafların kararlaştırmış oldukları veya aşırı olduğu için hâkim tarafından indirilmiş olan süre dolunca, rekabet yasağı sözleşmesi de başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden ortadan kalkar³⁴⁹. Zira sır saklama ve rekabet yapmama borçları işçiye bağlı birer borçtur. İşçinin ölümü ile söz konusu borçlar da sona erer. Zira rekabet yasağı sözleşmesi ile işveren değil, işyerinin ve işletmenin korunması amacı güdülmektedir. İş sırları işverenin işletmesi ile ilgili birer ekonomik değerdir. Bu anlamda işverenin ölümü, rekabet yasağı sözleşmesini sona erdirmez. Ancak, taraflar sözleşme de aksini kararlaştırabilirler. Yine, tarafların rekabet yasağı

tarih, E. 1993/ 13-125, K. 1993/711, Yarg. 15.HD. 02.02.1995 tarih, E. 1994/2658, K. 1995/480, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, www.sinerjias.com.tr.

³⁴⁵ Yarg. 9. HD. 06.07.1999 tarih, E. 1999/8262, K. 1999/12073, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, www.sinerjias.com.tr.

³⁴⁶ ³⁴⁶ UŞAN, s.57; SOYER, Rekabet Yasağı, s. 44 vd.; KARAGÖZ, s.248.

³⁴⁷ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 94.

³⁴⁸ Yargıtay bir kararında, sözleşmede cezai şart kararlaştırılmış olmasına rağmen, cezai şartın talep edilmiş olması durumunda, sonradan çalışılan işin sözleşme kapsamında olup olmadığı ve zararın varlığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yarg. 9. HD. 13.09.1999 tarih, E. 1999/11359, K. 1999/12864, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, www.sinerjias.com.tr.

³⁴⁹ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 93; AYİTER, s. 477; AKYİĞİT, Rekabet Yasağı, s.18; DÖNMEZ, s.240.

sözleşmesini sona erdirmeye konusundaki anlaşmaları da sözleşmeyi sona erdiren hallerdendir. Ancak belirtmekte fayda var ki, hizmet sözleşmesini belirli süreli yapılması ve sürenin dolması nedeniyle sona ermesi yahut hizmet sözleşmesinin, tarafların anlaşmaları nedeniyle ortadan kaldırılması durumunda,³⁵⁰ rekabet yasağı sözleşmesi bundan etkilenmez³⁵¹.

Borçlar Kanunu rekabet yasağı sözleşmesi için özel sona erme sebepleri öngörmüştür. BK m. 352'ye göre; “Rekabet memnuiyetinin bekasında iş sahibinin hakiki menfaati bulunmadığı sabit olursa, bu memnuiyet nihayet bulur.

İş sahibi işçinin feshi muhıl gösterecek bir kusuru yokken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösterecek bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmişse, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez”.

A- İşverenin Önemli Bir Menfaatinin Kalmaması Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için, işverenin önemli bir menfaatinin varlığı aranmaktadır. Böyle bir menfaatin bulunmaması durumunda sözleşme geçersizdir. Ancak hemen belirtmekte fayda var ki, işverenin menfaatinin kalmaması nedeniyle rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesi, karşı edim kararlaştırılmayan sözleşmeler için hüküm ve sonuç doğurur. Eğer rekabet yasağı sözleşmesinde işveren işçiye bir karşı edim taahhüdünde bulunduysa, işverenin menfaatinin kalmaması, işçinin karşılığı almasına herhangi bir engel taşımaz. Ancak kıyasen, BK m.325 yoluyla, rekabet yasağı sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi durumunda, rekabet teşkil eden faaliyet alanında çalışma hakkı kazanma ve fiilen çalışarak kazanılan kazançlarında karşılıktan mahsubu yapılmalıdır³⁵². Bunun gibi başlangıçta önemli bir menfaat bulunmasına karşın, zaman içerisinde bu menfaat ortadan kalkarsa, yine sözleşme de sona erecektir. Gerçekten de, BK m.352/1'e göre; “Rekabet memnuiyetinin bekasında iş sahibinin hakiki menfaati bulunmadığı sabit olursa, bu memnuiyet nihayet bulur”. Böylelikle, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği işverenin yasağın devamında menfaatinin bulunması sürdükçe devam eder. Buna karşılık, rekabet yasağının devamı artık işveren için bir menfaat değeri taşımıyorsa sözleşme süresi bulunsun bile ortadan kalkar³⁵³. İşverenin haklı bir menfaatinin kalmaması, artık önemli bir zarara uğrama ihtimalinin de kalmaması sonucunu doğurur. Buna göre, rekabet yasağı kapsamı içerisinde yer alan hususların sır olma vasfını kaybetmesi, işverenin rekabet yasağı konusuna giren faaliyet alanını terk etmesi, işletme

³⁵⁰ **AKYİĞİT**'in de haklı olarak belirttiği gibi, tarafların asıl sözleşmeyi anlaşmak suretiyle sona erdirdikleri her durumda mutlaka rekabet yasağı sözleşmesinin de devam edeceğini ileri sürmek doğru olmasa gerekir. Zira yapılan sözleşmede gerçek niyetleri asıl sözleşme olan hizmet sözleşmesinin yanında rekabet yasağı şartını da kaldırmak ise, bu takdirde hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte rekabet yasağı da sona erer. Bkz. **AKYİĞİT**, Rekabet Yasağı, s.18.

³⁵¹ **UŞAN**, s. 270-271.

³⁵² Bkz. **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 97-98.

³⁵³ **TUNÇOMAĞ**, s.530; **DÖNMEZ**, s.240; **KÖSEOĞLU**, s.985.

merkezinin müşteri çevresinde bir değişiklik meydana getirecek bir biçimde başka bir yere nakli, işçi tarafından zarar verme olanağının ortadan kalkmış olması gibi durumlar, işverenin önemli bir menfaati kalmaması nedeniyle rekabet yasağı sözleşmesinin sona erdiği hallere örnek teşkil eder³⁵⁴.

İşyerinin bir başkasına devri durumunda rekabet yasağı sözleşmesinin akıbeti üzerine durmak gerekir. İşyeri işçinin hizmet akdi devam ederken devredilmişse, işyerini devralan kimse, rekabet yasağı ile koruma altına alınan iş sırlarını ve müşteri çevresini kullanacak bir faaliyet alanında bulunacak ise, rekabet yasağı sözleşmesi varlığını sürdürür. İşçinin hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işyerinin devri halinde de, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği devam etmelidir. Zira bir ard etki olarak rekabet yasağı sözleşmesi işyeri devri ile birlikte el değiştirmektedir. İşyerinin devri durumunda yeni işveren başka müşteri çevresine ilişkin bir faaliyet alanı benimser yahut sözleşmesinin yapılmasını haklı kılan mevcut iş sırlarını kullanmaz; yeni teknik ve ticari özellikler tercih edilirse, artık rekabet yasağı sözleşmesi sona ermelidir³⁵⁵.

B- Hizmet Sözleşmesinin Feshine Bağlı Olarak Sözleşmesinin Sona Ermesi

Rekabet yasağı sözleşmesi işçinin hizmet sözleşmesinin feshediliş biçimine bağlı olarak sona ermektedir. Bu gayet doğal bir sonuçtur. İşçinin hiçbir kusuru olmaksızın işveren tarafından sözleşmenin feshedilmesi halinde doğal olarak rekabet yasağı sözleşmesi de sona ermelidir. İşverene bağlı bir nedenden ötürü sözleşme feshedilmişse, bu seferde rekabet yasağı sözleşmesi sona ermelidir. Bu husus BK m. 351/2 (YBK m.446)'ye göre; "İş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yokken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösterecek bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmişse, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez". Buna karşın şüphesiz işçinin hatalı bir davranışı sözleşme sona ererse rekabet yasağı sözleşmesi sona ermez. Sözleşmenin fesih nedeniyle sona ermesi durumunda yasada öngörülen hallerde rekabet yasağı sözleşmesi de sona erecektir³⁵⁶.

a. Sözleşmenin İşveren Tarafından Feshi

BK m.352/2 (YBK m.447) işverenin "İş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yokken akdi feshetmiş" olması durumunda rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceğini öngörmektedir. Bu düzenlemeyi, "işçinin sorumlu olduğu haklı bir neden yokken" biçiminde

³⁵⁴ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 94 dn.; AYİTER, s. 477; AKYİĞİT, Rekabet Yasağı, s.16; UŞAN, s, 272.

³⁵⁵ UŞAN, s, 274.

³⁵⁶ UŞAN, s, 276-277.

algılamak gerekmektedir³⁵⁷. Burada haklı neden ille de teknik anlamda bir haklı neden olması gerekmez. Mantıki bir değerlendirme sonucu haklı neden sayılabilecek hususların varlığı halinde bu şartı gerçekleştirmiş kabul etmek uygun olsa gerektir. Dolayısıyla iş güvencesi anlamında “geçerli neden” de aynı sonucu doğurur. Burada haklı nedenin varlığın tespit yetkisi hâkimdedir³⁵⁸.

Üzerinde durulması gereken, sözleşmesinin işçinin sorumlu olduğu haklı nedenle feshinde, işçinin herhangi bir nedenle kusurunun bulunmaması halinde problemin nasıl halledilecek olduğudur? Örneğin uzun süreli kusursuz bir hastalık ya da sakatlık veya beklenmeyen hallerde ne olacaktır? Bir görüşe göre, bu takdirde sözleşme sona ermez³⁵⁹. Bir diğer görüşe göre ise, uzun süreli hastalık, sakatlık³⁶⁰ gibi beklenmeyen durumlarda rekabet yasağı sözleşmesi de sona erer. Zira zaten bir beklenilmeyen durum nedeniyle çalışma ve kazanç sağlama açısından problemi olan işçiyi bir kez de rekabet yasağı ile karşı karşıya getirmek hakkaniyet düşüncesine de çok fazla uymaz³⁶¹.

UŞAN’a göre, hastalık ve sakatlık gibi kişinin çalışma imkânını kaybettiği durumlarda rekabet yasağı ile ilgili açıklanan hususların sır saklama yükümlülüğü ile ilişkisi üzerinde ayrıca durmakta fayda vardır. Şüphesiz AKYİĞİT’in de haklı olarak belirttiği gibi işçinin kendi kusuruna bağlı olmaksızın bir hastalığa yakalanması yahut sakatlanması gibi durumlarda çalışmamasına rağmen, iş sırlarını açıklayabilmesi, rakip bir kuruluşa ortak olabilmesi mümkündür³⁶². Dolayısıyla, bu durumda rekabet yasağı sona erdiğini kabul etmek bize haklı gelmemektedir. Kaldı ki, rekabet yasağı sözleşmeleri süresiz değildir. Ayrıca her zaman hâkimin rekabet yasağı sözleşmesine müdahalesi söz konusu olabilir. Nasıl ki, aşırı olan rekabet yasağı şartlarına müdahale etmek imkânı bulunmakta ise, burada da mahkemeden aşırı olan hükümleri yumuşatması istenebilir. Ayrıca, iddia edildiği gibi uzun süreli kusursuz bir hastalığa tutulan işçinin bu sefer rekabet yasağına tabi tutulmasının iktisadi geleceğini

³⁵⁷ İşçinin iktisadi geleceğinin rekabet yasağı ile güçleştirilmesi adaletle aykırı bir durum kazanmadığı sürece, bu yasağa bağlılık devam eder. Eğer işveren işçiyi haksız olarak işinden çıkarmak suretiyle rekabet yasağının yürürlüğe girmesini sağlamışsa, işçinin yasağa bağlılığı artık adaletsiz bir sonuç olarak görünür. Çünkü rekabet yasağı sözleşmesini yapan işçi, bununla geçimini işveren yanında sağlayacağını hesap eder ve adalet kuralı da işverenin işçiye bu olanağı sağlamasını emreder. İşte bu yüzden BK m. 352/2, işverenin haklı bir neden bulunmaksızın hizmet sözleşmesini feshetmesi halinde rekabet yasağının da ortadan kalkacağını bildirmiştir. Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s.531.

³⁵⁸ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 102, **UŞAN**, s. 277.

³⁵⁹ **AKYİĞİT**’e göre, “....işçinin çalışmayacak durumda olduğu hallerde sır saklama borcunun (rekabet yasağı anlaşması için) ortadan kalkacağını kabulü, sırrın yalnızca çalışabilir haldeyken ihlale konu olabileceği sonucuna götürür ki, bu da isabetten uzaktır. Çünkü çalışmayacak durumdaki bir kişinin işveren sıfatıyla rakip bir faaliyet yapması yahut bir firmaya ortak olması gibi rekabet yasağını ihlal eden davranışlarda bulunması mümkündür. **AKYİĞİT**, Rekabet Yasağı, s.16-17.

³⁶⁰ İşçinin çalışmayacak derece sakat olması durumunda, işverene zarar verme olanağı kalmadığından rekabet yasağı sözleşmesi de sona erer. Bkz. **ERTAŞ**, s.59; Aksi görüş için **AKYİĞİT**, Rekabet Yasağı, s.16-17.

³⁶¹ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s. 103.

³⁶² **AKYİĞİT**, Rekabet Yasağı, s.16-17.

hakkaniyet ile bağdaşmayacak ölçüde sınırlandırmak anlamını taşıdığı düşüncesi de subjektif, göreceli bir durumdur. Söz konusu sonuç her durumunda haklı olmayabilir. Bu nedenle, bahsi geçen hallerde esas itibariyle rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermediği düşüncesindeyiz³⁶³. Kanaatimizce de rekabet yasağı sözleşmesinin bahsi geçen haller de sona ermemesi gerekmektedir.

Sözleşmenin feshi için haklı bir neden olmasına karşın, ille de İş Kanunu anlamında bildirimli sona erdirmesi de gerekmez. Sözleşme bildirimli fesih yolu ile de sona erdirilebilir. Ancak sözleşmenin bu şekilde bildirimli fesih yoluyla sona erdirildiği durumlarda işçinin ilelebet fesih baskısı ile karşılaşmaması lazımdır. Karşı edim içeren rekabet yasağı sözleşmelerinde ise işveren haklı neden olmadan sözleşmeyi sona erdirse, işçinin yasağa uygun davranmasına bağlı olarak karşılığı talep hakkı devam eder. Buna göre, işçi isterse sözleşmeyle bağlı kalarak karşılığı alır. İsterse karşılıktan vazgeçer ve sözleşmeyle bağlılığı da sona erer³⁶⁴.

Sözleşmenin işveren tarafından haklı ve/veya geçerli bir nedenle bildirimli olarak sona erdirilmesi durumunda ise, rekabet yasağı sözleşmesi varlığını sürdürür³⁶⁵.

b. Sözleşmenin İşçi Tarafından Feshi

Hizmet sözleşmesinin işverenin kusuru nedeniyle işçi tarafından sona erdirilmesi durumunda, rekabet yasağı sözleşmesi de sona erer. Borçlar Kanunu, böyle açık bir düzenleme yapmasaydı, işçi sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirme imkânına sahip olmakla birlikte, sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet yasağı ile karşı karşıya geleceğinden ve ekonomik açıdan da işverene bağımlı olduğundan, sözleşmeyi fesih yetkisini kullanmaktan mahrum kalacaktı. Kaldı ki, işçisi için onun sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi imkânını kendisine veren işverenin, bu eylemi karşılığında kendi menfaatine sonuçlar da çıkarmaması gereklidir. Şüphesiz işçinin rekabet yasağından kurtulabilmesi için, sözleşmeyi işverenden kaynaklanan bir nedenle haklı olarak sona erdirdiğini ispat etmesi gerekir³⁶⁶. Bununla birlikte, sözleşmenin haklı nedenle feshi için söz konusu olan nedenler işverenin kusuruna bağlanamıyorsa, rekabet yasağı da sona ermez., devam eder. Bu anlamda, İş K.m.24/I ve III'de yer alan haklı fesih nedenlerinin varlığı halinde, işverenin kusuru söz konusu olmadığı için rekabet yasağı sözleşmesinin de devamı gerekir³⁶⁷.

Sözleşmenin sona erdiriliş biçimi tıpkı işverenin feshinde olduğu gibi sonuç açısından bir farklılık yaratmaz. Ancak işverenin sözleşmeyi feshi için aranan makul süre burada geçerli

³⁶³ UŞAN, s. 277-278.

³⁶⁴ SOYER, Rekabet Yasağı, s. 105-106; UŞAN, s. 279.

³⁶⁵ OĞUZMAN, s.263; UŞAN, s. 279.

³⁶⁶ TUNÇOMAĞ, s.531; ERTAŞ, s.58; AKYİĞİT, Rekabet Yasağı, s.17.

³⁶⁷ ERTAŞ, s.59; UŞAN, s. 280.

olmaz. Zira işçinin tek geçim kaynağı elde ettiği ücrettir. Ekonomik açıdan geçimini sağlayabilecek olduğu bir durumda hizmet sözleşmesini feshetmesi elbette ki doğal olandır. Karşı edim içeren rekabet yasağı sözleşmelerinde ise işverenin kusuru nedeniyle feshedilmesi durumunda, işçi dilerse karşı edimi almaktan vazgeçer ve yasak konusu faaliyetleri yapabilir. Dilerse, karşı edimi alır, fakat sözleşme konusu faaliyetleri yapmaktan da kaçınmaya devam eder.

VII. İŞYERİ DEVRİNDE REKABET YASAĞININ DURUMU

İş Kanunu 6. madde uyarınca işyeri devrinde, mevcut iş sözleşmesinin devralan işverene geçmesi için özel bir işlem yapılması gerekmez. Ancak işyeri devrinin rekabet yasağı sözleşmesi ile ilgili hukuki etkileri açısından mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada iki ihtimal üzerinde durulabilir. Bunlardan ilki, işyeri devrinin daha işçinin çalıştığı sırada gerçekleşmesidir. Diğeri ise, devrin, iş sözleşmesinin sona erdiği ancak rekabet yasağının sürdüğü dönemde ortaya çıkmasıdır³⁶⁸.

Devrin rekabet yasağı sözleşmeleri üzerindeki etkileri hakkında baskın görüş, iş sözleşmesiyle paralel olarak, rekabet yasağı sözleşmelerinin de devralan işverene geçeceği yönündedir. Bunun için yasağın iş sözleşmesinde ya da bağımsız bir sözleşme şeklinde kararlaştırılmış olması fark etmez. Öte yandan, iş sözleşmesi, bildirim süresinin devam etmesi ya da askı hali gibi nedenlerle hukuken sona ermediği sürece, devirden önce iş sözleşmesinin feshedilmiş olup olmasının esasa etkili olmadığı ileri sürülmüştür³⁶⁹. Karşı görüşte ise, işyeri devrinde iş sözleşmesi ile bağlantılı tüm hukuki ilişkilerin devralan işverene geçmeyeceği belirtilmiştir. Bu görüşte, sır saklama borcu gibi iş sözleşmesinin sonucu olarak kendiliğinden ortaya çıkmayıp da, rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılabilmesi için bir iş ilişkisinin varlığı sadece bir şart olan yükümlülüklerin, işyeri devri ile kendiliğinden geçmeyeceği ifade edilmiştir. Rekabet yasağı sözleşmesi, iş ilişkisi çerçevesinde kararlaştırılmaktaysa da, iş sözleşmesinden bağımsızdır. Bu nedenle devralan işverenin, mevcut rekabet yasağı sözleşmesinin devri ya da yeni bir sözleşme konusunda, işçilerle anlaşması gerekir³⁷⁰. Karşı görüşte ileri sürülen iddialar bize göre yerinde değildir. İş yeri devrinde, işletmenin menfaatleri devralan işverene geçtiğinden rekabet yasağı sözleşmenin de geçtiğinin kabulü gerekmektedir.

³⁶⁸ TAŞKENT-KABAKÇI, s.42.

³⁶⁹ SOYER, Rekabet Yasağı, s.94; UŞAN, s.273; TAŞKENT-KABAKÇI, s.42.

³⁷⁰ TAŞKENT-KABAKÇI, s.43.

İşyeri devrinin, iş sözleşmesi sona erdikten ancak rekabet yasağının sürdüğü dönemde gerçekleştiği durumda, devrin rekabet yasağına etkisi tartışılmalıdır. İş Kanunu 6. madde de “devir tarihinde.... mevcut olan iş sözleşmeleri”nden söz edilmiş olmakla, konuya ilişkin tartışmada bu düzenlemeden hareketle bir belirlemede bulunmak olanaklı değildir. Buna rağmen öğretide, rekabet yasağı ile iş ilişkisinin sonradan ortaya çıkan bir etkisinin söz konusu olduğu ve bu nedenle işyeri devriyle, iş sözleşmesi önceden sona eren işçilerle olan rekabet yasağının devralan işverene geçeceği ileri sürülmüştür³⁷¹. Bu görüşe göre; yasağın sınırları açısından devralan işverenin iş şartlarının değil, devirden önce iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki şartların dikkate alınması gerekir. Alman Federal İş Mahkemesi’ne göre, iş sözleşmesinin işyeri devrinden önceki bir tarihte feshedilmiş olduğu durumda, eski işçinin devreden işverene imzaladığı rekabet yasağı sözleşmesi çerçevesinde, devralan işverene rekabet etmeme borcundan söz edilemez. Rekabet yasağının devralan işverene aktarılması için eski işçi ile devreden ve devralan işverenlerin anlaşması gerekir³⁷².

³⁷¹ SOYER, Rekabet Yasağı, s.96, UŞAN, s.274; TAŞKENT-KABAKÇI, s.43.

³⁷² TAŞKENT-KABAKÇI, s.43.

SONUÇ

Mevzuatımızda düzenlenen rekabet yasağı kuralları, belirli bazı kişilerin Anayasa'da güvence altına alınan rekabet etme ve ticaret özgürlüklerini başkalarının haklarına zarar verecek şekilde kullanmalarını engelleyen ve bu özgürlüklere sınırlama getiren kurallardır. Bu kurallar, özgürlükleri sınırlaması nedeniyle dar yorumlanmalı, yasağa tabi olan kişilerin ticaret özgürlüğünü tamamen yok edecek boyutta genişletilmemelidir. Zira aksinin kabulü, hakkaniyete ve dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Bu nedenle yasak, lehine öngörüldüğü kişilerin herhangi bir şekilde zarar görmesinin söz konusu olmadığı hallerde uygulanmaz. Başka bir deyişle, rekabet yasağı şirket veya işletmenin fiilen faaliyet gösterdiği konu, yer ve yasağa neden olan görevin süresi ile sınırlıdır. Taraflar sözleşme ile yasağın görevin sona ermesinden sonra belirli bir süre daha devam etmesini kararlaştırabilirler.

Rekabet yasağı kuralları sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanır. Bu kurallar emredici nitelikte değildir. Taraflarca kısmen veya tamamen kaldırılabilir, genişletilebilir ve sınırlandırılabilir.

Rekabet yasağı düzenlemelerinin en temel dayanağı sadakat yükümlülüğüdür. Ancak bu yükümün tek başına yasağı açıklamaya yetmediği kabul edilmelidir.

Rekabet girişimciler, sanayiciler ve tacirler arasında ya da çalışmaların icrası için yapılan mücadeledir. Bu anlamda iş sırlarının korunması rekabet açısından da büyük öneme sahiptir. Dolayısıyla, iş sırlarının korunması rekabet yasağı müessesesi ile mümkün olabilmektedir. Aslında ticaretin yasaklanması veya rekabetin sınırlandırılması yukarıda da değindiğimiz gibi çalışma hakkı ve özgürlüğü ile meslek seçme ve kişinin dilediği alanda çalışabilme özgürlüklerinin kısıtlanmasına da yol açar. Buna karşın işverenin işletmesine ait iş sırlarının korunması düşüncesi ile işçinin söz konusu hak ve özgürlükleri arasında bir dengenin oluşturulması gerekir. Bu denge, rekabet yasağının bir takım sınırlandırmalar ile mümkün olabileceğinin kabulü ile sağlanabilir. Bu nedenle hukuk, rekabetin kısıtlanmasına izin vermektedir. Ancak, bununla ilgili olarak bir takım esasları da belirlemekte, bu izne sınırlamalar koymaktadır.

Hizmet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerden biri de işçinin rekabet yapmama borcudur. İş ilişkisi devam ederken işçi, işverenin iştiğal konusu ile benzer nitelik taşıyan bir işi hem kendi adına yapamaz. Hem de bir başkası hesabına çalışamaz. İşçinin iş dışındaki boş zaman faaliyetlerini sınırlandırıcı genel bir kural yoktur. Ancak, boş zaman faaliyetleri işverenin çıkarlarına da ters düşmemelidir.

İş ilişkisi devam ettiği sürece rekabet yasağı da devam eder. Bu anlamda hizmet sözleşmesinin askıda kaldığı dönemlerde rekabet yasağı devam eder.

Hizmet sözleşmesinin sona ermesi rekabet yapmama yükümlülüğünü de sona erdirir. Ancak, sözleşmenin sona eriş biçiminin de bu borcun ortadan kalkmasında tesiri vardır. Dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda bu yükümlülük devam edebilir.

İş ilişkisi sonrası işçinin eski işverene karşı rekabet oluşturan davranışlardan kaçınmasını gerektirecek bir genel kural yoktur. Ancak, istisnai olarak mevzuat içerisinde iş ilişkisi sonrasına yönelik olarak rekabet yasağını öngören düzenlemelerde mevcuttur. Bunun dışında özel kararlaştırma ile işçinin hizmet akdi sonrası işverenle rekabet teşkil eden davranıştan kaçınması sağlanabilir. Bununla birlikte rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği bir takım şartların mevcudiyetine bağlıdır. Bu anlamda iş ilişkisinin işverenin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfus etme imkânını verdiği hallerde, sözleşme yapma konusunda haklı bir menfaat vardır. Ayrıca böyle bir sözleşmenin yapılabilmesi için işverenin önemli bir zarara uğrama ihtimali de bulunmalıdır. Aslında sözleşme ile rekabet yasağının sağlanması elbette işçi için ekonomik tehlikeye yol açar. Dolayısıyla söz konusu sözleşmenin uygun olması gerekir. Bu da sözleşmenin zaman, yer ve konu itibarıyla sınırlı olmasını gerektirir. Yeni Borçlar Kanunumuz ile sözleşmenin geçerli olduğu süre iki yıl ile sınırlandırılmıştır.

Zaman, yer ve konu açısından sınırlandırma rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini sağlarken, aşırı olan hükümlere hâkim müdahale etmekte v söz konusu aşırılıkları gidermektedir.

Sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkan zararların tazimini gerekir. Ayrıca Borçlar Kanunu tarafların sözleşmeye cezai şart koymalarına da imkan vermektedir. Yine, bazı şartların varlığı halinde işçinin söz konusu rekabet teşkil eden eylemi sona erdirmesi de kendisinden istenebilir.

Rekabet yasağı sözleşmesi, sürenin dolması, işçinin ölümü, tarafların anlaşmaları gibi durumlarda sona erer. Ayrıca Borçlar Kanunu işverenin önemli bir menfaatinin kalmaması durumunda da sözleşmenin sona ereceğinin öngörmüştür. Yine, hizmet sözleşmesinin feshine bağlı olarak da sözleşme sona erer. Sözleşmenin işveren tarafından feshinde, işçinin sorumlu olmadığı haklı nedenle fesih, bu sözleşmenin sona ermesine yol açar. Buna karşın, işçinin kendi kusuruna bağlı olmayan hastalık veya kaza hallerinde sır saklama ve rekabet yasağı şartının (sözleşmenin) devam edeceği kanaatindeyiz. Bunun gibi, sözleşmenin işçi tarafından feshinde işverenin kusuru nedeniyle akdin sona erdirilmesi, rekabet yasağını da sona erdirir.

BİBLİYOGRAFYA

- AKTAY, Nizamettin** : İş Hukuku, İstanbul 2006.
- AKYİĞİT, Ercan** : İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, C.2, s.6-7, Ocak 1991, s.4-22. **(Rekabet Yasağı)**
:Türk, Alman ve İsviçre Hukukunda Sadakat Borcu Açısından Yan İş Problemi, Kamu- İş, C.3, S.2, Nisan 1992. **(Yan İş)**
İş Hukuku, Şubat 2010.
- ARKAN, Sabih** :Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005.
- ARSLANLI, Halil** :Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, İstanbul 1960
- ASLAN, İ. Yılmaz** :Rekabet Hukuku Dersleri, Bursa 2010.
- AŞIK, Pınar** :Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- AYDINLI, İbrahim** :İşveren Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004.
- AYİTER, Nuşin** :Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Arsebüke Armağan, Ankara 2008.
- AYHAN, Rıza** :Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007.
- BAHTİYAR, Mehmet** :Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2011.

- BAŞBUĞ, Aydın** :Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999.
- BAŞPINAR, Veysel** :Borç Sözleşmesinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- BİLGE, Necip** :Cezai Şart, E. Arsebük Armağanından Ayrı Bası, Ankara 1957, s.38-127.
- BİLGİLİ, Fatih** :Ticaret Hukuku, Ticari İşletme Hukuku, Ocak 2010.
- BİRSEL, Mahmut** :Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı, İzmir 1973,
- CAMCI, Ömer** :Haksız Rekabet Davaları -2-, İstanbul 2002.
- CENTEL, Tankut** :İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, C.1, İstanbul 1994.
- ÇELİK, Nuri** :İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010.
- ÇİL, Şahin** :İş ve Sosyal Güvenlik Kanunları, Ankara 2011.
- DEMİR, Fevzi** :Sorularla Bireysel İş Hukuku, Ankara 2006.
- DEMİR, Sema** :Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.,Ankara 2006.
- DEMİRCİOĞLU, Murat** :İş Hukuku, İstanbul 2005.
- DÖNMEZ, Y. Kazım** :İşçinin Borçları, Ankara 2000
- EKMEKÇİ, Ömer** :Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1999.
- EKONOMİ, Münir** :Ferdî İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984, 1996 Yılı Emsal Kararları.

- ERGİN, Berin** :Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1997.
- ERTÜRK, A. Arzu** :Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 1. Bası, İstanbul 2010.
- ERTAŞ, Kudret** :Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.
- ESENER, Turhan** :İş Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3.Bası, Ankara 1978,
- GÜNAY, C. İlhan** :Cezai Şart, Ankara 2002 (**Cezai Şart**) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Bası, Ankara 2010.
- GÜVEN, Ercan**
AYDIN, Ufuk :Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, Eskişehir 2010.
- GÜZEL, Ali** :Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.83-126.
- HİRSCH, Ernest** :Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s.164
- KALE, Serdar** :Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası, İstanbul 2004, s.2.
- KALPSÜZ Turgut** :Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s.347-385.
- KARA, Etem** :İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, 3. Bası, Ankara 2011.

- KARAHAN, Sami** :Ticari İşletme Hukuku, Konya 2010.
- KARAYALÇIN, Yaşar** :Ticaret Hukukuna Giriş, Ticari İşletme, 3.Bası, Ankara 1968.
- KARAGÖZ, Veli** :İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Şubat 2006, 1. Bası, Ankara 2006.
- KÖSEOĞLU, Haluk** :Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Memnuiyeti, ABD, s.6, 1968.
- MANAV, Eda** :İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, TBB Dergisi, 2010.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi** :Hizmet Sözleşmesi, (Kuruluş, İçerik, Sona Erme) (Hizmet Sözleşmesi), Ankara 2008.
- MİMAROĞLU, S. Kemal** :Ticaret Hukuku, C.I, İşletme Hukuku, Ankara 1978, s.378
- NARMANLIĞOLU, Ünal** :İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3.Bası, İzmir 1998.
- NOMER, Füsun** :Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.
- ODAMAN, Serkan** :İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003.
- OĞUZMAN, Kemal**
- OKTAY, Saibe**
- SELİÇİ, Özer** :Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) 7.Bası, İstanbul 2002.

- OĞUZMAN, Kemal**
BARLAS, Nami :Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)
10.Bası, İstanbul 2003.
- ORUÇ, Murat** :Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, Mart 2009.
- ÖRS, F. Halil** :Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara 1958.
- ÖZCAN, Durmuş** :İş Sözleşmesinin Feshi, 1. Bası, Ankara 2011.
- ÖZDEMİR, Erdem** :İş Hukukunda Cezai Şart, AÜEHFD, C IX, S.3-4, 2005.
- POROY, Reha**
YASAMAN, Hamdi :Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010
- REİSOĞLU, Seza** :Hizmet Akdi, Ankara 1968.
- SAYHAN, İsmet** :Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı, Yayınlanmamış
Yüksek Lisans Tezi, Konya 1993.
- SAYMEN, F. Hakkı** :Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- SAVAŞ, F. Burcu** :Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, (Türk ve Fransız
Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması) Legal İş
Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.13, 2007.
- SOYER, M. Polat** :Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994 (**Rekabet Yasağı**)
Hizmet Akdinin Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai
Şartın Geçerliliği Sorunu, Kamu- İş, C.5, S.3, Nisan 2000.
- SÜMER, H. Hadi** :İş Hukuku, 15. Bası, Konya 2010.
- SÜZEK, Sarper** :İş Hukuku, İstanbul 2010.

- ŞAFAK, Ali** :Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1992.
- ŞAHLANAN, Fevzi** :Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartlar, Hükümleri ve Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 11. Yıl Toplantısı, İstanbul 2008.
- ŞAKAR, Müjdat** :Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 6. Bası, Ankara 2011.
- ŞENOCAK, Kemal** :İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.3,2001.
- TAŞKENT, Savaş**
KABAKÇI, Mahmut :Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Sicil Dergisi, Aralık 2009.
- TAŞMAN, Bilgehan** :Bireysel İş Hukuku, C.I, İstanbul 1998.
- TOPÇUOĞLU, Metin** :Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2000.
- TUNCAY, A. Can** :İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 2001, S.1044-1085.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** :Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- UYGUR, Turgut** :Açıklamalı - İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, Ankara 2010.
- UŞAN, M. Fatih** :İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı) Ankara 2003.
- YAVUZ, Cevdet** :Türk Borçlar Hukukunda Özel Hükümler, İstanbul 2010.

YENİSEY, Doğan

ÖZTÜRK, Ö. Kübra

:İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü
Prof. Dr. Devrim ULUCAN'a Armağan, İstanbul 2008.

DİĞER KAYNAKLAR

:Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası
Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları